



النَّشْرُ الْجَنَائِيَّ الْإِسْلَامِيَّ

مُقَارَنًا

بِالْقَانُونِ الْوَضْعِيِّ

تَأْلِيفُ

عَبْدُ الْقَادِرِ عَوْدَه

الجزء الثاني

القسم العام

الطبعة الخامسة

١٩٦٨ - ١٣٨٨

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى علم الإنسان بعد جهل ، وهداه بعد ضلال ، وققه بعد غفلة ، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذى أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهادياً ومعلماً ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة .

وبعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية ، وفقى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية والنظريات العلمية والاجتماعية التى لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيراً .

وسيرى القارئ مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو أن لا ينتهى من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده ، وهو أن الشريعة الإسلامية هى شريعة كل زمان ومكان

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

رب اشرح لى صدرى ويسر لى أمرى ، واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى .

الباب الأول

في

الجنـايات

١ - معنى الجنائية : الجنائية لغة : اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية للمصدر من جنى عليه شراً ، وهو عام . إلا أنه خص بما يحرم من الأفعال ، وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجرة .

أما في الاصطلاح الفقهي فالجنائية اسم لفعل محرم شرعاً سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك . لكن عرف الفقهاء جرى على إطلاق اسم الجنائية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه وهي القتل والجرح والضرب^(١) .

وأكثر الفقهاء يتكلمون عن القتل والجرح والضرب تحت عنوان الجنائيات متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق اسم الجنائية على هذه الأفعال^(٢) .

ولكن بعض الفقهاء يتكلمون عن هذه الأفعال تحت عنوان الجراح^(٣) ناظرين إلى أن الجراحة هي أكثر طرق القتل والاعتداء على النفس والأطراف . كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء^(٤) ويعملونه عنواناً لجرائم القتل والجرح

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٦ ، والزيلعي ج ٦ ص ٩٧ .

(٢) المرجعان السابقان وبدائع الصنائع ص ٢٣٣ . الإقناع ج ٤ ص ١٦٢ البجيرمي

على النهج ج ٤ ص ١٢٩ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١ . المغني ج ٩ ص ٣١٨ . الأم ج ٦ ص ١ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٠ — مواهب الجليل للعطاب ج ٦

والضرب . ناظرين في ذلك إما إلى النتيجة الغالبة لهذه الجرائم وهي إراقة الدماء وإما إلى أن أحكام هذه الجرائم وضعت لحماية الدماء .

٢ — أقسام الجناية : ويقسم الفقهاء الجناية^(١) على الآدمي إلى ثلاثة أقسام :

١ — جناية على النفس مطلقاً ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التي تهلك النفس أى القتل بمختلف أنواعه .

٢ — جناية على مادون النفس مطلقاً، ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التي تمس جسم الإنسان ولا تمس نفسه وهي الضرب والجرح .

٣ — جناية على ماهو نفس من وجه دون وجه . ويقصد من هذا التعبير الجناية على الجنين لأنه يعتبر نفساً من وجه ولا يعتبر كذلك من وجه آخر . فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمي ، ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه ، ويعبر عن هذه الجناية في الاصطلاح القانوني الوضعي بالإجهاض .

٣ — وجرائم القتل والضرب والجرح قد تقع عمداً وقد تقع خطأ . ولكنها سواء كانت عمداً أو خطأ ليست في الواقع إلا صوراً قانونية مختلفة لفعل واحد يقع على جسم المجنى عليه فالضرب بعضاً قد لا يحدث أثراً وقد يحدث شجعة أو جرحاً . وقد يؤدي إلى موت المجنى عليه وقد يكون الضارب قاصداً مجرد الاعتداء فيكون فعله ضرباً أو جرحاً متعمداً . وقد لا يقصد الاعتداء فيكون فعله ضرباً أو جرحاً خطأ . فإذا مات المجنى عليه كان الضرب قتلاً عمداً إذا قصد الجاني القتل ، وكان قتلاً شبه عمداً أى ضرباً مفضياً لموت إذا تعمد الجاني الاعتداء ولم يقصد القتل ، وكان قتلاً خطأ إذا لم يقصد الاعتداء أصلاً . فالفارق بين هذه الصور المتعددة المختلفة هو نتيجة الفعل وقصد الجاني ، وهذا التصوير لجرائم القتل والجرح والضرب متحد في الشريعة والقوانين الوضعية .

(١) يلاحظ أن معنى الجناية في الشريعة يتفق مع معنى الجريمة فالفعل جناية ولو كان مخالفاً أو جنحة أو أكثر جسامته منهما ولفظ الجناية في الشريعة مخالف لمعنى هذا اللفظ في القانون المصري الذي يعتبر جناية كل فعل معاقب عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة أو السجن .

وتتفق أحكام جرائم القتل والجرح والضرب في الشريعة الإسلامية مع أحكامها في القوانين الوضعية فيما يختص بأركان الجريمة وصورها والأفعال المختلفة المكونة لها . ولاتكاد الشريعة تختلف عن القوانين إلا في نوع العقوبة التي يقررها كل منهما لهذه الجرائم . بل إن القوانين حين تتناول هذه الجرائم تتناولها على نفس طريقة الشريعة فتجمعها في باب واحد ، كما يتكلم عنها الشراح دفعة واحدة لشدة ما بينها من اتصال وهو نفس ما فعله فقهاء الشريعة في شرح هذه الجرائم .

الفصل الأول

في

القتل

٤ — تعريف القتل : يعرف القتل في الشريعة كما يعرف في القوانين الوضعية بأنه فعل من العباد تزول به الحياة^(١) أى أنه إزهاق روح آدمى بفعل آدمى آخر .

والقتل في الشريعة أصلاً على نوعين : قتل محرم وهو كل قتل عدوان وقتل بحق وهو كل قتل لاعدوان فيه كقتل القاتل والمترد . وبعض الفقهاء يقسم القتل من حيث الحل والحرمة إلى خمسة أقسام : واجب وهو قتل المترد إذا لم يتب والحربي إذا لم يسلم أو يعط الأمان . محرم وهو قتل المعصوم بغير حق . مكروه وهو قتل الغازي قريبه الكافر إذا لم يسب الله ورسوله فإن سبهما لم يكره قتله . مندوب وهو قتل الغازي قريبه الكافر إذا سب الله ورسوله . مباح ومثله قتل المقتص وقتل الأسير على أن قتل الأسير كما

(١) تسكيلة فتح القدير ج ٨ ص ٢٢٤ .

يرى البعض قد يكون واجباً إذا ترتب على عدم قتله مفسدة ومندوباً إذا كان فيه مصلحة بل يحتمل الوجوب مطلقاً إذا ظهرت المصلحة^(١).

٥ — أقسام القتل: ويقسم الفقهاء القتل تقسيمات تختلف بحسب وجهة نظر كل منهم ويمكننا أن نستعرض هذه التقسيمات المختلفة فيما يأتي:

أولاً: التقسيم الثنائي: يقسم بعض الفقهاء القتل إلى قتل عمد وقتل خطأ ولا وسط بينهما، والقتل العمد عند هؤلاء هو كل فعل ارتكب بقصد العدوان إذا أدى لموت المجنى عليه سواء قصد الجاني القتل أو لم يقصده وبشرط أن لا يكون الفعل قد وقع على وجه اللعب أو مقصوداً به التأديب ممن له حق التأديب. والقتل الخطأ هو ما لم يكن عمداً^(٢) وهذا هو مشهور مذهب مالك^(٣).

ثانياً: التقسيم الثلاثي: يقسم معظم الفقهاء القتل ثلاثة أقسام^(٤):

(أ) عمد وهو ما تعمد فيه الجاني الفعل المزهق قاصداً إزهاق روح المجنى عليه.

(ب) شبه عمد وهو ما تعمد فيه الجاني الاعتداء على المجنى عليه دون أن يقصد قتله إذا مات المجنى عليه نتيجة للاعتداء ويسمى شراح القوانين الوضعية هذا النوع من القتل بالضرب المفضي إلى الموت (ج) قتل خطأ ويكون في حالات أولها: إذا تعمد الجاني الفعل دون أن يقصد المجنى عليه كمن يرمى غرضاً فيصيب شخصاً وتسمى هذه الحالة الخطأ في الفعل. وثانيها: إذا تعمد الجاني الفعل وقصد المجنى عليه على ظن أن الفعل مباح بالنسبة للمجنى عليه ولكن تبين أن المجنى عليه معصوم كمن يرمى من يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو مسلم أو معاهد أو ذمي وتسمى هذه الحالة الخطأ في القصد. وثالثها: أن لا يقصد الجاني الفعل ولكنه يقع نتيجة لتقصيره كمن يتقلب وهو نائم على آخر فيقتله. ورابعها: أن

(١) راجع الجزء السابع من حاشية الشبرايملى مع نهاية المحتاج للرملى ص ٢٣٣.

(٢) مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٢٤٠.

(٣) حجة مالك وغيره في التقسيم الثنائي ستأتي فيما بعد.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥. المغنى ج ٩ ص ٣٢٠. الإقناع ج ٤ ص ١٦٣.

الزيلعي ج ٦ ص ٩٧.

يتسبب الجاني في الفعل كمن يحفر حفرة في الطريق فيسقط فيها أحد المارة ليلاً وتؤدي السقطة لوفاة .

ثالثاً : التقسيم الرابع : ويقسم بعض الفقهاء القتل أربعة أقسام :

(١) عمد (٢) شبه عمد (٣) خطأ (٤) وما جرى مجرى الخطأ^(١) .

والعمد وشبه العمد عند أصحاب هذا التقسيم لا يختلفان عما هما عليه في التقسيم السابق فالخلاف منحصر عندهم في الخطأ لا غير .

والخطأ^(٢) عند هؤلاء ما يكون في نفس الفعل أو في ظن الفاعل . فالأول أن يقصد الفعل ولا يقصد الشخص كمن يرمى صيداً فيصيب شخصاً . والثاني أن يقصد من يظنه مباح القتل كحرى أو مرتد فإذا هو معصوم^(٣) .

أما ما جرى مجرى الخطأ فنوعان : نوع هو في معنى الخطأ من كل وجه وهو أن يكون القتل على طريق المباشرة كأن ينقلب النائم على إنسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده عن غير قصد . ونوع هو في معنى الخطأ من وجه واحد وهو أن يكون القتل عن طريق التسبب كمن يحفر حفرة في طريق ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع المارة ليلاً من السقوط فيها فيسقط فيها شخص ويموت من سقطته^(٤) .

وظاهر مما سبق أن هذا التقسيم لا يختلف عن سابقه في شيء إلا في أنه يقسم ما اعتبره التقسيم السابق خطأ إلى قسمين : أحدهما : الخطأ ، والثاني : ما جرى مجراه .

رابعاً : التقسيم الخامس : ويقسم بعض الفقهاء القتل خمسة أقسام :

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ . الشرح الكبير ج ٩ ص ٣١٩ .

(٢) د د ج ٧ ص ٢٣٤ . د د ج ٩ ص ٣٣٣ .

(٣) الحرابي هو المنتمى إلى دولة محاربة ، والمرتد هو المسلم الذي ترك دينه ، والمعصوم هو من لا يحمل قتله ولم يهدر دمه .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ . والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٤ .

(١) عمد (٢) وشبه عمد (٣) وخطأ (٤) وما جرى مجرى الخطأ (٥) والقتل بالتسبب .

والفرق بين هذا التقسيم والتقسيم السابق أن أصحاب هذا التقسيم يفرقون بين الفعل المباشر والقتل بالتسبب ويجعلون الأخير قسمًا مستقلًا^(١) .

ويعزى التقسيم الخامس إلى أبي بكر الرازي فقد أداه منطقته إلى اختراع هذا التقسيم حيث رأى أن الخطأ على ضربين . أحدهما خطأ : في الفعل كأن يقصد رمي طائر فيصيب شخصاً . والثاني : خطأ في القصد كأن يقصد إصابة من يظنه حربياً لأنه في صفوفهم أو عليه لباسهم فيتبين أنه معصوم وإذا كان هذا هو الخطأ فإنه لا ينطبق على فعل السامى أو النائم لأن الفعل في الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة في الفعل وتارة في القصد ، وفعل السامى والنائم غير مقصود أصلاً فليس هو إذن في حيز الخطأ كما أنه ليس في حيز العمد أو شبه العمد ولما كان حكم فعل السامى والنائم هو حكم الخطأ من حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازي إلحاقه بالخطأ باعتباره جارياً مجراه .

كذلك لاحظ هذا الفقيه أن الفقهاء يلحقون بحكم القتل ما ليس بقتل في الحقيقة لأعداء ولا غير عمد وذلك نحو فعل حافر البئر وواضع الحجر في الطريق إذا عطب به إنسان . وقال إن هذا ليس بقاتل في الحقيقة إذ ليس له فعل في قتل المجنى عليه لأن الفعل القاتل إما أن يكون مباشراً من الجانى أو متولداً عن فعله ، وليس من واطئ الحجر وحافر البئر فعل في العاثر بالحجر والواقع في البئر لامباشرة ولا متولداً فلم يكن قاتلاً في الحقيقة وإنما يمكن اعتباره قاتلاً بالتسبب^(٢) .

هذه هي التقسيمات المختلفة للقتل ، وظاهر من استعراضها أن التقسيم التناثري يختلف عن باقى التقاسيم في أنه لا يمتزف بالقتل شبه العمد وأن الخلاف بين التقسيمات فيما عدا ذلك خلاف ظاهرى أدى إليه منطق الترتيب والتبويب

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ . تسكيلة فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٤ .

(٢) أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣ .

ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تفلحون ﴿ [الأنعام : ١٥١] - وقال جل شأنه : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ [سورة المائدة : ٣٢] عقوبة القتل من القرآن : قال الله تعالى : ﴿ وَكُتِبَ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ . فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [المائدة : ٤٥] .

وإذا كانت هذه الآية تذكر أن هذا الحكم كتب على من قبلنا فليس ذلك بشيء لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه فضلاً عن أن القرآن جاء بنص صريح في أنه مكتوب علينا وذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابُ أَلِيمٍ * وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [سورة البقرة ١٧٨ - ١٧٩] .

تحريم القتل من السنة : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » وقال : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأنى رسول الله . فإن قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل » وقال : « من قتل نفسه بشيء من الدنيا عذب به يوم القيامة » وقال : « من أعان على قتل امرئ مسلم بشطر كلمة لقي الله مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله » .

وقال : « قتل المؤمن يعدل عند الله زوال الدنيا » وقال في خطبة عرفات :
« ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في
مقامى هذا » .

عقوبة القتل من السنة : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه وجد
في قائم سيفه « إن أعدى الناس على الله القاتل غير قاتله والضارب غير ضاربه
ومن تولى غير مواليه فقد كفر بما أنزل على محمد » وروى أنه قال : « من اعتبط
مؤمناً بقتل فهو قود به إلا أن يرضى ولى المقتول فمن حال دونه فعليه لعنة الله
وغضبه لا يقبل منه صرف ولا عدل » وقال : « العمد قود » وقال : « من قتل له قتيل
فأهله بين خيرتين إن أحبوا فالقود وإن أحبوا فالعقل »

أركان جريمة القتل العمد

٨ - أركان جريمة القتل العمد في الشريعة ثلاثة : أولها : أن يكون الجنى
عليه آدمياً حياً . ثانيها : أن يكون القتل نتيجة لفعل الجانى ثالثها : أن يقصد
الجانى إحداث الوفاة .

وهذه الأركان هي نفس أركان جريمة القتل العمد في قانون العقوبات
المصرى وغيره من القوانين الوضعية .

الركن الأول

القتيل آدمى حى

٩ - تقع جريمة القتل على النفس فهي بطبيعتها اعتداء على آدمى حى، ولذلك
سمها الفقهاء بالجناية على النفس ، فلتتحقق وقوع الجريمة يجب أن يكون الجنى
عليه آدمياً وأن يكون على قيد الحياة وقت ارتكاب جريمة القتل فمن أطلق
مقدوماً نارياً على حيوان حى فقتله فإنه لا يعتبر قاتلاً عمداً وإن كان يعتبر متلفاً
لحيوان ، ومن شق بطن إنسان ميت أو فصل رأسه من جسمه بقصد قتله وهو

لا يعلم أنه ميت فإنه لا يعد قاتلاً له لأن الموت لم ينشأ عن فعله ولأن الفعل كان بعد أن فارق الميت الحياة فاستحال قتله أو بتعبير آخر لا يعاقب الجاني على جريمة القتل العمد لاستحالة وقوعها ولكنه يعاقب لأنه استحل حرمة ميت .

١٠ - ومن المتفق عليه أن الميت هو من خرج فعلاً عن الحياة فإذا قتل شخص مريضاً في حالة النزاع فهو قاتل له عمداً لأنه أخرجه بفعله عن الحياة .

١١ - وإذا جنى شخصان على ثالث وكان فعل الأول يفضى إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل شق البطن ومزق الأمعاء فإذا قطع الثاني رقبته فالقاتل هو الثاني لأنه فوت حياة مستقرة أو ما هو في حكم الحياة ، ويستدلون على ذلك بحادث عمر رضى الله عنه فإنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج يصلد فعمل الطبيب أنه ميت فقال : اعهد إلى الناس فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه وهكذا ما دامت الحياة باقية يعتبر الثاني مفوتاً لها ويكون هو القاتل كما لو قتل عليلًا لا يرجى له البرء^(١) .

١٢ - أما إذا كان فعل الأول قد أخرج الجنى عليه من حكم الحياة كأن قطع حشوته أى قطع أمعاءه وانتزعها ثم جاء الثاني وذبحه فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة ففريق يرى أن القاتل هو الأول إذا صير الجنى عليه إلى حركة مذبوح لأنه هو الذى صيره بفعله لحالة الموت ومن ثم أعطى حكم الأموات مطلقاً والمفروض فيمن يصل لهذه الحالة أن يكون عاجزاً عن النطق فاقداً الإدراك والاختيار وإذا نطق بكلام منتظم فنطقه حركة مضطر كطلب الماء^(٢) .

ويرى الفريق الآخر أن القاتل هو الثاني لأن من قربت روحه من الزهوق

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٥ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٤٤ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٨ .

(٢) أصحاب هذا رأى هم الحنفيون والشافعيون والحنابلة وبعض المالكيين راجع للمراجع الساتة .

يعتبر في حكم الحياة ما دام لم يسلم الروح وهو يرث غيره وتصح الوصية له إذا مات الموصى قبله وإذا استطاع الكلام فأسلم اعتبر إسلامه وورثه أهله من المسلمين وهو على كل حال إما حي أو ميت ولا سبيل لغير هذين الاعتبارين ، ولا يمكن القول بأنه ميت قبل أن يسلم الروح فهو إذن حي على ما به من إصابات فإذا فعل به أحد فعلاً عجلاً بموته فهو قاتل نفساً عمداً^(١).

١٣ - والجنين في بطن أمه لا يعتبر آدمياً حياً من كل وجه ، ويعبر عنه في الشريعة بأنه نفس من وجه دون وجه فمن يعدم الجنين لا يعتبر قاتلاً له عمداً وإنما يعتبر مرتكباً للجريمة قتل من نوع خاص ويعاقب على فعله بعقوبة خاصة ، وسنتكلم فيما بعد عن هذه الجريمة ويتفق القانون المصرى مع الشريعة في هذا الاتجاه فمن يعدم جنيناً في بطن أمه لا يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للقتل العمد في المادة ٢٣٤ / ١ عقوبات وإنما يعاقب بالمادة ٢٦٠ عقوبات وما بعدها الواردة في الباب الثالث من الكتاب الثالث والخاصة بإسقاط الحوامل .

١٤ - وليس لجنسية الجنى عليه أو دينه أو لونه أو سنه أو نوعه أو ضعفه أو صحته أى أثر على اعتباره مقتولاً عمداً فيستوى أن يكون القتل أجنبياً أو من رعايا دولة الجانى ويستوى أن يكون متديناً أو غير متدين يعتنق دين القاتل أو ديناً آخر ويستوى أن يكون أبيض أو أسود ، عربياً أو أعجمياً ، صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى ، ضعيفاً أو قوياً ، مريضاً أو صحيحاً ، ويستوى أن يكون مرضه بسيطاً أو عضالاً يتوقع له الموت أو يرجى له الشفاء ، فمن يقتل إنساناً أياً كان فهو قاتل متعمد ولو كان طبيباً قصد أن يخلص القتل من آلام مرضه المستعصى ...

١٥ - ووجود جثة القتل ليس شرطاً لاعتبار جريمة القتل واقعة ، وليس

(١) من هذا رأى أصحاب المذهب الظاهرى وبعض المالكيين . راجع مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٣ ، ٢٤٤ والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ والحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٥١٨ .

شرطاً لقيام الدعوى ما دامت الأدلة قائمة على حصول واقعة القتل .

١٦ — ولا خلاف بين الشريعة وقانون العقوبات المصرى فيما سبق . ولا يشترط القانون المصرى لتوفر هذا الركن أكثر مما بسطناه . ولكن الشريعة الإسلامية تشترط فوق ما سبق أن يكون القتل معصوماً أى غير مهدر الدم .

١٧ — والعصمة أساسها فى الشريعة : الإسلام والأمان ويدخل تحت الأمان عقد الجزية والموادعة والهدنة وعلى هذا يعتبر معصوماً المسلم والذى ومن بينه وبين المسلمين عهد أو هدنة ومن دخل أرض الدولة بأمان ولو كان متتبعاً لدولة محاربة ما دام الأمان قائماً ويعتبر الإذن بالدخول أماناً حتى تنتهى مدة الإذن . فهو لأجل جميعاً معصومون أى لا تباح دماؤهم ولا أموالهم وإذا قتل أحدهم كان قاتله مسؤولاً عن قتله عمداً إن تعمد قتله وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد^(١) .

أما أبو حنيفة فيرى أن العصمة ليست بالإسلام وإنما يعصم المرء بعصمة الدار ومنعة الإسلام وبالأمان فأهل دار الإسلام معصومون بوجودهم فى دار الإسلام وبمنعة الإسلام المستمدة من قوتهم وجماعتهم وأهل دار الحرب غير معصومين لأنهم محاربون ، وإن كان فيهم مسلم فلا يعصمه إسلامه حيث لا منعة له ولا قوة^(٢) .

والفرق بين رأى أبى حنيفة ورأى بقية الأئمة أن قتل المسلم فى دار الحرب لا عقاب عليه لأنه غير معصوم كما يرى أبو حنيفة وعندهم يعاقب على قتله لأنه معصوم النفس يحقون الدم بإسلامه فقط ولا عبرة بوجوده فى دار الحرب .

١٨ — وإذا كان أساس العصمة الإسلام والأمان فإن العصمة تزول

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ . تحفة المحتا ج ٤ ص ١٠ المقى ص ٤٧٦ ، ٦٠٦ وما بعدها ج ١٠ ، والإقناع ج ٤ ص ١٧٣ المقى ج ٩ ص ٣٣٥ .
(٢) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٧ .

بزوال الأساس الذى قامت عليه فالمسلم يصبح مهدر الدم بردته وخروجه عن الإسلام والمستأمن والمعاهد يصبح مهدر الدم بانتهاء أمانه ونقضه عهده ، ولا عصمة أصلاً لرعايا الدولة المحاربة ويسمى الفرد منهم حربياً اصطلاحاً ، والحربى مهدر الدم أصلاً إلا إذا استأمن فأمن فإنه يعصم عصمة موقوتة بمدة أمانة وإلا إذا عقدت دولته عهداً ينهى حالة الحرب مؤقتاً أو دخلت فى الذمة فإنه يصبح معصوماً بعقد المودعة أو عقد الذمة .

١٩ — وكما تزول العصمة بالردة وبانتهاء الأمان فإنها تزول بارتكاب بعض الجرائم وهى على وجه الحصر: الزنا من محصن وقطع الطريق والقتل العمد . كذلك تزول العصمة على رأى أبى حنيفة^(١) بارتكاب جريمة البغى وهى الخروج على أنظمة الدولة وقوانينها والثورة على القائمىين بالأمر فيها ، ويسمى الناثرون بغاة وسنفصل القول فيما يأتى عن كل جريمة من هذه الجرائم^(٢) .

٢٠ — ويترتب على زوال العصمة أن يصبح الشخص مهدر الدم أى مباح القتل فإذا قتله آخر لا يعتبر قاتلاً لأن قتل المهدر لا يعتبر جريمة من حيث فعل القتل إذ الفعل مباح ولكن لما كان قتل المهدرين من شؤون السلطات العامة وموكولاً إليها فإن قتل الأفراد لهم يعتبر اعتداء على السلطات العامة ومن ثم يعاقب قاتل المهدر باعتباره مرتكباً للجريمة الافتيات على السلطات العامة لا باعتباره قاتلاً وهذا هو الراجح فى المذاهب الأربعة^(٣) .

(١) يرى أبى حنيفة وأصحابه أن البغاة غير معصومين ويخالفه فى ذلك مالك والشافعى وأحمد ويقولون لأنهم معصومون إلا فى حالة الاشتباك مع أهل العدل وهم الفريق الآخر من الأمة الذى خرج عليه البغاة .

(٢) يحسن بالقارىء أن يرجع إلى ما كتبناه عن هذا الموضوع فى الجزء الأول من كتابنا حيث تكلمنا عنه بتوسع .

(٣) الأصل فى الشريعة الإسلامية أن من ارتكب جريمة حوكم عليها فإن ثبت عليه حكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة وإن لم تثبت حكم ببراءته مما نسب إليه ، وإذا حكم عليه بالعقوبة =

٢١ - الحربي : هو من ينتمى لدولة محاربة والإجماع على أنه مهدر الدم فلا يعاقب قاتله باعتباره قاتلاً عدواً وإنما يعاقب لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملاً مما اختصت نفسها به .

ولا عقاب على قتل الحربي إطلاقاً إن قتل في ميدان الحرب أو قتل دفاعاً عن النفس في غير ميدان الحرب وفي هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية

أما إذا قتل الحربي في ميدان الحرب لغير مقتض كأن ضبط في أرض الوطن أو استؤسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرها فلا يؤاخذ القاتل طبقاً

== تولى تنفيذها ولي الأمر أو نائبه ومن المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد - أى العقوبات المقررة لجرائم الحدود - إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى أى حق الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة ولأن الحد مفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه . وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازماً فقال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه » .

ليكن إذن الإمام واجب في إقامة الحد فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم (المذهب ثان ص ٢٨٧) ومما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أربع إلى الولاية : الحدود . والصدقات . والجميات . والفىء » - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ - وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف أى إذا كان الحد قتلاً أو قطعاً وإنما يسأل باعتباره مفتتاً على السلطات العامة ، أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا والقتل فإن مقيمه يسأل عن إقامته أى أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يخلف عنهما . والفرق بين الحاليين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف وزوال العصمة عن النفس يبيع التل وزوال العصمة عن الطرف يبيع القطع فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جريمة فيها هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة مالم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة .

للشريعة باعتباره قاتلاً لأن الحربى مباح الدم أصلاً كما قلنا لحرايته فضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته كحربى ومن ثم يبقى دمه مباحاً بعد الضبط أو الأسر فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية عن قتل مباح باعتبار فعل القتل وإنما المسئولية تأتى من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التى يوكل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة . هذا هو حكم الشريعة الإسلامية فى هذه الحالة وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التى تعتبر الفعل قتلاً عمداً ويعاقب عليه على هذا الاعتبار ولكن الذى يحدث عملاً أن المحاكم تقدر ظروف الجانى والمجنى عليه وتقضى على الجانى بعقوبة مخففة بقدر الإمكان ، فالنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية من وجهة تقرير عقوبة على فعل الجانى وأن الخلاف واقع فى تصوير الجريمة تصويراً قانونياً فالقوانين تعتبرها قتلاً والشريعة ترى فيها اعتداء على السلطة العامة وكما أن القوانين تعطى للقضاء حق تخفيف العقوبة لظروف الجانى والجناية فإن الشريعة تميز لولى الأمر أن يرتفع بعقوبة التعزير إلى القتل ، وجريمة الاعتداء على السلطة العامة من جرائم التعازير فيستطيع أولياء الأمور إن شاءوا أن يشددوا عقوبتها فى بعض الحالات دون البعض الآخر .

٢٢ - المرتد : هو المسلم الذى غير دينه فلا يعتبر غير المسلم مرتداً إذا غير دينه ، ويعتبر المرتد مهדר الدم فى الشريعة^(١) فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين : أولهما : أنه كان معصوماً بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدرأ وأساس العصمة بالإسلام قوله عليه الصلاة والسلام : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأنى رسول الله فإن قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل » .

ثانيهما : أن عقوبة المرتد فى الشريعة القتل حداً لا تنزيراً لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ، كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » ولقوله « من بدل دينه فاقتلوه » وعقوبة الهد فى الشريعة لا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها فيعتبر الجانى مهدرأ لوجوب تنفيذ العقوبة فإذا نفذها عليه أى شخص فقتله فقد قتل مهدرأ بحد من حدود الله مباح القتل كما لو قتل زانياً معصناً .

قاتلا عمداً ، سواء قتله قبل الاستتابة^(١) أم بعدها لأن كل جناية على المرتد هدر ما دام باقياً على رده .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافتات عليها فيما قب على هذا لا على فعل القتل في ذاته وعلى هذا الرأي فقهاء المذاهب الأربعة^(٢) إلا أن في مذهب مالك رأياً مخالفاً^(٣) يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال ، وحجتهم أن المرتد يجب استتابة فهو بعد رده كافر فمن قتله فقد قتل كافراً محرم القتل فتجب عليه دية لبيت المال لأنه هو الذي يرث المرتد فكان أصحاب هذا الرأي يزيلون عصمة المرتد بالردة ويعصمونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفي لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلماً عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته وأن الكفر لا يعصم صاحبه ، ولكن الذي يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرها والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوماً بعد كفره .

وتختلف القوانين الوضعية عن الشريعة الإسلامية في أنها لا تعاقب على تغيير الدين ويرجع الخلاف إلى الأساس الذي قام عليه كل منهما فالقوانين الوضعية قامت على أساس لا ديني فافتضى منطقها أن لا يعاقب على تغيير الدين ، والشريعة الإسلامية أساسها الدين الإسلامي فافتضت طبيعتها العقاب على تغيير الدين الذي أسست عليه .

وقد جرى قانون العقوبات المصري مجرى القوانين الوضعية التي أخذ عنها

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة القتل على المرتد أن يستتاب ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يقب قتل حداً .

(٢) راجع البحر الرائق ج ٥ ص ١٢٥ والإقناع ج ٤ ص ٣٠١ والمهذب ج ٢ ص ٢٣٨ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ .

(٣) راجع الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٧١ .

قلم ينص على عقاب المرتد ، وعدم النص لا يعنى أن الردة مباحة ولا عقاب عليها لأن الردة جريمة معاقب عليها بالقتل حداً طبقاً لنصوص الشريعة التي لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية كما بينا ذلك في الجزء الأول من هذا الكتاب عند الكلام على الركن الشرعى للجريمة فمن يقتل الآن مرتداً لا يعاقب على قتله لأنه أتى فعلاً مباحاً طبقاً للشريعة واستعمل حقاً من الحقوق التي قررتها له الشريعة^(١).

٢٣ - ارتكاب جريمة من جرائم الحدود عقوبتها القتل : إذا ارتكب شخص جريمة من جرائم الحدود المقدرة حقاً لله تعالى عقوبتها القتل أصبح مهدراً وزالت عصمته بارتكابه هذه الجريمة لأن محل الجريمة حد من حدود الله ، والحدود في الأصل واجبة التنفيذ فوراً ولا تحتل التأخير أو التهاون ، كما أنها لا تحتل العفو أو إيقاف التنفيذ ، وتزول العصمة من يوم ارتكاب الجريمة لا من يوم الحكم بعقوبتها لأن أساس زوال العصمة هو إتيان الجريمة وليس الحكم بالعقوبة فالزنا من محض عقوبته الرجم أى القتل ، فإذا أتاه شخص أصبح مهدراً بمجرد ارتكابه الجريمة ، فإذا قتله آخر فقد قتل شخصاً مباح القتل ولا يعاقب على جريمة القتل ما دام أنه يستطيع إثبات وقوع الزنا بالأدلة المقررة لإثبات الزنا فإذا عجز اعتبر قاتلاً وعوقب بالعقوبة المقررة للقتل العمد ، على أنه لا يعفى من العقاب إطلاقاً إذا أثبت الزنا لأنه يعتبر مفتاتاً على السلطات العامة التي اختصت نفسها بتنفيذ العقوبات فيمكن أن يعاقب بمقبوبة الافتيات على السلطات العامة . ومثل الزنا من محصن جريمة قطع الطريق المعاقب عليها بالقتل أو القتل والصلب فإن مرتكبها تزول عصمته بارتكابهها ويصبح مهدراً فمن قتله لا يعاقب على قتله وإنما يعاقب فقط على إفتيائه على السلطات العامة .

وليس في جرائم الحدود المقدرة حقاً لله ما يعاقب عليه بالقتل إلا الزنا من محصن

(١) راجع ما كتبه عن استعمال الحق وأداء الواجب في الجزء الأول من هذا الكتاب.

وقطع الطريق والردة وقد تكلمنا عن الردة في الفقرة السابقة .

٢٤ - ارتكاب جريمة القتل المعاقب عايمها القصاص : يعتبر القتل قصاصاً حداً من حدود الله . ولكنه حد مقدر حقاً للأفراد وليس حقاً مقدراً لله أى للجماعة ومن ثم فرقنا بينه وبين جرائم الحدود المقدرة حقاً لله كالزنا والردة وقطع الطريق .

والقتل الذى يستوجب القصاص من القاتل يزيل عصمة القاتل ويجعله مهدرًا من وقت ارتكاب الجريمة إهداراً نسبياً مطلقاً، فهو مهدر فقط بالنسبة لأولياء القتيل ولكنه معصوم بالنسبة لغيرهم، فإذا قتله أحد ولادة دم القتيل فلا يعتبر قاتلاً عمداً لأن لأولياء القتيل فى الشريعة حق استيفاء القصاص من القاتل إذا كان القتل ظلماً وعدواناً تحقيقاً لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾ أما إذا قتله من ليس ولياً للقتيل فإنه يعتبر قاتلاً عمداً لأن القاتل الأول معصوم الدم بالنسبة للقاتل الثانى ، وقد فصلنا الكلام فى هذا الموضوع فى الجزء الأول من هذا الكتاب بمناسبة الكلام على استعمال الحق وأداء الواجب

٢٥ - البغى : هو الثورة أو الدعوة إلى قلب الأنظمة من غير الطريق المشروع أو بالقوة ، ويسمى الداعون له بغاة ، كما يسمى الفريق المؤيد للحالة القائمة أهل العدل ، والبغاة أمرهم مختلف فيه . فيرى مالك والشافى وأحمد^(١) أنهم معصومون إلا فى حالة الحرب بينهم وبين أهل العدل ، وفى حالة مهاجمتهم لأهل العدل ، أو الاعتداء على أموالهم ، ويرى أبو حنيفة^(٢) أن البغاة غير معصومين فى أى حال وأن دمهم يهدر وعصمتهم تزول بالبغى . وطبقاً لهذا رأى لا يعاقب قاتل الباغى بعقوبة القتل العمد ، وإنما يعاقب باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة ، هذا إذا قتله فى غير حرب ، أما القتل فى حالة الحرب فلا يعتبر جريمة باتفاق الفقهاء وطبقاً لرأى مالك والشافى وأحمد يعتبر قاتل الباغى

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ . المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ . الإقناع ج ٤ ص ٢٩٣

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٤٢ . البدائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

قاتلاً عمداً إذا قتله في غير حرب أو حيال أى دفاع عن النفس .

٢٦ - ولايزيل العصمة ارتكاب أية جريمة أخرى معاقب عليها بالقتل مادامت العقوبة لانجب حداً أو قصاصاً . لأن لولى الأمر في غير جرائم الحدود والقصاص حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة^(١) ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتماً وكل عقوبة غير محتمة لانزيل العصمة ولا تهدر الجاني حتى ولو حكم به الآن من الجائز أن يعفو لولى الأمر عن العقوبة في اللحظة الأخيرة .

(١) ليس لولى الأمر حق العفو في جرائم القصاص ، ولكن لأولياء الدم حق العفو بمقابل أو بغير مقابل . وبالرغم من تقرير هذا الحق لأولياء الدم واحتمال عفوهم حتى اللحظة الأخيرة فإن الجاني يعتبر مهدر الدم لأولياء الدم حتى يعفوا ، فإن عفواً أو عفواً أحدهم عاد معصوم الدم كما كان قبل ارتكاب الجريمة وقد يظن أن هناك تناقضاً بين حكم هذه الحالة وحكم الجرائم التي لولى الأمر حق العفو فيها ، ففي جرائم القصاص يعتبر الجاني مهدر الدم من وقت ارتكاب الجريمة مع أن لولى الأمر حق العفو ، وفي الجرائم التي يملك لولى الأمر فيها حق العفو يعتبر الجاني معصوم الدم إلى وقت تنفيذ العقوبة ، والواقع أنه لا تناقض أصلاً ، لأن العقوبة من حق الجماعة لا من حق الأفراد ، وولى الأمر يعتبر ممثل الجماعة ، وقد اقتضت المصلحة العامة حرمان ممثل الجماعة من حق العفو في جرائم القصاص ، تحقيقاً للعدل والمساواة وحفظاً للدماء ، كما اقتضت المصلحة العامة التعجيل في تنفيذ العقوبة ، فأصبحت عقوبة القصاص بهذا لازمة واجبة التنفيذ من وقت وقوع الجريمة ، واقتضى هذا النظر اعتبار الجاني مهدرًا ، فأهدار دم الجاني في جرائم القصاص اقتضته المصلحة العامة ، أما العقوبات التي يجوز فيها عفو لولى الأمر ، فإن تقرير العفو فيها استوجبته المصلحة العامة أيضاً ، فوجب تحقيقاً لهذه المصلحة أن يعتبر الجاني معصوماً مادام العفو ممكناً لأن العقوبة لا تعتبر لازمة ولا واجبة التنفيذ حتماً مادام العفو محتملاً ، فالإهدار في جرائم القصاص استوجبته المصلحة العامة ، والعصمة في غيرها اقتضتها المصلحة العامة ، وللاحظ فوق هذا أن لولى الأمر حين يعفو إنما يعفو عن حق الجماعة وهو حق عام ، وأن لولى الدم حين يعفو عن حقه في القصاص إنما يعفو عن حقه وهو حق خاص ، ولا يمكن أن ترتب على العفو عن حقين مختلفين في طبيعتهما نتائج واحدة .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في هذه النقطة ، حيث تعتبر القوانين الجاني معصوما ولو حكم عليه بالإعدام ، ولكنها تخالف الشريعة في تعميم هذا الحكم بالنسبة لكل الجرائم وأساس هذا الخلاف أن جرائم الحدود والقصاص في الشريعة لا تقبل العفو ولا تحتمل الإمهال والتأخير في تنفيذ العقوبة . فاقضى هذا اعتبار مرتكب الجريمة المعاقب عليها بالقتل مهذراً من يوم ارتكاب الجريمة لأن من الواجب توقيع العقوبة عليه فوراً ، ولأن العقوبة لازمة محتمة ، أما القوانين الوضعية فتجيز العفو في كل الجرائم ومن ثم كانت العقوبة فيها غير لازمة حتماً كما هو الشأن في الشريعة في غير جرائم الحدود والقصاص ، وقد اقتضى هذا المنطق اعتبار الجاني معصوما حتى بعد صدور الحكم عليه بالإعدام لجواز العفو عنه

٢٧ - وقت العصمة : لمعرفة وقت العصمة أهمية كبرى ، لأن تحديد مسؤولية الجاني يتوقف على معرفة حال المجنى عليه ، فإن كان معصوماً . فالجاني مسؤول عن قتله ، وإن كان مهذراً فلا مسؤولية .

وقد اختلف في تحديد وقت العصمة ، فأبو حنيفة يرى أن وقت العصمة هو وقت الفعل لا غير فإن كان المجنى عليه معصوماً وقت الفعل ، فالجاني مسؤول عن فعله وإلا فلا ، فإذا جرح مسلماً يقصد قتله ثم ارتد المجروح بعد الجرح ومات وهو مرتد فإن الجرح لا يسأل عن القتل ، وإنما يسأل فقط عن الجرح الذي أحدثه في معصوم ، وحجته أن مسؤولية الجاني عن القتل لا تجب بفعل الجاني وإنما تجب بحدوث القتل فعلاً ، وفعل الجاني لا يصبح قتلاً إلا بفوات حياة المقتول ، وقد فانت حياة المقتول في وقت لم يكن فيه معصوماً ، فكان القتل هذاً .

ويرى أبو يوسف ومحمد ، أن وقت العصمة هو وقت الفعل ووقت الموت جميعاً وحجتهما أن للفعل تعلقاً بالقاتل والمقتول لأنه - فعل القاتل وأثره - يظهر في المقتول بفوات الحياة ، فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعاً ، والظاهر

أنه لا فرق بين رأى أبى حنيفة ورأيهما إذا اعتبرنا حجة أبى حنيفة ، لأنه استند فى حجته إلى وقت الموت ونفى مسئولية الجانى عن القتل على أساس أن المجنى عليه لم يكن معصوما وقت أن أصبح الفعل قتلا ، أى وقت موت المجنى عليه ، فكأنه بهذا ينظر إلى وقت الفعل ووقت الموت معا ، وهذا نفس مايقول به أبو يوسف ومحمد .

ويرى - زفر - أن وقت العصمة هو وقت الموت لا غير . .

ويختلف أبو حنيفة مع أبى يوسف ومحمد فى تحديد وقت العصمة عند الرمى فيرى أبو حنيفة أن وقت العصمة هو وقت الرمى لا وقت الإصابة ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن وقت العصمة هو وقت الإصابة لا وقت الرمى ، وحجة أبى حنيفة أن مسئولية الجانى تترتب على فعله ، ولا فعل منه غير الرمى ، ولا يدخل فى قدرته غيره ، فيصير قاتلا به إذا كان المجنى عليه معصوما عند الرمى ، وحجتهما أن العبرة بوقت التلف وهو وقت الإصابة ، فإن حصل التلف فى محل معصوم استحق الجانى العقوبة وإن كان المحل غير معصوم وقت التلف فلا عقوبة وعلى هذا لورمى شخص آخر برصاصة ، فارتد المجنى عليه بعد الرمى وقبل أن يصاب فالجانى مسئول عند أبى حنيفة لأن المجنى عليه كان معصوما وقت الرمى وأما عندهما فهو غير مسئول لأن المجنى عليه لم يكن معصوما وقت الإصابة^(١) .

ويرى أصحاب مالك والشافعى وأحمد ، أن وقت العصمة هو وقت الفعل ووقت الموت ، ولكن الفقهاء فى المذاهب الثلاثة يختلفون فى تحديد وقت العصمة حالة الرمى ، فيرى بعضهم أنه وقت الرمى ، ويرى البعض الآخر أنه حالة الإصابة^(٢) .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٦ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٤ . المغنى ج ٩ ص ٣٤٢ وما بعدها .

وقد وضع فقهاء المذهب الشافعى قاعدة لتغير حال الجنى عليه بين العصمة والإهدار فقالوا :

« إن كل جرح وقع أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغير الحال فى الانتهاء وما ضمن فيهما يعتبر قدر الضمان فيه بالانتهاء » فإذا جرح شخصا حربيا أو مرتدًا ثم أسلم الحربى أو المرتد ومات من جرحه بعد إسلامه فلا مسؤولية على الجارح لأن الجرح وقع غير مضمون ، أى وقع على مهدر ، فلا جريمة فى فعله ، وإذا جرح مسلما فارتد بعد الجرح ثم مات من جرحه فلا يسأل الجانى إلا عن الجرح والنفس هدر ، لأن الفعل أصبح قتلا أثناء الردة ، وقتل المرتد لاعتقوبة عليه ، ولو قتله مباشرة بعد الردة لم يكن مسؤولا عن قتله ، ويرى البعض أنه لا يسأل حتى عن الجرح من باب أولى مادام غير مسؤول عن النفس^(١)

الركن الثانى

القتل نتيجة لفعل الجانى

٢٨ - فعل محبت مع الجانى - يشترط لتحقيق هذا الركن أن يحدث القتل بفعل الجانى ، وأن يكون من شأن هذا الفعل إحداث الموت ، فإن كان القتل نتيجة لفعل لا يمكن نسبته إلى الجانى أو لم يكن فعل الجانى مما يحدث الموت فلا يمكن اعتبار الجانى قاتلا .

٢٩ - نوع الفعل : ولا يشترط أن يكون الفعل من نوع معين لاعتباره قتلا . فيصح أن يكون ضرباً أو جرحاً أو ذبحاً أو حرقاً أو خنقاً أو تسميماً

(١) نهاية المحتاج ص ٢٦٤ وما بعدها .

أو غير ذلك ، ويصح أن يقع الفعل من الجاني مرة واحدة ، ويصح أن يقع على التوالى فى مدة طالت أو قصرت .

٣٠ - أداة الفعل ووسيلة - ولما كان العرف قد خصص لكل آلة استعمالاً ، ولكل فعل من الأفعال القاتلة أداة أو وسيلة تحدّثه أو يحدث بها ولا يمكن أن يحدث الفعل القاتل بغيرها ، ولما كانت الوسائل والأدوات القاتلة تختلف اختلافاً بيناً فى قوتها وضعفها وأوجه استعمالها وتأثيرها على الجسم وتأثر الجسم بها ، فقد رأى أكثر الفقهاء أن يرتبوا على اختلاف طبائع هذه الوسائل وآثارها ، اختلاف أحكامها وشروطها . وسنبين فيما يلى آراء الفقهاء المختلفة .

٣١ - رأى مالك : ولا يشترط الإمام مالك شروطاً خاصة فى الفعل القاتل أو فى أداة القتل فعنده « أن كل ما تعمد الإنسان من ضربة بلطمة أو بلكرة أو ببندقية أو بحجر أو بقضيب أو بغير ذلك . كل هذا قتل عمد ، إذا مات فيه المجنى عليه » ، « وأن هناك أشياء يتعمد الإنسان فعلها مثل : الرجلين يصطرعان فيصرع أحدهما صاحبه أو يتراميان بالشئ على وجه اللعب أو يأخذ أحدهما برجل الآخر على حال اللعب ، فيسقط فيموت من هذا كله ، فهذا هو القتل الخطأ ولا يكون قتلاً عمداً لأن الجاني تعمد على وجه اللعب ، فإذا تعمد على وجه القتال والغضب فصرعه فمات ، أو أخذ برجله فسقط فمات فهو قتل عمد^(١) » .

هذا هو نص المدونة ، وظاهر منه أنه لا يشترط فى الفعل القاتل أو أداة القتل شروطاً خاصة ، فاللطمة وهى لا تقتل غالباً ولا كثيراً تعتبر قتلاً عمداً إذا مات منها المجنى عليه ، وكذلك الضرب بالقضيب أى العصا والأخذ برجل المجنى

(١) راجع مدونة الإمام مالك ج ١٦ ص ١٠٨ - العبارات التى وضعت بين قوسين هى نص المدونة مع تصرف اقتضاء ربط العبارات .

عليه ومصارعته وقذفه بحجر كبير أو صغير ، ولا يشترط لاعتبار كل هذا قتلاً عمداً إلا أن يتعمد الجاني الفعل على وجه العدوان ولو لم يقصد القتل .
ولكن بعض فقهاء المالكية بالرغم من ذلك يعرفون القتل العمداً بأنه إتلاف النفس بآلة تقتل غالباً أعياناً كان نوعها ، أو بإصابة المقتل كمصر الأنثيين وشدة الضغط والخنق^(١) ، وظاهر من هذا التعريف أنهم يرون أن تكون آلة القتل مما يقتل غالباً .

ويرى البعض الآخر أن الفعل يعتبر قتلاً عمداً سواء كانت أداة القتل مما يقتل غالباً كالسيف ، أو مما لا يقتل غالباً كالعصا ، وكل ما يشترطونه لاعتبار القتل عمداً أن لا يكون الفعل قد وقع بقصد اللعب أو التأديب^(٢) ، وهذا الرأي هو الذي يتفق مع ما يقول به مالك من تقسيم القتل إلى عمد وخطأ فقط لأن الفعل إما أن يكون عمداً أو خطأ ، ولا يمكن اعتبار القتل بآلة لا تقتل غالباً كالعصا قتلاً خطأً مع تعمد الجاني الفعل وقصده القتل .

٣٣ - رأى الشافعي وأحمد : ويشترط الإمامان الشافعي وأحمد أن يكون القتل مما يقتل غالباً ، ولو كانت الأداة مثقلاً لا يجرح^(٣) ، فإن لم تكن الأداة قاتلة غالباً فالقتل ليس عمداً وإنما شبه عمد
وأدوات القتل على ثلاثة أنواع : نوع يقتل غالباً بطبيعته كالسيف والسكين والرمح والإبرة المسممة والبندقية والمسدس وعمود الحديد والعصا الغليظة ، ونوع يقتل كثيراً بطبيعته ولا يقتل غالباً ، كالمسوط والعصا الخفيفة ، ونوع يقتل نادراً بطبيعته كالإبرة غير المسممة واللطمة واللكزة .

وما يقتل كثيراً أو نادراً بطبيعته قد يقتل غالباً في بعض الظروف . كمرض الجنى عليه أو صغره أو لوقوع الإصابة في مقتل ، ولمعرفة ما إذا كانت الأداة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) المرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢١٥ .

(٣) المنقل ما ليس له حد يجرح ولا سن يطمس كالعصا والحجر .

من هذين النوعين ، تقتل غالباً أم لا ، يجب أن لا ننظر إلى الأداة وحدها مجردة عن كل ظرف آخر ، بل علينا أن ننظر إلى الأداة وينظر معها إلى صورة الفعل وظروفه وإلى حال المجنى عليه وموقع الفعل من جسمه وأثر الفعل فيه .

فإذا كانت الأداة تقل غالباً مع إدخال أحد هذه العناصر أو كلها في الحساب فالفعل قتل عمد ، وإذا كانت الأداة لا تقتل غالباً مع النظر إلى أى عنصر من هذه العناصر فالفعل قتل شبه عمد ، فمثلاً السوط أداة عدوان ، والعصا الخفيفة كذلك والضرب بأيهما لا يقتل غالباً وإن قتل كثيراً ، ولكن تعدد الضربات وموالاتها يقتل غالباً ، والضرب بأيهما في الحر الشديد والبرد الشديد يقتل غالباً وضرب الصغير والعجوز والمريض والضعيف بالسوط والعصا الخفيفة يقتل غالباً والضرب بهما في مقتل كالبطن يقتل غالباً ، وكذلك الضرب في غير مقتل إذا أدى إلى الموت في الحال ، أو ترك آثاراً وآلاماً انتهت بالموت ، وإذا كانت أداة القتل لا تقتل إلا نادراً كالإبرة غير المسممة ، فإنها تعتبر بما يقتل غالباً إذا بولغ في إدخالها في غير مقتل ، أو إذا غرزت في مقتل كالخلق والخاصرة والمثانة أو في مكان حساس أو إذا أدى غرزها إلى الموت في الحال ، والموت في الحال مختلف فيه ، فيرى البعض أنه قتل عمد ، ويراه البعض أنه شبه عمد ، لأن المفروض أن الآلة لا تقتل غالباً وما دامت الإصابة في غير مقتل ، وليس في ظروف الفعل أو صورته ، أو حال المجنى عليه ما يجعل الفعل قاتلاً في الغالب . أو ترك آلاماً وآثاراً انتهت بالموت^(١) .

٣٣ - رأى أبى حنيفة : ويشترط الإمام أبو حنيفة في أداة القتل أكثر مما يشترطه الإمامان الشافعي وأحمد ، فهو يشترط مثلها أن تكون أداة القتل

(١) راجع في مذهب الشافعي نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ وما بعدها وحاشية البجيرى على المنهج ج ٤ ص ١٣٠ وما بعدها ، وتحفة المحتاج ج ٤ ص ٣ وما بعدها ، والمهذب ج ٢ ص ١٨٧ وما بعدها - راجع في مذهب ابن حنبل المغني ج ٩ ص ٣٢١ وما بعدها والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها والإقناع ج ٤ ص ١٦٣ وما بعدها .

مما يقتل غالبا ، ويشترط أكثر منهما أن تكون الأداة مما يعد للقتل ، ولا يغنى عنده الشرط الأول عن الأخير ، والآلة المعدة للقتل عنده ، هي كل آلة جارحة أو طاعنة ذات حد لها مور في الجسم ، سواء كانت من الحديد أو النحاس أو الخشب أو غير ذلك كالسيف والسكين والرمح والإبرة وما أشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح والطعن كالنار والزجاج والمروة والرمح الذي لاسنان له ونحو ذلك . وهناك رواية أخرى عن أبي حنيفة بأن الأداة المعدة للقتل هي ما كانت من الحديد ولو لم تكن جارحة أو طاعنة كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس ، ويلحق بالحديد ما هو في معناه كالرصاص والنحاس وغيرها من المعادن .

فعلى هذه الرواية العبرة بالحديد وما هو في حكمه سواء جرح أو لم يجرح وعلى الرواية السابقة ، العبرة بالجراح أو الطاعن ، سواء كان من حديد أو غير حديد وهي الرواية الراجحة .

فإذا كانت الآلة مما يقتل غالبا ، وكانت معدة للقتل كالسيف أو البندقية ، فالفعل قتل عمد في رأى أبي حنيفة ، أما إذا كانت الآلة مما يقتل غالبا ولكنها ليست جارحة ولا طاعنة فالفعل قتل شبه عمد في رأيه ، ولو كانت الآلة مدققة مكسرة كالخشبة الكبيرة والحجر الثقيل . والصور الآنية لا تعتبر في رأى أبي حنيفة قتلاً عمداً ، ولو كانت نية الضارب منصرفة للقتل وإنما هي في رأيه قتل شبه عمد .

١ — أن يقصد الجاني القتل بعضا صغيرة أو بحجر صغير أو باطمة مما لا يقتل غالبا وبشرط أن لا تتوالى الضربات . وذلك لأن الأداة لا تقتل غالبا . ولأنها غير معدة للقتل ، ولكن هذه الصورة تعتبر قتلاً عمداً عند مالك دون شرط ، وتعتبر قتلاً عمداً عند الشافعي وأحمد إذا كانت صورة الفعل أو ظرفه أو حال الجاني عليه أو موقع الإصابة وأثرها في جسمه مما يجعل الأداة قاتلة غالبا .

٢ — أن يقصد الجاني القتل بما لا يقتل غالباً مع موالاة الضربات حتى يموت

الحنفي عليه فهذه الصورة لا تعتبر قتلاً عمداً عند أبي حنيفة ، لأن أداة القتل لا تقتل غالباً ، ولأنها غير معدة للقتل ، أما عند مالك والشافعي وأحمد فهي قتل عمد ، وقد اعتبرها مالك عمداً لمجرد تعمد الفعل بقصد المدوان ، أما الشافعي وأحمد فقد اعتبرها هذه الصورة قتلاً عمداً ، لأن موالاة الضرب حتى الموت تجعل أداة القتل قاتلة غالباً ويكفي عندهما كما قدمنا أن تكون الأداة قاتلة غالباً ليكون الفعل قتلاً عمداً .

٣ - أن يقصد الجاني القتل بمنقل يقتل غالباً ، أى بأداة ثقيلة ليست جارية ولا طاعنة . كمدة القصارين والحجر الكبير والعصا الغليظة وما أشبه ، وهذه الصورة أيضاً لا تعتبر عند أبي حنيفة قتلاً عمداً لأن الأداة وإن كانت تقتل غالباً إلا أنها ليست مما يعد للقتل .

ولكن مالك والشافعي وأحمد يعتبرون هذه الصورة من صور القتل العمد ويأخذ أبو يوسف ومحمد من فقهاء مذهب أبي حنيفة رأى الأئمة الثلاثة فيعتبران هذه الصورة قتلاً عمداً مخالفين رأى أبي حنيفة ، ورأيهما هو الراجح في المذاهب^(١) . على أن موافقة أبي يوسف ومحمد للأئمة الثلاثة ، لا تعني الأخذ برأى أحدهم وترك رأى صاحبهما أبي حنيفة ، فإنهما قد وافقا الأئمة الثلاثة على تمسكهما بقاعدة أبي حنيفة وهي اشتراط أن تكون الآلة مما يقتل غالباً . وأن تكون معدة للقتل ، وكل ما في الأمر أنهما اعتبرا المنقل أداة معدة للقتل على اعتبار أن المنقل يستعمل غالباً في القتل فأصبح بهذا الاستعمال أداة قاتلة ، وما دام المنقل أداة تقتل غالباً ومعدة للقتل فالقتل به قتل عمد على شرط أبي حنيفة ، وهكذا جاء اتفاقهما مع الأئمة الثلاثة نتيجة لمخالفة أبي حنيفة في اعتبار المنقل أداة معدة للقتل ، لا نتيجة للأخذ برأى أحد من الأئمة الثلاثة .

٣٤ - أساس الخلاف بين مالك والفقهاء الثلاثة : أساس الخلاف أن

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ - والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ، والزيلعي

مالك لا يمتد بالقتل شبه العمد ، ويرى أنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ . فمن زاد قسماً ثالثاً زاد على النص ، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، ولم ينص على غيرها فقال تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ﴾ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً . ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً [النساء ٩٢ - ٩٣] .

والقتل العمد عند مالك هو : كل فعل تعمده الإنسان بقصد العدوان فأدى للموت أيا كانت الآلة المستعملة في القتل ، أما ما تعمده على وجه اللعب أو التأديب فهو قتل خطأ إذا لم يخرج الفعل عن حدود اللعب والتأديب المعروفة وكان بآلة اللعب والتأديب المعدة لها ، فإن خرج عن ذلك فهو قتل عمد .

ومن طبيعة تقسيم القتل إلى عمد وخطأ أن يكتفى بتعمد الجاني الفعل على وجه العدوان دون النظر إلى الآلة المستعملة في القتل ، لأن اشتراط شروط في الآلة كأن تكون قاتلة غالباً أو معدة للقتل . يقتضى أن تكون كل الأفعال المتعمدة التي تحصل بآلة لا تقتل غالباً كالعصا الخفيفة والسوط ، فلا خطأ حتى مع تعدد الضرب ومولاته . كما يقتضى أن تكون الأفعال المتعمدة التي تحصل بما لم يعد للقتل كإسقاط حائط على إنسان ، أو إلقائه من شاهق . أو ضربه بعصا غليظة قتلاً خطأ ، وهذا ما لم يقل به أحد قط ، فطبيعة تقسيم القتل إلى عمد وخطأ هي التي اقتضت من مالك أن لا يشترط في الآلة القاتلة أى شرط ، وسواء كانت الآلة تقتل غالباً أم تقتل كثيراً أو نادراً . فالقتل عمد ما دام الفعل عمداً وبقصد العدوان ، بل إن هذا التقسيم اقتضى أن لا يشترط حتى قصد القتل ، لأن اشتراطه يخرج بكثير من حالات العمد ويجعلها خطأ ، وهي ليست كذلك .

٣٥ - أما بقية الأئمة فيرون أن القتل عمد وشبه عمد وخطأ ، وحجتهم في شبه العمد حديث الرسول : « ألا إن في قتيل الصوت . . . الحديث » فافتضت منهم طبيعة هذا التقسيم أن يفرقوا بين نوعين من الأفعال المتعمدة هما : القتل العمد . والقتل شبه العمد . وقد استعانوا في التفرقة بين هذين النوعين بـمميز صالح للتمييز هو قصد القتل ، فإذا قصد الجاني القتل ، فالفعل قتل عمد ، وإذا لم يقصده فهو قتل شبه عمد ، لكنهم وجدوا أن القصد أمر داخلي يتعلق بنية الجاني وقلمًا يطلع الآخرون عليه ، وأن وجوده يكون دائماً مشكوكاً فيه ما لم يدل عليه دليل خارجي فإذا وجد هذا الدليل الخارجى زال الشك ، ومن ثم رأوا أن قيام قصد القتل في نية الجاني لا يكفي وحده لثبوته ، واشتروطوا لاعتبار القصد ثابتاً أن يكون من ثبوته دائماً عن طريق الوسيلة أو الآلة التي ارتكبت بها الجريمة لأنها تعبر عن نية الجاني وقصده من الجريمة ، ولأنها هي الدليل الخارجى الظاهر على نية الجاني ولما أرادوا تحديد هذا الدليل الخارجى اختلفوا : فرأى الشافعى وأحمد أن الدليل على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالباً . ورأى أبو حنيفة أن الدليل الخارجى على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالباً على أن تكون الآلة والوسيلة مما يعد للقتل .

٣٦ - كيف يثبت قصد القتل ؟ - ويخلص مما سبق أن قصد القتل يثبت من وجهين : أولاً - عن طريق الآلة المستعملة في الجريمة . ثانياً - عن طريق الأدلة العادية كالاعتراف ، وشهادة الشهود . ولكن لا يمكن أن يعتبر القصد ثابتاً بأى حال ما لم يثبت قصد القتل عن الطريق لأوال ، لأن كل إثبات يحىء عن الطريق الثانى يعتبر مشكوكاً فيه حتى يزول الشك بثبوت القصد عن طريق الآلة أو الوسيلة المستعملة في القتل .

واعتبار القصد الجنائى ثابتاً باستعمال آلة قاتلة ليس قرينة قاطعة ولا دليلاً غير قابل للنفي ، فيجوز للجاني أن يثبت أنه لم يستعمل الآلة القاتلة بقصد القتل فإذا استطاع إثبات دفاعه ، انتفى وجود قصد القتل واعتبر الفعل قتلاً شبه عمد

٣٧ - أساس الخلاف بين الشافعي وأحمد وبين أبي حنيفة: - أما الخلاف

بين الشافعي وأحمد من جهة وبين أبي حنيفة من جهة أخرى فأساسه اختلاف وجهة النظر في تحديد معنى القتل العمد فأبو حنيفة يرى أن عقوبة القتل العمد عقوبة متناهية في الشدة ، وهذا يستدعي أن تكون جريمة العمد متناهية في العمد ، بحيث يكون القتل عمداً محضاً لا شبهة فيه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « العمد قود » فشرط العمد مطلقاً من كل قيد والعمد المطلق هو العمد الكامل من كل وجهة ، أو هو العمد الذي لا شبهة فيه ، فلا يعتبر العمد كاملاً مع قيام الشبهة ووجودها ، ذلك أن الفرق بين العمد وشبهه العمد هو قصد القتل فقط ، فيجب أن يكون القصد بحيث لا شبهة فيه ، والشبهة لا تكون إذا كان القتل بآلة تقتل غالباً ومعدة للقتل ، لأن استعمال هذه الآلة يظهر بجلاء قصد الجاني بحيث لا يدخله الاحتمال ولا الشبهة ، فما كان هكذا اعتبر العمد فيه كاملاً من كل وجه وكان قتلاً عمداً ولهذا اعتبر أبو حنيفة القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل قتلاً شبه عمد ، ولم يعتبره قتلاً عمداً ، لأن الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة ، بل يقصد به التأديب والتهذيب عادة ، فكان هذا الاعتبار شبهة في القصد ، والقتل العمد لا يعتبر موجوداً مع قيام الشبهة في القصد ، وكذلك اعتبر الموالاة في الضرب بقصد القتل قتلاً شبه عمد إذا أدى الضرب للموت ، لأنه يحتمل حصول القتل بضربة أو ضربتين على سبيل الاستقلال دون حاجة إلى الضربات الأخرى ، والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمداً كما تبين مما سبق لاحتمال أن الضربة والضربتين قصد بهما التأديب والتهذيب ، والقاعدة عند أبي حنيفة أنه إذا جاء الاحتمال ، جاءت الشبهة ، وإذا جاءت الشبهة امتنع القول بتوفر قصد القتل وبالتالي بتوفر القتل العمد .

أما في المنقل . فيرى أبو حنيفة أن استعمال آلة تقتل غالباً ولكنها غير معدة للقتل هو في ذاته دليل على عدم القصد ، لأن الأصل عنده ، أن كل فعل يحصل (٣ - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

بالآلة المعدة له . فإذا حدث بآلة لم تعد له احتمال أن الفاعل لم يقصد هذا الفعل بالذات وهذا الاحتمال شبهة ، والشبهة تمنع القول بالقتل العمد .

٣٨ - أما السافعي وأحمد : فمن رأيهما أن الاكتفاء بأن تكون الآلة قاتلة غالباً أياً كان نوعها . لأنها إذا كانت كذلك فهي بذاتها دليل على توفر قصد القتل وانتفاء قصد التأديب والتهذيب ، فإذا انضم هذا إلى وجود قصد القتل في نية الفاعل ، كان العمد كاملاً لا شبهة فيه ، ووجب اعتبار الفعل قتلاً عمداً .

وعلى هذا الأساس اعتبروا الضربة والضربتين بعضاً خفيفة قتلاً عمداً إذا كانت الآلة تقتل غالباً لظروف المجنى عليه أو الفعل أو غير ذلك ، كما أنهما اعتبرا الموالاة في الضرب قتلاً عمداً . لأن الموالاة تجعل الآلة قاتلة غالباً ، واعتبرا الضرب بالمتقل قتلاً عمداً لأنه يقتل غالباً فكان استعماله دليل القصد إلى القتل ، فإذا انضم هذا إلى أصل القصد الكامن في نية الجاني ، كان العمد كاملاً لا شبهة فيه .

٣٩ - خروف أبي يوسف ومحمد وأبي حنيفة : - خالفوا في المتقل واعتبرا القتل به قتلاً عمداً ، بينما اعتبر أبو حنيفة القتل بالمتقل قتلاً شبه عمد كما بينا ، وحجتهما أن الضرب بالمتقل مهلك غالباً ، وأنه لا يستعمل في الضرب إلا بقصد القتل ، فجعله هذا الاستعمال أداة معدة للقتل ، ومن ثم كان استعماله باعتباره آلة تقتل غالباً ومعدة للقتل دليلاً على قصد القتل كاستعمال السيف ، ووجب اعتبار الفعل قتلاً عمداً لانتهاء شبهة في القصد ولوجود العمد كاملاً^(١) .

٤٠ - بين الشريعة والقانون : - لا تفترق آراء شراح القوانين كثيراً عن آراء الفقهاء التي عرضناها فشرح القوانين يفرقون كما يفرق الفقهاء بين الفعل القاتل ووسيلة القتل ، ويشترط الشراح عموماً في القتل الموقوف أو الخائب الأثر أن تكون الوسائل المستخدمة فيه مما يحدث الموت ، لأن تخلف هذا الشرط يجعل الجريمة مستحيلة الوقوع بالوسيلة التي استخدمها الجاني .

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٨ .

٤١ - ويختلف الشراح فيما إذا كانت وسيلة القتل لاتحدث القتل غالباً ، وكانت تحدثه في الكثير أو النادر ، كمن يلطم آخر أو يلكره أو يضربه بعضاً رقيقة ، أو يجرحه في غير مقتل وهو قاصد قتله . فيرى البعض وهم أصحاب النظرية المستحيلة أن الفعل إذا لم يؤد للوفاة لا يعتبر شروعاً في قتل عمد . لأن نية القتل عندهم لا تكفي وحدها لاعتبار القتل عمداً ، بل يجب أن تكون أداة القتل من شأنها إحداث القتل - أى مما يقتل غالباً - لأن الجرح والضرب قد يقتل كثيراً أو نادراً وليس هذا شأن اللطم واللكز والضرب الخفيف والجرح في غير مقتل وعلى هذا الأساس ، يعتبرون الضرب والجرح في هذه الحالة ضرباً عادياً .

ويرى البعض الآخر أن مثل هذه الأفعال يصح أن تكون شروعاً في قتل لأنها تؤدي غالباً للموت إذا تكررت وقوعها أى مع موالاة الضرب والجرح أو تعدد الإصابات ، ورأى الفريق الأول يتفق مع رأى أبى حنيفة في الضرب البسيط وضرب الموالاة ، كما يتفق مع رأى أبى يوسف ومحمد في الضرب بالمتنقل ، لأنهم ينظرون إلى طبيعة أداة القتل دون نظر إلى تعدد الفعل وظروفه وحال الجنى عليه وأثر الفعل فيه ، أما رأى الفريق الثانى فيتفق تماماً مع رأى الشافعى وأحمد ومن باب أولى مع رأى مالك . ويلاحظ أن نفي الاتفاق فيما يختص بأداة القتل فقط لا فيما يختص بالمسئولية عن الفعل .

٤٢ - أما إذا أعقب الضرب والجرح البسيط حدوث الموت ، فعامة الشراح في فرنسا على أن الفعل يعتبر ضرباً أفضى إلى الموت إذا أمكن القطع بأن الوفاة نشأت عن الضرب والجرح . أما إذا كان من المرجح أن مرض الجنى عليه السابق على الواقعة أو التالى لها ، أو إهماله العلاج هو الذى سبب الموت ، فلا يسأل الجانى إلا عن الضرب فقط دون الموت ، ولو أن الجنى عليه لم يمت إلا على أثر الضرب أو الجرح لأن الموت في نظر هؤلاء الشراح لم يكن نتيجة مباشرة لفعل الجانى . أى أن فعل الجانى لم يكن السبب المنتج ، بل هو سبب

عارض فقط ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع رأى أبى حنيفة فى القتل العمد عموما كما يتفق مع رأى أبى يوسف ومحمد فى مسألة المنقل ^(١).

٤٣ - الأفعال المنصرفة بالقتل : - والأفعال التى تتصل بالقتل لا تعدو وفعلا من ثلاثة فهى : إما مباشرة وإما سبب وإما شرط والتميز بين هذه الأفعال ضرورى للتمييز بين القاتل وغير القاتل ^(٢).

٤٤ - المباشرة : - ويعرف الفقهاء المباشرة بأنها ما أثر فى التلف وحصله أى ما جلب الموت بذاته دون واسطة وكان علة له كالذبح بسكين ، فإن الذبح يجلب الموت بذاته . وهو فى الوقت نفسه علة الموت ، وكالحرق فإنه متلف بذاته للمحنى عليه ، وهو فى الوقت نفسه علة تلفه - أى ما أتلف المجنى عليه وكان علة تلفه .

٤٥ - ويعرفه السبب : بأنه ما أثر فى التلف ولم يحصله ، أى ما كان علة للموت ولكنه لم يحصله بذاته وإنما بواسطة كشهادة الزور على برىء بالقتل فإنها علة للحكم عليه بالإعدام ، ولكنها لا تجلب بذاتها الإعدام وإنما الذى يجلبه فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ الحكم ، وكذلك حفر بئر وتغطيتها فى طريق المجنى عليه بحيث يسقط فيها ويموت من سقطته .

والسبب على ثلاثة أنواع : - ١ حسى : كالإكراه ، فإنه يولد فى المكروه داعية القتل .

٢ - شرعى : كشهادة الزور على القاتل ، فإنها تولد فى القاضى دواعى الحكم بالإعدام .

٣ - ما يولد المباشرة توليداً عرفياً لا حسياً ولا شرعياً كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف ، وحفر بئر وتغطيتها فى طريق القاتل .

(١) راجع أحمد بك أمين ص ٣٠٩ . والموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٦٨٥ ، ٦٨٧ .

(٢) راجع نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٢٤٠ - الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها للإمام الفزائى

فإن حفر البئر علة للموت ولكن الحفر ليس هو الذى أمات الجنى عليه ، وإنما السقطة هى التى أماتت ، والسبب يشبه المباشرة من وجه ، فكلاهما علة للموت فعنى ذلك أن الفعل المباشر المؤدى للموت يتولد عن السبب .

٤٦ - الشرط - هو مالا يؤثر فى التلف ولا يحصل بل يحصل التلف عنده بغيره ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه ، أى هو مالا يكون علة للموت ولا يجلب الموت ، أو هو كل فعل لم يتلف الجنى عليه ، ولم يكن علة فى تلفه ، ولكن وجوده جعل فعلاً آخر متلفاً أو علة فى التلف ، ولولا وجوده ما كان له هذا الفعل الآخر ذلك التأثير ، ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث بغير غرض للقتل ، فيموت الثانى ، فإن مآثر فى التلف وحصله هو الإلقاء لا حفر البئر ، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له الأثر الذى حدث لولا وجود البئر .

٤٧ - المسؤولية عن المباشر والتسبب والشرط - صاحب الشرط لا مسؤولية عليه إطلاقاً لأن فعله ليس علة للموت ولم يؤد للموت ، لا بالذات ولا بالواسطة ، أما صاحب المباشرة وصاحب السبب فكلاهما مسؤول عن فعله لأنه علة للموت وأدى إليه بالذات أو بالواسطة بمستوى بذلك لدى الفقهاء أن يكون القتل العمد مباشرة أو تسبباً إذ لا عبرة بالفرق الظاهر بين المباشرة والسبب ، وإذا كان فعل الجانى مباشرة سعى القتل قتلاً مباشراً وإذا كان سبباً سعى القتل قتلاً بالتسبب .

٤٨ - فمرة الجنى عليه على دفع أثر المباشرة والتسبب - ويدق الأمر فى تحديد المسؤولية إذا كان الجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل الجانى ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية بحكم هذه الحالة :

١ - إذا كان الفعل مهلكاً والدفع غير موثوق به كترك معالجة الجرح اعتبر القاتل قاتلاً ولا عبرة بترك العلاج .

٢ - إذا كان الفعل غير مهلك والدفع موثوق به كمن ألقى آخر فى ماء قليل فبقى مستلقياً فيه حتى نام أو تصلبت أطرافه من البرد فإن الفاعل لا يعتبر

قاتلا ، إذ الموت نتيجة لبقاء الجنى عليه في الماء وليس نتيجة إلقائه فيه ، وتختلف الفقهاء في هذا المبدأ ، فالشافعية يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى مات لا يسأل من فصدته عن القتل ، والحنفية يرون أنه مسؤول ، لأنه أحدث الجرح الذي أدى إلى الوفاة وأن الدفع لم يكن موثوقاً به^(١) .

٣ - إذا كان الفعل مهلكاً والدفع سهلاً كما لو ألقى من يحسن السباحة في ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق ، وكما لو ألقى شخص في نار قليلة استطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق ، ففي هذه الحالة خلاف ، فالبعض يرى أن الفاعل قاتل لأن الإلقاء في الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق ، ولأن أعصاب الملقى في النار تتشنج بإلقائه في النار فتعسر عليه الحركة ، ولأن العادة ألا يستسلم الناس للموت فيكون القتل نتيجة للإلقاء ، ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلاً مادام الجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل والخروج من النار فبقى فيها مختاراً^(٢) وأسباب الخلاف هو اختلاف وجهة النظر في تصور حال الجنى عليه ، فلو علم قطعاً أنه بقي مختاراً فالملقى لا يعتبر قاتلاً بلا خلاف ، ولو علم قطعاً أنه لم يكن مختاراً في بقائه فالملقى قاتل دون خلاف .

٤٩ - ولا يشترط الفقهاء أن يكون القتل العمد حاصلًا بيد الجاني مباشرة ، فيستوى عندهم في القتل العمد أن يكون مباشرة أو تسببياً ، فإذا ذبح الجاني الجنى عليه بسكين فهو قاتل عمداً ، وإذا أعد الجاني وسائل الموت وهياً أسبابه للمجنى عليه فهو قاتل عمداً ، ولو كان الموت معاقباً على ظرف معين أو على مشيئة الجنى عليه فيعد قاتلاً عمداً من يحفر بئراً في طريق الجنى عليه ويستترها عن نظره ، أو جسراً في طريقه ولو كان المرور في الطريق معلقاً على ظرف خاص أو على مشيئة الجنى عليه ، وهكذا في غير ذلك من الصور مادام الفعل يحدث الموت بذاته ، أو مادام بين الفعل والموت رابطة السببية^(٣)

(١) المغني ج ٩ ص ٣٢٦

(٢) راجع الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ - المغني ج ٩ ص ٣٣٢ وما بعدها - مواهب الجليل

ج ٦ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

٥٠- رأى لؤي ضيف - وأبو حنيفة كبقية الفقهاء لا يفرق بين القتل المباشر والقتل بالتسبب ويعتبر كليهما قتلاً عمداً ولكنه يجعل عقوبة القصاص للقتل المباشر ويدروها عن القاتل بالتسبب ويجعل بدلاً منها الدية، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي القصاص، ومعنى القصاص المماثلة، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة، فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتلاً بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة القصاص المماثلة في الفعل، فن حفر بئراً ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص منه لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤد إليه مباشرة، ومن شهد على آخر بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة لا يقتص منه لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام إلا أنها لم تؤد إلى إعدام المشهود عليه مباشرة^(١).

٥١- تعدد المباشرة والسبب :- وإذا كان الجاني واحداً كان فعله إما مباشرة أو تسبباً إذا كان فعلاً واحداً، فإذا تعددت أفعال الجاني أو تعدد الجناة تعددت تبعاً لذلك أفعال المباشرة والتسبب، وقد تكون الأفعال جميعها مباشرة وقد تكون جميعها تسبباً، وقد يكون بعضها مباشرة وبعضها تسبباً

٥٢- اجتماع مباشرتين فأكثر :- إذا تعددت أفعال الجاني المباشرة فسواء كانت كلها قاتلة إذا انفردت أو بعضها فقط هو القاتل، وسواء وقعت مجتمعة أو متعاقبة فالجاني مسؤول عن القتل العمد مادام فعله أو أفعاله من شأنها إحداث الموت ومادام أنها قد أدت إليه فعلاً.

أما إذا كانت الأفعال المباشرة من أشخاص متعددين فالحكم يختلف بحسب ما إذا كانت قد وقعت منهم مجتمعين متآثرين أو وقعت منهم على التعاقب، وقبل الكلام على هاتين الحالتين يجب أن نعرف أولاً معنى التماثل.

٥٣- التماثل :- الأصل في التماثل هو قضاء عمر رضى الله عنه، فقد كان

بمدينة صنعاء امرأة غاب عنها زوجها وترك في حجرها ابناً له من غيرها يقال له أصيل فاتخذت المرأة بعد زوجها خليلاً ، فقالت له إن هذا الغلام يفضحنا فاقته ، فأبى فامتنعت عنه فطاوعها ، فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة ورجل آخر والمرأة وخادمها فقتلوه ثم قطعوه أعضاء وألقوا به في بئر ، ولما ظهر أمر الحادث وفشا بين الناس أخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف ثم اعترف الباكون ، فكتب إلى عمر بن الخطاب بنخبر ما حصل ، فكتب إليه عمر أن اقتلهم جميعاً ، وقال : « والله لو تمألاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » .

وروى عن علي أنه قتل ثلاثة قتلورجلا ، وعن ابن عباس قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان قتل الجماعة بالواحد إجماعاً لأنه عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة ، كعقوبة القذف للواحد على الجماعة فضلاً عن أن القصاص لا يتبعض ، فلو سقط بالاشتراك لأدى ذلك إلى التسارع إلى القتل وضاعت حكمة الوضع والزجر .

ومع أن الأئمة الأربعة يسمون بأن الجماعة تقتل بالواحد إلا أنهم اختلفوا في معنى التماثل ، فأبو حنيفة يرى أن التماثل هو توافق إرادات الجناة على الفعل دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بحيث يجتمعون على ارتكاب الفعل في فور واحد دون سابقة من تدبير أو اتفاق ، ويأخذ بهذا الرأي بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد كما هو الظاهر^(١) . ولا يرتب أبو حنيفة على التماثل نتيجة ما فإذا لم يكن فعل الجاني قاتلاً فلا أثر للتماثل عليه .

ويرى مالك أن التماثل يعني الاتفاق السابق على ارتكاب الفعل والتعاون على ارتكابه ، وأن التوافق على الاعتداء لا يعتبر تماثلاً ، ويأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء مذهب الشافعي ومذهب أحمد ولكنهم يخالفون مالكاً في أنهم

(١) - الزيلعي ج ٦ ص ١١٤ - والبحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ - والنفى الجزء ٩ ص

٣٦٦ - والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ وما بعدها - والمهذب ج ٢ ص ١٨٦ .

لا يعتبرون متماثلًا إلا من اشتراك في ارتكاب الفعل بصفته فاعلاً له ^(١) .
 أما مالك فيعتبر متماثلًا كل من حضر الحادث وإن لم يباشر الفعل إلا أحدهم
 أو بعضهم ، لكن بحيث إذا لم يباشره هذا لم يتركه الآخر فهو يعتبر متماثلًا كل
 من حضر ولو كان ريثة أى رقيباً بشرط أن يكون مستعداً لتنفيذ
 ما اتفقوا عليه ^(٢) .

٥٤ - القتل المباشر على الإجماع : - من المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة
 أنه إذا قام جماعة بقتل شخص في فور واحد بأن توافقت إراداتهم على القتل وقت
 الحادث فقط دون اتفاق سابق ، فإن كلا منهم يعتبر قاتلاً عمداً له إذا كان فعل
 كل منهم يمكن تمييزه وكان على انفراده له دخل في إحداث الموت كأن جرحه
 كل منهم جرحاً أو جراحاً قاتلة لها دخل في زهوق روحه ، ولا عبرة بالتفاوت
 بين الجناة في عدد الجراح وفخسها ، فإذا أحدث أحدهم جرحاً والآخر عشرة
 وإذا أحدث أحدهم جرحاً فاحشاً وأحدث الآخر جرحاً أقل فخشا فكل منهم
 مسؤول عن القتل العمد مادام قد أحدث جرحاً له دخل في إحداث الوفاة .

وإذا كان فعل أحدهم لا دخل له في الزهوق فلا يعتبر قاتلاً وإنما يسأل فقط
 عن الجرح أو الضرب ، والعبرة بقول الخبراء في كون الفعل له دخل في الزهوق
 أم لا ، فمن قرر الخبراء أن لفعله دخلاً في الزهوق فهو قاتل عمداً ومن قرروا
 أن فعله لا دخل له في الزهوق فهو جرح أو ضارب .

وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يعرف المزهق من غير المزهق فهم جرحون أو
 ضاربون ولا يسألون عن القتل لأن الجرح والضرب هو المتيقن منهم وهذا
 هو رأى الأئمة ما عدا مالكا ، ويرى بعض فقهاء الحنفية مسؤوليتهم جميعاً عن
 القتل إذا لم تتميز أفعالهم ^(٣) .

(١) - الشرح الكبير للدريج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ - نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٦١
 ٢٦٣ - ونحفة المحتاج ج ٤ ص ١٤ ، ١٥ - وحاشية البجيرى على المنهج ج ٤ ص ١٤٠ -
 والاقناع ج ٤ ص ١٧٠

(٢) - المراجع السابقة (٣) - حاشية ابن عابدين ٤٩٠

وإذا كان فعل كل منهم منفرداً لا دخل له في الزهوق ولكن أفعالهم مجتمعة أدت إليه ، فيرى بعض الشافعية أن كلا منهم يعتبر قاتلاً عمداً .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في حكم لها قضت فيه بأنه متى كان الثابت أن كلا من المتهمين قد ضرب القاتل وأن ضربه ساهمت في إحداث الوفاة كان كل منهم مسئولاً عن الوفاة ولو لم يكن بينهم اتفاق سابق ، ولو كانت الضربة الحاصلة من أحدهم ليست بذاتها قاتله فإذا كان الثابت أن كلا منهم قد قصد القتل كان مسئولاً أيضاً عن جناية القتل ^(١) :

ولا يرى البعض ذلك وهو متفق مع مذهب أبي حنيفة وأحمد ^(٢) .
أما مالك فيرى أنه إذا لم تتميز الضربات أو تميزت سواء تساوت أو اختلفت ، ولكن لم يعلم عن من أحدثت ضربه الموت ، فهم جميعاً قاتلون إذا ضربوه عمداً عدواناً ، وفي المذهب يرى سقوط القصاص وإحلال الدية محله إذا لم تتميز الضربات ولم يعلم من أيها مات وهو رأى مرجوح ^(٣) .

هذا هو حكم القتل على الاجتماع عند القائلين بأن التماثل هو التوافق فهم يعتبرون القتال على الاجتماع مصحوباً دائماً بتوافق الإرادات أى التماثل .

أما من يرون أن التماثل هو الاتفاق السابق وليس التوافق ، فيعطون الأحكام السابقة للجماعة غير المتماثلين ، فإن كانوا متماثلين على القتل فإنهم يسألون جميعاً عن القتل العمد ، سواء كان فعل كل منهم له دخل في الزهوق منفرداً أو مجتمعاً أو لا دخل له ، وسواء تميزت الأفعال أو لم تتميز ، ولو ضربوه بسيطا أو عصاً خفيفة أو بأيديهم ولو كان ضرب كل منهم غير قاتل نحو أن يضربه كل

(١) نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٨ المحاماة س ١٩ ص ٦١٥

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ والاقناع ج ٤ ص ١٧٠

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨

منهم سوطاً أو نحو أن يضر به على التوالى .^(١)

٥٥ - القتل المباشر على التعاقب : المفروض في القتل على التعاقب ، أنه ليس ثمة توافق ولا تماثل بين الفاعلين وأنهم يرتكبون الفعل منفردين على التعاقب لا مجتمعين كما هو الحال في القتل على الاجتماع . وحكم القتل على التعاقب ، أنه إذا قام أكثر من شخص بقتل واحد فإن كلا منهم يعتبر قاتلاً له إذا كان فعل كل منهم يمكن تمييزه ، وكان على انفراده له دخل في إحداث الوفاة ، وإذا جرحه أحدهم جرحاً وجرحه الآخر عشر جراحات فكلاهما مسئول عن قتله عمداً ولا عبرة بكثرة الجراحات مادام كل جرح له أثره في إحداث الوفاة ، ولأن الإنسان قد يموت بجرح واحد ولا يموت بجراحات كثيرة .

وإذا كان فعل أحدهم لا دخل له في إحداث الوفاة ، فإنه يسأل فقط عن الجرح أو الضرب ويسأل الباقيون عن القتل ويرجع في هذا إلى قول الخبراء في الطب .

وإذا شفى من الجراح التي أحدثها أحدهم ، ومات من جراح الباقيين كان كل مسئولاً عن نتيجة فعله ، فمن برئت جراحه التي أحدثها سئل عن الجرح ، ومن لم تبرأ جراحه سئل عن القتل إذا كان لجراحه دخل في الموت . فإذا اشترك ثلاثة في قتل رجل ، فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه ثالث فمات ، فكل من الثلاثة قاتل عمداً ، فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين ، فمن برأ جرحه يعاقب باعتباره جراحاً ويعاقب الآخرون باعتبارهما قاتلين^(٢) .

وإذا قطع واحد يده من المعصم . وقطع الثاني نفس اليد من المرفق فمات

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٨ - ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٣

والإقناع ج ٤ ص ١٧٠

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٦

فإن برئت جراحة الأول قبل قطع الثاني ، فالأول جرح ، والثاني قاتل دون خلاف وإن كان القطع الثاني قبل براء القطع الأول فيرى الشافعي وأحمد أن الاثنين قاتلان . لأن جرح كل منهما قاتل وحده . والألم الحاصل بالجرح الأول انضم إلى الألم الحاصل بالجرح الثاني وتكامل به ، فكان الموت مضافاً إليهما . ومن أصحاب هذا الرأي زفر ، ويرى أبو حنيفة وباقي أصحابه أن القاتل هو الثاني ^(١) لأن السراية باعتبار الآلام المترادفة التي لا تتحملها النفس إلى أن يموت وقطع اليد من المرفق يمنع وصول الألم من القطع السابق إلى النفس . فكان قطعاً للسراية ، فبقيت السراية مضافة إلى القطع الأخير ويرى مالك أنه إذا كان القطع الثاني عقب القطع الأول فهما قاتلان وإن عاش بعد القطع الأول حتى أكل وشرب ثم مات عقب الثاني مباشرة فالقاتل هو الثاني ، وإن عاش بعدها حتى أكل وشرب فلأولياء أن يقسموا على أيهما ويقتصوا منه . ^(٢) وإن رماه أحدهما من شاهق فتلقاه آخر بالسيف فقداه أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه قبل أن تصل الصخرة ، فيرى أحمد أن القصاص على الثاني لأن الرمي سبب والقتل مباشرة . فقطعت المباشرة حكم السبب ، ويرى الشافعي مثل هذا إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه . أو ألقى عليه صخرة يمكن أن يسلم منها ، أما أن كان عمل الأول لا تمكن السلامة فيه ، فالبعض يرى كليهما مسئولاً عن القتل لدخول المباشرة مع السبب ، ويرى البعض أن الثاني هو القاتل ، والرأي الأخير هو المتفق مع القانون لأنه يعتبر الأول شارعاً في قتل والثاني قاتلاً ما لم يكن بينهما اتفاق أو توافق على القتل فكلاهما يعتبر قاتلاً ، وإن ألقاه في لجة لا يمكن الخلاص منها فالتقمه حوت فالرامي قاتل لأنه ألقاه في مهلكة يهلك بها دون واسطة يمكن إحالة الحكم عليه كما يرى البعض ، ويرى البعض أن الهلاك ليس سببه فعل الرامي فأما إن ألقاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٠٤

(٢) الشرح الكبير ج ٧ ص ٣٧٧

حوت أو تمساح فهو شبه عمد لأن الذي فعله لا يقتل غالباً^(١)
 وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يعرف صاحب الجرح الذي أحدث الموت ، أو
 كانت أفعالهم مفردة لا دخل لها في الزهوق ولكنها أدت إليه مجتمعة ، فالحكم
 في ذلك هو ما سبق في القتل على الإجماع وقد يطرأ على الفعل المباشر فعل
 مباشر آخر أقوى منه بحيث ينقطع بالفعل الثاني أثر الفعل الأول ، وحكم هذه
 الحالة تقديم الفعل الأقوى واعتبار صاحبه هو القاتل ، فلو جرح الأول رجلاً
 جرحاً مميتاً بقصد القتل فجاء صاحب الفعل الثاني وحز رقبتة فالقاتل هو الثاني ،
 أما لو ذبحه الأول فجاء الثاني وجسم المذبوح لا يزال ينتفض فقتله نصفين فالقاتل
 هو الأول ، أما الثاني فيعتبر معتدياً على حرمة ميت ويعزر ، وإن شق الأول
 بطنه ومزق أحشاءه ولكن بقيت به حياة مستقرة فجاء الثاني وقطع رقبتة
 فالثاني قاتل والاول جراح ، أما إذا كان فعل الأول قد أخرج الجنى عليه من
 حكم الحياة فالأول هو القاتل على رأى ، والثاني هو القاتل على رأى آخر مادام
 الجنى عليه لم يسلم الروح فعلاً^(٢)
 ويرى البعض أنهم جميعاً مسئولون عن القتل عمداً . إذا تعذر معرفة صاحب
 الجرح المثخن^(٣).

وإذا شق شخص بطن آخر ثم جاء ثان فحز رقبتة فالآخر هو القاتل أما
 الأول فجراح فقط ، لأن الإنسان يعيش بعد شق البطن ، ولأن حياة الجنى
 عليه كانت مستقرة وقت حز الرقبة ، هذا إذا كان الشق مما يحتمل معه أن
 يعيش بعده يوماً أو بعض يوم فأما إذا كان لا يتوهم ذلك ولم تبق إلا غمرات
 الموت فالشاق هو القاتل والحاز لا يعتبر جراحاً بل معتدياً على حرمة ميت ،

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٠ ، والمهذب ج ٢ ص ١٨٨

(٢) راجع الفقرتين ١١ ، ١٢

(٣) حاشية ابن عابدين ص ٤٩٠

وهناك رأى آخر مضاد لهذا الرأى ، وقد بسطنا القول فى هذه المسألة فى الفقرتين الحادية عشرة والثانية عشرة .

٥٦ - اجتماع سببين فأكثر : إذا تسبب اثنان أو أكثر فى إحداث أفعال قاتلة بإنسان « كأن حبسه واحد فى منزل يقصد قتله جوعاً ، وأطلق الثانى صنابير الغاز بقصد قتله خنقاً ، وأشعل الثالث النار فى المنزل بقصد قتله حرقاً » فإن مسئولية الجناة تترتب طبقاً للقواعد التى سبق أن بيناها فى حالة تعدد المباشرة ، سواء كانت الأفعال على الاجتماع أو التعاقب ، وسواء أكان هناك تماثل أو لم يكن ، ولا يغير من الحكم أن الفعل هناك مباشر وهنا تسبب ، لأن التسبب لا يقتل بذاته وإنما يقتل بواسطة فعل مباشر آخر ينسب للفاعل باعتباره متسبباً فيه ، فالمنسوب للمتسبب هو نفس الفعل الذى ينسب للمقاتل مباشرة ، ومن ثم لم يكن اختلاف الحكم .

٥٧ - اجتماع مباشرة وسبب : إذا اجتمع فعل مباشر مع فعل متسبب ، فلا يخرج الأمر فى تحديد مسئولية المباشر والمتسبب عن حالة من ثلاث .

أولاً : أن يغلب السبب المباشرة ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدواناً ، وفى هذه الحالة تكون المسئولية على المتسبب دون المباشر . كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور ، فهذه النتيجة مسلم بها فى القانون المصرى إذ نصت المادة ٢٩٥ عقوبات على أنه إذا ترتب على الشهادة المزورة الحكم بالإعدام ونفذ الحكم فعلاً ، عوقب شاهد الزور بعقوبة الإعدام .

فإن قتل الجلاد له ليس عدواناً . والجلاد هو المباشر للقتل ، أما المتسبب فى القتل فشهود الزور ، وما دامت المباشرة ليست عدواناً ، فالمسئولية على المتسبب وحده .

ثانياً : أن تغلب المباشرة السبب : وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله كمن ألقى إنساناً في ماء بقصد إغراقه نخفته آخر كان يسمح في الماء أو كمن ألقى إنساناً من شاهق فقتله آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف أو أطلق عليه عياراً نارياً فقتله قبل وصوله إلى الأرض . فالمسئول عن القتل هو المباشر وليس المتسبب ، ولكن الأخير يعزر على فعله .

ثالثاً : أن يعتدل السبب والمباشرة : بأن يتساوى أثرهما في الفعل ، وفي هذه الحالة يكون التسبب المباشر مسئولين معاً عن القتل كحالة الإكراه على القتل ، فإن المكره وهو المتسبب هو الذي يحرك المباشر وهو المكره ويحمّله على ارتكاب الحادث ، ولولا الأول لما فعل الثاني شيئاً ولما حصل القتل ^(١) . وكذلك من يأمر ولده الصغير أو المعتوه بقتل آخر فيقتله طاعة لهذا الأمر فكلاهما يعتبر قاتلاً ولو أن للصغير أو المعتوه حكماً خاصاً من حيث العقوبة خلافاً لأبي حنيفة .

٥٨ - نسب الجاني في فعل قاتل مباشر من الجنى عليه :

ويعتبر الجاني مسئولاً عن القتل العمد عند مالك ^(٢) إذا تسبب في الفعل القاتل ، ولو كان الموت نتيجة مباشرة لفعل الجنى عليه .

فلو أن إنساناً طلب آخر قاصداً قتله بسيف مجرد أو ما يخيف كرمح أو سكين فهرب منه فتبعه الجاني وتلف الجنى عليه في هربه . بأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خرّ في مهواة أو سقط فتلف أو لقيه سبع فاقتسه أو غرق في ماء أو احترق بنار فعلى كل هذه الصور يعتبر الطالب قاتلاً عمداً ، ولو أن هرب الجنى عليه هو الذي أنتج الموت مباشرة .

ويعتبر أحمد ^(٣) الطالب مسئولاً عن القتل شبه العمد في هذه الصور ، لأن

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعده - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٧٧

الفعل الذى حدث من الجانى لا يقتل غالباً ، وفى مذهب الشافعى^(١) رأيان يفرقان بين المجنى عليه المميز ، وغير المميز ، فإذا كان المجنى عليه غير مميز فالطالب يعتبر مسئولاً عن القتل شبه العمد ، وإذا كان مميزاً فهناك رأيان ، رأى يرى أنه لا مسئولية على الطالب لأن المجنى عليه هو الذى أهلك نفسه بفعله ، ورأى يرى مسئولية الطالب عن القتل شبه العمد ، لأن المجنى عليه لم يقصد إهلاك نفسه ، وإنما ألجأه الطالب إلى الحرب المفضى للهلاك . وقد اعتبر القتل شبه عمد لأن وسيلة القتل ليست مما يقتل غالباً ، فالشافعى وأحمد فى هذا يحافظان على قاعدتهما ، أما مالك فاعتبره عمداً لأنه كما مر لا يعرف القتل شبه العمد ، والفعل عنده إما عمداً أو خطأ ويمكن تفسير مسئولية الطالب مع أن الفعل المباشر من المجنى عليه بأن المباشرة لم تكن عدواناً فيتغلب الفعل المسبب .

أما أبو حنيفة فلا يرى مسئولية الطالب ، لأن المجنى عليه قتل بفعل نفسه . . .

ويتفق القانون المصرى والفرنسى مع ما يراه أبو حنيفة ، ويتفق القانون الألمانى والقانون الإنجليزى مع ما يراه باقى الأئمة .

٥٩ - القتل بفعل غير مادی : ويتفق الفقهاء الأربعة على جواز حصول القتل بوسيلة معنوية لا مادية ، كمن شهر سيفاً فى وجه إنسان فمات رعباً ، ومن تغفل إنساناً وصاح به قاصداً قتله فمات مذعوراً أو سقط لفزع من مرتفع ومات من سقطته ، ومن ألقى على إنسان حية فمات رعباً ، ومن دلى إنساناً من شاحق فمات من روعته قبل أن يضربه بسيف أو يترك ليسقط على الأرض .

وعند مالك^(٢) أن القتل فى هذه الاحوال عمد مادام الجانى قد تعمّد الفعل

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٢ ، ٣٣٣

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧

على وجه العدوان ولم يقصد منه اللعب أو المزاح ، فإن قصد اللعب أو المزاح فالقتل خطأ .

ويرى أحمد^(١) أن القتل في هذه الأحوال شبه عمد لأن الوسيلة لا تقتل غالباً وكذلك يرى أبو حنيفة^(٢) .

وفي مذهب الشافعي^(٣) يفرقون بين من يميز وبين من لا يميز كالصبي والمعتوه والمجنون والنائم والموسوس والمصعوق والمذعور والضعيف ، ويرون أن القتل شبه عمد في حالة من يميز وأنه قتل عمد في حالة من لا يميز لأن الوسيلة تقتل غالباً في حالة من لا يميز . ولا تقتل غالباً في حالة المميز .

وليس في نص القانون المصري أو القانون الفرنسي ما يمنع أن تكون وسيلة القتل فعلاً غير مادي . ولكن جمهور الشراح الفرنسيين ويتابعهم المصريون يرون أن لا عقاب على القتل بهذه الطريقة ، وحجتهم أنه لا يمكن على وجه التحقيق اعتبار العوامل النفسية التي تنشأ عن فعل الجاني سبباً لموت المجنى عليه ، وهذا الرأي منتقد لأنه مع تقدم العلم يمكن أن يثبت على وجه التحقيق أن الموت نشأ عن العوامل النفسية التي أحدثها فعل الجاني ، ولأن هناك صوراً تكون حالة الجاني والمجنى عليه فيها من الظهور بمكان بحيث يكون من الظلم أن يفلت الجاني من العقاب ، ومع ذلك فهناك من القوانين الوضعية ما يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ، فالقانون الإنجليزي يعاقب على القتل إذا كانت وسيلة القاتل لقتل فريسته معنوية لا مادية .

٦٠ - تعدر الأسباب: ومن المتفق عليه بين الأئمة الأربعة^(٤) أن الجاني يعتبر مسئولاً

(١) المغني ج ٩ ص ٥٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٠ ، ٣٣١ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ ، ٢٤٣ ، ٢٦٣ وما بعده والمغني ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٨٠ ، =

(٤ - التشريع الجنائي الإسلامي (٢)

عن القتل العمد إذا كان فعله سبب الموت، أو كان له على انفراده دخل فيه، ولو كان هناك أسباب أخرى اشتركت في إحداث الموت سواء كانت هذه الأسباب راجعة لفعل المجنى عليه أو تقصيره أو حالته أو لفعل غيره . متعمدة أو غير متعمدة ، وسواء كانت رئيسية أم ثانوية ، فإذا أحدث المجنى عليه بنفسه جراحاً وأساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهل العلاج أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر في العملية وساعد كل ذلك في إحداث الموت؛ أو كان له على انفراده دخل فيه ، فإن الجاني مع ذلك يظل مسئولاً عن القتل العمد ما دام فعله مهلكاً من شأنه إحداث الوفاة .

وإذا كان المجنى عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً فيعتبر الجاني مسئولاً عن قتله عمداً إذا ضرب المجنى عليه ضرباً أو جرحه جرحاً لا يقتل الرجل الصحيح ما دام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل الرجل المريض والضعيف والصغير ، وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة فأحدث به الجاني إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً ، فالجاني مسئول عن القتل ولو أن القتل نتيجة مباشرة لكل هذه الإصابات ويستوى أن تكون الإصابات التي بالمجنى عليه ناشئة عن فعله كما إذا جرح نفسه أو عن فعل غيره كإنسان ضربه أو حيوان نهشه .

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات سببها فعل مباح كالدفاع الشرعي مثلاً فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدواناً يقصد قتله فمات من جميع الإصابات فالجاني مسئول عن قتله عمداً ، ولو أن بعض الإصابات التي أدت إلى القتل ناشئة عن فعل مباح .

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات غير متعمدة ثم أحدث به الجاني إصابات متعمدة فمات منها جميعها فالجاني مسئول عن القتل العمد، ولو أن بعض الإصابات التي أدت إليه ناشئة عن خطأ .

= ٣٨١ ، ٥٧٨ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ وشرح الدردير ج ٤ ص ٢١٩ والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ ، ٣٠١ - وبدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ وحاشية ابن عاين ص ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٩٣ .

وإذا كانت بعض الإصابات أخش من بعض فإن الجاني الذى أحدث أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد مادامت إصابته مهلكة بذاتها ولها دخل فى القتل على انفرادها كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التى أحدثها كل جان فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله فالجاني الذى أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل مادام لإصابته دخل فى القتل على انفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

ويؤخذ من اعتبارهم الجاني قاتلاً عمداً فى حالة إهمال العلاج أو إساءته أو ضعف الجنى عليه ومرضه . . . الخ أنهم عرفوا نظرية تساوى الأسباب التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا حديثاً . فكل فعل اشترك فى إحداث الموت بحيث لم يكن الموت ليحدث لولا وقوع هذا الفعل يعتبر بذاته سبباً للموت ولو أنه لم يؤد للموت إلا لوجود أسباب أخرى لأن هذا السبب بالذات هو الذى جعل لهذه الأسباب الأخرى أثراً على الوفاة .

٦١ - انقطاع فعل الجاني :- ويسأل الجاني عن القتل العمد نتيجة لفعله ، مادام الفعل سبباً للقتل ، إلا إذا انقطع فعل الجاني بفعل آخر تغلب عليه وقضى على أثره . فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلاً يقصد قتله يعتبر قاتلاً له عمداً إذا مات من الجرح ، ولكن إذا جاء ثالث قطع رقبة الجريح فهو القاتل والأول جراح لا قاتل ، لأن فعل الثالث قطع فعله وقضى على أثره ، كذلك تنتفى مسؤولية الجاني عن القتل إذا انقطع أثر فعله ، كأن يشفى جرحه قبل الموت أو إذا لم يكن لجرحه أثر على الموت .

٦٢ - نظرية السببية فى الشريعة :- ويمكننا أن نستخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية تشترط لمسئولية الجاني عن القتل أن يكون بين فعله وبين الموت رابطة السببية وهى الرباط الذى يربط الفعل الحاصل من الجاني بالنتيجة التى يسأل عنها ، ولا يشترط أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد لإحداث الموت ، بل يكفي أن يكون فعل الجاني سبباً فعلاً فى إحداثه .

ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجانى هو الذى سبب الموت وحده أم أن الموت نشأ عن فعل الجانى بالذات ، وعن أسباب أخرى تولدت عن هذا الفعل كتحرك مرض كامن لدى الجنى عليه كما يستوى أن يكون الموت نشأ عن فعل الجانى وحده أو عن هذا الفعل وعن أسباب أخرى لاعلاقة لها بفعل الجانى كالاغتداء الحاصل من شخص آخر .

ولا يعتبر فعل الجانى سببا للموت إذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل وموت الجنى عليه ، أو إذا كانت قائمة ثم انقطعت، بعد ذلك بفعل من شخص آخر ينسب إليه الموت دون فعل الجانى الأول ، أو إذا كان فى إمكان الجنى عليه أن يدفع أثر الفعل دون شك فامتنع عن دفعه دون أن يكون للجانى دخل فى امتناعه . والجانى مسئول عن نتيجة فعله سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعله ، أو كان نتيجة غير مباشرة لهذا الفعل ، وسواء كان السبب قريبا أم بعيدا مادام الفعل سببا للنتيجة .

لكن فقهاء الشريعة مع هذا لا يسمحون بتوالى الأسباب إلى غير حد ؛ بل يقيدون هذا التوالى بالعرف ، لأن السبب عندهم هو مايولد المباشرة توليداً عرفياً ، فما اعتبره العرف سبباً للقتل فهو سبب له ولو كان سبباً بعيداً وما لم يعتبره العرف سبباً للقتل فهو ليس سبباً له ولو كان سبباً قريباً .

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء ولو أنهم اكتفوا فى تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر كما فعل شراح القانون الفرنسى لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يعتبرها العقل والعرف قتلاً ، ولو أنهم بالنوا فآخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل الشراح الألمان لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يعتبرها عرف الناس ولا منطقهم قتلاً .

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتسع له عرف الناس ومنطقهم ، عادلة لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها ، بل إن تحديد كفاية السبب لتحقيق النتيجة بالعرف ضمن للنظرية البقاء مابق الناس ، لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا ، لهم عرف

يطمئنون إليه ، وعقول لا ترتاح إلا لما تراه عدلا . وهذه النظرية تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة في كل وقت وفي كل ظرف .

مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية

٦٣ - النظرية الفرنسية : - ونظرية فقهاء الشريعة في تحديد رابطة السببية وقد مضى عليها أكثر من ألف سنة تدل على أنهم كانوا أبعد نظراً وأدق تقديراً للأمور من شراح القانون الوضعي في عصرنا الحاضر ، فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون إلا السبب المباشر ، أى السبب الذى أنتج الفعل المؤدى للقتل بشرط أن لا يطرأ عليه سبب آخر يؤدى بذاته إلى حدوث النتيجة المتوقعة أو يساعد على حدوثها ، فمثلاً إذا ضرب شخص آخر ضربة مميتة ، وجاء ثالث قبل أن يموت فقطع رقبته ، فالثالث هو القاتل لأن السبب الثانى حال بين السبب الأول ونتيجته ، وقطع عمله ، ولأن السبب الثانى هو الذى أدى بذاته إلى القتل ، وفى هذا يتفق القانون الفرنسى مع الشريعة ، ولكن إذا ضرب الجانى شخصاً أو جرحه فأهمل الجنى عليه العلاج ، أو أساء علاج نفسه أو كان مريضاً أو ضعيفاً فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر فى نظر الشراح الفرنسيين سبباً مباشراً للقتل ، لأن هناك سبباً أو أسباباً أخرى ساعدت على إحداث القتل ، وقد لا يحدث القتل لو لم تكن هذه الأسباب . وفى هذا تخالف الشريعة القانون الفرنسى لأنها تأخذ بالرائى المضاد .

٦٤ - نفس النظرية الفرنسية : ويطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه فى حالة القتل العمد فقط ، ولا يرون بأساً من اعتبار السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وفى هذه التفرقة وحدها ما يؤكّد أن نظريتهم معيبة ، لأنه إذا كان العدل يقتضى أن لا يقبل إلا السبب المباشر ، فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ فمن الظلم أن

لا يقبل في القتل العمد ، أما فيما يختص بحالة تعدد الأسباب ، فإن فعل الجاني هو السبب الفعال في الموت ، ولولاه لما كانت الأسباب الأخرى فعالة ، ففعل الجاني هو سبب الموت أولاً وأخيراً ، ومن العدل أن يسأل عن فعله ونتائج فعله .

٦٥ - النظرية الألمانية : أما الشراح الألمان فيسلمون بالسبب المباشر وغير المباشر ، ويرون أن السبب هو كل شرط من شروط نتيجة الفعل المزهق للنفس ، لأنه هو الذى جعل الشروط الأخرى سلبية ، والفعل عندهم يعتبر قتلاً ولو كان غير كاف وحده لإحداث الوفاة ، أو كانت الوفاة لم تحدث لولا أعمال أخرى اقترنت بهذا الفعل أو تلتته ، ومن ثم فهم يعتبرون الضارب والجراح مسئولاً عن القتل ولو كان الضرب والجرح في ذاته مهلكاً لولا ضعف الجنى عليه أو إهماله العلاج .

٦٦ - النظرية الإنجليزية : كذلك يأخذ الإنجليز بالسبب المباشر وغير المباشر ، ويعتبرون الجاني قاتلاً ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله ، بل أدت إليه أو ساعدت عليه عوامل أخرى ، فإذا اعتدى شخص على آخر اعتداء شديداً ، حمل المعتدى عليه أن يلقى بنفسه من نافذة أو شرفة ليخلص نفسه من هذا الاعتداء ، فإن المعتدى يعتبر قاتلاً إذا مات المعتدى عليه من إلقاء نفسه ، كذلك يعتبر الجراح قاتلاً ولو تبين أن الجنى عليه أساء علاج نفسه ، أو رفض إجراء عملية كان من المرجح أن تؤدي إلى شفائه

٦٧ - عيب النظرية الألمانية والإنجليزية : ونظرية الألمان تتفق مع النظرية الإنجليزية وهما أوسع مدى من النظرية الفرنسية ويرى الكثير من الشراح أن النظرية الألمانية الإنجليزية أقرب إلى العدل من النظرية الفرنسية ، لأن الأولى تفتح الباب واسعاً أمام القاضى ليقدر مسؤولية من تسبب في قتل غيره بطريقة غير مباشرة ، ولا تسمح بإفلات قاتل من العقاب لأنه استطاع أن يصل إلى غرضه بطريق غير مباشر .

ولكن النظرية الألمانية الإنجليزية بالرغم من ذلك معيبة ، وعيبها أنها تسلم بتوالى الأسباب غير المباشرة إلى غير حد يقف عنده هذا التوالى ، وقد أدى بها هذا العيب إلى أن تخلق حلولاً لا يستسيغها العقل ولا تتفق مع العرف ، فمثلاً يرى بعض الآخذين بهذه النظرية على إطلاقها أنه يعتبر متسبباً فى القتل من جرح غيره جرحاً غير مميت إذا استلزمت حالة الجرح نقله للمستشفى فاحترق المستشفى بمن فيه إذ لولا الجرح لما احترق الجنى عليه .

٦٨ - والرأى المعتدل الذى حاول به أصحابه أن يصلحوا هذا العيب ، يقوم على أساس أن يكون السبب كافياً لتحقيق النتيجة ، فإن كان كافياً فالجانى قاتل ، وإن لم يكن كافياً فهو غير قاتل ، فمثلاً إذا ضرب الجانى سفاناً قاصداً فأحدث به إصابات أعجزته عن إدارة حركة السفينة ، ثم غرقت به السفينة بعد ذلك بسبب اشتداد الأنواء دون أن يكون لعجز الجنى عليه أثر على غرقه ، فإن الجانى لا يعتبر مسؤولاً عن غرق الجنى عليه ، أما إذا كان غرق السفينة ناشئاً عن عجز الجنى عليه عن إدارة السفينة بسبب إصاباته فيكون الجانى مسؤولاً عن الغرق ، لأن عجز الجنى عليه من الضرب كاف لتحقيق هذه النتيجة .

٦٩ - وتفيد النظرية بكفاية السبب لتحقيق النتيجة معناه تقيدها بالعرف لأن مقياس الكفاية ليس مادياً . وإنما هو معنوى يرجع إلى ما تمارف عليه الناس وما تقبله عقولهم وترتاح إليه نفوسهم ، وإذا كان العرف هو المقياس الذى تقاس به كفاية الأسباب لتحقيق النتيجة فى الشريعة الإسلامية ، فعنى ذلك أن نظرية السببية فى القوانين الوضعية تسير الآن فى نفس الطريق الذى رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية من ألف سنة وأكثر وأحكام المحاكم المصرية تتفق مع الشريعة الإسلامية فيما يختص بتحديد رابطة السببية واعتبار السبب غير المباشر وتعدد أسباب الوفاة ، وليس منشأ هذا الاتفاق أن المحاكم المصرية ترجع للفقه الإسلامى وإنما منشؤه أن المحاكم المصرية تفضل فى هذه المواضع النظرية الألمانية الإنجليزية

على النظرية الفرنسية ، والنظرية المنفصلة تتفق مع الشريعة الإسلامية ، فمثلا حكمت محكمة النقض المصرية في قضية ضرب أفصى إلى موت بأنه : « متى ثبت أن الضرب الذى وقع من المتهم هو السبب الأول الحرك لعوامل أخرى تعاونت وإن تنوعت على إحداث وفاة الجنى عليه ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر فهو مسئول جنائياً عن كافة النتائج التى ترتبت على فعله ، مأخوذاً في ذلك بقصده الاحتمالى . لأنه كان من واجبه أن يتوقع كل هذه النتائج الجائزة الحصول ^(١) » .

وأصدرت محكمة جنايات أسيوط حكماً في قضية قتل . أشارت فيه إلى الخلاف بين الشراح الفرنسيين من جهة ، وبين الألمان والإنجليز من جهة أخرى فيما يتعلق بالسبب وتحديد معنى السببية وقالت إنها تأخذ بنظرية الألمان والإنجليز لأنها أقرب إلى العدل وتفسح الطريق لمعاقبة من يتسبب في قتل آخر بطريق غير مباشر متى كانت ظروف القتل تدل على أنه قصد ذلك ^(٢) .

وحكمت محكمة النقض في قضية قتل بأن إذا طعن المتهم الجنى عليه بسكين متممداً قتله ، فأحدث به جرحاً في تجويف الرئة نتجت عنه الوفاة . يكون مرتكباً لجناية القتل عمداً وإن تكن الوفاة قد حصلت بعد علاج ثمانية وخمسين يوماً بالمستشفى ، إذ من المبادئ المقررة أن الفاعل مسئول عن جميع نتائج فعله الغير قانونى التى كان يمكنه أو كان واجباً عليه أن يفترضها ، وهذه المسئولية ليست متوقفة على إثبات أن الجنى عليه قد عولج أحسن علاج طبقياً للعلوم الحديثة ^(٣) .

(١) نقض ٢١ مارس ١٩٣٨ القضية رقم ٩٩٦ سنة ٨ ق

(٢) محكمة جنايات أسيوط في ٢٨ مارس سنة ٩٢٧ المجموعة الرسمية سنة ٩٢٨

العدد ٦٢

(٣) نقض ٢٢ / ١١ / ٩١٣ شرائع ١ ص ٨٦ .

٧٠- القتل إنترك :وكما يجوز في الشريعة الإسلامية أن يكون القتل بفعل مادي أو معنوي أى بفعل إيجابى ، فإنه يجوز أن يكون القتل بالسلب ، أى بغير فعل إيجابى يصدر عن الجانى بحيث يمتنع الجانى عن عمل معين فيؤدى امتناعه إلى قتل الجنى عليه ، فمن حبس إنساناً ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء فى الليالى الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله ، وذلك ما يراه مالك ^(١) والشافعي ^(٢) وأحمد ^(٣) أما أبو حنيفة فلا يرى الفعل قتلاً لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا صنع لأحد فى الجوع والعطش ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان الفعل قتلاً عمداً ، لأنه لا بقاء لآدمي إلا بالأكل والشرب والدفء . فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد عليه يكون إهلاكاً له ^(٤) ولكنه قتل بالنسب ولا يقتص فى القتل بالتسبب عندهما وعند أبى حنيفة .

والأم التى تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ولو أنها لم تأت بعمل إيجابى ^(٥) .

ومن منع فضل مائه مسافراً علماً بأنه لا يحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه اعتبر قاتلاً عمداً له وإن لم يك قتله بيده ^(٦) وهو رأى فى مذهب مالك . ويرى البعض أنه قتل شبه عمد وهو رأى فى مذهب أحمد ^(٧) .

وإذا حضرت نساء ولادة فقطعت إحداهن سرّة الوليد وامتنعت عن ربط

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٩

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٢٨

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٥

(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٥

(٦) مواهب الجليل للعطاب ج ٦ ص ٢٤٠

(٧) المغنى ج ٩ ص ٥٨١

الحبل الشرى فمات بعد القطع بقليل فهي قاتلة له عمداً ، ومن الممكن القول باعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرثن الربط ، لأن المهلك ترك الربط فلهلاك ينسب إليهن كلهن ^(١) .

٧١ - والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يعتبر مسؤولاً عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وأنه يسأل فقط حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع ومع ذلك فهناك خلاف على ما يوجب الشرع والعرف ، ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف ما دامت وجهات النظر مختلفة ، فمثلاً يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلكة كاه أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسؤولية عليه ^(٢) ويرى بعض الحنابلة مسؤوليته ^(٣) وأساس الاختلاف هل الإيجاد واجب أو غير واجب ؟

٧٢ - مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية : واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار فيه أغلب شراح القوانين الوضعية أخيراً ، أما قبل ذلك فقد كانت المسألة محل خلاف شديد بين شراح القوانين . فكان بعضهم يرى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك ، لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكان البعض يرى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماماً لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الأغلبية أخيراً إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة ولستكنهم لم يأخذوا بالمبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفاً في الأصل بالعمل وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، ويستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ، ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك ، حبس

(١) الفتاوى الكبرى ص ٢٢٠ وما بعدها

(٢) الاقتناع ج ٤ ص ٢٠٥

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٨١

شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عمداً عن إرضاع ولدها بقصد قتله ، ويضربون مثلاً على الحالة التي لا مسئولية فيها . الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو إنسان أحاطت به النار أو أقدم سبع على افتراسه ، والأمثلة في الوجهين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية .

ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجباً بمقتضى القانون أو الاتفاق ، يساوى تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة أو العرف لأن تعارف الناس على وجوب أمر يساوى الاتفاق على وجوبه^(١) فكان القوانين الوضعية التي تعاقب على القتل بالترك تسير في إثر الشريعة الإسلامية وإذا كانت الأغلبية في فرنسا ترى العقاب على القتل بالترك فإن الأقلية وعلى رأسها « جارسون » ترى أن نصوص القانون الفرنسي وهي تماثل نصوص القانون المصري لا تتسع للعقاب على القتل بالترك . وأنه إذا كان لابد من العقاب على هذه الجرائم ، فيتعين إصدار تشريع خاص يعاقب عليها . أما في إنجلترا فالقانون الإنجليزي لا يفرق بين ما إذا كانت الجريمة ارتكبت بفعل أو ترك ، ويعاقب على الحالين ، فمن كان متكفلاً بطفل ومنع عنه الطعام حتى مات جوعاً . يعاقب بعقوبة القتل العمد .

وفي إيطاليا نص في قانون العقوبات الإيطالي الصادر في ١٩/١٠/١٩٣٠ على أنه إذا لم يمنع الإنسان حادثاً هو ملزم قانوناً بمنعه فإن عدم منعه هذا الحادث يساوى إحداثه ، أى أن القانون الإيطالي يعاقب على القتل بالترك . إذا كان العمل مما يوجبه القانون .

وفي مصر تعاقب المحاكم المصرية على القتل بالترك . فقد حكمت محكمة النقض في قضية تلخص وقائعها في أن المتهم لعداء بينه وبين والد الجنى عليهما (١) توجب الشريعة الوفاء بالعقود والاتفاقات فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب طبقاً للشريعة الإسلامية ما لم يكن مخالفاً لنصوص الشريعة .

خطف طفليه ووضعهما في زراعة قصب بعد أن أحدث بهما إصابات أعجزتهما عن الحركة ثم تركهما يموتان جوعاً ، وقد مات أحدهما فعلاً وأسف الآخر بعد العثور عليه ، وظهر من تشريح جثة القتيل أن وفاته حصلت من الصدمة العصبية الفاشئة من الكسور والرضوض التي به مع ضعف الحيوية الناشئ عن عدم التغذية ، وقد قالت المحكمة في معرض بيان نية القتل : « أنه لانزاع في أن تعجز شخص عن الحركة بضربه ضرباً مبرحاً ، وتركه في مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة نية القتل يعتبر قتلاً عمداً حتى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال » (١)

وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية في تقرير عقوبة القتل بالترك ، بأكثر من ألف سنة ، وأن القواعد التي وضعها لهذه الحالة هي نفس القواعد التي أخذت بها القوانين أخيراً .

٧٣ - عصمة القاتل : ويشترط في الفعل القاتل أن يكون صادراً من معصوم حتى يمكن اعتباره مسئولاً عن الجريمة . فإن كان غير معصوم فإنه لا يسأل عن الفعل إذ يباح لغير المعصوم .

ومعنى العصمة بالنسبة للقاتل يختلف عنه بالنسبة للمقتول ، فالعصمة بالنسبة للمقتول هي أن لا يكون مهدر الدم سواء كان ملتزماً أحكام الإسلام كالمرتد أو الزاني الحصن أم غير ملتزم لها كالحربي — أما العصمة بالنسبة للقاتل فهي التزام أحكام الإسلام سواء كان الملتزم مهدر الدم أو محقونه ، فيعتبر المرتد والزاني الحصن والقاتل عمداً معصومين إذا ارتكبوا القتل ولو كانت دماؤهم مهذرة لأنهم ملتزمون بأحكام الإسلام وهو يحرم القتل كما يحرم غيره من الجرائم التي يؤدي ارتكابها إلى إهدار الدم ، فإذا أهدر شخص دم نفسه بارتكاب جريمة فليس له أن يتخذ من ذلك سنداً لارتكاب أى جريمة أخرى بحجة أنه أصبح مهدر الدم .

وإذا كانت العصمة بالنسبة للقاتل هي التزام أحكام الإسلام فإن كل قاتل معصوم إلا الحربى^(١) فإنه لا يعتبر معصوماً حال حرابته ومن ثم فهو غير مسئول عن الجرائم التي يرتكبها ولو أسلم بعد ارتكابها لما تواتر من فعل الرسول والصحابة من عدم عقابهم من أسلم على ما فعله في حال حرابته ، كما أنه لا يسأل عن جرائمه السابقة ولو عقدت له ذمة أو أمان لقوله تعالى : ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَتُوهَا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [الأنفال : ٣٨] .

واعتبار الحربى غير معصوم وعدم عقابه عن أى جريمة يرتكبها هو عين العدالة ، لأن حالة الحرب القائمة بين دولته والدولة الإسلامية تقتضى أن يكون دم الحربى وماله هدراً ومباحاً للمسلم ، وأن يجعل مال المسلم ودمه هدراً ومباحاً للحربى . فالشريعة لا تميز المسلم عن الحربى وتبيح في حالة الحرب لأحدهما ما تبيحه للآخر .

وتعتبر الجزية والأمان والهدنة التزاماً بأحكام الإسلام ولو من بعض الوجوه فإذا دخل الحربى تحت عقد من هذه العقود اعتبر معصوماً وعوقب على كل جريمة يرتكبها بعد العقد .

٧٤ - كل ما سبق محله أن يكون من شأن فعل الجانى إحداث لوفاة وأن يحدثها فعلاً فإن لم يكن من شأن الفعل إحداث الوفاة أصلاً كمن حاول قتل آخر بسلاح نارى غير معمر فإنه يمكن القول بأن الفقهاء لا يرون العقاب على ذلك الفعل بدليل أنهم لم يتعرضوا له أصلاً في باب القتل والجرح ، وفي هذا يتفق فقهاء الشريعة على الأقل مع من يقولون من شراح القوانين الوضعية بنظرية الجريمة المستحيلة وتعليل عدم العقاب في القانون هو أن جريمة القتل لم تقع ولا عقاب

(١) راجع الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٠ - ومواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ ونهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٥٠ - بدائم الصنائم الجزء السابع ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٥٢ وشرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٤٩ - والمغنى الجزء العاشر من ٤٣٦ إلى ٤٣٩ ، ٤٨ ، ٤٨٣ .

على جريمة لم تقع ، وأن جريمة الشروع في القتل لا يكفي لوقوعها أن يقصد الجاني القتل . بل يجب أن تكون الوسيلة التي استخدمت من شأنها إحداث القتل ، ومادامت الوسيلة لا تحدث القتل أصلاً فلا تقع جريمة الشروع ولا عقاب على جريمة لم تقع ، أو أن الجريمة التامة وهي القتل يستحيل تنفيذها ، والشروع هو البدء في التنفيذ ، فالجريمة التي يستحيل تنفيذها ، يستحيل بدء تنفيذها ، هذا هو التعليل القانوني لعدم العقاب . وليس في مبادئ الشريعة ما يمنع قبول مثل هذا التعليل .

على أن فقهاء الشريعة إذا كانوا لم يذكروا شيئاً في باب القتل عن عقاب من حاول جريمة مستحيلة فليس معنى ذلك أن العقاب غير جائز شرعاً ، لأن مبادئ الشريعة في الواقع لا تمنع من العقاب على الشروع في الجريمة المستحيلة إذا رأت السلطة التشريعية ذلك مادام الفعل في ذاته اعتداء ، والتفسير الصحيح لسكوت الفقهاء ، هو أنهم في باب القتل يتكلمون عن جريمة القتل والجرح المعاقب عليها بالفصاص والدية إذا ارتكبت فعلاً ، فإذا حاول الجاني ارتكابها واخفقت وسائله في الوصول إلى النتيجة المنشودة فعقوبته التعزير ، وتقدير عقوبة التعزير وتقديرها متروك للسلطة التشريعية ، تحدده كما تشاء وعما تشاء فضلاً عن أنهم في باب التعزير نصوا أن التعزير جائز في كل معصية ليس لها حد مقدر ، والشروع في الجريمة المستحيلة معصية لم يرد فيها حد مقدر .

٧٥ - وإذا كان من شأن الفعل أن يحدث الوفاة ولكنه لم يحدثها فعلاً فإما أن يكون ذلك راجعاً لأن الجاني لم يصب الجنى عليه ، أو لأنه أصابه وشفى من أصابته فإذا كان الجاني حاول إصابة الجنى عليه وأخفق في إصابته كأن أطلق عليه مقدوفاً نارياً أو رماه بسهم لم يصبه ، أو ضربه بسيف فخاد عنه فذلك هو ما يسمى بالشروع الخائب في القوانين الوضعية ، وعقوبته في الشريعة الإسلامية التعزير أى العقوبة التي تقدرها السلطات التشريعية لأن الفقهاء يرون التعزير في الشتم وفي الموائبة . ومعنى الموائبة : محاولة الاعتداء البسيط ، فمن باب أولى أن يعزر من حاول الاعتداء الجسيم .

وإذا كان فقهاء الشريعة لم يضعوا نظرية منظمة عن الشروع في الجرائم كما فعل شراح القوانين، فليس معنى ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الجريمة التامة والشروع فيها، إذ الواقع أنها فرقت بين الجريمة التامة والشروع من وقت نزولها حيث جعلت التعزير في نوعين من الجرائم لجعلته أولاً في كل جريمة لم يشرع فيها حد. وجعلته ثانياً في كل جريمة شرع فيها حد إذا كانت الجريمة لم تتم لأن الحد شرع فقط للجريمة التامة، فيبقى مادون التام لمقوبة التعزير.

فمثلاً جريمة الزنا من جرائم الحدود، وحدها الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن ومضى لا تتم إلا بالوطء، ومعناه دخول الحشفة أو قدرها في الفرج فإذا لم تتم الجريمة على هذا الوجه فلا رجم ولا جلد وكانت المقوبة التعزير فيما دون الوطء أى فيما دون تمام الجريمة، وجريمة السرقة حدها القطع وهى لا تتم إلا بإخراج المال من حرزه، فإذا ضبط المتهم قبل إخراج المال من الحرز عزر ولم يقطع لأن القطع لا يكون إلا بتام الجريمة وهى لم تتم. وكذلك جريمة القتل حدها القصاص. ولا تتم إلا بفعل من الجانى يقع على الجنى عليه ويكون من شأنه إحداث الوفاة، فإذا بدأ المتهم جريمته وخاب أثرها لسبب لا دخل لإرادته فيه وجب التعزير.

أما إذا أصيب الجنى عليه وشفى من إصابته فالفعل لا يعتبر في الشريعة جريمة لم تتم أو بتعبير آخر شروعا في قتل وإنما يعتبر جرحاً، لأن فعل الجانى كونه جريمة تامة مستقلة هى جريمة الجرح. ولهذا الجريمة عقوبة خاصة فى حالة العمد هى القصاص كلما أمكن ذلك أو الدية، فليس إذن ثمة ما يدعو لاعتبار الفعل جريمة لم تتم وتعزير الجانى عليه.

وقد أخذ القانون المصرى كغيره من القوانين الوضعية بهذه الطريقة فى جرائم الضرب فإذا لم يترك الضرب عاهة مستديمة، أو لم يؤد لوفاة الجنى عليه، فلا يعتبر الجانى شارباً فى إحداث عاهة أو ضرب مفض لموت، وإنما يعتبر ضارباً أو جارحاً لأن القانون يعتبر الضرب والجرح جريمة مستقلة أدنى مرتبة من إحداث العاهة والضرب المفضى للموت.

ولكن كلا من القانون المصرى والفرنسى يختلف مع الشريعة فى حالة القتل العمد إذ يعتبر الجريمة التى لم تتم شروعاً فى قتل ولا يعتبرها جرحاً . فـسكان هذين القانونين يؤاخذان الفاعل على فعله بحسب قصده من هذا الفعل أما الشريعة فتؤاخذ على فعله طبقاً لنتيجة فعله، وليس لهذا الخلاف أهمية لأنه فى تصوير الفعل القانونى والمهم أن كل تشريع يعاقب على الفعل بالمقوبة التى يراها مناسبة له .

٧٦- تطبيقات على الأفعال القاتلة: رأينا أن نورد أنواعاً مختلفة من الأفعال

القاتلة ونبين آراء الفقهاء فيها تطبيقاً للقواعد التى سبق عرضها فإن ذلك أحرى أن يثبت هذه القواعد فى ذهن القارئ، ويساعد على فهم أسس الخلاف بين الآراء المختلفة

٧٧- القتل بالمحدد : والمحدد هو كل آلة محددة جارحة أو طاعنة لها مؤثر

فى البدن . أى تفرق أجزاء الجسم ، ولا يشترط أن يكون المحدد من مادة معينة ، فيصح أن يكون من الحديد أو النحاس أو الرصاص أو الذهب أو الفضة أو الزجاج أو الخشب أو القصب أو العظم أو غير ذلك ، ومثل المحدد السكين والرمح والبندقية والمسلة والسهم والقبلة والسيف ، وحكم المحدد أن الجانى إذا أحدث به جرحاً كبيراً فأدى إلى الموت فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين الفقهاء .

فإذا جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجام أو غرزه بإبرة أو شوكة أو ما أشبه ، فإن كان ذلك فى مقتل كالعين والقلب والخاصرة . فهو قتل عمد إذا مات فيه باتفاق أيضاً وكذلك الحكم لو بالغ فى إدخال الإبرة أو الشوكة فى الجسم ولو كانت فى غير مقتل كالعمد .

أما إذا جرحه جرحاً صغيراً فى غير مقتل أو غرزه بإبرة أو شوكة فى غير مقتل فبقى خماً - أى سقيماً - حتى مات أو مات فى الحال فى المسألة رأينا عند الشافعى وأحمد : - أولها : أن القتل ليس عمداً بل هو شبه عمد ، لأن الإبرة والشوكة والجرح لا تقتل غالباً ، ووسيلة القتل يجب أن تكون قاتلة غالباً - ثانيهما : أن القتل عمد لأنه بمحدد . والمحدد لا تشترط فيه غلبة الظن

في حصول القتل ، بعكس غير المحدد فلا بد أن يكون قاتلاً - غالباً^(١) .
وفي مذهب أبي حنيفة^(٢) يرون القتل في حالة الإبرة والشوكة شبه عمد ،
لأن الآلة ، وإن كانت جارحة إلا أنها لم تعد للقتل . فالإبرة مثلاً معدة للخياطة
ولا يقصد بها القتل عادة .
أما الجرح البسيط في غير مقتل فهو قتل عمد إذا أدى الموت وكان من آلة
قاتلة معدة للقتل

ويرى مالك أن الجرح والفرز قتل عمد سواء كان في مقتل أو في غير مقتل ،
مادام الفاعل متعمداً ولم يأت بالفعل على وجه اللعب أو التأديب^(٣) .
وهكذا يتمسك كل بالشروط التي وضعها للآلة القاتلة . فالشافعيون
والحنابلة يشترطون أن تقتل غالباً بالرغم من أنها محددا ، وإن كان بعضهم
لا يرون هذا الشرط في الآلة إذا كانت محددا ، والأحناف يشترطون أن تكون
الآلة قاتلة ومعدة للقتل ، أما مالك فلا يشترط شيئاً إلا أن يكون الفعل متعمداً
على وجه العدوان .

٧٨ - القتل بمنقل : والمنقل هو ما ليس له حد كالعصا والحجر . وآراء
الفقهاء مختلفة في المنقل .

فمالك يرى كل قتل بالمنقل هو قتل عمد ، سواء كان المنقل يقتل غالباً أو
لا يقتل غالباً ، مادام الفعل متعمداً على وجه العدوان لا على وجه اللعب والتأديب
ويرى الشافعي وأحمد أن الضرب بمنقل يقتل غالباً هو قتل عمد إذا أدى للموت
كالعصا الغليظة والحجر وعمود الحديد . ويلحق بالمنقل ما يعمل عمله كالإلقاء حائطاً .
أو سقف والإلقاء من شاهق ، ويعتبر أن القتل عمداً أيضاً ولو كان الضرب
بمنقل صغير كعصا خفيفة أو حجر صغير أو لكزة يد في مقتل أو في حال ضعف

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ . المفني والشرح الكبير ص ٣٢٠ ، ٣٢١ . والإقناع

ج ٤ ص ١٦٣ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ - ٢٨٩ .

(٣) شرح الدردير الكبير ج ٤ ص ٢١٤ ، ٢١٥ .

(٥ - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

المضروب لمرض أو صغر أو حر مفرط أو برد شديد ، ولو ضربه ضربة واحدة . وكذلك يعتبر قاتلا عمدا ولو لم يكن الضرب في مقتل ، ولو لم يكن المضروب ضعيفا أو صغيراً . . . الخ ، وذلك في حالة تكرار الضرب ؛ لأن تكرار الضرب ومولاته يقتل غالباً . وهذا كله قائم على أساس القاعدة التي أخذ بها الشافعي وأحمد ، وهي اشتراط أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالباً بذاتها أو لظروف الفعل ووقته وحال المجنى عليه وأثر الفعل فيه .

أما أبو حنيفة فيرى القتل بالمثل قتل شبه عمداً أي كان المثلث ثقيلاً أو خفيفاً لأنه يشترط أن تكون الآلة قاتلة غالباً وأن تكون معدة للقتل ، والمثلث إذا قتل غالباً فإنه لا يعد للقتل ، ولا يستثنى أبو حنيفة من هذا إلا الحديد في رواية ويلحق بالحديد ما هو في معناه ، أي ما يستعمل استعماله كالنحاس والصفير ، فهذه إذا استعملت في القتل كان القيل عمداً ولو لم تكن محددة أو طاعنة أي ولو كانت مثقلاً كالعمود والمسكة والمطرقة والعصا لللبسة بالحديد . وقد استثنى أبو حنيفة الحديد لأنه يعمل عمل السلاح ، أو لأنه يعتبر سلاحاً بنفسه لقوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ فألحقه بالسلاح في الحكم ، وجعل حكمه حكم الحديد . وألحق ما في معنى الحديد بالحديد في الحكم .

ويشترط البعض في الحديد أن يترك جرحاً ليكون القتل عمداً . ولكن البعض الآخر يسوى في الحكم بين الجراح والرضوض ويعتبر الفعل عمداً في الحالين (٢) .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن القتل بالمثل قتل عمد إذا كان المثلث يقتل غالباً واعتبر المثلث آلة معدة للقتل باستعماله في القتل ، فتوفر للمثلث شرطاً أبي حنيفة ؛ وهو أن يكون قاتلاً غالباً . وأن يكون معداً للقتل ، فإذا لم يكن المثلث قاتلاً

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ وما بعدها - المفتى والشرح الكبير ص ٣٢٠ ، ٣٢١

وما بعدها

(٢) الزيلعي ج ٨ ص ٩٨ .

غالبًا . فالقتل شبه عمد ولو توالى الضرب^(١) .

وحجة أبي حنيفة في المثقل قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن في قتل عمد الخطأ قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وقد أخذ أبو حنيفة الحديث على إطلاقه وقال : أن الرسول سمي هذا النوع من القتل عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص . فهو إذن ليس بعمد وإنما شبه عمد ، ولما كان السوط والعصا والحجر أدوات غير جارحة وكل منها مثقل ، فكل مثقل له حكمها . أى أن الضرب به لا يكون إلا شبه عمد ولم يستثن من ذلك إلا الحديد الذى لاحد له ، لأن الحديد آلة معدة للقتل بطبيعتها بقوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ ولأن القتل بعمد الحديد معتاد ، أما بقية الأئمة فقد فسروا الحديث على أن المقصود به المثقل الصغير كالعصا الرفيعة والسوط والحجر الصغير وهذا أساس الاختلاف بين الأئمة في حكم المثقل .

٧٩ - إلقاء في سكة : كأن يجمع بينه وبين أسد في زبية أو ينهشه كلب أو سبع أو حية أو يلسعه عقرب .

يرى أحمد أن الجاني إذا جمع بين الجنى عليه وبين أسد أو نحوه في مكان ضيق ، فقتله الأسد فهو عمد إذا فعل به السبع فعلا يقتل مثله ، وإن فعل به السبع فعلا أو فعله الآدمي لم يكن عمداً فالفعل ليس قتلا عمداً ، لأن السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله وإن ألقاه مكتوفاً بين يدي أسد أو نمر فقتله فهو عمد ، وكذلك إن جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتلته فهو عمد وكذلك لو لسهه عقرب من القوائل .

وإن ألقاه في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فهو عمد إن كان الفعل يقتل غالباً وإلا فهو شبه عمد .

وإن نهشته حية أو سبع فقتله فهو عمد ، فإن كان مما لا يقتل غالباً كضبعان الحجاز أو سبع صغير فقيه رأيان :

أحدهما : أنه عمد لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل ، ولأن الثعبان والسبع من جنس ما يقتل غالباً .

وثانيهما : هو شبه عمد لأن الفعل لا يقتل غالباً .

وإن كتفه وألقاه في أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه عمد .

وفي مذهب أحمد من يرى عدم مسؤولية الجاني في حالة الجمع بين الجنى عليه وأسد أو حية لأن الأسد والحية يهربان من آدمي ، ولأن الفعل سبب غير ملجئ^(١)

أما في مذهب الشافعي فيفرقون بين الصبي والبالغ ، ويرون أنه إذا وضع جان صبيّاً في مسبعة ولو زبية أسد غاب عنها فأكله السبع فلا مسؤولية على الجاني لأن الوضع ليس بإهلاك ، ولم يلجأ السبع إلى افتراسه .

أما إذا ألقى الصبي على السبع وهو في زيبته ، أو ألقى السبع عليه ، أو أغرى السبع به فهو قتل شبه عمد ، لأن السبع يثبت في المضيق وينفر بطبيعته من آدمي في المتسع . ما لم يكن السبع ضارياً يقتل غالباً فهو عمد .

وفي المذهب رأى بمسؤولية الجاني كلما عجز الجنى عليه أن ينتقل من المحل المهلك ، فإن عجز فالقتل شبه عمد إلا إذا كان السبع ضارياً لا يتأتى الهرب منه فهو عمد . فإن كان الجنى عليه يمكنه الانتقال من المحل للمهلك فلم ينتقل أو وضع بغير مسبعة فاتفق أن سبماً أكله أو كان الجنى عليه بالغاً فالفعل هدر لأمسؤولية عنه^(٢) وفي مذهب أبي حنيفة أن لاشيء على الجاني في كل هذه الصور في أي حالة ، ولو قتله السبع أو نهشته الحية أو لسعته العقرب^(٣) .

أما مالك فالفعل عنده في كل حال قتل عمد . سواء كان الفعل يقتل غالباً أم لا مادام القصد منه العدوان المحض^(٤) .

(١) المغني والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٢ وراجع ص ٢٤٨ أيضاً .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ .

وأساس الخلاف بين القائلين بالمسئولية ومن لا يقول بها هو اختلاف وجهة النظر في طبيعة الحيوان وقدرة الجنى عليه على التخلص ، فمن رأى أن الحيوانات تنفر من الإنسان وتهرب منه وأن الجنى عليه يستطيع أن يتجنب الحيوان . وأن وجود الإنسان ولو مكتوفاً أمام الحيوان ليس فيه ما يلجئ الحيوان لافتراسه أو نهشه أو لسعه من رأى هذا فقد بنى على رآيه عدم المسئولية كما فعل أبو حنيفة ، ومن رأى أن الصغير لا يستطيع أن ينجى نفسه كما يفعل الكبير ، أو أن الحيوان لا ينفر منه كما ينفر من الكبير ، فقد رأى المسئولية في حالة الصغير دون الكبير ، ومن رأى أن الهلاك مصدره عجز الجنى عليه عن الابتعاد عن الحل المهلك ، فقد جعل المسئولية في حالة العجز كما فعل بعض الشافعية ، ومن لم ير هذا ولا ذاك . فقد حمل الجاني المسئولية إذا كان الفعل يقتل غالباً على اعتبار أنه قتل عمد ، فإن لم يكن يقتل غالباً فهو شبه عمد كما يفعل أحمد ، أما مالك فقد اعتبر الفعل مهلكاً ولم ينظر إلى غير هذا من الاعتبارات ، فإذا انتهى بالهلاك فالفعل قتل عمد .

٨٠ - التفريق والتخريب : يتميز مذهب الشافعي وأحمد في هذه المسألة ومن رأيهما أن الجاني إذا ألقي الجنى عليه في ماء أو نار لا يمكنه التخلص منها إما لكثرة الماء والنار . أو لأنه مكتوف يعجز عن الخروج منها أو لأن الجاني منعه من الخروج أو لكونه في حفرة لا يقدر على الصعود منها أو في بئر عميقة ، فإذا أدى الفعل إلى موت الجنى عليه فهو عمد ، لأنه يقتل غالباً .

وإن ألقاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه مختاراً حتى مات فلا مسئولية على الفاعل لأن الفعل لم يقتله . وإنما قتله لبثه في الماء وهو فعل نفسه فلا يسأل عنه غيره .

وإن ألقاه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو ألقاه في طرف منها بحيث يمكنه الخروج منها بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا خلاف في أن الفعل لا يعتبر قتلاً عمداً . لأنه لا يقتل غالباً ، ولكنهم اختلفوا في تحديد المسئولية على الجاني ،

فأرى البعض أنه لا يسأل عن القتل قياساً على حالة الإلقاء في ماء يسير وإنما يسأل فقط عما أصابت النار منه باعتباره جارحاً . ويرى البعض أن الجاني مسؤول عن القتل شبه العمد لأن فعله أدى إلى الموت ، ولأن للنار حرارة شديدة فربما أعجزته عن معرفة طريق الخلاص ، أو شنجت أعصابه فيعجز عن الخروج منها وإن ألقاه في لجة فالتقمه حوت ففي هذه المسألة رأيان :

أولهما : يقول إنه قاتل لأنه ألقاه في مهلكة فهلك فأشبهه مالهو غرق في الماء .
والثاني : أن الهلاك كان نتيجة التقام الحوت له فأشبهه مالهو قتله آدمى آخر حين ألقى في الماء . فلا يسأل إلا عن إلقائه في الماء فقط وهو فعل عقوبته التعزير .
وإن ألقاه في ماء يسير لايهلك غالباً فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فهو شبه عمد عند أصحاب الرأي الأول وعليه التعزير عند أصحاب الرأي الثاني .
وإن هلك غرقاً فهو شبه عمد باتفاق^(١) .

وإن كان المجنى عليه يحسن السباحة فآلتي في ماء مغرق وهو مكتوف أو زمن أو ضعيف فالفعل قتل عمد إن مات ، وإن منع من السباحة عارض بعد الإلقاء كريح أو موج فمات فشبه عمد ، وإن كان العارض قبل الإلقاء فالفعل عمد لأن الإلقاء مهلك غالباً .

وإن كان يحسن السباحة فامتنع عنها مع إمكانها فهلك فيرى البعض أن لامتثولية على الملقى لأنه هلك بامتناعه عن السباحة . ويرى البعض أن الفعل قتل شبه عمد لأن الإنسان لا يسلم نفسه للموت عادة ، وقد يمنعه عن السباحة دهشة أو عارض باطن ، ولما كان الفعل لايهلك غالباً مادام يحسن السباحة فهو قتل شبه عمد^(٢) .

ويفرق أبو حنيفة وأصحابه بين التحريق والتفريق . لأنهم يلحقون التحريق

(١) المفتي ج ٩ ص ٣٢٦ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

بالسلاح إذ يعمل عمله فيفرق أجزاء الجسم ، ومن ثم فالنار عندهم معدة للقتل فإن كانت تقتل غالباً فالفعل عمد ، وإن كانت لا تهلك غالباً فالفعل شبه عمد ، ويلحقون بالنار الماء المغلي والأشياء المصهورة والوضع في فرن محمى ، وعلى هذا الأساس يتفق رأى أبى حنيفة وأصحابه في التحريق مع رأى الشافعى وأحمد .

أما التفريق فهو شبه عمد دائماً عند أبى حنيفة لأنه يلحقه بالمتقل ، وهو إن قتل غالباً ليس معداً للقتل ، ولكن أبى يوسف ومحمد يريان أنه معد للقتل إذا استعمل وسيلة له ، وعلى هذا فإذا كان الماء قليلاً لا يقتل غالباً وترجى منه النجاة في الغالب وألقى فيه إنسان فمات فالفعل شبه عمد لا خلاف فيه في مذهب أبى حنيفة ، وإن كان الماء عظيماً ولكن الجنى عليه يستطيع النجاة بالسباحة وكان يحسنها وليس ثمة ما يمنعه منها بأن لم يكن مشدوداً ولا مثقل فمات منها فهو شبه عمد عندهم أيضاً ، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة أولاً يحسن السباحة فهو شبه عمد عند أبى حنيفة لما تقدم وعمد عند أبى يوسف ومحمد ، وإن ألقاه في بئر فالفعل شبه عمد عند أبى حنيفة وعمد عندهما إن كان موضعاً لا ترجى منه النجاة غالباً فإن كانت ترجى فهو شبه عمد^(١) .

أما مالك فالتحريق والتفريق عنده قتل عمد دائماً سواء كان الفعل مهلكاً غالباً أم لا ما دام الفعل قد أدى للموت ولم يكن على وجه اللامب^(٢) .
وأساس الخلاف بين الفقهاء هو اختلاف وجهة نظرهم في شروط آلة القتل أو وسيلته ، وقد سبق أن شرحنا هذا للوضوع في فقرة ٣٢ وما بعدها .

٨١ - الخنق : المقصود من الخنق منع خروج النفس بأى وسيلة سواء شقق الجانى الجنى عليه بجبل أو خنقه بيديه أو بجبل أو غمه بوسادة أو بأى شئ وضعه على فيه وأنفه ، فإن فعل به ذلك في مدة يموت في مثلها فهو قتل عمد ، وإن كانت مدة لا يموت في مثلها فهو قتل شبه عمد .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

وإن خنقه وتركه متألماً حتى مات فهو عمد ، أما إن تنفس وصح بعد ذلك ثم مات فلا يسأل الجاني عن الموت لأنه لم يكن من الخنق .

ويلحقون بالخنق عصر الخصيتين . وحكمه حكم الخنق تماماً . فإن كان العصر شديداً بحيث يقتل غالباً فهو قتل عمد ، وإن كان بحيث لا يقتل غالباً فهو شبه عمد .

هذا هو رأى الشافعى وأحمد فى الخنق^(١) ، وظاهر أنهما يطبقان فى الخنق قاعدتهما التى وضعاهما فى الوسيلة القاتلة أو أداة القتل ، فإن كانت تقتل غالباً . اعتبر القتل عمداً وإن لم تكن اعتبر شبه عمد .

أما أبو حنيفة فيعتبر الخنق فى كل الأحوال قتلاً شبه عمد تطبيقاً لقاعدته الخاصة فى الوسيلة القاتلة وهى أن تقتل غالباً وأن تكون معدة للقتل . والخنق وإن قتل غالباً ليس وسيلة معدة للقتل ، ولكن أبا يوسف ومحمد يعتبران الخنق وسيلة معدة للقتل ومن ثم فهو عندهما قتل عمد إذا قتل غالباً وشبه عمد إذا لم يقتل غالباً^(٢) .

والخنق عند مالك عمد فى كل الأحوال ما دام قد وقع بقصد العدوان ولم يكن على وجه اللعب والمزاح^(٣) .

٨٢ - الحبس ومنع الطعام والشراب : يعتبر الحبس مع منع الطعام والشراب قتلاً عمداً عند الشافعى وأحمد إذا مات الحبوس فى مدة يموت فى مثلها غالباً . وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال . فإذا منع عنه الماء فى شدة الحر مات عطشاً فى الزمن القليل . وإن كان الوقت بارداً أو معتدلاً لم يمت إلا فى الزمن الطويل ، والكبير قد يتحمل عن الصغير ، والمتعشف قد يصبر أكثر من المرفه . فتراعى هذه الاعتبارات ، فإن مات فى مدة يموت فى مثلها

(١) الشرح الكبير مع المغنى ج ٩ ص ٣٢٦

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤

(٣) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٠

غالباً فالقتل عمد ، وإن مات في مدة لا يموت في مثلها غالباً فهو شبه عمد ^(١) .
ومثل المنع عن الطعام والشراب ماله عزاء أو منعه عن الاستغلال حتى قتله
البرد أو الحر .

وإن كان به جوع أو عطش سابق على حبسه وعلم الحابس بذلك فالقتل عمد،
إذ الفرض أن مجموع المدتين بلغ المدة القاتلة ، وإن لم يعلم ففي المسألة رأيان :
أحدهما : أن القتل عمد ، لأن الحبس أهلك المحبوس ، فهو كما لو ضرب
المريض ضرباً يهلكه دون الصحيح وهو جاهل مرضه فإنه يسأل عن قتله .
والرأي الثاني : يعتبر القتل شبه عمد لا نتفاء قصد الإهلاك إذ الفاعل لم يأت
بفعل مهلك أى أن المدة التي حبس فيها الجنى عليه لا تهلك عادة ^(٢) .

وأبو حنيفة لا يرى مسؤولية الفاعل لأن الموت حصل بالجوع والعطش
لا بالحبس والجاني لم يفعل إلا الحبس ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يعتبران الجاني
قاتلاً شبه عمد ^(٣) لأن الجاني منع بفعله الطعام والماء عن الجنى عليه ، ولا حياة
له بغيرها فهو الذي أهلكه بمنعه . ولكنهما لا يعتبران القتل عمداً لأنهما لا يريان
في الحبس وسيلة معدة للموت ، وإن كان في ذاته وسيلة تقتل غالباً . فهما في
رأيهما مقيدان بتوفر شرطى الوسيلة القاتلة ، كما أن الشافعى وأحمد يصدران في
رأيهما عن هذه الوجهة .

ويرى مالك الفعل في كل حال قتلاً عمداً مادام أنه قد صدر على وجه
العدوان ^(٤) .

٨٣ - القتل بسبب شرعى : ومثله شهادة الزور على رجل بقتل عمد

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٢٨

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٩٥ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ .

أو زنا أو ردة ، فحكم بقتله ، ثم يتضح كذب الشهود بعد تنفيذ الحكم ، والأئمة جميعاً^(١) يعتبرون الشاهد قاتلاً عمداً ، ولأن القتل بالتسبب وليس مباشراً ، فإن أبا حنيفة لا يرى فيه القصاص ، والقاعدة عنده أن القتل بالتسبب لا قصاص فيه إلا إذا كان السبب ملجئاً .

والقاضي إذا حكم بالإعدام على شخص ظلماً وهو عالم بذلك ومتمعد له اعتبر قاتلاً له يحكم عليه عمداً ، وولى الدم إذا قتل المحكوم عليه بالقصاص ظلماً وهو عالم أنه مظلوم يعتبر قاتلاً له عمداً .

٨٤ - القتل بوسيلة معنوية : يرى مالك أن القتل بطريق معنوى معاقب عليه باعتباره قاتلاً عمداً . فمن ألقى على إنسان حية ولو كانت ميتة فمات فزاعور عباً فهو قاتل له عمداً ، وإذا سلّ عليه سيفاً فمات فزاعو فهو قاتل له عمداً^(٢) .

ويرى أحمد أن الجاني إذا شهر سيفاً في وجه إنسان أو دلّاه من شاقوقات من روعته ، أو صاح به صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات ، أو تغفل عاقلاً فصاح به فخر ميتاً فإنه إن تعمد ذلك كله فهو قاتل قاتلاً شبه عمداً . ولا يعتبر أحد القتل عمداً لأن وسيلة القتل لا تقتل غالباً .

وإذا بعث السلطان لامرأة ليحضرها إلى محل الحكم فأفرغها ذلك وأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه فإن ماتت المرأة من الإجهاض الذي ترتب على الفرع فالحادث قتل شبه عمداً . وكذلك من استعدى السلطان على امرأة فأحضرت إلى محل الحكم ففرغت وألقت جنينها أو ماتت من الفرع كان القاتل لها هو المستعدى مالم تكن ظالمة له فلا يكون مسؤولاً لأنها أحضرت بسبب ظلمها^(٣) .

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٣٢ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤١ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٧ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٤٨٧ - ٥٨٠ .

ويتفق مذهب الشافعي في مجموعته مع مذهب أحمد ، إلا أن الشافعية متقسمون في هذه المسألة ، فالبعض يفرق بين المميز وغير المميز ، ويرون أن لامتسولية على الفاعل إذا كان المجنى عليه مميزاً ، لأن المميز لا يفرع عادة وإذا فرع فنادرًا ولا حكم للنادر . ويرى البعض الآخر أن لافرق بين المميز وغير المميز وأن الفاعل مسئول عن فعله مادام قد أدى للموت . والفريقان يعتبران الفعل في حالة المتسولية قتلا شبه عمد ، لأن الوسيلة لا تقتل غالباً ، ولكن القائلين بقصر العقوبة على حالة غير المميز بعضهم يعتبر الفعل قتلا عمداً وبعضهم يعتبره شبه عمد .

وللشافعية رأى خاص في حالة الإجهاض من الفرع . فهم يرون متسولية السلطان عن الإجهاض وعن موت المرأة بسبب الإجهاض . ولكن إذا ماتت المرأة من الفرع لا بسبب الإجهاض فلا متسولية ، وعلة ذلك على مانظن . أن الحاكم حين استدعاها كان يؤدي واجباً عليه ، أو يستعمل حقاً له قبلها . وكذلك الشاكي كان يستعمل حقه^(١) ويرى أبو حنيفة أن من صاح على إنسان فجأة فمات من صيخته فهو قاتل له قتلا شبه عمد^(٢) .

٨٥ - القسم : لايخص فقهاء الشريعة للتسيم فصلاً خاصاً مكتفين

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٠ - ٣٣٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ . يحمل الفقهاء السلطان متسولية لإجهاض المرأة إذا طلبها ففرغت وألقت حملها اتباعاً لما فعل عمر رضي الله عنه . فقد طلب امرأة ففرغت وأخذها الطلق فألقت ولدًا أصاح صبيحتين ومات . فاستشار عمر أصحاب النبي ، فقال بعضهم : ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب . وصمت على . فقال عمر ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا رأيهم فقد أخطأ رأيهم . وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك . إن ديتك عليك لأنك أفرغتها فألقت . فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك . والفقهاء وإن اتفقوا على متسولية السلطان فإنهم يختلفون فيما يحمل الدية أهو السلطان نفسه وعاقبته أم بيت المال . . . ؟

بتطبيق القواعد العامة على هذا النوع من وسائل القتل كما يطبقونها على التفريق والتحريق . وهم يخالفون في طريقتهم مايسير عليه شراح القوانين في مصر وفرنسا وغيرها من تخصيص فصل للكلام على القتل بالسم . وعلة عدم التخصيص في الشريعة هي : أن عقوبة القتل العمد في الشريعة واحدة مهما اختلفت وسائل القتل وهي القصاص ، فلم يكن ثمة مايدعو للتخصيص . أما في القانون المصرى والفرنسى مثلاً ، فإن عقوبة القتل بالسم تخلف عن عقوبة القتل العمد ، ومن ثم كان هناك مايدعو للتخصيص ويرى مالک أن القتل بالسم قتل عمد في كل حال سواء كانت المادة سامة كثيراً أو قليلاً ، تقتل غالباً أو كثيراً أو نادراً ، مادام الجانى قد انتوى قتل المجنى عليه بهذه الوسيلة ، ومادام المجنى عليه قد مات فعلاً . ويستوى عند مالک أن يقدم الجانى الطعام أو الشراب أو اللباس المسموم بنفسه للمجنى عليه أو بواسطة آخر ، أو يضعه في طعامه أو شرابه أو لباسه دون أن يقدمه له ^(١) فهو قاتل عمداً له في كل حال . إلا إذا علم المجنى عليه بأن الطعام أو الشراب مسموم ثم تناوله مع علمه فهو القاتل لنفسه .

ويرى أحمد أن الجانى إذا سقى المجنى عليه السم كرهاً أو خلطه بطعامه أو شرابه فأكله دون أن يعلم بأنه سم فالجانى مسؤول عن القتل العمد إذا كان السم مما يقتل غالباً . فإن كان السم مما لا يقتل مثله غالباً فالقتل شبه عمد .

وإن خلط الجانى السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله دون إذنه وأكله فلا مسئولية على الجانى ، لأن الداخل هو الذى قتل نفسه بفعله ، وإذا دخل المجنى عليه المنزل بإذنه أى بإذن الجانى . وأكل الطعام المسموم دون إذنه فالحكم ماسبق ^(٢) .

ويتفق الشافعى مع أحمد في حالة الإكراه ، فإذا سقى الجانى المجنى عليه السم كرهاً عنه فهو قاتل عمداً إذا كان السم يقتل غالباً ، فإن لم يكن يقتل

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٧ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٢٤٢ .

غالباً فهو شبه عمد ، وكذلك الحكم لو أكره إنساناً على أن يشرب السم بشرط أن لا يعلم بأنه سم .

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهب أحمد فيما عدا ذلك . أى فى حالة تقديم الطعام المسموم للمجنى عليه . أو وضع السم فى شرابه أو طعامه ، فيرون أن الطعام المسموم أو الشراب المسموم إذا قدم لضيف ، فإن كان الضيف صبيّاً غير مميز أو مجنوناً أو أعمى يرى طاعة المضيف وكان السم مما يقتل غالباً فالجاني قاتل عمداً ، وإن لم يكن مما يقتل غالباً فالقتل شبه عمد .

أما إذا كان الضيف بالغا عاقلاً فيرى البعض أن الجاني قاتل عمداً إذا كان السم مما يقتل غالباً ، فإن لم يكن مما يقتل غالباً فالقتل شبه عمد . ويرى البعض الآخر أن القتل فى كل حال شبه عمد ، ولعل حجبتهم أن البالغ العاقل يستطيع أن يمتنع عن تناول المادة المسممة بعكس غير المميز فإنه يفرر به بسهولة ويصعب عليه الامتناع عن تناولها ، والقدرة على الامتناع تجعل التسميم غير قاتل غالباً ، فيكون القتل شبه عمد ، ويرى البعض الثالث أن لامتثولية على الجاني لأنه تناول المادة المسممة بنفسه ، فقطع فعله فعل الجاني ، أى أن المباشرة اجتمعت مع السبب فتغلبت عليه ، ويرد على ذلك بأن المباشرة لا تغلب السبب إلا إذا اضمحل معها ، ولا يضمحل السبب إلا إذا علم المجنى عليه أن الطعام مسموم ثم تناوله ، ففي هذه الحالة تغلب المباشرة السبب ويقطع فعل المجنى عليه فعل الجاني . وإذا دس الجاني السم فى طعام المجنى عليه أو شرابه فأكله جاهلاً ومات ، فيرى الشافعيون فيه الآراء الثلاثة السابقة ، ولا يفرقون هنا بين المميز وغير المميز كما فى حالة تقديم الطعام أو الشراب المسموم إلى الضيف ^(١) .

وأساس الخلاف بين الشافعى وأحمد هو اختلاف الرواة فى حديث اليهودية قدمت شاة مسمومة للنبي صلى الله عليه وسلم فأكل منها هو وبشر بن البراء ، وقد روى أنس بن مالك الحديث ولم يذكر أن النبي قتلها لما مات بشر ، ورواه أبو سلمة

فذكر أن النبي أمر بها فقتلت لما مات بشر، وقد بنى الشافعي مذهبه على رواية أنس، وبنى أحمد مذهبه على رواية أبي سلمة، ومن هذا الطريق جاء اختلاف المذهبين في تقديم الطعام المسموم، أو دس السم في طعام المجنى عليه.

أما اختلاف الشافعية فيما بينهم فأساسه أخذ بعضهم برواية أبي سلمة وأخذ البعض برواية أنس بن مالك وجمع البعض الآخر بين الروایتين ومحاولة التوفيق بينهما.

ولا يعتبر أبو حنيفة وأصحابه تقديم الطعام والشراب المسموم للمجنى عليه أودسه في طعامه وشرابه قتلاً عمداً، ولو أكله المجنى عليه أو شربه جاهلاً بأنه مسموم وعندهم أن المجنى عليه هو الذي قتل نفسه بتناول المادة المسممة، ولكن الجاني يعزر لأنه غرر بالمجنى عليه.

أما إذا أوجر الجاني المجنى عليه السم إيجاراً، أو ناوله له وأكرهه على شربه حتى شرب فالفعل قتل شبه عمد عند أبي حنيفة سواء كان السم يقتل غالباً أو لا يقتل غالباً فإن كان يقتل غالباً فالفعل قتل عمد، لأن السم إذا كان يقتل غالباً فهو باستعماله معد للقتل، وإن كان لا يقتل غالباً فالفعل شبه عمد.

الركن الثالث

أن يقصد الجاني إحداث الوفاة

٨٦ - يشترط لاعتبار القتل عمداً عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن يقصد الجاني قتل المجنى عليه فإن لم يتوفر هذا القصد فلا يعتبر الفعل قتلاً عمداً ولو قصد الجاني الاعتداء على المجنى عليه لأن نية العدوان المجردة عن قصد القتل لا تكفي لجعل الفعل قتلاً عمداً.

٨٧ - ولقصد القتل أهمية خاصة عند الأئمة الثلاثة لأنه هو الذي يميز القتل

العمد عن القتل شبه العمد وعن القتل الخطأ إذ الفعل الواحد يصلح أن يكون قتلاً عمداً أو شبه عمد أو خطأ والذي يميز هذه الأنواع الثلاثة من القتل أحدها عن الآخر هو قصد الجاني فإن تعمد الجاني الفعل بقصد قتل المجنى عليه فهو قتل عمد وإن تعمد الفعل بقصد العدوان الجرد عن نية القتل فهو شبه عمد ، وإن تعمد الفعل دون قصد عدواني أو دون أن يقصد نتيجه فهو خطأ .

٨٨ — ولا يشترط مالك لاعتبار الفعل قتلاً عمداً أن يقصد الجاني قتل المجنى عليه ويستوى عنده أن يقصد الجاني قتل المجنى عليه أو أن يتعمد الفعل بقصد العدوان الجرد عن نية القتل مادام أنه لم يتعمد الفعل على وجه اللعب أو التأديب فالجاني في كلا الحالتين قاتل عمداً^(١) وهذا الرأي يتفق على منطلق مالك لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ولا يرى القتل إلا نوعين فقط عمد وخطأ فاقضى منه ذلك أن يعتبر الجاني قاتلاً عمداً بمجرد توفر قصد العدوان ولو أنه اشترط توفر نية القتل عند الجاني لترتب على هذا الشرط أن يدخل في باب الخطأ كل ما يدخل في باب شبه العمد عند الفقهاء الآخرين .

٨٩ — وبعض كتب الفقه في مذاهب الأئمة الثلاثة تشترط صراحة قصد القتل في الجاني وبعضها لا يذكر شيئاً إطلاقاً عن قصد القتل وقد يوهم هذا أن هناك خلافاً على اشتراط قصد القتل والواقع أنه لا خلاف إطلاقاً في اشتراط قصد القتل وإنما الخلاف جاء في طريقة التعبير ، فالأصل أن نية القتل شرط أساسي في القتل العمد ولما كانت هذه النية أمراً باطنياً متصلاً بالجاني كامناً في نفسه ومن الصعب الوقوف عليها فقد رأى الفقهاء أن يستدلوا على نية الجاني بمقياس ثابت يتصل بالجاني ويدل غالباً على نيته ونفسيته ذلك المقياس هو الآلة أو الوسيلة التي يستعملها في القتل إذ الجاني في الغالب يختار الآلة المناسبة لتنفيذ قصده من الفعل

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٤٠ . الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ .

فإن قصد القتل اختار الآلة الملائمة للفعل والتي تستعمل غالباً كالسيف والبندقية والعصا الغليظة وإن قصد الضرب دون القتل اختار الآلة الملائمة لقصده كالضرب بالقلم أو العصا الخفيفة أو السوط . فاستعمال الآلة القاتلة غالباً هو المظهر الخارجي لفية الجاني وهو الدليل المادي الذي لا يكذب في الغالب لأنه من صنع الجاني لا من صنع غيره ومن ثم اشترط الفقهاء أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالباً لأن توفر هذه الصفة فيها دليل على أن الجاني قصد قتل الجاني عليه واستغنوا بهذا الشرط الدال على قصد القتل عن مدلول الشرط أى أنهم أقاموا الدليل مقام المدلول فلم يعد بعد هذا ما يدعى لاشتراط قصد القتل ، لأن اشتراط أن تكون الآلة قاتلة غالباً يغنى عن اشتراط القصد ولهذا لا نجد في كتب الفقه كتاباً يعرف القتل العمد أو شبه العمد فيذكر قصد القتل في التعريف إلا نادراً وإنما يذكر القصد في مناسبات أخرى وأخصها بيان الفرق بين العمد وشبه العمد وتعليل تسمية شبه العمد بهذا الاسم أنهم يصرحون بأن شبه العمد لا يشترط فيه قصد القتل ، وأن هذا هو ما يميزه عن العمد ، لأنهم يرون أن العمد هو ما قصد فيه الفعل والقتل ، وأن شبه العمد ما قصد فيه الفعل دون القتل ولذلك سمي بخطأ العمد أو عمد الخطأ لأنه عمد في الفعل خطأ في القصد ، ونستطيع أن نعرض عينة من أقوال الفقهاء في هذا الموضوع فتلاً يعرف الزياهي وهو حنفى المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئاً عن قصد القتل ولكنه يتحدث في بيان أنه تعمد الفعل بما يقتل غالباً من وسائل معدة للقتل فإذا عرف شبه العمد قال إنه تعمد الضرب بما لا يقتل غالباً وأنه سمي بشبه العمد لأن فيه قصد الفعل لا القتل^(١) ويعرف صاحب بدائع الصنائع وهو حنفى المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئاً كما فعل الزيلعى عن قصد القتل ولكنه حين يتكلم عن شرائط القصاص يقول إن القاتل عمداً يجب أن يكون متعمداً القتل قاصداً إياه^(٢) ويعرف صاحب المهذب وهو

(١) الزيلعى ج ٦ ص ٩٨ ، ١٠٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

شافعي القتل العمد بأنه قصد الإصابة بما يقتل غالباً فيقتله ثم يعرف شبه العمد بأنه قصد الإصابة بما لا يقتل غالباً فيبوت منه ويقول إنه لا تجب في شبه العمد عقوبة القتل العمد لأن الجاني لم يقصد القتل^(١) ويعرف الماوردي وهو شافعي القتل العمد بأنه تعمد قتل النفس بما يقتل غالباً ويعرف شبه العمد بأن فاعله يكون عامداً في الفعل غير قاصد القتل^(٢) ويعرف معظم فقهاء المذهب الشافعي العمد بأنه قصد الفعل وعين الشخص بما يقتل غالباً كما يعرفون شبه العمد بأنه قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالباً^(٣) ولكنهم حين يفرقون بين أفعال العمد وشبه العمد يميزون العمد بقصد الجاني إهلاك الجاني عليه مع أنهم لا يذكرون قصد القتل صراحة في تعريف العمد أو شبه العمد، ويعرف صاحب المغني وهو حنبلي المذهب القتل العمد فيقول ما خلاصته أنه الضرب بما يقتل غالباً ولكنه حين يتكلم عن شبه العمد يقول عنه إنه الضرب بما لا يقتل غالباً ثم يشرح هذا فيقول إن الضرب في شبه العمد يكون إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والوكز وسائر ما لا يقتل غالباً وهو شبه عمد لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه تعمد الفعل وأخطأ في القتل^(٤) ويعرف صاحب الشرح الكبير وهو حنبلي المذهب العمد وشبه العمد بمثل ما عرفهما به زميله السابق وصاحب الإقناع وهو حنبلي أيضاً يشترط في العمد القصد ويعرف العمد بقوله: « أن يقتل قصداً بما يغلب على الظن موته به » ثم يعرف شبه العمد فيقول: أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو التأديب له فيسرف فيه بما لا يقتل غالباً قصد قتله أو لم يقصده^(٥) وظاهر مما سبق أن اشتراط قصد القتل هو المميز بين

(١) المذهب ج ٢ ص ١٨٤ ، ١٨٥

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٩ ، ٢٢٠ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٣٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ - ٢٤٠ ، حاشية

البيجيري على المنهج ج ٤ ص ١٢٩ ، ١٣١ .

(٤) المغني ج ٩ ص ٣٢١ ، ٣٣٧ .

(٥) الإقناع ج ٤ ص ١٦٣ ، ١٦٨ .

العمد وشبه العمد وإذا كان صاحب الإقناع قد صرح باشتراط القصد فإنه مع ذلك لم يذكره في تعريف العمد واكتفى باشتراط أن تكون الآلة قاتلة غالبا كما أنه يلاحظ عليه أنه لم يفسر القصد أصلا في الحالة التي تكون فيها الآلة غير قاتلة غالبا وهو منطوق دقيق .

فقد رأى أنه إذا كانت الآلة القاتلة غالبا دليلا على توفر قصد القتل ، فإنه يجب أن تكون الآلة التي لا تقتل غالبا دليلا على انتفاء قصد القتل مادامت الآلة هي الدليل المادى على قصد الجانى ، وعلى كل حال فإن هذا الذى يراه هو نفس ما يراه بقية الفقهاء ممن ذكرنا ومن لم نذكر ، ولو أنهم لم يصرحوا بهذا في تعريف شبه العمد كما صرح صاحب الإقناع ، ولكن المتنوع لأمثالهم وتطبيقاتهم يجد أنهم يعتبرون الفعل شبه عمد إذا كانت الوسيلة غير قاتلة غالبا ، بغض النظر عما إذا كان الجانى قصد القتل أم لم يقصده ، ولعلمهم لم يصرحوا بهذا في التعريف كما لم يصرحوا باشتراط القصد في العمد ، ويكون إذن معنى قولهم : إن القاتل في شبه العمد لم يقصد الفعل أنه لم يقصده فرضا أو حكما لا فعلا ، ومن الأمثلة على ذلك أن الضربة أو الضربتين بالعصا وضرب الموالاة لا يعتبر قتلا عمداً ولو قصد الجانى قتل الجنى عليه^(١) في رأى أبى حنيفة وأصحابه ، وأن القتل بطريق معنوى يعتبر قتلا شبه عمد في مذهب الشافعى وأحمد ، لأن الوسيلة لا تقتل غالبا ، وأن الضرب بما لا يقتل غالبا يعتبر قتلا شبه عمد ولو قصد الجانى قتل الجنى عليه مادام الضرب لم يكن متواليا ولا على ضعيف أو صغير أو في حر شديد أو في برد شديد^(٢) .

ومع أن الفقهاء قد جعلوا استعمال الآلة أو الوسيلة القاتلة غالبا دليلا على توفر القصد للقتل عند القاتل . وجعلوا استعمال الآلة أو الوسيلة التي لا تقتل غالبا

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ . والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٨ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

(٢) راجع نهاية المحتاج الساج ص ٢٣٧ ، ٢٤٠ ، ٣٣٠ ، ٣٣٣ وراجع المنى ج ٩ ص ١٠٨١ .

دليلاً على انتفاء قصد القتل عند القاتل ، إلا أنه يجب أن لا يفهم من هذا المساواة التامة في الحالين ، فهناك فرق دقيق لا يصح أن يقرب عن البال ، وهو أن افتراض توفر قصد القتل عند من يستعمل آلة تقتل غالباً هو فرض يقبل النفي . فلجأني أن يثبت العكس ، أى أنه لم يقصد القتل ، أما افتراض انعدام نية القتل عند من يستعمل آلة لا تقتل غالباً فهو فرض لا يقبل النفي ، فلا يجوز لإثبات عكسه ولو اعترف الجاني نفسه بأنه قصد القتل ، بل يكذب اعترافه كون الآلة غير قاتلة ، والملاحظ في حالة قبول النفي وعدم قبوله هو مصلحة المتهم لا مصلحة غيره . وإن كانت مصلحة الجماعة روعيت في حالة استعمال آلة تقتل غالباً بافتراض أن نية القتل متوفرة ، فلا يجد الاتهام ضرورة لإثبات نية القتل مادام المتهم لم يثبت أنه لم يقصد القتل ، وأنه لم يستعمل الآلة القاتلة لهذا الغرض .

٩٠ - وليس للبواعث التي دفعت الجاني لارتكاب جريمته أثر ماعلى مسؤوليته ولا عقوبته في الشريعة فإذا ارتكب الفعل بقصد الإضرار بالجنى عليه أو لباعث غير شريف ، فإن ذلك لا يزيد في مسؤوليته أو عقوبته شيئاً ، كما أن ارتكاب الفعل لباعث شريف لا يخفف مسؤولية الجاني أو عقوبته شيئاً .

٩١ - رضاء المجنى عليه بالقتل : من القواعد الأصلية المسلم بها في الشريعة أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يجعلها مباحة إلا إذا كان الرضاء ركناً من أركان الجريمة كالسرقة مثلاً . فإن رضاء المجنى عليه بأخذ ماله يجعل الأخذ فعلاً مباحاً ، والرضاء ليس ركناً في جريمة القتل والضرب ، فتطبيق هذه القاعدة الأصلية المسلم بها يقتضى أن لا يكون لرضاء المجنى عليه في جريمة الضرب والقتل أثر ماعلى المسؤولية الجنائية أو العقوبة ، ولكن هناك قاعدة أخرى أصلية مسلم بها ، وهي أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة في جرائم القتل والضرب فلمهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية ، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معاً ؛ فلا يبقى إلا تمزير الجاني أن رأت السلطة التشريعية ذلك .

وقد أدى وجود القاعدة الثانية إلى الاختلاف بين الفقهاء في تطبيق القاعدة الأولى على جرائم القتل والضرب ، كذلك تختلف آراء الفقهاء في القتل عنها في القتل والجرح .

الرضاء بالقتل : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح القتل ، لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع ، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلًا عمداً . لكنهم اختلفوا في العقوبة التي توقع على الجاني ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن تكون العقوبة الدية ودرؤوا عقوبة القصاص عن الجاني على أساس أن الإذن بالقتل شبهة ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ادرؤوا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم في فعل مكون للجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجاني . ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص . فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة^(١)

والرأى الراجح في مذهب مالك : أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ولو أبرأ المجنى عليه الجاني من دمه مقدماً لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجاني قاتلاً عمداً ، ولكن بعض أصحاب هذا الرأي يرون أن تكون العقوبة القصاص ويعاقب بالعقوبة المقررة له ، ويرى البعض الآخر أن الإذن شبهة تدرأ القصاص ، ومن ثم يوجبون الدية ، أما الرأي المرجوح فنسبه ابن عرفة « لسحنون » ومقتضاه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، ولكنه يسقط العقوبة فلا قصاص ولا دية وإنما التعزير ولكن الرأي المعروف عن سحنون في « كتاب العتية » أنه يرى عقاب القاتل وإن كان يدرأ القصاص عنه للشبهة^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

(٢) مواهب الجليل للعطاب ج ٦ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ و اشرح السكيت للدردير ج ٤ ص ٢١٣

وفي مذهب الشافعي رأيان : أولهما : أن الإذن في القتل يسقط العقوبة ولا يبيح الفعل ومن ثم فلا قصاص ولا دية ، ثانيهما : أن الإذن في القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة . ولكنه شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية^(١) وبعض أصحاب هذا الرأي يرى القصاص لأن الإذن ليس شبهة .

أما أحمد فيرى أن لا عقاب على الجاني لأن من حق المجني عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوي العفو عن العقوبة في القتل^(٢) وهذا يتفق مع الرأي الأول في مذهب الشافعي .

٩٢ - الرضاء بالجرم : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ، لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبه فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلاً عمداً لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع ، فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً ولا قطعاً ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فتمين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح أو القطع للموت فلا شيء على الجاني إلا التعزير لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل^(٣) .

وفي مذهب مالك أن الإذن بالجرح والقطع لا عبرة به إلا إذا استمر مبرأ له بعد الجرح والقطع فإن لم يبرئه بعد الجرح والقطع ففيه العقوبة المقررة وهي القصاص أو الدية ، أما إذا استمر مبرئاً له يسقط العقوبة المقررة وهي القصاص والدية ويحل محلها التعزير ما لم يؤد الجرح أو القطع إلى الموت فيعاقب الجاني

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ - ٢٣٧ .

بعقوبة القتل العمد^(١) والإذن بالجرح أو القطع في مذهب الشافعي يسقط العقاب عن الجاني ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً ، فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت . فمن فقهاء المذهب من يرى مسؤولية الجاني عن القتل العمد ويدرك القصاص لشبهة الإذن ، فتكون الدية هي العقوبة ، ومن فقهاء المذهب من يرى أن لعقاب لأن الموت تولد عن مأذون فيه^(٢) .

والإذن بالجرح والقطع عند أحمد كالإذن بالقتل لا عقوبة عليه ، وإن كان الإذن لا يبيح الفعل لأن له الحق في إسقاط العقوبة وقد أسقطها بإذنه .

٩٣- أسباب الخلاف بين الفقهاء في إردنه بالقتل :- أساس الاختلاف

في هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة في القتل وهي القصاص أو الدية إذا حلت محل القصاص ، فإذا عفو سقطت العقوبة المقررة للقتل ، ولم يبق إلا عقوبة التعزير إذا رأى أولياء الأمور تقريرها في حالة العفو فمن قال بأن الإذن يمنع من العقاب ، اعتبر الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب ، رأى أن الإذن لا يعتبر عفواً لأن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل ، فإذا جاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح لأنه لم يصادف محله ، ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دائمة للقصاص^(٣)

٩٤ - مقارنة بين الشريعة والقانون :- يتفق مذهب مالك وأبي حنيفة

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ ، ٢٩٦ - وتحفة المحتاج ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ .

(٣) أما في حالة الجرح أو الجرح المنتهى بالموت فأساس الخلاف أنهم يعتبرون الإذن بالجرح عفواً مقدماً عن الجرح ، ويعتبرون هذا العفو صحيحاً ويرتبون عليه إسقاط العقوبة إلا مالك فإنه يرى الإذن السابق على الجرح باطلاً لأنه لم يصادف محله ، ومن يرى عدم العقاب في حالة الموت يرى الموت متولداً عن الجرح وهو مأذون فيه ، وما تولد عن مفعو عنه أخذ حكمه ، أما من يرى العقاب فيرى أن الإذن كان عن جرح لا قتل فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه لكنه مع ذلك اعتبر الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص .

ورأى الشافعى الذى يقول بالعقاب فى حالة الرضاء بالقتل أو الجرح الذى ينتهى بالموت مع القوانين الوضعية الحديثة ، لأنها تعتبر القتل والجرح بالرغم من الرضاء أو الإذن جريمة وتعاقب عليها ، وإذا كان بعض الفقهاء يرى أن تكون العقوبة القصاص ، والبعض يرى أن تكون الدية ، فهذا ليس بذى أهمية ، لأن استبدال الدية بالقصاص ليس إلا استبدال عقوبة مقررة شرعاً بعقوبة مقررة شرعاً . وهو يقابل فى القوانين الحديثة ما تقرره من الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة عقوبة للقتل العمد مع ترك الحرية للقضاة فى اختيار إحدى العقوبتين وتقدير ظروف الجريمة والمجرم . ولا شك أن إذن المجنى عليه فى الجريمة وإن لم يكن له أثر على تكوين الجريمة إلا أنه مما يدعو القضاة إلى استعمال الرأفة ، وإذا لم يحملهم على تخفيف العقوبة إلى حدها الأدنى فإنه يمنعهم من رفعها إلى حدها الأعلى فتكون النتيجة العملية فى القانون أن يعاقب الجانى المأذون له فى الفعل بعقوبة بسيطة الفرق بينها وبين الحد الأعلى المقررة أصلاً كالفرق بين القصاص والدية فى الشريعة .

٩٥ - القصد المحدود وغير المحدود : لا يفرق الفقهاء فى مذهبي أبي حنيفة وأحمد بين القصد المحدود والقصد غير المحدود سواء فى تعريف أنواع القتل أو فى الأمثلة التى يضر بها لختلف وسائل القتل ، ومن ثم يمكن القول بأنه يستوى فى مذهبي أبي حنيفة وأحمد أن يكون القصد عند الجانى متجهاً إلى قتل إنسان بعينه أو إلى قتل إنسان غير معين فهو مسؤول عن القتل العمد فى الحالين مادام قد أتى الفعل بقصد القتل ، فمن أطلق عياراً نارياً على شخص معين ، ومن ألقى قنبلة على جماعة بقصد القتل ، دون أن يقصد شخصاً معيناً من الجماعة كلاهما قاتل عمداً عند أبي حنيفة وأحمد .

أما فى مذهب الشافعى^(١) فيفرقون بين ما إذا قصد معيناً أو غير معين ، فإن قصد معيناً فالفعل قتل عمد ، وإن قصد غير معين فالفعل قتل شبه عمد ،

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ وما بعدها . وتحفه المحتاج ج ٤ ص ٢٢٢

ويعتبر المجنى عليه معيناً ولو قصد الجاني أن يصيب أى شخص من جماعته ، لأن الجماعة تصبح كلها مقصودة ، فتصير معينة أفراداً وجماعة .

ويفرقون في مذهب مالك أيضاً بين قصد شخص معين وبين قصد شخص غير معين فإن قصد الجاني معينا فالفعل قتل عمد ، وإن قصد غير معين أيا كان فلا يعتبر القتل عمداً وإنما يعتبر خطأ^(١) .

ويتفق مذهب أبى حنيفة وأحمد مع القانون المصرى اتفاقاً تاماً ، فالمادة ٢٣١ عقوبات تنص على أن الإصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية غرض المصر منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه . سواء كان ذلك القصد معاقاً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط ، وتطبيقاً لهذا النص حكمت محكمة النقض بأنه إذا صوب شخص بندقية إلى جمع محتشد ، وأطلق منها عياراً نارياً أو عدة أعيرة نارية أصاب بعضها شخصاً أو أكثر من هذا الجمع وقتله ، عد القاتل مرتكباً لجريمة القتل عمداً لتوفر قصد القتل عنده^(٢) .

أما مذهب الشافعى ومالك فظاهر أنهما يخالفان القانون .

٩٦ - الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية : يراد بالخطأ فى الشخص أن

يقصد الجاني قتل شخص معين فيصيب غيره ، ويراد بالخطأ فى الشخصية أن يقصد الجاني قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو . والخطأ فى الشخص هو خطأ فى الفعل ، فنرمى صيداً أو غرضاً أو آدمياً معيناً فأخطأه وأصاب شخصاً آخر فقد أخطأ فى فعله ، أما الخطأ فى الشخصية فهو خطأ فى قصد الفاعل فنرمى شخصاً على أنه مرتد أو حربى فإذا هو معصوم أو رماه على أنه زيد فتبين أنه عمرو فقد أخطأ فى قصده .

وللفقهاء نظريتان مختلفتان فى الخطأ فى الشخص والشخصية : الأولى للمالك

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٢٨ حامية ٩ عدد ١٠٦ .

وأصحابه ، وتلخص في أنه إذا قصد الجاني شخصاً فأصاب غيره ، أو قصد شخصاً على أنه زيد فتبين أنه بكر فإن الجاني يكون قاتلاً عمداً في الحالين ، سواء قصد القتل أو قصد مجرد العدوان على وجه الغضب لا على وجه اللعب أو التأديب وبعض فقهاء المذهب يرى أن الحالة الأولى ليست قتلًا عمداً ، بل هي قتل خطأ^(١) ويرى بعض فقهاء المذهب الحنبلي : أن الفعل المقصود أصلاً إذا كان محرماً فإن الخطأ في الفعل أو الظن لا يؤثر على مسؤولية الجاني شيئاً لأنه قصد فعلاً محرماً قتل به إنساناً ، فهو إذن قاتل له عمداً^(٢) ، أما إذا كان الفعل المقصود أصلاً غير محرم ، فإن الخطأ في الفعل أو الظن يكون له أثره على مسؤولية الجاني لأنه قصد فعلاً مباحاً ، فإذا أخطأ في فعله أو ظنه فهو قاتل خطأ لا عمداً .

والنظرية الثانية يأخذ بها فقهاء مذهب أبي حنيفة ومذهب الشافعي والفريق الأخير من فقهاء مذهب أحمد ، وهؤلاء جميعاً يرون أن من قصد قتل شخص فأخطأ في فعله وأصاب غيره أو أخطأ في ظنه وتبين أنه أصاب غيره من قصده ، فإن الجاني يكون مسؤولاً عن القتل الخطأ فقط ، سواء كان الفعل الذي قصده أصلاً مباحاً أو محرماً^(٣) .

٩٧ - مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية : والرأي السائد في القوانين الوضعية يتفق مع رأي أصحاب النظرية الأولى ، إذ تأخذ القوانين الوضعية الجاني قصده ، فما دام قد قصد القتل والضرب ونفذ قصده فيستوى بعد ذلك أن يكون أصاب من قصده أو أصاب غيره ، وقضاء الحاكم المصرية مستقر على أن من تعمد قتل إنسان . فأصاب آخر فهو قاتل عمداً لهذا الآخر^(٤) .

٩٨ - الفصل الهمثالي : ولا شك أن الشريعة الإسلامية تعرف حق المعرفة

(١) ولهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ، ٢٤٣ . والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥

(٢) المغني ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٧ الإقناع ج ٤ ص ١٦٨

والمغني ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٤) نقض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ قضية ٢٠٨٥ سنة ٤٦ ق .

القصد الاحتمالى . وليس أدل على ذلك من جرائم الجرح والضرب فالضارب يضرب وهو لا يقصد إلا مجرد الإيذاء أو التأديب ولا يتوقع أن يصيب الجنى عليه إلا بجرح بسيط أو كدمات خفيفة أو لا يتوقع أن يصيبه إلا بمجرد الإيلام ولكن الجانى لا يسأل فقط عن النتائج التى توقعها وإنما يسأل أيضاً عن النتائج التى كان فى وسعه أن يتوقعها أو التى كان يجب عليه أن يتوقعها فإذا أدى الضرب إلى قطع طرف أو فقد منفعة فهو مسؤول عن ذلك ، وإذا أدى لوفاة الجنى عليه فهو مسؤول عن هذه الوفاة باعتبار الحادث قتلا شبه عمد لا ضرباً .

لكن ماهو رأى فقهاء الشريعة فى القصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد بالذات ؟ ذلك القصد الذى عرفته محكمة النقض المصرية « بأنه نية ثانوية غير مؤكدة تحتاج بها نفس الجانى الذى يتوقع أن قد يتعدى فعله الغرض المنوى عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينتوه من قبل أصلاً فيمضى مع ذلك فى تنفيذ الفعل ، فيصيب به الغرض الغير المقصود ، ومظنة وجود تلك النية هى استواء حصول هذه النتيجة وعدم حصولها لدية ، ذلك القصد الذى يقيمه الألمان مقام القصد الثابت فى جريمة القتل وغير القتل ويقولون : إنه يكون كلما تصور الفاعل النتيجة ممكنة الوقوع ، ثم يمضى بالرغم من ذلك فى فعلته مستهيناً بالنتيجة » . ولا يسلم أبو حنيفة والشافعى وأحمد بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد ويصرون على أن تتوجه نية الجانى القتل ، وأن يرتكب الفعل بقصد الوصول لهذا الغرض ، ولعل حرصهم على ظهور نية القتل عند الجانى راجع إلى أنهم يقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطأ ، وفى العمد وشبه العمد يتعمد الجانى العدوان ولكن الذى يميز العمد عن شبه العمد هو أن الجانى يقصد القتل فى العمد ، فلو سلموا بالقصد الاحتمالى فى القتل العمد ، لانعدم الحد الفاصل بين القتل العمد ، والقتل شبه العمد .

وقد سلم بعض فقهاء - مذهب أحمد - بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل فى موضعين فقط واعتبروا الفاعل قاتلاً عمداً أخذاً بقصده المحتمل : الأول - إذا

أخطأ الجاني في الفعل ، كأن أراد أن يقتل زيدا فلما رماه أخطأه وأصاب عمراً بشرط أن يكون زيد معصوماً ، أى غير مهدر الدم ، كأن يكون حريباً أو مرتداً فإن كان مهدر الدم فالقتل خطأ لا عمد . الثانى - إذا كان الخطأ في ظن الفاعل كأن يقصد قتل زيد فيقتل عمراً على أنه زيد بشرط أن يكون معصوماً أما مالك فمذهبه يتسع للقصد الاحتمالى في جريمة القتل العمد ولما هو أكثر من القصد الاحتمالى ، لأنه لا يعرف القتل شبه العمد ، والقتل عنده نوعان فقط : عمد وخطأ والعمد عنده لا يشمل فقط الفعل المقصود به القتل ، وإنما يشمل كل فعل قصد به مجرد العدوان ، ولو لم يقصد الفاعل القتل ولما كان من المستبعد عقلاً أن تؤدي كل أفعال العدوان البسيطة إلى الموت ، فعنى ذلك أن مذهب مالك يتسع لأكثر من القصد الاحتمالى . لأنه يتسع لما يتصوره الفاعل ممكن الوقوع ولما يتصوره ممتنع الوقوع .

٩٩ - مقارنة : والنظرية الفرنسية تتفق مع نظرية الأئمة الثلاثة ،

فالفرنسيون لا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالى في جريمة القتل العمد ، ولو أن القانون الفرنسى أخذ المتهم بقصده الاحتمالى في جرائم الضرب والجرح ، واحتجهم أن الأخذ بنظرية القصد الاحتمالى في القتل العمد يؤدي إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضى إلى الموت وتجعل التمييز بينهما متعذراً أما مذهب مالك فيتفق مع النظرية الألمانية كما يتفق مع القانونين الإنجليزى والسودانى ، وهما يعتبران القتل عمداً إذا حصل الفعل بقصد تسبب الموت أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون نتيجة الفعل المحتملة ، ولكن بالرغم من هذا الاتفاق الظاهرى ، فإن مذهب مالك يظل أكثر اتساعاً من مذهب الألمان والقانونين الإنجليزى والسودانى ، فمثلاً إذا لطم شخص آخر صحيحاً بقصد الاعتداء ودون أن يقصد القتل فمات من اللطمة فهو قاتل عمداً عند الإمام مالك ولا يعتبر قاتلاً طبقاً للنظرية الألمانية ، لأن إمكان الموت من اللطمة بعيد التصور كذلك لا يعتبر قاتلاً بحسب القانونين الألمانى والإنجليزى لأنه ليس في ظروف

الجنى عليه أو في اللطمة ذاتها ما يدعو الجانى إلى العلم بأن اللطمة قد تؤدى للوفاة
 ١٠٠ - اثبات القصد الجانى - يشترط أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن
 يثبت القصد القتل ثبوتاً لاشك فيه فإن كان هناك شك في أن الجانى قصد القتل
 اعتبر الفعل قتلاً شبه عمد ويستدل هؤلاء الفقهاء أصلاً على وجود قصد القتل
 بالآلة أو الوسيلة التى استعمالها الجانى فإن كانت قاتلة غالباً فالقتل عمد وإن
 كانت لا تقتل غالباً فالقتل شبه عمد^(١) وكون الآلة قاتلة غالباً ليس في ذاته
 دليلاً يقبل النفي على قصد القتل وللجانى أن ينفي عن نفسه قصد القتل وأن يثبت
 أنه مع استعماله الآلة أو الوسيلة القاتلة غالباً لم يكن يقصد القتل فإن أثبت هذا
 اعتبر الفعل شبه عمد وعلى هذا يمكن القول بأن استعمال الآلة القاتلة يعتبر في
 ذاته دليلاً على قصد القتل يصح لهيئة الاتهام أن تكفى به إذا لم يكن ثمة ما ينفيه
 ويصح لها أن تضيف إليه أدلة أخرى من ظروف الواقعة أو ظروف المتهم والجنى
 عليه أو أقوال الشهود .

وليس في مذهب الإمام مالك ما يمنع من الاستدلال على قصد المتهم بالآلة
 المستعملة في القتل أو بحمل الإصابة ولكن ليس من الضروري في المذهب إثبات
 قصد القتل لدى الجانى إذ يكفي أن يثبت أنه أتى الفعل بقصد العدوان وأنه لم
 يأت به على وجه اللعب أو التأديب .

* * *

المبحث الثاني

في القتل شبه العمد

١٠١ - ذكرنا أن القتل شبه العمد يختلف عليه بين الفقهاء فمالك يرى
 أن القتل صنفان: عمد وخطأ فمن زاد عليهما فقد زاد على النص ويحتج بأن القرآن
 لم ينص إلا على العمد والخطأ فقط حيث قال الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً ﴾

(١) راجع الفقرات من ٣١ - ٣٨ والفقرة ٨٧ .

متمعداً ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ﴾ أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد فيقولون بالقتل شبه العمد ويرون أن القتل على ثلاثة أنواع عمد وشبه عمد وخطأ ويحتجون بقوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن في قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وبأن عمر وعلياً وعثمان وزيد بن ثابت وأبا موسى الأشعري والمغيرة قالوا بالقتل شبه العمد ولا يخالف لهم من الصحابة كما يحتجون بأن القصد مسألة تتعلق بنية الجاني ولا يطلع على النيات إلا الله تعالى وإنما الحكم يدار على الظاهر وليس أدل على النية وأكثر إظهاراً لها من الآلة المستعملة في القتل فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أى حكم من قصد القتل ومن قصد الضرب بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ ففعله يشبه العمد لأنه قصد ضربة ويشبه الخطأ لأنه ضرب بما لا يقتل غالباً وما لا يقتل غالباً يدل على أنه لم يقصد القتل^(١) ولذلك سمي هذا النوع من القتل بشبه العمد^(٢) لأنه يماثل القتل العمد في كل شيء ولا يختلف عنه إلا في قصد الجاني والمفروض أن مرتكب القتل العمد يعتدى على الجنى عليه بقصد قتله أما مرتكب القتل شبه العمد فيعتدى على الجنى عليه بقصد الاعتداء دون أن يفكر في قتله^(٣) فالفرق بين النوعين هو في نية الجاني التي يستدل عليها بالآلة المستعملة في الجريمة ومن ثم تشابه القتلان تشابهاً شديداً دعا لتسمية أحدهما بالقتل شبه العمد إذا كان الثاني يسمى بالقتل العمد

١٠٢ - يعرف الحنفيون شبه العمد بأنه ما تعمدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد أو غير ذلك مما يفضى إلى الموت فإن في هذا الفعل معنيين أو لهما : معنى العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب وثانيهما : معنى الخطأ

(١) يعبر أبو حنيفة عن هذه الفكرة بقوله أن القتل بآلة غير معدة له دليل عدم القصد لأن تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٣) راجع الفقرة ٨٩ من هذا الكتاب لفهم جيد الفرق بين العمد وشبه العمد في القصد .

باعتبار انعدام قصد الفاعل إلى القتل فهو يشبه العمد صورة من حيث أنه قصد الفعل ^(١) ويعرفه الشافعيون بأنه ما كان عمداً في الفعل خطأ في القتل ^(٢) أى كل فعل لم يقصد به القتل تولد عنه القتل ويعرفه بعضهم بأنه قصد الإصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ولا تجب به عقوبة القتل العمد لأن الجاني لم يقصد القتل ^(٣) ويعرفه أكثرهم بأنه قصد الفعل والشخص ولو كان غير معين بما لا يقتل غالباً ^(٤) ويعرفه الحنابلة بأنه قصد الجناية بما لا يقتل غالباً فيقتل إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير أو يلكزه بيده أو ياقيه في ماء يسير أو يصيح بصبي أو معتوه على سطح فيسقطان أو يفتقل عاقلاً فيصيح به فيسقط فهو شبه عمد إذا قتل لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه عمد الفعل وأخطأ في القتل ^(٥).

١٠٣ — مقارنة : وظاهر مما سبق أنه يدخل تحت شبه العمد كل الأفعال التي يقصد منها الجاني العدوان ولم يقصد بها القتل ولكنها أدت إلى موت الجاني عليه . فالقتل شبه العمد في الشريعة يقابل الضرب المفضي إلى الموت في القوانين الوضعية ، ولكن تمييز الشريعة بالقتل شبه العمد أصبح منطقاً من تمييز القوانين الوضعية ، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والبضارة والتفريق والتحريق والتردية والخنق وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجاني وتوفر قصد الاعتداء ، وانظر القتل يدخل تحته كل ما يؤدي للموت فاختيار فقهاء

(١) المبسوط ج ٢٦ ص ٦٤ ، ٦٥ .

(٢) الوجيز ج ٢ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ١٨٥ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٧ .

(٥) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢١ .

الشريعة لهذا اللفظ للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق لأنها تنتهى جميعاً بالموت أما لفظ الضرب الذى عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير ذلك من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتفريق والتفريق والتردية والخنق ، وشرح القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانوناً ويلاحظون على نصوص الضرب عموماً قصور ألفاظها عن الإحاطة بما يندرج تحتها .

أركان القتل شبه العمد

١٠٤ - أركانه القتل شبه العمد هي ثلاثة : أن يأتى الجانى فعلاً يؤدي وفاة المجنى عليه - ثانيهما : أن يأتى الجانى الفعل بقصد العدوان - ثالثهما : أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية .

الركن الأول

فعل يؤدي لوفاة المجنى عليه

١٠٥ - يشترط لتوفير هذا الركن أن يأتى الجانى فعلاً يؤدي لوفاة المجنى عليه أي كان هذا الفعل ضرباً أو جرحاً أو غير ذلك من أنواع التعدي والإيذاء مما لا يعتبر ضرباً ولا جرحاً كالتفريق والتفريق وإعطاء مواد ضارة أو سامة بغير قصد القتل .

١٠٦ - وليس من الضروري في الضرب والجرح أن يستعمل الجانى آلة معينة فقد تكون بغير أداة كاللطم واللكم والعض والرفس وقد يكون بأداة راضية أو حادة أو واخزة كالعصا والسيوف والفأس والبلطة والسكين والرمح والمسلة وقد يرمى الجانى المجنى عليه بشيء كالحجر والسهم والرصاص وقد يفرى

به حيواناً مفترساً كالذئب أو أليفاً كالكلب^(١)

١٠٧ - ويستوى أن يحدث الفعل أثراً مادياً في جسم المجنى عليه أو أن يحدث به أثراً نفسياً يؤدي بحياته فن شمر على إنسان سيفاً أو صوب إليه بندقية فمات رعباً قبل أن يضربه ومن دلى إنساناً من شاهق فمات رهبة ورعباً ومن أفرع امرأة حاملاً فألقت حملها من الرعب وماتت بسبب الإجهاض يسأل عن القتل شبه العمد ولو أن فعله لم يحدث أثراً مادياً مباشراً بجسم المجنى عليه^(٢) .
ولا يتفق القانون المصري والفرنسي مع الشريعة في هذا ولكن الكثيرين من الشراح يرون أنه من القصور أن لا يعاقب هذان القانونان على مثل هذه الحالات أما القانون الإنجليزي فيعاقب على مثلها فعلاً .

١٠٨ - وليس ثمة ما يمنع عند الشافعي وأحمد عن مسؤولية الجاني عن القتل شبه العمد ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله كمن طلب إنساناً بسيف مجرد أو بندقية أو ما يخيف فهرب منه فتلّف في هربه كأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو غرق في ماء أو احترق بنار أو سقط فتلّف أو خر في مهواة من بئر أو غيره ففي كل هذه الأحوال يعتبر الطالب مرتكباً لجريمة القتل شبه العمد ولو أن فعله ليس هو الذي أدى مباشرة للموت على خلاف في الإطلاق والتقييد بين الشافعي وأحمد سبق بيانه^(٣) .

١٠٩ - ويشترط في المجنى عليه أن يكون معصوماً ، فإن لم يكن معصوماً ، فلا يعتبر الفعل جريمة قتل وإنما يمكن اعتباره ما وقع اعتداء على

(١) يرى أبو حنيفة شخصياً أن من حرش كلباً أو غيره على آخر لا يكون معتمداً لأن للكلب اختياراً وإنما يكون مخطئاً فإذا قتله الكلب كان مسؤولاً عن القتل الخطأ فقط ويخالفه في هذا أبو يوسف ومحمد وريان الفعل قتل شبه عمد .
(٢) راجع الفقرتين ٥٩ ، ٦٠ من هذا الكتاب .
(٣) راجع الفقرة ٦٧ من هذا الكتاب .

السلطات العامة . وقد بينا معنى العصمة بمناسبة الكلام على القتل العمد^(١) ولكننا لم نذكر من المهدرين إلا ما اقتضى الكلام عن القتل العمد ذكرهم فبقى منهم من لم نذكره وهم : السارق سرقة عقوبتها قطع اليد ، والزاني غير المحصن ، والقاذف وشارب الخمر ، فهؤلاء مهترون فيما يختص بتنفيذ العقوبة عليهم ، فمن قطع يد السارق لا يعاقب على قطعه ، ولكنه يعتبر معتديا على السلطات العامة التي من اختصاصها قطع السارقين ، ومن جلد الزاني غير المحصن أو القاذف أو شارب الخمر لا يعاقب على جريمة الضرب وإنما يعاقب على أنه افتات على السلطات العامة ، وأتى بعمل اختصت به نفسها ، والعلة في إباحة هذه الأفعال أنها حدود لا يجوز العفو عنها ، ولا التراخي في تنفيذها ، وهي واجبة على الجماعة فكل فرد يعتبر مسؤولاً عن تنفيذها ، والأمر سهل إذا كان دم الجني عليه مهترراً إهداراً كلياً . ولكن إذا كان الإهدار جزئياً لتنفيذ حد لا يقتل من الحدود التي ذكرناها الآن ثم مات الجني عليه نتيجة لتنفيذ الحد من أحد الأفراد فهل يعتبر الفعل قتلًا شبه عمد أم لا ؟

قطع السارق : يعتبر السارق الذي سرق سرقة يجب فيها القطع غير معصوم بالنسبة للعضو الذي يجب قطعه ، أما باقي أعضائه فمعصوم وكذلك نفسه^(٢) ، فإذا عدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التي يجب قطعها فلا يعاقب على القطع لأنه قطع عضواً غير معصوم ، ويستوى عند أحد أن يكون القطع قبل الحكم بالسرقة أو بعده مادامت السرقة ثبتت على السارق ولكن يشترط أن تكون الدعوى مقامة ، فإن لم تكن الدعوى رفعت ، اعتبر القاطع قاطعاً عمداً ، وإذا شهد الشهود بالسرقة ولم يحكم القاضي بالقطع انتظاراً لتعديل الشهود فقطعه قاطع فلا عقوبة عليه إذا عُدَّت الشهود - أي ثبتت عدالتهم وصلاحتهم -

(١) راجع الفقرات من ١٧ إلى ٢٧ من هذا الكتاب .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٤ .

(٧ - القسريج الجنائي الإسلامي ٢)

فإن لم تعدل الشهود فهو قاطع ليد معصومة عمداً . ويرى الشافعي مثل ما يراه أحمد .
 أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان أن يكون القطع بعد الحكم ، فإن كان
 بعده فلا مسؤولية على القاطع بسبب القطع وإنما يؤخذ على الافتيات على
 السلطات ، أما إذا كان القطع قبل الحكم فهو مسؤول عن القطع ^(١) .
 وإذا أدى القطع إلى الوفاة فلا يسأل القاطع عن موته إلا إذا كان مسؤولاً
 عن قطعه ، فإن كان مسؤولاً عن القطع فهو مسؤول عن قتله عمداً . وإن لم
 يكن مسؤولاً فلا مسؤولية .

والحجة في عدم المسؤولية : أن الموت تولد عن قطع واجب وأن إقامة
 الحدود واجبة ولا تحتل التأخير ، فالضرورة تقتضي بالتسامح فيما ينشأ عن تنفيذ
 الحد حتى لا يتعطل تنفيذ الحدود .

والفرق عند أبي حنيفة بين هذه الحالة وحالة القصاص ، أن القصاص حق
 المقتص وليس واجباً عليه ، وهو بخير في حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل
 هو مندوب إلى العفو واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة
 أما الواجب فلا يتقيد بشرط السلامة ولا شك أن إقامة الحد واجب على كل
 فرد من الجماعة ولو أن الذي خصص لإقامته هو نائب الجماعة ^(٢) .

١١٠ - ويشترط أن يؤدي الفعل لوفاة المجنى عليه ، ويستوى أن تكون
 الوفاة على أثر الفعل أو بعده بزمان طال هذا الزمن أو قصر ، فإذا لم يمت المجنى
 عليه من الفعل وشفى عوقب الجاني باعتباره ضارباً أو جارحاً أو قاطعاً بحسب
 ما انتهت إليه حالة المجنى عليه ، فإن فقد من المجنى عليه عضو أو زالت منفعته
 عوقب الجاني على هذه النتيجة ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في هذا
 المبدأ فهي لا تعتبر الجاني شارحاً في جريمة ضرب مفض إلى الموت إذا لم يؤد

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ والبحر الرائق ج ٥ ص ٦٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٥ ، البحر الرائق ج ٥ ص ٣١٩ .

الضرب للموت ، وإنما تعتبره محدثاً لعاهة أو ضارباً بحسب ما تنتهى إليه حالة الجنى عليه .

١١١ - ويصح أن يصدر الفعل من الجانى مباشرة . كأن يضرب الجنى عليه بمصا أو يرميه بحجر ، ويصح أن يتسبب فى الفعل دون أن يباشره كأن يغرى به كلباً فيعضه فيموت من العضة أو يضع له مزلقاً فى الطريق فيسقط فيه فيموت من سقطته ، فالجانى مسؤول عن القتل شبه العمد فى حالتى المباشرة والتسبب ، ولا فرق عند أبى حنيفة فى القتل شبه العمد بين عقوبة القتل المباشر والقتل بالتسبب كما هو الحال فى القتل العمد .

١١٢ - وتنطبق على القتل شبه العمد كل القواعد التى ذكرت فى باب القتل عن المباشرة والسبب والشرط والمسألة عنها . وتعدد المباشرة والسبب والتماثل والقتل على الاجتماع والقتل على التعاقب واجتماع المباشرة مع السبب^(١) وقد تكلمنا عن هذه القواعد بما فيه الكفاية فلا داعى لإعادة الكلام عنها . من كان عليه قصاص متلف كقطع أصبع أو يد أو رجل أو أذن فهو غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص فى حدود ما يستحقه ، فليس للمستحق أن يقطع غير العضو المماثل ، فإن فعل فهو قاطع عمد ، وإن قطع العضو المماثل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتعجله بالقصاص ، أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسؤول عن القطع لأن المقطوع معصوم فى حقه .

وإذا اقتصر المستحق فى طرف ، فسرى القصاص إلى النفس ، ومات المقتص منه ، فلا يسأل الوالى عن القتل شبه العمد ، لأنه مات من فعل مباح^(٢) وهو تنفيذ العقوبة .

وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد وأبو يوسف ومحمد ، أما أبو حنيفة فيرى أن المقتص مسؤول عن القتل شبه العمد ، وحجة الفريق الأول أن الموت

(١) راجع الفقرات من ٤٣ - ٥٦ من هذا الكتاب .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٠٠ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٨ ، المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ .

حدث بفعل مأذون فيه ، ولا يعتبر جريمة ، فما تولد منه لا يعتبر جريمة . فإن ماتولد عن المباح مباح . وحجة أبي حنيفة أن الفعل المأذون له فيه هو القطع وهو حقه ، ولكنه استوفى أكثر من حقه ، وجاء بالقتل ففيه مسؤولية^(١) .

١١٣ - ويشترط أن يكون الفعل الذى أتمه الجانى محرماً عليه ، فإن كان حقه أو من واجبه أن يأتى الفعل فأدى الفعل للموت فالمسؤولية تختلف بحسب حدود الحق ، وباختلاف أصحاب الحق كما تختلف بحسب اختلاف الشخص المحمل بالواجب وسنفصل ذلك فيما يأتى :

حق التأديب ، حق التطبيب ، الألعاب الرياضية ، حق القصاص ، التعزير قطع السارق ، الجلد فى حد .

الركن الثانى

أن يتعمد الجانى الفعل

١١٤ - يشترط أن يتعمد الجانى إحداث الفعل المؤدى للوفاة دون أن يتعمد قتل الجنى عليه ، وهذا هو المميز الوحيد بين جريمتى القتل العمد وشبه العمد ، ففى الأول يتعمد الجانى إصابة الجنى عليه وفى الوقت ذاته يقصد من الإصابة قتله ، وفى الثانى يتعمد إصابة الجنى عليه ولا يتعمد قتله فالفاصل بين الجريمتين أصلاً هو قصد الجانى ، فإن قصد القتل فالفعل قتل عمد وإن قصد مجرد المدوان ولم يقصد القتل فالفعل شبه عمد ، ويستدل على نية الجانى قبل كل شىء بالآلة أو الوسيلة التى يستعملها فى القتل ، فإن كانت الآلة تقتل غالباً ، فالفعل قتل عمد مالم يثبت الجانى أنه لم يقصد القتل ، وإن كانت الآلة لا تقتل غالباً ، فالفعل قتل شبه عمد ولو توجه قصد الجانى فعلاً للقتل ، لأن القتل لا يكون إلا بالآلة الصالحة لإحداثه ، فإن لم تكن الآلة صالحة لإحداثه كانت نية القتل

عينا^(١) ويستدل على القصد بعد الآلة المستعملة بشهادة الشهود واعتراف الجاني ، وتميز جريمة القتل شبه العمد عن القتل الخطأ بقصد الفاعل أيضاً ، ففي شبه العمد يأتي الفاعل الفعل بقصد العدوان دون أن يقصد القتل ، أما في القتل الخطأ فيأتي الفعل دون أن يقصد عدواناً أو يقع منه الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياظه دون أن يقصد الفعل بالذات .

١١٥ - القصد الإصمالي : والجاني في القتل شبه العمد مأخوذ بقصده الاحتمالي ، فإن نيته لاتتجه لقتل الجاني عليه عند ارتكاب الحادث ، وما كان يتوقع أن يؤدي الحادث للقتل ، ولكنه يسأل عن القتل باعتباره نتيجة لعمله وكان في وسعه أن يتوقعها أو كان يجب عليه أن يتوقعها^(٢)

١١٦ - القصد المحمور أو غير المحمور : ويستوى عند الفقهاء في القتل شبه العمد أن يقصد الجاني شخصاً معيناً بالفعل الذي أدى للقتل ، أو يقصد شخصاً غير معين أيا كان ، فالجاني مسؤول في الحالين عن فعله ، ويعاقب عليه بعقوبة القتل شبه العمد إذا أدى للموت^(٣)

١١٧ - الخطأ في الشخص الخطأ في الشخصية : وإذا قصد الجاني شخصاً معيناً فأخطأه وأصاب غيره ، كأن رماه بحجر فلم يصبه وأصاب الآخر وقصد شخصاً على أنه زيد فتبين أنه عمرو . فإن الجاني يسأل عن القتل الخطأ إذا توفى الجاني عليه . ولا يسأل عن القتل شبه العمد وهذا هو الرأي في مذهب أبي حنيفة والشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما البعض الآخر فيرى أن الجاني يسأل عن القتل شبه العمد إذا كان الفعل الذي قصده محرماً ، أما إذا كان غير محرم فيسأل عن القتل الخطأ^(٤) .

(١) راجع الفقرة ٨٩ في هذا الكتاب .

(٢) راجع الفقرة ٩٨ في هذا الكتاب .

(٣) راجع الفقرة ٩٥ في هذا الكتاب .

(٤) راجع الفقرة ٩٦ في هذا الكتاب .

١١٨ - رضاء المجنى عليه : وإذا كان المجنى عليه قد أذن بالفعل المؤدى للموت فيرى أبو حنيفة مسؤولية الجاني عن القتل شبه العمد لأن الجاني أذن بالجرح ولم يأذن بالقتل فلما مات المجنى عليه تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرْحاً ويخالفه أبو يوسف ومحمد في هذا الرأي كما يخالفه الشافعي وأحمد ، ويرون أن لامسؤولية على الجاني ، وقد تكلمنا عن هذا بتفصيل بمناسبة الكلام على القتل العمد^(١) .

ولا عبرة بالبواعث التي دفعت الجاني لارتكاب الفعل ، فسواء كانت هذه البواعث شريفة أو وضيفة فلا أثر لها على الجريمة ولا أثر لها على العقوبة ، لأن العقوبة حد لا يجوز تخفيفها ولا إيقافها ولا العفو عنها .

الركن الثالث

أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية

١١٩ - يشترط أن يكون بين الفعل الذي ارتكبه الجاني وبين الموت رابطة السببية ، أى أن يكون الفعل علة مباشرة للموت أو أن يكون سببا في علة الموت ، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا يسأل الجاني عن موت المجنى عليه ، وإنما يسأل باعتباره جارحاً أو ضارباً .

١٢٠ - ويكفى أن يكون فعل الجاني هو السبب الأول في إحداث الوفاة ، ولو تعاونت معه أسباب أخرى على إحداث الوفاة كإهمال العلاج أو إساءة العلاج أو ضعف المجنى عليه أو مرضه أو غير ذلك . وقد تكلمنا على ذلك بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على القتل العمد ، وما قلناه هناك ينطبق هنا مما

(١) راجع الفقرة ٩٢ من هذا الكتاب .

هو خاص بتمدد الأسباب وتواليها وانقطاع آثارها، وتغلب بعضها على البعض الآخر^(١).

١٢١ - والقضاء المصري يتجه اتجاه الشريعة مخالفاً بذلك النظرية الفرنسية، ومن المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية، أنه لا يقبل من المتهم الاحتجاج بأن وفاة الجنى عليه الذى أصابته ضربة من الغير مطالباً بأن يعمل كل احتياط لما عساه أن يحدث من هذه الضربة طالما أنه لم يفعل عملاً إيجابياً ساءت به حالته^(٢). وحكمت أيضاً محكمة النقض بأنه إذا كان سبب الوفاة هو التسمم الصيدي الناشئ من الإصابة مع الضعف الشيخوخى. فلا يقبل من المتهم القول لعدم توفر رابطة السببية بين الضرب والوفاة، لأنه متى كان الضرب الذى وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك للعوامل الأخرى المتنوعة التى تعاونت بطريق مباشر أو غير مباشر على إحداث النتيجة النهائية، فإن المتهم مسؤول عن كافة النتائج التى ترتبت على فعله، ومأخوذ فى ذلك بقصده الاحتمالى ولو لم يكن يتوقع هذه النتائج لأنه كان يجب عليه قانوناً أن يتوقعها^(٣).

المبحث الثالث

في القتل الخطأ

١٢٢ - الأصل فى العقاب على القتل الخطأ قوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير

(١) تراجع الفقرات من ٦٨ إلى ٧٣ من هذا الكتاب.

(٢) نقض ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ قضية رقم ١١٣٩ سنة ٤٧ قضائية.

(٣) نقض ٢٠/١١/٩٣٣ قضية رقم ٢٠٥٨ سنة ٣ ق.

رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله عليماً
حكيماً [سورة النساء : الآية ٩٢] .

١٢٣ - ويرى بعض الفقهاء أن الخطأ نوع واحد . ولكن بعضهم
يقسمه إلى نوعين :

١ - قتل خطأ محض .

٢ - قتل في معنى القتل الخطأ

والخطأ المحض هو ما قصد فيه الجاني الفعل دون الشخص . ولكنه أخطأ في
فعله أو في ظنه . ومثل الخطأ في الفعل أن يرمى صيداً فيخطئه ويصيب آدمياً ،
والخطأ في ظن الفاعل كمن يرمى شخصاً على ظن أنه مهدر الدم فإذا هو معصوم
وكن يرمى ما يحسبه حيواناً فيتيين أنه إنسان أما ما هو في معنى القتل الخطأ ،
فهو ما لا قصد فيه إلى الفعل ولا الشخص ، أي أن الجاني لا يعتمد إتيان الفعل
الذي يسبب الموت ولا يقصد الجنى عليه ، وهذا النوع من القتل الخطأ قد يحدث
من الجاني مباشرة ، وقد يحدث بالتسبب ، والأول كمن انقلب على نائم بجواره
فقتله أو سقط منه شيء كان يحمله على آخر فمات منه ، والثاني كمن حفر بئراً
فسقط فيها آخر فمات ، وكن ترك حائطه دون إصلاح ، فسقط على بعض المارة
أو كمن أراق ماء في الطريق فانزلق به أحد المارة وسقط على الأرض فجرح
جرحاً أودى بحياته . والفقهاء الذين لا يرون تقسيم الخطأ يدخلون تحته ما يدخله
الآخرون تحت هذين القسمين فالفرق بين الفريقين في منطق الترتيب
والتبويب لا غير .

ولعل الذي دعا القائلين بالتقسيم إلى تقسيم الخطأ ، أنهم رأوا أن طبيعة الفعل
في الخطأ المحض تختلف عن طبيعته فيما يعتبر قتلاً في معنى الخطأ ، ففي الخطأ
المحض يعتمد الجاني الفعل ، أما في النوع الثاني فلا يعتمد ، وعلة تقسيم النوع
الثاني إلى قتل مباشر وقتل بالتسبب ، أن القتل المباشر فيه الكفارة دون القتل
بالتسبب ، والكفارة عقوبة تعبدية أو هي دائرة بين العقوبة والعبادة وتخص

المسلم دون غيره .

١٢٤ — وما جاء في الشريعة عن الخطأ يتفق مع ما جاء في القوانين الوضعية بحته وإذا كان شراح القوانين لا يقسمون الخطأ هذه التقاسيم ويكتفون بإدراجها كلها تحت لفظ الخطأ كما فعل بعض الفقهاء إلا أن ماتعتبره القوانين خطأ لا يخرج عن نوع من الأنواع التي ذكرها فقهاء الشريعة .

١٢٥ — والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الجاني يكون مسئولاً كلما كان الفعل والترك نتيجة إهمال أو تقصير أو عدم احتياط وتحرز أو عدم تبصر أو مخالفة لأوامر السلطات العامة أو الشريعة ومن ثم يكون أساس جرائم الخطأ في الشريعة هو نفس الأساس الذي تقوم عليه هذه الجرائم في القوانين الوضعية وبصفة خاصة القانونين المصري والفرنسي وسنعرض فيما يأتي أمثلة مما يراه فقهاء الشريعة خطأ تأييداً لما قلناه .

١٢٦ — ويسير الفقهاء عامة على^(١) قاعدتين عامتين يحكمان مسئولية الجاني في الخطأ وتطبيقهما نستطيع أن نقول إن شخصاً ما أخطأ أو لم يخطئ .
القاعدة الأولى : كل ما يلحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعله أو التسبب فيه إذا كان يمكن التحرز منه ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصر في الاحتياط والتبصر فإذا كان لا يمكن التحرز منه إطلاقاً فلا مسئولية .

القاعدة الثانية : إذا كان الفعل غير مآذون فيه (غير مباح) شرعاً وأناه الفاعل دون ضرورة ملجئة فهو تعدى من غير ضرورة وما تولد منه يسأل عنه الفاعل سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه

١٢٧ — () من كان يمشى في الطريق حاملاً خشبة فسقطت منه على إنسان فقتلته فهو مسئول عن قتله لأنه يستطيع أن يتحرز ويحتاط فلم يفعل ولكن الغبار الذي يثيره مشى الإنسان في الطريق إذا جاء في عين إنسان فأتلفها لا يسأل عنه الماشي لأن إثارة الغبار عن المشي مما لا يمكن التحرز منه .

(٢) - من سير دابة أو ساقها أو قادها فوطئت إنساناً أو كدمته أو صدمته فهو مسئول عن ذلك كله لأنه مما يمكن التحرز عنه بحفظ الدابة وتنبيه الناس ، أما نفح الدابة برجلها أو ذنبها فلا يمكن التحرز منه وكذلك بولها وروثها ولعابها فلو نفحت الدابة برجلها أو ذنبها إنساناً فأحدثت به إصابة مات منها ولو أتلف بولها أو روثها أو لعابها ملابس إنسان أوزلق فيه فسقط وأصيب فلا مسؤولية على الراكب أو السائق أو القائد لأن سبب الإصابة مما لا يمكن التحرز عنه ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «والرجل جبار» أى نفح الدابة برجلها جبار أى لامتولية عنه .

(٣) - ماثيره الدابة بسيرها من الغبار والحصى الصغار لاضمان فيه أى لامتولية عنه لأنه لا يمكن التحرز فيه أما إثارة الحصى الكبار فقيه المسؤولية لأنها لا تثار إلا عند السير العنيف وهو مما يمكن التحرز منه .

(٤) - إذا أوقفت الدابة فى الطريق العام فقتلت إنساناً فن أوقفها مسئول عن قتله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها وكذلك هو مسئول عما يعطب بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه سواء كان راكباً لها أم لا ، لأن وقوف الدابة فى الطريق العام ليس بمأذون فيه شرعاً ، إنما جعل الطريق للمرور فإذا كان الوقوف لضرورة فيه فهو تعد من غير ضرورة وماتولد منه يكون مضموناً عليه سواء كان مما يمكن التحرز منه أم لا يمكن التحرز منه .

(٥) - ومن ربط فى غير ملكه فهو مسئول عما أصابته من شئ يدها أو رجلها وعما عطب بروثها أو بولها أو لعابها لأنه متعد بالوقوف فى غير ملكه .

(٦) - فإذا أوقفها فى ملكه فلا ضمان عليه إلا فيما وطئت بيدها أو رجلها وهو راكبها ، وإذا كان الوقوف فى محل مخصص لذلك كموقف معد للحيوانات فى الشارع العام أو كموقف الحيوانات فى السوق العام فهو كما لو أوقف الدابة فى ملكه الخاص .

(٧) - ولو نفرت الدابة أو انفلتت من صاحبها بالرغم منه فما أصابت في نفارها وانفلاتها فلا مسؤولية عنه لقوله عليه السلام : «العجماء جبار» أى البهيمة جرحها جبار ولأنه لا صنع له في نفارها وانفلاتها ولم يكن في إمكانه أن يتحرز عن فعلها .

(٨) - من أحدث شيئاً في الطريق كمن أخرج جناحاً أو شرفة ، أو نصب ميزاباً ، أو بنى دكاناً ، أو وضع حجراً أو خشبة أو متاعاً . فعثر بشيء من ذلك عاثر . فوقع فمات ، أو وقع على غيره فقتله ، أو حدث به أو بغيره من العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره ، أو صب ماء في الطريق فزلق به إنسان فهو مسؤول عن ذلك كله وعما عطب من الدواب وتلف من الأموال ؛ لأنه تسبب في التلف بإحداث هذه الأشياء وهو متعمد في التسبب ، فكل ماتولد من التعدى يكون مضموناً عليه . ولو كان التحرز منه غير ممكن ..

(٩) - إذا أشعل ناراً في داره أو في أرضه وكان من المتوقع أن يصل الشرر إلى دار غيره أو أرضه لهبوب الهواء قبل إشعال النار فهو ضامن لما احترق في في دار جاره أو أرضه لعدم تبصره ولعدم احتياطه .

(١٠) - إذا سقى أرضه فأسرف حتى أضر السقى بأرض جاره أو كان بأرضه شق فنزل الماء في أرض جاره فهو ضامن لعدم تبصره وعدم احتياطه وتقصيره .

(١١) إذا رش الطريق فجاوز المعتاد في الرش فهو ضامن .

(١٢) - ولو تنهى في الاحتياط والتبصر والتحرز فحزت حادثة لا تتوقع أو صاعقة فسقط بها شيء من ملكه كميزاب أو شرفة وأتلف إنساناً أو شيئاً فلا مسؤولية ولا ضمان^(١) .

هذه هي بعض الأمثلة التي ضربها فقهاء الشريعة على الخطأ وظاهر منها أن

(١) راجع في هذا المثل والأمثلة السابقة بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ - ٢٨٦ . والمثني ج ٩ ص ٥٥٨ - ٥٧٧ . ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٣ - ٣٥٠ . ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ - ٢٤٣ . ومن ص ٣٢٠ - ٣٢٣ .

المسؤولية تختلف في حالة ما إذا كان الفعل مباحاً عنها في حالة ما إذا لم يكن مباحاً فإن كان الفعل مباحاً فالمسؤولية أساسها التقصير الذي يرجع إلى الإهمال وعدم الاحتياط والتحرز أو عدم التقصير أما إذا كان الفعل غير مباح فأساس المسؤولية هو ارتكاب الفعل غير المباح ولو كان لم يحدث منه تقصير وهذا الذي تقوم عليه المسؤولية في الخطأ في الشريعة هو نفس ما يأخذ به القانون المصري الناقل عن القانون الفرنسي فهو ينص على المسؤولية في حالة التقصير بصوره المختلفة من عدم الاحتياط والإهمال وعدم الانتباه كما ينص على المسؤولية في حالة عدم مراعاة اتباع اللوائح ولا يشترط التقصير في الحالة الأخيرة^(١).

أركان القتل الخطأ

١٢٨ — للجناية على النفس خطأ ثلاثة أركان : أولها — فعل يؤدي لوفاة المجنى عليه . ثانيها — أن يقع الفعل خطأ من الجاني . ثالثها — أن يكون بين الخطأ ونتيجة الفعل رابطة سببية .

الركن الأول

فعل يؤدي لوفاة المجنى عليه

١٢٩ — يشترط أن يقع بسبب الجاني أو منه فعل على المجنى عليه سواء كان الجاني أراد الفعل وقصده كما لو أراد أن يرمى صيداً فأصاب إنساناً أو وقع الفعل نتيجة إهماله وعدم احتياطه دون أن يقصده كأن انقلب وهو نائم على طفل بجواره فقتله .

١٣٠ — ولا يشترط في الفعل أن يكون من نوع معين كالجرح مثلاً بل يصح أن يكون أى فعل مما يؤدي للموت كالاصطدام بشخص أو شيء وتزليق

(١) راجع المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات المصري .

الطريق وحفر بئر فيها وإسقاط ماء ساخن أو نار على الجنى عليه أو إسقاطه في ماء أو سقوط حائط عليه .

١٣١ - وكما يصح أن يكون الفعل مباشراً يصح أن يكون بالتسبب كمن ألقى ماء في الطريق أو قشر موزاً أو بطيخاً فتزلق فيه آخر فسقط وأصيب فمات من إصابته ومن حفر بئراً أو حفرة ولم يتخذ حولها مانعاً فسقط فيها إنسان فمات من سقطته .

١٣٢ - ويجوز أن يكون الفعل إيجاباً كمن يلقي حجراً من شرفته ليتخلص منه دون قصد إصابة أحد فيصيب أحداً ويجوز أن يكون الفعل تركاً كترك الكلب العاقر في الطريق فيعقر إنساناً ويحدث به إصابات تميته وكعدم إصلاح الحائط المائل أو المختل حتى يسقط على إنسان فيميته .

١٣٣ - ويصح أن تكون وسيلة الموت مادية كما يصح أن تكون معنوية فمن أثار رائحة كريهة أدت إلى إسقاط حامل وموتها ومن صاح على حيوان صيحة مزعجة فمات منها إنسان رعباً أو أزغجه فسقط من مرتفع ومات من سقطته يعتبر قاتلاً خطأ في كل هذه الحالات وأمثالها .

١٣٤ - ويشترط أن يؤدي الفعل إلى الوفاة ويستوى أن تكون الوفاة على أثر وقوع الحادث أو بعده طالَّت المدة أو قصرت فإن لم يمِت الجنى عليه كان الفعل جنائية خطأ على مادون النفس .

١٣٥ - وينطبق على القتل الخطأ كل القواعد التي ذكرت في باب القتل العمد عن المباشرة والسبب والشرط والمسؤولية عنها وتعدد المباشرة والسبب واجتماعهما والقتل على التعاقب^(١) .

١٣٦ - وليكون الجاني مسؤولاً عن فعله يجب أن يكون الجنى عليه

(١) راجع الفقرات من ٤٣ إلى ٥٦ في هذا الكتاب .

معصوما وقد تكلمنا عن الصمة بمناسبة الكلام عن القتل العمد وفيما ذكر هناك الكفاية^(١).

الركن الثاني

الخطأ

١٣٧ - الخطأ هو الركن المميز لجرائم الخطأ على العموم ، فإذا انعدم الخطأ فلا عقاب ، ويعتبر الخطأ موجوداً كلما ترتب على فعل أو ترك نتائج لم يردها الجاني بطريق مباشر أو غير مباشر ، سواء كان الجاني أراد الفعل أو الترك أم لم يرده ، ولكنه وقع في الحالين نتيجة لعدم تحرزه أو لمخالفته أوامر السلطات العامة ونصوص الشريعة .

١٣٨ - ومن المسلم به أنه لاعقاب على عدم التحرز في ذاته ، أو مخالفة الأوامر والنصوص ، فإن لم يكن شئ من هذا فلا عقاب ، إلا إذا تولد عن عدم التحرز أو مخالفة الأوامر والنصوص ضرر ، فإذا تولد الضرر فقد وجدت

(١) يعتبر الإمام مالك من القتل الخطأ الأفعال التي تقع من الجاني بقصد تأديب المجنى عليه أو بقصد اللعاب إذا أدت للوفاة ، ولعله أخذ بهذا الرأي نتيجة لقوله : إن القتل إما عمد وإما خطأ فقط ، ولا وسط بينهما ، ورأيه فيما يختص بالأفعال التي يقصد بها التأديب يخالف آراء بقية الفقهاء الذين يقررون الفعل قتلاً شبه عمد كما يخالف القانونيين المصريين والفرنسيين الذين يقرران الفعل ضرباً أفضى إلى موت ، وهو يتفق مع رأى بقية الفقهاء ، أما فيما يختص بالأفعال التي ترتكب بقصد اللعاب أو تنشأ عنه فرأى مالك فيها يتفق مع رأى بقية الفقهاء كما يتفق مع القوانين الرضعية .

ورى أبو حنيفة من الخطأ أن يضرى لإنسان كلبه فيعقر آخر فيقتله ، وحجته أن الكلب لا يعقر مكرها ، ولكن يعقر مختاراً فلا يمكن أن ينسب لصاحب الكلب إلا أنه أهمل ، ومخالفة أبو يوسف ومحمد ويعتبران الفعل قتلاً شبه عمد ورأيهما يتفق مع رأى الشافعي وأحمد أما مالك فيعتبر الفعل قتلاً عمداً . البدائع ج ٧ ص ١٨٣ ، ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ .

المسؤولية عن الخطأ ، وإذا انعدم الضرر فلا مسؤولية^(١) .

١٣٩ - ومقياس الخطأ في الشريعة هو عدم التحرز ، ويدخل تحته كل ما يمكن تصوّره من تقصير ، فيدخل تحته الإهمال وعدم الاحتياط وعدم التبصر والرعونة والتفريط وعدم الانتباه وغير ذلك مما اختلف لفظه ولم يخرج معناه عن عدم التحرز .

١٤٠ - ومخالفة الأوامر والنصوص يدخل تحتها نصوص الشريعة نفسها ونصوص القوانين واللوائح والأوامر التي تصدرها السلطات التشريعية ، ومجرد المخالفة يعتبر خطأ في ذاته وترتب عليه مسؤولية المخالف سواء فيما يمكن التحرز فيه أو مالا يمكنه أن يتحرز فيه ، ولكن يشترط للمسؤولية أن يكون هناك ضرر كما قدمنا .

١٤١ - ولا يشترط أن يكون الخطأ بالفا حدًا معينًا من الجسامة ، فيستوى أن يكون خطأ الجاني جسيماً أو تافهاً ، فهو مسؤول جنائياً لجرد حصول الخطأ وعليه أن يتحمل نتيجة خطئه ، وهي نتيجة لا تختلف باختلاف جسامة الخطأ أو تهاوته ، لأن عقوبة القتل الخطأ في الشريعة ذات حد واحد ولا يجوز إنقاصها ولا إيقافها ولا العفو عنها من السلطات العامة . وينبني على هذا أن المجنى عليه لا يستطيع أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر إذا برأت المحكمة المختصة الجاني لأنه لم يحدث منه خطأ .

الركن الثالث

أن يكون بين الخطأ والموت رابطة السببية

١٤٢ - يشترط ليكون الجاني مسؤولاً أن تكون الجناية قد وقعت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

نتيجة لخطئه ، بحيث يكون الخطأ هو العلة للموت ، وبحيث يكون بين الخطأ والموت علاقة السبب بالسبب ، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا مسؤولية على الجاني .

١٤٣ - ويسأل الجاني عن الموت ولو ساعد على إحداثه عوامل أخرى كسوء العلاج واعتلال صحة المجنى عليه أو صغر سنه أو ضعف تكوينه ، كذلك يسأل عن الموت ولو اشترك في الخطأ أكثر من شخص بغض النظر عن عدد الإصابات التي تسبب فيها كل ، وفحش هذه الإصابات ، مادامت الإصابة المنسوبة للجاني مهلكة بذاتها أو ساهمت في إحداث الوفاة . وتعتبر رابطة السببية متوفرة سواء كان الموت نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن يعيث ببندقيته فتنتلق منه خطأ فتصيب المجنى عليه فتقتله ، أو كان الموت ليس نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن حفر بئراً عدواناً ، فجاء السيل ودحرج بجوارها حجراً فغثر المجنى عليه بالحجر فسقط في البئر فمات من سقطته .

١٤٤ - والجاني مسؤول عن خطئه ولو توالى الأسباب وبعدت النتائج مادام العرف يعتبره مسؤولاً عن هذه النتائج ، وقد تكلمنا طويلاً عن رابطة السببية بمناسبة القتل العمد . وما قيل هناك يمكن أن يقال هنا .

١٤٥ - واشترك شخص أو أشخاص في الخطأ لا يعفى الجاني من مسؤولية القتل العمد ، ولكنه يخفف من العقوبة ، إذ تقسم عليهم الدية بحسب عددهم لا بحسب عدد إصاباتهم ، فإذا اشترك ثلاثة في قتل رابع خطأ ، فعليهم دية اثلاثاً بغض النظر عن جسامته فعل كل منهم وعدد إصاباته مادام فعله قد ساهم في إحداث الوفاة .

١٤٦ - وإذا اشترك المجنى عليه مع الجاني في الخطأ ، تخفف العقوبة بقدر نصيب المجنى عليه لأنه اشترك في الفعل ، فأعان على نفسه ، فثلاً إذا اشترك أربعة في حفر بئر فوقعت عليهم فمات أحدهم ، فعلى كل من الثلاثة الباقيين ربع دية فقط ، وإذا كان عشرة يرمون بالمنجنيق فرجع عليهم بخطئهم فأصاب أحدهم

فمات فلى الباقيين كل منهم تسع دية ويسقط عشر الدية مقابل اشتراك المجنى عليه في الخطأ الذي أعان به على نفسه ، وقد قضى على بن أبي طالب بمثل هذا في قضية موضوعها : أن عشرة مدوا نخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى على الباقيين كل بعشر الدية ، وأسقط عشرها لأن القتل أعان على نفسه^(١) .

ولكن الفقهاء يختلفون في حالة المصادمة . فيرى بعضهم عقاب كل متصادم عقوبة كاملة عن فعله ، ويرى البعض الآخر أن الموت حدث من فعلين فنصف العقوبة^(٢) . والرأى الثانى يتفق مع ما تأخذ به المحاكم في مصر وفرنسا ، فإن اشترك المجنى عليه في الخطأ لا يخليه من المسؤولية الجنائية ولكنه يؤثر على التعويض ، ويدعو إلى تخفيف العقوبة .

١٤٧ — وتعتبر رابطة السببية قائمة سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعل الجانى أو كان نتيجة مباشرة لفعل غيره من إنسان أو حيوان ، ما دام الجانى هو المتسبب في الفعل ، فمن يعيث ببندقية ، فتنتطق منه خطأ فتصيب المجنى عليه . فهو مسؤول عن القتل إذا مات ، ومن يكلف أجيراً بحفر بئر في طريق فسقط فيها أحد فمات من سقطته ، فالقاتل هو المالك ما دام الأجير لا يعلم أنها في ملك الآخر ، ومن قاد دابة فعقرت شخصاً فمات من العقر فالقاتل هو القائد .

المبحث الرابع

في عقوبات القتل العمد

١٤٨ — للقتل العمد في الشريعة أكثر من عقوبة ، منها ما هو أصلى ، ومنها ما هو تبعى والعقوبات الأصلية هي :

١ - القصاص ٢ - الدية ٣ - التعزير والكفارة على رأى ، والعقوبات التبعية

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧٨ والمقى ج ٧ ص ٥٥٩ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٥٠

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧٣ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٣ ، ونهاية المحتاج

ج ٧ ص ٣٤٣ .

(٨ - التشريع الجنائى الإسلامى ٢)

اثنتان : ١ - الحرمان من الميراث ٢ - الحرمان من الوصية .

١٤٩ - القصاص : تجب عقوبة القصاص بارتكاب جريمة القتل العمد في الشريعة ومعنى القصاص المائلة أى مجازاة الجاني بمثل فعله وهو القتل ويستوى لتوقيع هذه العقوبة أن يكون القتل مسبوقاً بإصرار أو ترصد أو غير مسبوق بشيء من ذلك كما يستوى أن يصحب القتل جريمة أخرى أولاً يصحبه شيء ، فالعقوبة على القتل العمد هي القصاص في كل حال إلا في حالة الخرابة . أى عندما يقتل القتل بسرقة فالعقوبة في هذه الحالة هي القتل والصلب ولكن العقوبة لا تقع على الجاني باعتباره قاتلاً متعمداً بل باعتباره محارباً أى قاطع طريق .

١٥٠ - وعقوبتا الدية والتعزير كلاهما بدل من عقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية التي تمنع القصاص حلت محله عقوبة الدية مضافاً إليها التعزير إن رأت ذلك الهيئة التشريعية وإذا امتنعت عقوبة الدية لسبب من الأسباب الشرعية حلت محلها عقوبة التعزير فالفرق بينهما أن عقوبة التعزير تكون أحياناً بدلاً من القصاص وتكون أحياناً بدلاً من بدل القصاص أى بدلاً من عقوبة الدية التي هي في الأصل بدل من عقوبة القصاص أما عقوبة الدية فهي بدل من القصاص فقط .

١٥١ - ويترتب على اعتبار الدية بدلاً من القصاص نتيجتان : أولهما - أنه لا يجوز للقاضي أن يجمع بين العقوبتين جزاء عن فعل واحد ولكن الجمع يجوز إذا تعددت الأفعال فيجمع بينهما باعتبار القصاص عقوبة عن بعض الأفعال والدية عقوبة عن البعض الآخر فمن قتل شخصاً عمداً لا يصح أن يعاقب إلا بعقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص فعقوبة الدية والتعزير أو الدية فقط فإن امتنعت الدية فالعقوبة التعزير ومن قتل شخصين جاز أن يعاقب على قتل أحدهما بالقصاص وعلى قتل ثانيهما بالدية والتعزير إذا امتنع القصاص وبالتعزير فقط إذا امتنع القصاص والدية فتكون نتيجة الحكم عليه أنه عوقب بالقصاص والدية والتعزير وخلاصة ما سبق أنه لا يجوز الجمع بين عقوبة أصلية وعقوبة بدلية إذا كانت الأخيرة مقررّة بدلاً من الأولى أو بمعنى آخر لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية

وبدلها ولكن يجوز الجمع بين بدلين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين فتبلاً يجوز الجمع بين الدية والتعزير وكلاهما بدل من عقوبة القصاص ويجوز الجمع بين القصاص والكفارة وكلاهما عقوبة أصلية ، ولا جدال في أنه يجوز الجمع بين العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية حيث لا يوجد ما يمنع من ذلك عقلاً وشرعاً .

١٥٢ - ويترب على أن القصاص أصل والدية والتعزير بدل أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية والسبب من الأسباب الشرعية التي تمنع القصاص فإذا لم يكن هناك مانع ، وجب الحكم بالعقوبة الأصلية .

١٥٣ موانع القصاص : العقوبة الأصلية الأولى للقتل العمد هي القصاص فيحكم بهذه العقوبة على الجاني كلما توفرت أركان الجريمة إلا إذا كان هناك سبب يمنع من الحكم بالقصاص والأسباب التي تمنع الحكم بالقصاص ليس فيها سبب واحد متفق عليه كلها يختلف فيه ولكن بعضها أخذ به معظم الفقهاء والبعض أخذ به أقلهم وسند كرها جميعاً فيما يلي :

١٥٤ - أولاً : أن يكون القتل جزءاً من القاتل : يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد^(١) إذا كان القتل جزءاً من القاتل امتنع الحكم بالقصاص ، ويكون القتل جزءاً من القاتل إذا كان ولده ، فإذا قتل الأب ولده عمداً فلا يعاقب على قتله بالقصاص لقوله عليه السلام : « لا يقاد الوالد بولده » ولقوله « أنت ومالك لأبيك » والحديث الأول صريح في منع القصاص والحديث الثاني وإن لم يكن صريحاً في منع القصاص إلا أن نصه يمنع منه لأن تملك الأب ولده وإن لم تثبت فيه حقيقة الملكية تقوم شبهة في درء القصاص إذ القاعدة في الشريعة « درء الحدود بالشبهات » .

أما الولد فيقتص منه لوالده سواء كان أباً أو أما إذا قتله طبقاً للنصوص العامة لأن النص الخاص لم يخرج من حكم النصوص العامة إلا الوالد فقط ويعلمون هذه التفرقة في الحكم بين الوالد والولد بأن الحاجة إلى الزجر والردع في جانب

(١) بدائع الصلتعص ٢٣٥ ، المذهب ج ٢ ص ١٨٦ ، والمغني ج ٩ ص ٣٥٩ وما بعدها .

الولد أشهر منها في جانب الوالد لأن الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه دون أن ينتظر نفعاً منه إلا أن يحبي ذكره ، وهذا يقتضى الحرص على حياته أما الولد فيحب والده لنفسه لا لوالده أى أنه يحبه لما يصل إليه من منفعة عن طريقه وهذا لا يقتضى الحرص على حياة ولده لأن مال والده كله يؤول إليه بعد وفاته وحبه لنفسه يتعارض مع الحرص على حياة والده^(١) ويعمل البعض^(٢) التفرقة في الحكم بأن الوالد كان سبباً في إيجاد الولد فلا يصح أن يكون الولد سبباً في إعدامه وهو تعليل يراه البعض بعيداً عن الفقه لأن الأب إذا زنى بابنته يرجم فتكون سبب إعدامه مع أنه سبب وجودها والحقيقة أن الابن والبنت ليسا سبب إعدام الأب وإنما ارتكاب الأب للجريمة في كل حال كان سبب إعدامه^(٣) ويدخل تحت لفظي الوالد والولد باتفاق الفقهاء الثلاثة كل والد وإن علا وكل ولد وإن سفل فيدخل تحت الوالد الجد أب الأب والجد أب الأم وإن علا^(٤) ويدخل تحت الولد ولد الولد وإن سفلوا .

وحكم الأم هو حكم الأب فإذا قتلت الأم ولدها فلا يقتص منها لأن النص جاء بلفظ الوالد وهى أحد الوالدين فاستوت في الحكم مع الأب فضلاً عن أنها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها ولأحمد رأى آخر غير معمول به وهو قتل الأم بولدها ويعمل هذا الرأي بأن الأم لا ولاية لها على ولدها فتقتل به ويرد على هذا الرأي بأن الولاية لا دخل لها في منع القصاص بدليل أن الأب لا يقتص منه إذا قتل ولده الكبير مع أنه لا ولاية له على ولده^(٥) .

والجدة كالأم فيما سبق سواء كانت من قبل الأب أو من قبل الأم فحكمها

(١) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٢٣٥ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٣٥٩ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٤) يرى الحسن بن حى أن الجد لا يدخل تحت لفظ الوالد ويرد عليه بأن الحكم يتعلق

بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد ومن ثم كان الجد والدأ .

(٥) مغني ج ٩ ص ٣٦١ .

حكم الجد ويمتنع القصاص عن الوالد سواء كان مساوياً للولد في الدين والحرية أو مخالفاً له في ذلك لأن انتفاء القصاص أساسه شرف الأبوة وهو موجود في كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل الرقيق ولده الحر فلا قصاص لشرف الأبوة ومكاتها^(١) ولأحمد رأى آخر غير معمول به ملخصه : أن الابن لا يقتل بوالده لأنه مما لا تقبل شهادة له بحق النسب فلا يقتل به كما لا يقتل الأب بولده حيث لا تقبل شهادة له ورد هذا الرى بأن النصوص العامة تقضى بأن يقتل كل منهما بالآخر لولا النص الخاص الذى جاء قاصراً على الولد . وأن الوالد أعظم حرمة وحققاً على الإبن من أى شخص أجنبي فإذا كان الإبن يقتل بالأجنبي فبالأب أولى كذلك فإن الإبن يحد بقذف الأب فيقتل به^(٢).

ويخالف مالك الفقهاء الثلاثة ، ويرى قتل الوالد بولده كلما انتفت الشبهة في أنه أراد تأديبه أو كلما ثبت ثبوتاً قاطعاً أنه أراد قتله ، فلو أضجعه فذبجه أو شق بطنه أو قطع أعضائه فقد تحقق أنه أراد قتله ، وانتفت شبهة أنه أراد من الفعل تأديبه ، ومن ثم يقتل به ، أما إذا ضربه مؤدباً أو حاقاً ولو بسيف أو حذفه بجديدة أو ما أشبه فقتله فلا يقتص منه ، لأن شفقة الوالد على ولده وطبيعة حبه له تدعو دائماً إلى الشك في أنه قصد قتله وهذا الشك يكفى للدرء الحد عنه^(٣) فلا يقتص منه ، وإنما عليه دية مغلفة .

والقتل كما جاء في المدونة من العمد لا من الخطأ فهو في حال القاتل لا تحمل العاقلة منه شيئاً^(٤).

والأصل أن الخطأ فيه دية مخففة لادية مغلفة ، وأن الدية المغلفة ، هي العقوبة البديلة التى تحل محل القصاص ، أى عقوبة العمد ، فهل اعتبر مالك

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٦١ .

(٢) مغنى ج ٩ ص ٣٦٥ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ والمدونة ج ٦ ص ١٠٦ - ١٠٨ .

(٤) صفحة ١٠٧ ، ١٠٨ من المدونة ج ١٦ .

الفعل قتلًا عمدًا ودرأ القصاص للشبهة ؟ طبقا لقوله عليه السلام « ادروا الحدود بالشبهات » ومن ثم رأى القضاء بالدية المغلظة بدلا من القصاص ، أم أنه اعتبر الفعل قتلًا خطأ ورأى تغليظ الدية لشناعة الجريمة ؟ الراجح أن الفعل يعتبر قتلًا عمدًا . وأن القصاص درء للشبهة المتمكنة في القصد كما سنبينه بعد ، على أنه يمكن القول باعتبار الفعل خطأ ثم تغليظ الدية لشناعة الجريمة ، والأم في ذلك مثل الأب في الحكم في حالة تغليظ الدية ، ومثل الوالد الجد ومثل الولد ولد الولد . وهناك رأى ثالث بأن مالكا اعتبر الفعل قتلًا شبه عمد وأنه لم يسلم بالقتل شبه العمد إلا في هذه الحالة ، وهو رأى له سند في المذهب ، وإنما جاء به أصحابه تمليلا للحكم ، ولاشك أن أحد العقايين السابقين أجدر منه بالقبول وأقرب إلى المبدأ الذي قام عليه المذهب .

وبهذه المناسبة يحسن أن نفصل القول عن تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات في جريمة القتل ، فمعنى هذه القاعدة أن كل شبهة قامت في فعل الجاني أو قصده يترتب عليها درء الحد إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، ويعاقب الجاني بدلا من عقوبة الحد بعقوبة تعزيرية ، ومن السهل تطبيق هذه القاعدة في جرائم الحدود جميعا على هذه الصورة ، ولكن تطبيق القاعدة في جرائم القتل نادر مع إمكانه ، فهي تقريبا معطلة التطبيق وإن كانت في الواقع تطبق معنى لاصورة ، لأن القتل وهو فعل واحد قسم إلى أنواع مختلفة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . ففي العمد إذا قامت الشبهة في الفعل فإنه لا يمكن درء الحد بالشبهة لأن الفعل بعد قيام الشبهة يكون قتلًا خطأ أو جرحا ، وإذا قامت الشبهة في القصد ، فإن الفعل يكون قتلًا شبه عمد ، وهكذا يمنع تنوع القتل من تطبيق القاعدة ، وكذلك إذا كان الفعل قتلًا شبه عمد ، فقامت الشبهة في الفعل أو القصد ، فإن الفعل يعتبر قتلًا خطأ أو جرحا ، وإذا قامت الشبهة في القتل الخطأ فإن الفعل يعتبر جرحا خطأ ، فالشبهة في القتل تحوّل نوع القتل إلى ما هو أدنى منه ، وتدرأ الحد الأعلى بالحد الأدنى ، فكان القاعدة تطبق معنى لاصورة .

وليس لتطبيق القاعدة مجال عند مالك ، لأنه يقسم القتل إلى نوعين فقط عمد وخطأ ، لأن مالا يعتبر عمدا عنده يعتبر خطأ ، فإذا قامت الشبهة في القصد أو الفعل اعتبر العمد قتلاً خطأً أو جرحاً .

قتل الرجل بزوجته :

ويقس الايث بن سعد والزهرى الزوج على الأب . فالابن وماله ملك لأبيه طبقاً لحديث الرسول . والزوجة ملك للزوج بمقد النكاح ، فهي أشبه بالأمة . فإذا منعت شبهة الملك القصاص هناك ، منعت كذلك هنا . ولكن جمهور الفقهاء لا يرون هذا الرأي وعلى الأخص فقهاء المذاهب الأربعة . فعندهم أن الزوجين شخصان متكافئان فيقتل كل منهما بقتل الآخر كالأجنبيين ، وما يقال من أن الزوج يملك الزوجة غير صحيح ، فهي حرة ولا يملك منها الزوج إلا متعة الاستمتاع ، فهي أشبه بالمستأجرة وفضلاً عن هذا فإن النكاح ينقذ لها عليه كما ينقذ له عليها ، بدليل أنه لا يتزوج أختها ولا أربعا سواها ، وتطالبه في حق الوطء بما يطالبها ، ولكن له عليها فضل القوامة التي جعل الله عليها بما أنفق من ماله ، أى بما وجب عليه من صداق ونفقة ، ولو أورث هذا شبهة لأورثها في الجانبيين لا في جانب واحد .

١٥٥ — ثانياً : يشترط مالك والشافعى وأحمد أن يكون الجنى عليه مكافئاً للجانى ، فإن لم يكن مكافئاً امتنع الحكم بالقصاص ، ويعتبر الجنى عليه مكافئاً للجانى عندهم ، إذا لم يفضل الجانى بحرية أو إسلام ، فإذا تساوى في الحرية والإسلام فهما متكافئان ، ولا عبرة بعد ذلك بما بينهما من فروق أخرى فلا يشترط التساوى في كمال الذات ، ولا سلامة الأعضاء ، ولا يشترط التساوى في الشرف والفضائل ، فيقتل سليم الأطراف بمقطوعها والصحيح بالمرضى والأمثل والكبير بالضعيف والقوى بالضعيف ، والعالم بالجاهل . والعاقل بالجنون والأمير بالأمور ، والذكر بالأنثى . الخ .

ولا خلاف بين الفقهاء في قتل الرجل بالرجل والأنثى بالأنثى لقوله تعالى :

﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني ﴾ ولكنهم اختلفوا في تفسير هذه الآية ، فمنهم من رأى أنها تعرضت لحكم النوع إذا قتل نوعه ؛ ولكنها لم تعرض لأحد النوعين إذا قتل النوع الآخر ، ومن ثم فقد اختلفوا في ذلك إلى رأيين .
الرأى الأول يرى أصحابه - وهو رواية عن علي بن أبي طالب - يرى أصحاب هذا الرأى بأن الرجل يقتل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية وحجة هذا الفريق أن النص لم يتعرض إلا لحكم النوع إذا قتل نوعه . وإن دية المرأة نصف دية الرجل ، فإذا قتل بها بقي له بقية فيستوفى ممن قتله ^(١) وأن أرادوا استحيوه وأخذوا منه دية المرأة .

وإذا قتلت امرأة رجلا ، فإن أراد أولياؤه قتلها قتلوها وأخذوا نصف الدية وإلا أخذوا دية صاحبهم واستحيوها .

ويقول القرطبي : إن أبا عمر علق على هذا الرأى بقوله : إذا كانت المرأة لاتكافئ الرجل ، ولا تدخل تحت قول النبي : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » فلم يقتل الرجل بها وهي لا تكافئه ؟ وكيف تؤخذ نصف الدية مع القتل وقد أجمع العلماء على أن الدية لا تجتمع مع القصاص ؟ وأن قبول الدية يحرم دم القاتل ويمنع القصاص ^(٢) وأصحاب الرأى الثانى يرون أن الذكر يقتل بالأثني كما تقتل الأثني بالذكر . ومن هذا الرأى الأئمة الأربعة وحجتهم قوله تعالى : « الحر بالحر » وقوله عليه السلام : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » وأنه صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب الفرائض والسنن وذكر فيه أن الرجل يقتل بالمرأة ، والرجل والمرأة شخصان يحد كل منهما بقذف الآخر ، فيقتل كل منهما بالآخر كالرجلين ، ولا يجب مع القصاص شيء لأنه قصاص واجب ، فلا تجب معه الدية كسائر القصاص واختلاف الديات لاعتبار به في القصاص ، بدليل أن الجماعة تقتل بالواحد ، والنصراني بالمجوسى ، مع اختلاف دينهما ، والعبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

(١) المغنى ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

(٢) القرطبي ج ٢ ص ٢٤٨ .

ومذهب الشيعة الزيدية أنه إذا قتلت امرأة رجلاً وجب أن تقتل المرأة بالرجل ولا يزيد شيء على قتلها ، وإذا قتل الرجل المرأة قتل الرجل بها ، ويستوفى ورثته - أى أولياء الدم - نصف دية ، ولا يجب القصاص إلا بشرط التزامهم ذلك .
وبشرط التكافؤ فى الجنى عليه لافى الجانى ، فإذا كان الجنى عليه لا يكافئ الجانى امتنع القصاص كأن يكون القاتل مسلماً والقتيل كافراً ، أو كان القاتل حراً والقتيل عبداً ، ولكن التكافؤ لا يشترط فى الجانى ، فإن كان الجانى لا يكافئ الجنى عليه ، فإن هذا لا يمنع من القصاص ، لأن شرط التكافؤ وضع لمنع قتل الأعلى بالأدنى . ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأعلى ، فإذا قتل : الكافر مسلماً أو العبد حراً قتل به على الرغم من انعدام التكافؤ بينهما ، لأن النقص فى الجانى وليس فى الجنى عليه ، والنقص هو الكفر والعبودية ، والزيادة هى الإسلام والحرية .

١ - الحرية : يرى الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد . أن الحر لا يقتل بالعبد . لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال : « من السنة أن لا يقتل حر بعبد » أو كما يروى عن ابن عباس « لا يقتل حر بعبد » ويرون أن العبد منقوص بالرق فلا يكافئ الحر . والمكافأة بالحرية شرط عندهم فى الجنى عليه لافى الجانى ، فإذا كان الجنى عليه حراً والجانى عبداً اقتص من الجانى ، وإذا كان الجنى عليه عبداً والجانى حراً لم يقتص من الجانى^(١) .

أما أبو حنيفة فيرى القصاص بين الأحرار والعبيد ولا يشترط التكافؤ فى الحرية للقصاص ، ويستوى عنده أن يكون الحر هو القاتل للعبد أو العبد هو القاتل للحر ، فالقصاص واجب الحكم به على الجانى فى الحالين .

ولكن أبا حنيفة^(٢) يرى استثناء أن لا يقتل السيد بعبد ، فإذا كان القتيل مملوكاً للقاتل أو كان للقاتل فيه شبهة الملك ، امتنع القصاص من القاتل لقوله

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٦ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ١٨٦ ، المغنى ج ٩ ص ٢٤٨ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٥ .

صلى الله عليه وسلم « لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده » وعلة المنع أنه لو وجب القصاص لوجب للسيد ولا يمكن أن يكون القصاص له وعليه ، هذا إذا كان يملكه كله ، فإن كان يملك بعضه ، فلا يقتص منه ، لأن القصاص عقوبة لا تتبع ، فلا يمكن استيفاء بعضها دون بعض . وإذا كان له شبهة الملك فيه لا يقتص منه ، لأن الشبهة فيما يقتص منه تاحق بالحقيقة درءاً للحد أما إذا قتل العبد سيده فإنه يقتص منه ، لأن معنى القصاص عام ، ولم يستثن منه إلا قتل السيد لعبده ، وظاهر مما سبق أن أبا حنيفة يتفق مع الأئمة الثلاثة في قتل السيد لعبده ، ويختلف معهم فيما عدا ذلك .

وهناك من يرى أن يقتص من السيد إذا قتل عبده ، قالنخعي وداود يريان قتل السيد بعبده لما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه » (١) .

هذه خلاصة آراء الفقهاء في التكافؤ بين الحر والعبد . رأينا الإتيان بها لإعطاء فكرة عن أحكام الشريعة في هذه الناحية ، ونحن نعلم أن الرق قد أبطل اليوم ، فلا سيد ولا مسود ، ولعل أول شريعة دعت إلى إبطال الرق وحثت عليه هي الشريعة الإسلامية .

ب - الرسول . قتل المسلم بغيره : يرى مالك والشافعي ، أن المسلم لا يقتل بكافر أبداً كان إذا قتله ، لأن الكافر لا يكافئ المسلم ، ولكن الكافر يقتل بالمسلم إذا قتله ، لأنه قتل الأدنى بالأعلى ويرون تطبيق هذا الحكم على الذميين ولو أنهم يؤدون الجزية ، وتجري عليهم أحكام الإسلام ، وحجتهم ، أن التكافؤ في الإسلام شرط وجوب القصاص وأن الكفر نقصان ، فإذا وجد الكفر امتنعت المساواة ، ويمتنع وجوب القصاص ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر »

ولأن في عصمة الأمي شبهة العدم لثبوتها مع قيام المنافي وهو الكفر - والأصل في الكفر أنه مبيع للدم، ولكن عقد الذمة منع الإباحة فبقاء الكفر يورث الشبهة والشبهة تدرك الحد، وإذا كان المسلم لا يقتل المستأمن وهو كافر فكذلك الذمي^(١).

ويرى أبو حنيفة أن المسلم يقتل بالذمي وأن الذمي يقتل بالمسلم لأن النصوص التي جاءت بعقوبة القصاص عامة فالله تعالى يقول: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ ويقول: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ ويقول: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾ فهذه النصوص عامة لم تفصل بين قتيل وقَتيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم، فمن ادعى التخصيص والتقييد فهو يدعيه بلا دليل ولقد قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾ وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لأن العداوة الدينية تحمل على القتل خصوصاً عند الغضب فكانت الحاجة إلى الزاجر أمس، وكان فرض القصاص أبلغ في تحقيق معنى الحياة ويخالف الإمام مالك زميله، فيرى قتل المسلم بالذمي إذا قتله غيلة، والغيلة هي أن يخذعه غيره ليدخله موضعاً يأخذ ماله.

والقتل الغيلة هو نوع من الخرابة عند مالك، ولا يعترف به الشافعي، وأحد وأبو حنيفة^(٢) فإن للقتل الغيلة حكماً خاصاً، فهو قتل فيه القصاص إن توفرت شروطه، وإذا كان مالك يقيسه على الخرابة فإنهم لا يرون ذلك^(٣).

كذلك يحتجون بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه أقاد مؤمناً بكافر وقال: أنا أحق من وفي بذمته، ويفسرون حديث لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهد، بأن المراد من الكافر المستأمن وأن «ذو عهد، معطوف

(١) مواهب الجليل، ج ٦ ص ٢٣٦ وما بعدها - المذهب ج ٢ ص ١٨٥ المقي. ج ٩ ص ٣٤١ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل ٣٣٣.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣.

على مؤمن فعنى الحديث : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد بكافر .

ويردون على القول : بأن في عصمة الذمي شبهة العدم ، بأن دم الذمي حرام لا يحتل الإباحة بحال مع قيام الذمة ، وأنه بمنزلة دم المسلم مع قيام الإسلام ، وأن الكفر ليس مبيحاً على الإطلاق ، وأن الكفر المبيح هو الكفر الباعث على الحرب ، وكفر الذمي ليس بباعث على الحرب فلا يكون مبيحاً ، كذلك فإن المساواة في الدين ليست بشرط للقصاص ، لأن الذمي إذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل فإنه يقتل به قصاصاً كما يسلم به الجميع ولا مساواة بينهما في الدين وقد قال على رضى الله عنه ، إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كعصمة دم المسلم وماله ، ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو كان في عصمته شبهة لما قطع المسلم ، كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن ، لأن المال تبع للنفس ، وأمر المال أهون من النفس ، فلما قطع بسرقة كان أولى أن يقتل بقتله ، لأن أمر النفس أعظم من المال^(١) .

ورأى أبو حنيفة يتفق مع القوانين الوضعية الحديثة ، فهي لا تفرق في العقوبة لاختلاف الدين ، والقانون المصرى لا يفرق بين ذمى ومسلم فكلاهما يقتل بالآخر .

قتل المسلم في دار الحرب . يرى أبو حنيفة أنه إذا قتل مسلم حربياً أسلم وبقي في دار الحرب ، فلا قصاص على القاتل ، لأنه وإن قتل مسلماً ، إلا أن المقتول من أهل دار الحرب . فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة في عصمته لأنه إذا لم يهاجر إلى دار الإسلام فهو مكثّر سواد الكفار ، ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان الرسول ، وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً وهذا هو الذى أورثه الشبهة ، ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً^(٢) للشبهة ولتعذر الاستيفاء .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٧ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ ، ٢٢٧ .

أما الأئمة الثلاثة ، فيرون القصاص سواء كان القتل في دار الحرب أو دار الإسلام ، وسواء هاجر القتيل أم لم يهاجر^(١)

قتل الكافر بغيره : وإذا قتل الذمي مسلماً قتل به اتفاقاً . لأنه في رأى أبي حنيفة قتل داخل تحت النصوص العامة ، وعند الأئمة الثلاثة يقتل به مع وجود التفاوت . لأنه تفاوت إلى النقصان ولا يمنع القصاص إلا التفاوت إلى زيادة ، ولا يعتبر قتل الذمي للحربي جريمة اتفاقاً ، لأن الحربي مباح الدم على الإطلاق^(٢) .

ولا يقتل الذمي بالمستأمن عند أبي حنيفة ، لأن عصمة المستأمن ليست مطلقة ، بل هي مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الإسلام . إذ المستأمن أصلاً من أهل دار الحرب ، وإنما دخل دار الإسلام لعارض على أن يعود إلى وطنه الأصلي ، فكانت في عصمته شبهة العدم ، ويرى أبو يوسف أنه يقتل به قصاصاً لقيام العصمة وقت القتل^(٣)

ويقتل المستأمن بالمستأمن عند أبي حنيفة قياساً ، ولا يقتل قياساً لقيام المبيح^(٤) ويرى مالك والشافعي وأحمد ، أن الكفار يقتلون بعضهم ببعض دون تفريق ، فالذمي يقتل بأى كتابي أو مجوسى أو مستأمن^(٥) ولو اختلفت دياتهم ١٥٦ - ثالثاً : إذا لم يباشر الجاني الجناية ولكنه عاون عليها أو حرص عليها :-

محل هذا الشرط أن يتعدد الجناة ، لأن الجاني الواحد يباشر الجناية بنفسه ، سواء كان القتل مباشرة أو تسبياً ، أما إذا تعدد الجناة فإن بعضهم قد يباشر الجناية بنفسه وبعضهم قد يعين المباشرين ، وبعضهم قد يحرض على الجناية .

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٣٥ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٤٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٧ ، الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٤ . المغنى ج ٩ ص ٣٤٢ .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أن تعدد الجناة لا يمنع من الحكم عليهم بالقصاص مادام كل منهم قد باشر الجناية^(١) وإذا كان القصاص يقتضي المائلة فإن المائلة شرط في الفعل لا في عدد الجناة والجنى عليهم، وأحق ما يجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل الاجتماع ، فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص، إذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره يضمه إليه ليبطل القصاص عن نفسه ، وفي هذا ما يفوت الغرض من فرض القصاص وهو الحياة ومنع القتل ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ .

وهناك رواية عن أحمد : بأن القصاص يسقط عن الجناة إذا تعددوا وتجب عليهم الدية ، ويرى ابن الزبير وابن سيرين وآخرون : أن يقتل من القتاتلين واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية ، وحجتهم في عدم القصاص من الجمع أن كل واحد منهم مكافئ للجانى ، فلا يستوفى أبدال بمبدل واحد ، كما لا نجح ديات لمقتول واحد . وأن الله تعالى قال ﴿ الحر بالحر ﴾ و﴿ النفس بالنفس ﴾ ومقتضاه أن لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة^(٢) .

وإذا كان الفقهاء الأربعة قد اتفقوا على القصاص من الجماعة للفرد إذا باشروا القتل فإنهم اختلفوا في حالة الإعانة على القتل أو التحريض عليه ، والمسائل المختلف عليها أربع : أولها - الإعانة في حالة التماؤ ، ثانيها - إمساك القاتل للقاتل ثالثها - الأمر بالقتل ، رابعها - الإكراه على القتل .

أولا الإعانة في حالة التماؤ :-

ذكرنا قبلاً أن التماؤ عند أبى حنيفة هو التوافق . وأن باقى الأئمة يرون التوافق قتلاً على الاجتماع لا تماؤ فيه ، وأن التماؤ عندهم هو الاتفاق السابق على ارتكاب جريمة القتل ، والفرق بين الحالين أن المباشرين في حالة الاتفاق يعتبر

(١) راجع الفقرات من ٥٢ إلى ٥٤ .

(٢) راجع المفتى ج ٩ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ .

كل منهم قاتلا ، ولو كان فعله بالذات غير قاتل ، ما دام الموت كان نتيجة أفعاله
الجميع ، أما في حالة التوافق فلا يعتبر المباشر قاتلا إلا بشروط بينهاها عند الكلام
على القتل على الاجتماع .

ولا خلاف في أن القاتل في الحالين يقتص منه ولو تعدد المباشرون ، سواء
كان اجتماعهم على القتل نتيجة اتفاق سابق أو توافق غير منتظر .
ولسكن الخلاف في حكم من اتفق ولم يحضر القتل ، أو أعان عليه ولم يباشره
فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يرون القصاص من المباشر فقط ، وتعزير من
لم يباشر ، ومالك يرى قتل من حضر ولم يباشر ومن أعان ولم يباشر ، كأن كان
ربيثة أو حارساً للأبواب ، أما من اتفق ولم يحضر فعليه التعزير في الراجح .
ويشترط فيمن حضر أو من أعان أن يكونوا بحيث لو استعان بهم أعانوا ،
أو إذا لم يباشره أحد المتماثلين باشره الآخر فشرط القصاص إذن أن يكون
المتماثل غير المباشر في محل الحادث أو على مقربة منه ، وليس من الضروري
أن يباشر القتل بنفسه^(١) .

وقد جاء في فتاوى ابن تيمية^(٢) أمثلة على هذه الحالات المختلفة ، ففيها إذا اشترك
جماعة في قتل معصوم « أي محرم القتل » بحيث أنهم جميعاً لو باشر واقتله ، وجب القود
- أي القصاص - عليهم جميعاً ، وإن كان بعضهم قد باشر وبعضهم قائم بحرس
المباشر ويعاونه ففيها قولان : أحدهما - لا يجب القود إلا على المباشر وهو قول
أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، والثاني - يجب على الجميع وهو قول مالك وجاء في
الفتاوى أيضاً : أنه إذا اشترك أولاد رجل مع أجنبي في قتل والدم جاز قتلهم
جميعاً ، فقتل المباشر باتفاق الأئمة ، وأما الذين أعانوا بمثل إدخال الرجل إلى
البيت وحفظ الأبواب ونحو ذلك ، ففي قتلهم قولان : وقتلهم مذهب مالك

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٨ ، القصاص ص ١٢٧
وما بعدها أحكام المرأة ص ٥٨٤ وما بعدها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٤ ص ١٨٧ ، ١٨٨ سنة ١٣٢٩ هـ بمصر مطبعة كردستان .

وغيره ، وجاء في الفتاوى أيضاً : إذا وعد رجل رجلاً آخر على قتل معصوم بمال معين فقتله وجب القتل على الموعود . وأما الواعد فيجب أن يماقب عقوبة تردعه وأمثاله عن مثل هذا ، وعند بعضهم يجب عليه القود .

ثانياً — إمساك القاتل للقاتل :

إذا أمسك رجل آخر نجاء ثالث فقتله فلا مسؤولية على الممسك ، إذا لم يمسكه بقصد القتل أو لم يكن يعلم أن القاتل سيقته ، أما إذا أمسكه بقصد القتل فقتله الثالث فلا خلاف في القصاص من الثالث أى مباشر القتل ، ولكنهم اختلفوا في الممسك على الوجه الذى سنبينه بعد .

فالك^(١) يرى قتل الممسك قصاصاً إذا أمسك القاتل لأجل القتل فقتله الطالب وهو يعلم أن الطالب سيقته ، لأنه يمسكه تسبب في قتله ، ويشترط البعض أن يكون لولا الإمساك ما أدركه الطالب ، ولا يشترط البعض هذا الشرط^(٢) فإن أمسكه ليضربه الطالب ضرباً معتاداً أو لم يعلم أنه يقصد قتله لعدم رؤيته آلة القتل معه مثلاً ، أو كان قتله لا يتوقف على الإمساك ، فعقاب الممسك هو التعزير وليس القصاص .

ويلحق مالك بالممسك الدال على القاتل إذا ثبت أنه لولا دلالته ما قتل المدلول عليه^(٣)

ويرى أبو حنيفة^(٤) والشافعى^(٥) تعزير الممسك ولو أمسك المجنى عليه بقصد القتل وهو عالم بأنه سيقتل ، لأنه فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك تسبب ، وقد تغلبت المباشرة على السبب وقطعت أثره ، كما أن السبب غير ملجئ .
وفي مذهب أحمد^(٦) — رأيان : أولهما — يرى القصاص من الممسك ، لأنه لو لم

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٧ .

(٢) القصاص ص ١٣٢ (٣) الشرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢١٧ .

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ . (٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ .

(٦) الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٥ وما بعدها .

يمسك القاتل ما قدر الطالب على قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما معاً فهما شريكان فيه وعليهما القصاص ، وإذا كان فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك نسبياً فإنهما قد تعادلا واشتركا في إحداث الموت وهذا الرأي يتفق مع مذهب مالك وهو الرأي المرجوح في مذهب أحمد .

أما الرأي الثاني : فيرى أصحابه حبس الممسك حتى الموت ، لما روى عن ابن عمر عن النبي عليه السلام قال : « إذا مسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك لأنه حبسه إلى الموت » ولأن علياً رضي الله عنه قضى بقتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت . ويرى البعض أن مدة الحبس متروكة تقديرها لولي الأمر ، لأن الحبس نوع من التعزير وليس حداً^(١) .

وإذا اعتبرنا الحبس تعزيراً لا حداً فإن الرأي الثاني في مذهب أحمد يتفق مع مذهب أبي حنيفة والشافعي ويفسر الفقهاء الإمساك بمعناه الأعم ، فلا يقصرونه على الإمساك باليد فيدخل تحته منع القاتل من مبارحة مكانه بأي وسيلة كانت حتى يتمكن منه القاتل أو حبس القاتل في مكان لا يستطيع الخروج منه ، فإذا اتبع رجل آخر ليقطعه فهرب منه فقابلته ثالث فقطع رجله ثم أدركه الطالب فقتله ، فإن كان الثالث قطع رجله ليحبسه عن الهرب حتى يلحق به الطالب فحكمه حكم الممسك فيما يتعلق بالقتل لأنه حبسه بفعله على القتل ، ثم هو مسؤول بعد ذلك عن القطع عمداً^(٢) .

ثالثاً — الأمر بالقتل : يفرق الفقهاء بين الأمر بالقتل والإكراه على القتل ، ففي الأمر بالقتل لا يكون المأمور مكرهاً على إتيان الجريمة فيأتيها مختاراً وإذا كان قد أمر بإتيانها فإن الأمر ليس له أثر على اختياره وقد يكون الأمر ذا سلطان على المأمور كالأب يأمر ولده الصغير ، والحاكم يأمر من هو

(١) أحكام المرأة ص ٥٨٣ ، مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة .

(٢) الترح الكبير ص ٩٠ س ٣٤٤ .

تحت إمرته ، وقد لا يكون له سلطان عليه ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الأمر مجرد تحريض على إتيان الجريمة . ولكل حالة من هذه الحالات حكمها فإذا كان المأمور غير مميز كصبي أو مجنون ، فيرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من الأمر لأنه هو المتسبب في القتل وإن كان المأمور هو الذي باشره فما هو إلا آلة للأمر يحركها كيف شاء^(١) ، ولا يرى أبو حنيفة القصاص من الأمر لأنه تسبب في القتل ولم يباشره ، والتسبب عند أبي حنيفة لا قصاص فيه . وإذا كان المأمور بالغاً عاقلاً ولا سلطان للأمر عليه ، فيرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من المأمور ، أما الأمر فعليه التعزير ، ويرى مالك القصاص من الأمر أيضاً إذا حضر القتل ، وهذا يتفق مع رأيه في التلأؤ ، فإذا لم يحضره فعليه التعزير ، وينبغي أن يلحق بحضور القتل الإغانة عليه ، لأن المعين عند مالك يقتص منه^(٢) .

وإذا كان المأمور بالغاً عاقلاً ، وكان للأمر سلطان عليه ، بحيث يخشى أن يقتله لو لم يطع الأمر فيقتص من الأمر ، والمأمور معاً عند مالك ، لأن الأمر في هذه الحالة يعتبر إكراها ، فإن لم يكن المأمور يخشى القتل إذا لم يطع الأمر فالقصاص على المأمور وحده ويعزر الأمر إذا كان المأمور يعلم أن القتل بغير حق ، فإن كان يعتقد أن القتل بحق ، فالقصاص على الأمر دون المأمور لأنه معذور في طاعة الأمر ، هذا إذا كان الأمر من حق الأمر كوال أو سلطان فإن لم يكن من حقه ، فالقصاص على المأمور ، لأن الطاعة لا تلزمه ، ولأن الأمر ليس له الأمر بالقتل . بخلاف السلطان فله الأمر بالقتل وطاعته واجبة في غير معصية^(٣) .

ويتفق رأى أحمد فيما سبق مع رأى مالك تمام الاتفاق^(٤) ويتفق رأى الشافعي معهما كذلك إلا أنه في المذهب رأيان في المأمور في حالة اعتبار الأمر

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٩ ص ٣٤٢ المذهب ج ٢ ص ١٨٩ الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨

(٢) نفس المراجع السابقة .

(٣) الشرح الكبير للدردير والمدة ج ١٦ ص ٤٣ ، ٤٤ .

(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

إكراها أحدها يرى أصحابه القصاص من الأمر دون المأمور والثاني وهو الأصح يرى أصحابه القصاص منهما معاً^(١)

وعند أبي حنيفة يقتص من الأمر في حالة الإكراه فقط لأن المأمور كان معه كالآلة يحركها كيف يشاء فكأنه باشر القتل بنفسه فإذا لم يكن الأمر إكراها فلا قصاص على الأمر لأنه لم يباشر القتل بنفسه أما المأمور فيقتص منه إذا لم يكن مكرها وكان الأمر صادرا له ممن لاحق فيه فإن كان صادرا ممن يملكه فلا قصاص ولو كان المأمور يعلم أن الأمر غير محقق لأن الأمر يكون شبهة تدرأ القصاص^(٢).

رابعا : الإكراه على القتل : تكلمنا عن الإكراه في الجزء الأول من هذا الكتاب ولا نرى ما يدعو لتكرار القول ولكننا نلخص آراء الفقهاء في نوع عقوبة كل من الحامل أى المكره وذلك مانحن في حاجة إليه في هذا المقام .
مذهب مالك وأحمد والرأى الصحيح في مذهب الشافعى على أن القصاص واجب على المكره والمكره معاً لأن الحامل أى المكره تسبب في القتل بمعنى يفضى إليه غالبا ولأن المباشر أى المكره قتل المجنى عليه ظلماً لاستبقاء نفسه فأشبه ما إذا اضطر للأكل فقتله لئلا يأكله والقول بأنه ماجأ غير صحيح لأنه يستطيع أن يمتنع عن القتل ولكنه لم يفعل إبقاء على نفسه^(٣).

وعند أبي حنيفة ومحمد أن القصاص يجب على الحامل دون المباشر لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وعفو الشيء عفو عن موجب فظاهر الحديث يدل على أن الفعل المستكره عليه معفو عنه بالنسبة لمن باشره ولأن الحامل هو القاتل معنى وإن كان المباشر هو الذى قتل صورة إذ المباشر كان آلة للحامل يحركه كما يشاء^(٤) وهذا الرأى يتفق مع الرأى الضعيف

(١) المذهب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، راجع مع ذلك القصاص ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

وأحكام المرأة ص ٥٨٢ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦ - المغنى ج ٩ ص ٣٣١ المذهب ج ٢ ص ١٨٩ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠ .

في مذهب الشافعي .

ويرى زفر أن القصاص على المباشر فقط لأنه هو القاتل حقيقة حسا ومشاهدة^(١)
ويرى أبو يوسف أن لاقصاص على الحامل ولا على المباشر لأن المكره مسبب
للقتل ولاقصاص على متسبب وإذا لم يجب القصاص على الحامل فأولى أن لا يجب
على المباشر^(٢) .

التفرقة بين الفاعل والشريك : ونخلص مما سبق أن الفقهاء يفرقون بين
المباشر للجريمة ومن اتفق أو أعان أو حرص عليها فالمباشر هو من ارتكب
الجريمة وحده أو مع غيره أو أتى عملا من الأعمال المكونة للجريمة ومن المتفق
عليه أن عقوبة المباشر هي القصاص أما من اتفق أو أعان أو حرص أى من
اشترك في الجريمة فحكمهم ليس واحداً فمن اتفق أو حرص فجزاؤه التعزير
عند الأئمة عدا مالكا أما من أعان فجزاؤه القصاص عند مالك والتعزير عند
باقي الأئمة .

والقانون المصرى يفرق بين عقوبة المشاركين في القتل وعقوبة الفاعلين
الأصليين إذ تنص المادة (٢٣٥) عقوبات على أن المشاركين في القتل الذى
يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام يعاقبون بالإعدام أو بالاشغال الشاقة المؤبدة
أى أن القانون المصرى يخالف بين عقوبة الفاعل والشريك ولايسوى بينهما
وهذه هي وجهة نظر الفقهاء فكان نص القانون في هذه المسألة تطبيق لنظرية
فقهاء الشريعة وإذا كان القانون قد أجاز الحكم بالإعدام فإن عقوبات التعزير
من ضمنها عقوبة الإعدام .

١٥٧ - هل يؤثر إعفاء أحد الفاعلين من القصاص على عقوبة الباقين ؟

علمنا مما سبق أن تعدد القاتلين لا يمنع من الحكم عليهم بمقو بة القصاص جزاء
على جريمة القتل العمد ولكن يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن نسبة
القتل العمد إليه كمن يحدث بالجنى عليه إصابة قاتله خطأ أدت مع إصابات المتعمدين

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩ .

إلى الوفاة لذلك يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن أن يعاقب بالقصاص طبقاً للقواعد كالصغير والمجنون فهل يؤثر إعفاء الخاطئ والصغير والمجنون من عقوبة القصاص على مركز بقية الفاعلين فلا يقتص منهم أيضاً؟ ذلك ماسنفسله فيما يأتي :

إن إعفاء أحد الفاعلين أو بعضهم من القصاص يرجع إلى حالتين لاثالثهما الأولى : أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفعل . الثانية : أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفاعل .

الحالة الأولى : امتناع القصاص لصفة في الفعل : يمتنع القصاص عن الفاعل إذا لم يكن فعله موجباً للقصاص كأن كان فعله قتلاً خطأ أو قتلاً شبه عمد فإذا كان فعله هكذا قلنا إن القصاص امتنع عنه لصفة في فعله أو لعدم إيجاب الفعل للقصاص .

وقد انقسم الفقهاء إزاء هذه الحالة قسمين ، الأول : يرى أن امتناع القصاص عن أحد الفاعلين لأن فعله لا يوجب استلزام منع القصاص عن بقية الفاعلين ولو كان فعلهم موجباً للقصاص كالعمد مع الخطيء فإن الخطيء لا يقتص منه أصلاً لأن فعله لا يوجب القصاص والعمد يقتص منه لأن فعله يوجب القصاص ولكنهما إذا اشتركا معاً في قتل امتنع القصاص عن العمد بامتناعه عن الخطيء لأنه من المحتمل أن يكون فعل الخطيء هو الذي أدى للقتل كما يحتمل أن يكون فعل العمد هو الذي أدى للقتل وقيام هذا الاحتمال شبهة توجب درء الحد عن العمد تطبيقاً لقاعدة : ادروا الحدود بالشبهات وهذا الرأي هو مذهب أبي حنيفة والشافعي والرأي الراجح في مذهبي مالك وأحمد^(١) .

والثاني يرى أن إعفاء أحد الفاعلين من عقوبة القصاص لأن فعله لا يوجبها ، لا يؤثر شيئاً على عقوبة القصاص التي يستحقها باقي الجناة بأفعالهم ومادام أنهم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ . والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ - المنقح ص ٣٧٩ وما بعده .

تشاركوا في القتل عادين متعمدين فعليهم عقوبة القصاص لأن كل إنسان يؤاخذ بفعله ولا أثر لفعل غيره عليه وهذا هو الرأي المرجوح في مذهبي مالك وأحمد .
وقد اتفق الفريق الأول في تطبيق القاعدة التي أقرها على العائد مع الخطيء فأجمع على عدم القصاص من شريك الخطيء ولو كان عامداً ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك وأساس اختلافهم هو تطبيق القاعدة لا غير، فمنهم من رأى تطبيقها في كل حالة لا يعاقب فيها أحد الشركاء وهؤلاء هم الحنفية أو بعض فقهاء المذاهب الأخرى ومنهم من رأى تطبيقها فقط إذا كان فعل المعنى غير متعمد فإن كان متعمداً فلا تنطبق القاعدة .

ومن المسائل التي اختلفوا عليها شريك نفسه وشريك السبع فأبو حنيفة يرى أن لاقصاص على الشريك لأنه شارك من لا يجب عليه القصاص فلا يلزمه القصاص كشريك الخطيء ويرى هذا الرأي أيضاً بعض فقهاء المذاهب الثلاثة - أما البعض الآخر فيرى القصاص على الشريك لأنه شارك من فعله عمد .

الحالة الثانية امتناع القصاص لصفة في الفاعل : تختلف هذه الحالة عن الحالة الأولى في أن القصاص هنا يمتنع عن أحد القاتلين لصفة فيه لا لصفة في الفعل وهذه الصفة المتوفرة في الفاعل يترتب عليها شرعاً أن لا يعاقب بالقصاص ومثال ذلك اشتراك الأب في قتل ولده مع أجنبي فإن الأب لا يقتص منه لقتل ولده لصفة الأبوة القائمة فيه ومثاله أيضاً أن يقطع شخص يد آخر قصاصاً أو دفاعاً عن نفسه فيجىء ثالث ويخرج المقطوع جرحاً يؤدي مع القطع إلى موته فإن المقتص أو الدافع لاقصاص عليهما لصفة القصاص والدفاع المتوفرة فيهما والتي يترتب عليها شرعاً امتناع القصاص منهما .

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة أيضاً فأبو حنيفة يرى أن امتناع القصاص في حق أحد الشركاء يترتب عليه منع القصاص في حق الآخرين لاحتمال أن يكون القتل من فعل المعنى من القصاص وهذا الاحتمال شبهة تدرك الحد عن

يجب عليهم القصاص ولأحد رواية مرجوحة في المذهب تتفق مع هذا الرأي ومن هذا الرأي أيضاً بعض فقهاء مذهب مالك^(١).

ويرى الشافعي وفريق من فقهاء مذهب مالك ومذهب أحمد^(٢) أن إعفاء أحد الشركاء من القصاص لا يمنع القصاص عن الآخرين لأن القصاص امتنع عن الشريك لمعنى يخصه ولا يتوفر في باقي الشركاء فلا يتعدى إليهم مادام أنه غير قائم فيهم ولكن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في الصبي والمجنون فبعضهم يرى أن شريك الصبي والمجنون لا يقتص منه والقائلون بهذا ينظرون إلى فعل الصبي والمجنون ويقولون إن من المتفق عليه بين أغلب الفقهاء أن عمد الصبي والمجنون خطأ فإذا كان فعلهما يوصف بأنه خطأ ولا قصاص في الخطأ فشريكهما يأخذ حكم العائد مع الخطيء ولا يقتص منه فهذا الفريق يغلب صفة الفعل على صفة الفاعل - والفريق الثاني يأخذ برأى الشافعي وهو أن عمد الصبي والمجنون عمد ويرى أن الإعفاء من القصاص أساسه صفة الفاعل وإذن فلا يستفيد من الشريك ، والفريق الثالث يرى أن العبرة بفعل الشريك فما دام أنه تعدد الفعل فقد وجبت عليه عقوبة العائد دون النظر إلى فعل شريكه أو صفته^(٣).

١٥٨ - رابعا القتل بالنسب : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن القتل بالتسبب لا يوجد الحكم بالقصاص لأن القصاص قتل بطريق المباشرة فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أن أساس عقوبة القصاص الماثلة في الفعل^(٤) ويوجب الدية بدلا من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لا يرون فرقا بين القتل بالتسبب والقتل المباشر فكلاهما قتل يعاقب عليه بالقصاص ورأيهم يتفق مع القانون المصري وغيره من القوانين الوضعية

(١) البحر الرائق ج ٢ ص ٣٠١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨، ٢١٩ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها - المفتى ج ٩ ص ٣٧٣ وما بعدها المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٣) المفتى ج ٩ ص ٣٧٩ وما بعدها (٤) بدائى الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

١٥٩ - خامسا : أنه يكونه الولي مجرورا : - إذا كان ولي القتل مجرورا لا يجب الحكم بالقصاص في رأى أبى حنيفة لأن وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من الجهول متعذر فتعذر الإيجاب له ^(١) ويخالف في ذلك باقى الأئمة .

١٦٠ - سادسا : أنه لا يكونه القتل في دار الحرب : - يرى أبو حنيفة أن لا قصاص من القاتل إذا كان القتل في دار الحرب وهو يفرق بين حالتين ، حالة ما إذا كان القتل من أهل دار الحرب ثم أسلم ولم يهاجر إلى دار الإسلام وحالة ما إذا كان القتل من دار الإسلام ولكنه دخل دار الحرب بإذن كالتاجر أو مضطراً كالأسير ففي الحالة الأولى لا عقاب على القاتل وفي الحالة الثانية عليه الدية في حالة التاجر ولا تجب عليه في حالة الأسير ويخالفه في هذا محمد وأبو يوسف وأساس التفرقة بين الحالين أن العصمة في الحالة الأولى محل شبهة لأن القتل وإن كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ ﴾ فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة في عصمته ولأنه إذا لم يهاجر إلينا مكثر سواد الكفار ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً والخلاصة أن إسلامه لا يعصمه لأن العصمة عند أبى حنيفة لا تكون بالإسلام فقط وإنما بالإسلام وبمنعة الدار ، أما الحالة الثانية فليس فيها قصاص لأن الجريمة وقعت في مكان لا ولاية للمسلمين عليه والحدود يشترط للحكم بها عند أبى حنيفة القدرة على الاستيفاء وقت وقوع الجريمة ^(٢) .

أما مالك والشافعى وأحمد فيرون القصاص من القاتل سواء كان القتل في دار الإسلام أو في دار الحرب وسواء هاجر المقتول من دار الحرب أو لم يهاجر مادام القاتل قد قتل وهو يعلم بإسلام القاتل لأنه قتل معصوماً بالإسلام ظلماً ^(٣)

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ ، ٢٣٧ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

١٦١ - مدى لزوم القصاص : وعقوبة القصاص لازمة إلا إذا رأى
 ولى القتل العفو فإن عفا فلا قصاص ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى القتل
 أن يقتص من القاتل أو يعفو عنه إما على الدية أو مجانا ولكنهم اختلفوا في حالة
 ما إذا عفا الولي عن القصاص على أن يأخذ الدية فرأى مالك وأبو حنيفة أن عفو
 الولي لا يلزم الجاني بالدية إلا إذا قبل أن يدفعها في مقابل العفو عنه ورأى
 الشافعي وأحمد أن عفو الولي عن القصاص إلى الدية ملزم للجاني ولو كان العفو
 بغير رضاه وأساس الاختلاف أن مالكا وأبا حنيفة يريان أن القصاص واجب
 عينا بينما الشافعي وأحمد يريان أن القصاص ليس واجبا عينا وأن الواجب هو أحد
 الشئئين غير عين، إما القصاص وإما الدية، وللولى خيار التعيين إن شاء استوفى القصاص
 وإن شاء أخذ الدية من غير توقف على رضا القاتل وعلى اعتبار التعزير بدلا من الدية.
 ويترتب على اعتبار الدية والتعزير بدلا من القصاص نتيجتان : أولاها : أنه
 لا يجوز للقاضى أن يجمع بين عقوبة وبدلها جزاء عن فعل واحد سواء كانت
 العقوبة المبدل بها عقوبة أصلية أو بدلا من عقوبة أصلية لأن الجمع بين البدل
 والمبدل يتنافى مع طبيعة الاستبدال ولكن يجوز الجمع بين عقوبتين بدليتين
 كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين فن ارتكب جريمة قتل لا يجوز الحكم عليه
 بالقصاص والدية أو القصاص والتعزير لأن الدية والتعزير كلاهما بدل من القصاص فلا يحكم
 بهما إلا إذا امتنع الحكم به فإذا امتنع الحكم بالقصاص جاز الحكم بالدية والتعزير
 مجتمعين أو منفردين لأن كلاهما بدل من القصاص كما يجوز الجمع بين القصاص
 وبين الكفارة وكلاهما عقوبة أصلية .

ويجوز الجمع بين العقوبة البدلية والعقوبة الأصلية مع بقاء القاعدة سليمة
 وذلك إذا تعددت الأفعال ولم تكن العقوبة البدلية المحكوم بها بدلا عن عقوبة
 أصلية محكوم بها كمن قتل ثلاثة أشخاص فحكم عليه بالقصاص لقتل أحدهم وبالدية
 لقتل الثانى لوجود مانع عن الحكم بالقصاص كأن كان القاتل ولد القاتل وبالتعزير
 لقتل الثالث لامتناع الحكم بالقصاص والدية كأن عفا ولى القاتل عن القاتل عفواً

مطلقاً في هذه الحالة اجتمع القصاص مع الدية والتعزير والأول عقوبة أصلية وكل من الثاني والثالث عقوبة بدلية وقد جاز الجمع لأن العقوبات المحكوم بها ليس فيها عقوبة بدلا من أخرى وإنما العقوبة البدلية تمثل عقوبة لم يحكم بها .

١٦٢ - نمر الفتل : وتظهر أهمية التفرقة بين هذين الرأيين المختلفين في حالة تعدد الجرحى إذا كان القاتل واحداً . فمالك وأبو حنيفة يريان أن الواحد إذا قتل جماعة قتل بهم قصاصاً ولا يجب مع القتل شيء من المال ، سواء كان الجاني قتلهم مرة واحدة أو قتلهم على التعاقب ، وسواء كان الأولياء قد طلبوا قتلهم أو طلب بعضهم قتله وطلب بعضهم الدية ، وإن بادر أحد الأولياء فقتل الجاني قبل إبداء الآخرين رأيهم فقد سقط حق الباقيين في القصاص ولادية لهم ، وهذا تطبيق دقيق للقول بأن القصاص يجب عيناً ، لأن حق الجميع تعلق بالقصاص ، فإذا قتل الجاني فقد استوفوا حقهم كاملاً ، وليس لأحدهم أن يطالب بالدية ، لأن تنازله عن القصاص لقيمة له ، مادام أحد الأولياء يريد القصاص ، وإنما نجب الدية بدلا من القصاص إذا امتنع القصاص . وهنا لا يمكن امتناعه مادام أحد الأولياء يطلبه ، لأن محل القصاص واحد بالنسبة للجميع^(١) .

ويرى الشافعي^(٢) أن حقوق الأولياء لا تتداخل ، فإن قتل الجاني واحداً بعد واحد اقتص منه للأول لأن له مزية بالسبق ، وإن سقط حق الأول بالعمو اقتص للثاني ، وإن سقط حق الثاني اقتص للثالث وهكذا ، وإذا اقتص من الجاني لواحد بعينه ، تعين حق الباقيين في الدية ، لأن القصاص فاتهم بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية كما لو مات القاتل ، وإن قتلهم دفعة واحدة أو أشكل الحال ، أفرع بينهم فمن خرجت له القرعة ، اقتص له لأنه لازمة لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة ، وإن عفا عن خرجت له القرعة أعيدت القرعة للباقيين لتساويهم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ ، ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٨ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٥ .

وإن ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو القرعة فبإدراجه واقتصاص صار مستوفياً لحقه ، وإن أساء في التقدم على من هو أحق منه .

واختلف فقهاء مذهب الشافعى في المحارب الذى قتل جماعة في المحاربة ، فرأى البعض أن الحكم هو ما سبق . كما لو قتلهم في غير المحاربة ، ورأى البعض أنه يقتل بالجميع ، لأن القتل في المحاربة حق الله تعالى ولا يسقط بالعفو فتتداخل العقوبات ، بعكس ما إذا كانت حقاً لأدمين فإنها لا تتداخل .

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب الشافعى ولا يختلف معه إلا في أنه يجيز للأولياء ، أن يتفقوا على قتل القاتل ، فإذا اتفق اثنان أو أكثر على قتله قتل وليس لهم غير ذلك ، وإن أراد البعض القود والبعض الدية ، قتل لمن أراد القود ، وأعطى الباقي الدية ، وحجته في ذلك ، أن محل القصاص وهو القاتل تلقت به حقوق لا يتسع لها معاً ، فإذا اكتفى المستحقون بمحل القصاص فيكتفى به ، فأساس فكرته أنه مادام المستحقون قد اكتفوا بالقصاص ، فقد تنازلوا عما عداه ^(١) .

وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر فسرى القطع إلى النفس - أى نفس المقتوع اليد - فمات فهو قاتل لها ، ويقتص منه أولاً عن قتله ، لأن وجوب القتل عليه أسبق ، إذ القطع لم يصح قتلاً إلا بالسراية وهى متأخرة عن قتل الآخر ، لكن لما كان استيفاء القطع ممكناً وكان في القتل تفويت للقصاص من القطع ، فيستوفى القطع قبل القتل ، ولولى المقتوع نصف الدية عند الشافعى وأحمد ، ولا شيء له عند مالك وأبى حنيفة ، وإذا لم يسر القطع - أى قطع اليد - إلى النفس فيقتص للقطع أولاً ، سواء تقدم القطع القتل أو تأخر عنه ، وهـذا متفق عليه من أحمد وأبى حنيفة والشافعى ، ويرى مالك أن يقتل في كل الأحوال ولا يقطع ، لأنه بالقتل يتلف الطرف فيسقط القصاص بتلف محله ^(٢) وكذلك الحكم لو تأخر القطع عن القتل .

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٠٥ - ص ٤٠٨ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٠٨ ، نرح الدردبر ص ٢٣٦ مهذب ج ٢ ص ١٩٥ بدائع

الصنائع ص ٣٠٣ .

وأساس الاختلاف في هذا كله هو اختلافهم في العقوبة الواجبة بالقتل العمد فأبو حنيفة ومالك يريان كما قلنا من قبل أن الواجب هو القصاص عينا وأن عفو ولي القتل لا يلزم الجاني بالدية إلا إذا رضى الجاني بذلك ، والشافعي وأحمد يريان أن الواجب بالقتل العمد أحد شيئين القصاص أو الدية ، ولولى القتل أن يختار أى العقوبتين شاء دون حاجة لموافقة الجاني .

استيفاء القصاص فى القتل

١٦٣ - مسنن القصاص : عند مالك العاصب الذكر ، فلا دخل فيه لزوج ولا لأخ لأم ، ولا لجد لأم ، ويقدم الإبن فابن الإبن ، ثم يليهم الأقرب فالأقرب من العصبه والجد والأخوة ، سواء فى ولاية القصاص ، ويعتبر كلاهما فى مرتبة الآخر . وأبناء الاخوة أقل مرتبة من الجد ، لأنه بمنزلة أبيهم ، والمراد بالجد ، الجد القريب فهو الذى يتساوى مع الأخوة فى الدرجة ، أما الجد العالى فلا شأن له مع الأخوة كما أن بنى الأخوة لا شأن لهم مع الجد القريب^(١) ويستحق القصاص عند أبى حنيفة والشافعي وأحمد الورثة الذين يرثون مال القتل رجالا ونساء ولا يشترط لاستحقاقهم القصاص ، أن يرثوا شيئاً فعلا ، فمن قتل وعليه دين محيط بتركه أو لم يترك شيئاً ، فالقصاص لو ارثيه الذين كان يحتمل أن يرثوه لو ترك شيئاً^(٢)

وعند مالك ترث المرأة القصاص إذا توفرت فيها شروط ثلاثة : أولا - أن تكون وارثة كبنت أو أخت . ثانياً - أن لا يساويها عاصب فى الدرجة بأن لم يوجد أصلا ، أو وجد أنزل منها درجة كالعم مع البنت أو الأخت ، وعلى هذا تخرج البنت مع الإبن ، والأخت مع الأخ ، فلا كلام لواحدة

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٢٢٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٦ ، الإقناع ج ٤ ص ١٨٢ وفى مذهب الشافعي رأيان آخران : أحدهما أن القصاص للعصبه ، والثانى لمن ورث بالنسب لا بالسبب - راجع نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

منهما معه في عفو ولا قود ، بخلاف الأخت الشقيقة مع الأخ الأب ، فلها الكلام معه ، لأنه وأن ساواها في الدرجة أنزل منها في القوة ، ثالثاً : إن تكون بحيث لو كان في درجتها رجل ورث بالتعصيب ، وعلى هذا تخرج الأخت للأم والزوجة والجدة للأم^(١) .

١٦٤ - هل يملك الوارث من القصاص على سبيل الشوكة أم على سبيل الكمال ؟

إذا كان الوارث واحد فهو يملك القصاص على سبيل الكمال إذ لا شريك له فيه أما إذا تعدد الورثة فهناك نظريتان : -

النظرية الأولى : ويقول بها مالك وأبو حنيفة . وهي قول لأحمد ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الكمال لا على سبيل الشركة وحجتهم أن المقصود من القصاص في القتل هو التشفى . وأن الميت لا يتشفى ولكن الورثة هم الذين يتشفون ، فهو حقهم ابتداء ، أي أن القتل لا يثبت له حق القصاص ، وأن القتل لا يثبت له هذا الحق مادام حياً ولكنه يثبت بوفاة ، فإذا ثبت لم يكن القتل أهلاً لملك الحقوق ، فيثبت الحق للورثة ابتداءً ، ويثبت لكل وارث على سبيل الكمال ، كأن ليس معه غيره ، لأنه حق لا يتجزأ ، والشركة فيما لا يتجزأ محال ، إذ الشركة المعقولة هي أن يكون البعض لهذا والبعض لذلك . كشريك الأرض والدار ، ولكن ذلك محال فيما لا يتبعض ، والأصل أن ما لا يتجزأ ، من الحقوق إذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال . كأن ليس معه غيره كولاية النكاح^(٢) .

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٧ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٢ ،

المغنى ج ٩ ص ٤٥٩ .

النظرية الثانية : ويقول بها الشافعي وأحمد وأبوسيف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الشركة وحجتهم أن القصاص يجب بالجنابة ، وأنها وقعت على المقتول . فكان مايجب بها حقاً له إلا أنه بالموت عجز عن استيفاء حقه بنفسه ، فيقوم الورثة مقامه بطريق الإرث عنه ويكون القصاص مشتركاً بينهم ^(١) .

وأهمية الخلاف تظهر إذا ورث القصاص كبير أو صغير . فطبقاً للنظرية الأولى ، يكون للكبير حق الاستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصغير ، لأن القصاص حق كل وارث على سبيل الاستقلال فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير ، وطبقاً للنظرية الثانية ليس للكبير أن ينفرد بالقصاص وعليه أن ينتظر بلوغ الصغير لأن حق القصاص مشترك بينهما وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف في حق مشترك دون رضا شريكه .

١٦٥ - وإذا لم يكن للاقتيل ولي فمن المتفق عليه أن السلطان يتولى القصاص ، لأن السلطان ولي من لا ولي له . ولكن أبا يوسف يرى أن السلطان ليس له أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام ، وله أن يأخذ الدية ، وحجته في ذلك : أن المقتول من أهل دار الإسلام لا يخلو عن ولي عادة ، إلا أنه لا يعرف ، ولا ولاية للسلطان إلا إذا انعدم الولي الوارث بخلاف الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم ، لأن الظاهر أن لا ولي له في دار الإسلام ^(٢) .

١٦٦ - من يلي الاستيفاء : يختلف الحكم في هذه المسألة بحسب ما إذا كان مستحق القصاص واحداً أو أكثر .

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩٦ والمغني ج ٩ ص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٨ ، ج ٩ ص ٣٩٤ وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

١٦٧ - فإذا استحق القصاص واحد وكان كبيراً فله أن يستوفيه إن شاء
 لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾
 ولوجود سبب الولاية في حقه على الكمال ، وهو وراثته القصاص دون مزاحم .
 أما إذا كان مستحق القصاص صغيراً أو مجنوناً فيرى الشافعي ^(١) وأحمد ^(٢)
 انتظار بلوغ الصبي وإفاقة المجنون إلا أنه إذا كانت إفاقة المجنون ميؤوساً منها
 قام وليه مقامه ^(٣) لأن القود للتشفي ، ولا يحصل باستيفائه معرفة ولي الصبي أو
 المجنون ولا بمعرفة الحاكم . وفي مذهب أبي حنيفة ^(٤) رأيان : أحدهما : يرى
 أصحابه ما يراه الشافعي وأحمد . وثانيهما : يرى أصحابه أن يقوم القاضي أو الحاكم
 باستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصبي أو إفاقة المجنون ، ويرى مالك ^(٥)
 أن لولي الصغير والمجنون ووصيهما الاستيفاء نيابة عنهما فلا حاجة لانتظار
 البلوغ أو الإفاقة .

ويرى أبو حنيفة أن الأب والجد يستوفيان القصاص الواجب للصغير دون
 الوصي ، لأن ولايتهما ولاية نظر ومصالحة .

أما أبو يوسف فيرى الانتظار ومالك يرى الاستيفاء للوصي والوالى .

سلطة ولي الصغير والمجنون : ومن يعطى الولي حق الاستيفاء عن الصغير
 والمجنون يعطيه حق الصلح أو العفو عن القصاص على مال بشرط أن لا يقل عن
 الدية ، وأن يكون أصلح من القصاص للصغير ، أو على الأقل تتساوى مصالحة
 القصاص بمصالحة العفو ، فإن صالح أو عفا على أقل من الدية كان للصغير بمد
 بلوغه الرجوع على القاتل بما نقص من الدية - ما لم يكن القاتل معسراً وقت
 الصلح - كما يرى مالك . وليس للولى أن يتنازل عن القصاص مجانا ، فإن فعل
 فتنازله باطل ^(٦) .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٥ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ١٨١ . (٣) كما ورد ذلك في الجزء السابع من نهاية المحتاج

للشبرايمسي . (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ . (٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٢ .

(٦) الشرح الكبير للدردير ص ٢٣٠ - مواهب الجليل ص ٢٥٢ - البحر الرائق

ج ٨ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

ومن لا يعطى الولي حق الاستيفاء يعطى ولي المجنون حق العفو عن القصاص إلى الدية بشرط أن يكون المجنون محتاجاً إلى النفقة فإن لم يكن محتاجاً فالعفو باطل كما لو عفا على غير مال ، أما الصبي فقد اختلفوا في شأنه فأجاز بعضهم أن يكون للولي حق العفو عن القصاص إلى الدية إذا كان محتاجاً إلى النفقة ولم يجز البعض الآخر ذلك الولي وأساس التفرقة بين الصبي والمجنون أن بلوغ الصبي ينتظر بعد وقت معين ولكن إفاقة المجنون ليس لها وقت ينتظر^(١) . وأبو حنيفة لا يعطى ولي الصغير والمعنوه حق العفو لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق والحق للصغير والمعنوه وليس لهما ، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وهب للصغير ولا يتهدم مفيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لأنه إسقاط حق أصلاً ورأياً فلا يملكه وإنما لهما حق الصلح على مال وأبو حنيفة متأثر في هذا بنظرية التي تقضى بأن حق الولي في القصاص عيناً وأن العفو للدية يقتضى رضا الجاني ويظهر أن أبا حنيفة يرى أن العفو لا يكون عفواً مادام متوقفاً على رضا الجاني وإنما يكون صالحاً ولذلك فهو لا يتكلم إلا عن العفو المطلق المقيد دون قيد أما عند مالك فيعتبرون التنازل عن القصاص إلى الدية عفواً ولو أن الأمر معلق على رضا الجاني ويعبر عنه هكذا ، ويعبر عنه أكثر الشراح بالصلح ومن عبر عنه بالعفو عبر عنه أكثر من مرة بأنه صالح مما يدعو إلى الاعتقاد بأن لفظ العفو تجاوز في التعبير وقد جاء هذا التعبير في الشرح لامن المتن مما يؤكد فكرة التجوز في التعبير أو الخطأ^(٢) .

هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ - الأصل في تأخير القصاص حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ، أن القصاص حق وأن استعماله يقتضى في المستعمل الأهلية والصبي والمجنون كلاهما غير أهل لاستيفاء الحقوق ، لكن إذا فرض أن الصبي أو المجنون وثب على القاتل فقتله فهل يعتبر كلاهما مستوفياً لحقه

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

(٢) مواهب ج ٦ ص ٢٥٢ .

أم لا^(١)؟ فصار كما لو أتلّف وديعة له فلا مسؤولية على المودع لديه ، يرى البعض أنه يقتل القاتل صار مستوفياً لحقه لأنه عين حقه وأتلّفه بعمله ويرى البعض أنه ليس من أهل الاستيفاء فلا يعتبر مستوفياً لحقه وتجب له الدية في مال الجاني الذي قتله ولأولياء الجاني الرجوع على عاقلة الصبي والمجنون بدية قتلهم أى أن أصحاب هذا الرأي يعتبرون فعل الصبي والمجنون جريمة قتل عمد يدراً فيها القصاص للصغير والمجنون^(٢) ولا شك أن الرأي الأول أقرب للعدالة والمنطق من الرأي الثانى .

١٦٨ - نورد مستحقى الاستيفاء : إذا تعدد مستحقو الاستيفاء فإما أن يكون جميعهم كباراً وإما أن يكون فيهم صغير أو مجنون وإما أن يكونوا جميعاً حاضرين وإما أن يكون بعضهم غائباً .

١٦٩ - فإذا تعدد مستحقو الاستيفاء وكانوا جميعاً كباراً حاضرين فالأصل أن لكل منهم ولاية استيفاء القصاص حتى إذا قتله أحدهم صار القصاص مستوفى للجميع ، لأن القصاص إن كان حق الميت كما يرى أبو يوسف ومحمد ، فكل واحد من الورثة خصم في استيفاء حق الميت كما هو الحال في المال ، وإن كان القصاص حق الورثة ابتداء كما يرى مالك وأبو حنيفة فكل من الورثة يملك حق القصاص على الكمال ، هذا هو الأصل ، إلا أن الفقهاء يشترطون اتفاق مستحقى القصاص عليه قبل الاستيفاء . وحضورهم لاحتال أن يعفو بعضهم ، ولأن العفو يسقط حق الآخرين في القصاص .

فإذا بادر أحد المستحقين بقتل الجاني قبل اتفاقهم على القصاص ، فذهب مالك وأبى حنيفة ، أن القصاص صار مستوفى للجميع ، لأن الأصل أن لكل من المستحقين ولاية استيفاء القصاص ، وليس لباقي الورثة شيء من المال ، لأن حقهم في القصاص قد استوفاه أحدهم وهذا تطبيق نظرية مالك وأبى حنيفة في أن

(١) في هذه النقطة فراغ يبدو أنه كلام لم يتم ولم يكتب - ن .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ - المذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

(١٠ - التشريع الجنائى الإسلامى ٢)

القصاص يجب عيناً^(١) إلا أن المقتص يعزر لافتياته على الإمام .
 أما الشافعي وأحمد فيريان أن المبادر بالقصاص ممنوع من قتل الجاني لأن
 بعض الجاني غير مستحق له، فإذا استوفى دون اتفاق فهو مستوف لحق غيره دون إذنه
 والراجح أنه لا يجب القصاص عليه بفعله^(٢) لأنه يستحق القصاص على وجه
 الشركة، ولأن الجاني مستحق عليه القصاص . كما لا يجب الحد على أحد الشريكين
 في وطء الجارية المشتركة ، لكنه يلزم على رأى بحق شركائه في الدية ، لأنه هو
 الذى أتلف محل حقهم ، ويلزم على رأى الأخير لورثة الجاني بدية مورثهم
 إلا قدرَ حقه منها ، على أن يكون لباقي مستحقى القصاص الرجوع بحقهم في
 الدية على تركه الجاني ، ورأى الشافعي وأحمد تطبيق لنظريتهما في أن القصاص
 يثبت للمورث ابتداء ، ثم ينتقل منه للورثة كما هو تطبيق لنظريتهما في أن
 الواجب بالقتل أحد شيئين غير عين القصاص والدية^(٣) .

١٧٠ - وإذا تعدد مستحقو القصاص ، وكانوا كباراً وصغاراً أو فيهم
 مجنون ، أو بعضهم غائب ، فيرى مالك وأبو حنيفة أن لا ينتظر البلوغ ولا
 إفاقة المجنون ، وللعقلاء الكبار استيفاء القصاص لأن القصاص ثابت للورثة ابتداء
 فهو حق كل منهم على سبيل الكمال والاستقلال ، لاستقلال سبب ثبوته في حق
 كل مستحق ، وعدم قابليته للتجزئة ، ويؤيدون رأيهم بأن علياً رضى الله عنه
 أوصى الحسن بعد أن ضربه ابن ماجم فقال له : إن شئت فاقتله ، وإن شئت
 فاعف عنه ، وإن تغفوا خير لك ، فقتله الحسن وكان في ورثة على صغار ،
 والاستدلال من وجهين : أحدهما : بقول على ، لأنه خير الحسن في القتل أو العفو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٢ البحر
 الرائق ص ٣٠٠ - ٣٠١

(٢) في مذهب الشافعي رأى مرجوح مخلصه ، أن على المستحق القصاص إذا قتل الجاني
 قبل اتفاقه مع باقي المستحقين لأنه اقتص في أكثر من حقه ، ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس
 إذا عرى عن الشبهة ؛ فإذا اشترك شخصان في قتل اقتص منهما وأن كلامهما قاتل لبعض النفس .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، والمهذب ج ٢ ص ١٩٧ .

مطلقاً فلم يقيد به ببلوغ الصغار ، والثاني : لأن الحسن قتل ولم ينتظر وكل ذلك كان في حضور الصحابة ولم ينكره أحد فيكون إجماعاً .

ولكنهما يريان مع ذلك انتظار عودة الغائب لاحتمال عفو ، ولأنه قد يعفو دون أن يشعر الحاضر بعفو ، فإذا أجز للحاضر أن يستوفي ، استوفي حقاً قد سقط بعفو الغائب .

ويفرقون في مذهب أبي حنيفة بين احتمال العفو من الصغير والمجنون ، وبين احتمال العفو من الغائب فإن احتمال العفو من الغائب الكبير ثابت ، أما احتمال عفو الصغير أو المجنون فميئوس منه حال استيفاء القصاص ، لأنه ليس من أهل العفو .

ويفرقون في مذهب مالك بين الغيبة القريبة ، والغيبة البعيدة الميئوس منها أي من عودة صاحبها ويرون الانتظار في الغيبة القريبة دون البعيدة ، وهذا هو الرأي الراجح ، وهناك رأي لا يفرق بين الغيبة القريبة والغيبة البعيدة ^(١) .

أما الشافعي وأحمد ومعهما محمد وأبو يوسف فيريان أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا باذن الباقي ، فإن كان فيهم صغير ينتظر بلوغه ، أو مجنون تنتظر إفاقة أو غائب ينتظر قدومه ^(٢) لأن القصاص حق مشترك بينهم ، فمن استوفى قبل اتفاق كل الشركاء فقد استوفى غير حقه وأبطل حق غيره ، ولأن القصاص أحد بدلى النفس . فإذا لم يجز انفراد أحد المستحقين بأحد البدلين وهو الدية لم يجز له أن ينفرد بالبدل الآخر وهو القصاص ، ويستدلون على أن للصغير والمجنون حقهما في القصاص بأربعة أمور : أمرهما : أنه لو كان منفرداً لا يستحق القصاص ، ولونافاه الصغير مع غيره لنافاه منفرداً .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ والبحر الرائق ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) هناك رواية عن أحمد : بأن للكبار العقلاء الاستيفاء دون انتظار الصغير والمجنون ولكن هذه الرواية ليست المذهب .

الثاني : أنه لو بلغ لاستحق بلا خلاف ، ولو لم يكن مستحقاً عند موت المورث لم يكن مستحقاً عند البلوغ .

الثالث : لو سقط القصاص وآل الأمر المدية لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدل القصاص وهو الدية .

الرابع : لو مات الصغير لاستحق ورثته ، ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالا يستحقه ^(١) .

١٧١ - هل يطلع سراح الجاني حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير ويفيق المجنون ؟

ومن المتفق عليه أن تأخر الاستيفاء لا يؤدي إلى إطلاق سراح الجاني، بل يحبس مهما تأخر الاستيفاء فيحبس حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير أو يفيق المجنون ، وقد حبس معاوية بن أبي سفيان هدية بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم يفكر عليه ذلك ، ويعالون بقاءه محبوساً بأن في تخليته تضيقاً للحق ، لأنه لا يؤمن هربه ، ولأنه مستحق القتل وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه ، ولا يقبل من القتل أن يقدم كفيلاً ليخلى سبيله له ، لأن الكفالة لا تصح في العقوبات لأن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إذا تعذر إحضار المكفول ولا يمكن استيفاء القتل من غير القاتل ^(٢) .

١٧٢ - ومهما تعدد مستحقو القصاص فلن يستوفيه إلا أحدهم فقط يوكلونه عنهم ويشترط أن يكون خبيراً قادراً على القصاص . فإن لم يكن فيهم من يحسن القصاص أو لم يتفقوا على واحد منهم ، أناب الحاكم من يحسنه . وليس ثمة ما يمنع أن يكون موظفاً يتناول أجره من خزانة الحكومة ، ويرى الشافعي

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٢ - ٣٩٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٤ - ٣٨٥ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٠ ،

المذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

الاقتراع بين مستحقى القصاص إذا كانوا جميعاً يحسنونه ولم يتفقوا ، فمن اختارته القرعة قام بالاستيفاء^(١) ويرى بعض الفقهاء في مذهب مالك أن الحاكم مخير بين أن يستوفى بنفسه القصاص أو أن يسلمه لولى المقتول ليقترض منه ، والأصل في الشريعة ، أن لا يمكن إنسان من استيفاء حقه بنفسه ، لأن استيفاء الحقوق متروك للحكام ، ولكن جاز أن يستوفى الفرد حقه في القتل بدليل خاص هو تسليم الرسول للقاتل المستحق^(٢) ، ولما كان من شروط الاستيفاء عدم الخيف وأن لا يُعذب المقتص القاتل ، وأن يحسن قتله^(٣) فإن القصاص يجب أن يتم تحت إشراف الساطة التنفيذية ، وليس ثمة ما يمنع من أن تتولاه السلطة التنفيذية اليوم لضمان التنفيذ على وجه المطلوب

١٧٣ - **الأمن من التعدي إلى غير القاتل** : يشترط في الاستيفاء أن لا يتعدى إلى غير القاتل ، فإذا وجب القصاص على حامل قبل وجوبه أو حامل بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع ولدها ، وليس في هذا اختلاف لقوله تعالى : ﴿فَلَا يَسْرِف فِي الْقَتْلِ﴾ وقتل الحامل إسراف ، وروى عن رسول الله أنه قال : « إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع مافي بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها ، وإن زنت لم ترجم حتى تضع مافي بطنها وحتى تكفل ولدها » ولقد قال الرسول للغامدية التي زنت : « ارجعي حتى تضعي مافي بطنك ، فلما وضعته قال لها ، ارجعي حتى ترضعي » وهذه القاعدة مسلم بها في القصاص أطلاقاً سواء كان في النفس أو الطرف ، أما في النفس فلما سبق وأما في الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى غير الجاني وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى ، ولأن في القصاص من الحامل قتلاً لغير الجاني وهو محرم إذ لا تزر وازرة وزر أخرى .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢٣٠ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧ وما بعدها ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

وإذا وضعت الحامل لم تقتل حتى تسقى ولدها اللبن ، لأن الولد يتضرر لتركه ضرراً كبيراً ثم إن لم يكن الولد من يرضعه لم يحز قتلها حتى يجيء أوان فطامه ، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء من الأم ، لأن الولد يستغنى عنها بابلن المرضعة ، وكذلك إذا أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها أو وجد له مرضعة غير راتبة أو نساء يتناولن رضاعه ، ولكن يستحب في هذه الحالات أن يؤخر الولي القصاص لما على الولد من ضرر في اختلاف اللبن وشرب لبن البهيمة .

وإذا ادعت المرأة الحمل فلا يستوفى منها إلا بعد التحقق من خلوها من الحمل وتعرض على أهل الخبرة ، فإن تبين حملها أو أشكل الأمر أخرت حتى تضع أو حتى يتبين أمرها ، وإن ثبت أنها غير حامل لم تؤخر وإذا تبين الحمل أو أشكل الأمر فتجبس حتى تضع ، ويستوى أن تكون حاملاً من زوج أو زناً^(١) وتأخير التنفيذ على الحامل هو المبدأ الذي تأخذه القوانين الوضعية اليوم فالقانون المصري ينص في المادة ٢٦٣ على أنه «إذا أخبرت المحكوم عليها بالإعدام أنها حبلى يوقف تنفيذ الحكم ، ومتى تحقق قولها لا ينفذ إلا بعد الوضع » .

١٧٤ - كيفية الاستيفاء :

لا يستوفى القصاص إلا بالسيف عند أبي حنيفة ، ورواية عن أحمد ، سواء كان الجاني قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جراح أو نتيجة الخنق ، أو التفريق أو التحريق ، أو غير ذلك وحجة القائلين بهذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص ، والقصاص هو الاستيفاء فعنى الحديث نفي القصاص بغير السيف . وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية ، فالقود بالسيف لأنه تبين أن فعل الجاني وقع قتلاً من وقت وجوده ، فلا يقتص منه إلا بالقتل لأنه

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٤ وما بعدها . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٨ - ٢٨٩

مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ - بدائم الصنائع ج ٧ ص ٥٩

لو قطع عضوا من الجاني لتحقيق التماثل ، ثم عاد فحز رقبتة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعا بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالنشل ولا يعتبر حز الرقبة متمما للقطع ، لأن المتمم للشيء يكون من توابعه . والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص في النفس يقصد منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ، لأن إتلافها يعتبر تعذيبا لا استيفاء .

وعلى هذا فمن قطع يد إنسان فمات أو أجافه جائفة ، أو أوضعه موضحة فمات فليس له أن يقطعه أو يحيفه أو يوضحه ثم يقتله طبقا لرأى أبي حنيفة وأحمد رأيي أحمد وله فقط أن يقتله بالسيف .

وإذا أراد الولي أن يقتص بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزز لافتياته على السلطات العامة ، إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه في القصاص بأي طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألغاه من سطح أو أورداه في بئر أو ساق عليه دابة حتى مات ، ونحو ذلك ، لأن القتل حقه ، فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفى بغير السيف لاستيفائه بطريق غير مشروع فيعزز على هذا الافتيات^(١) .

وعند مالك والشافعي وهو رواية عن أحمد^(٢) أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى ﴿فَنَ اعْتَدِي عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ ولأن السيف أوحى الآلات أى أسرعها فإذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه لأن حقه في القتل وقد قتل وعذب . فإن أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بحشب أو حبسه أو منعه الطعام والشراب فمات فللولى أن يقتص بمثل ذلك لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ

(١) بدائع الصنائع ج ٧ والشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ ، مهذب ج ٢ ص ١٩٩ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠

وما بعدها .

فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَوْقَبْتُمْ ﴿١﴾ وَلَمَّا رَوَاهُ الْبَرَاءُ عَنِ الرَّسُولِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: « مِنْ حَرَقَ حَرَقَاهُ ، وَمَنْ غَرَقَ غَرَقَاهُ » وَلَأَنَّ الْقَصَاصَ مَوْضُوعٌ عَلَى الْمَائِلَةِ وَالْمَائِلَةُ مُمْكِنَةٌ بِهَذِهِ الْأَسْبَابُ لِحَازِ أَنْ يَسْتَوْفَى بِهَا الْقَصَاصُ .

واللولى أن يقتص بالسيف في هذه الأحوال لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له .

وإن قتله بما هو محرم كاللواط وسقى الخمر فيرى البعض أن يفعل به مثل فعله صورة بما هو غير محرم فيفعل به في اللواط مثل ما فعل بخشبة لتعذر مثل فعله حقيقة ولسقى الماء بدلاً من الخمر حتى يموت ويرى البعض أن يكون القصاص بالسيف كلما كان القتل بما هو محرم لنفسه وإن ضرب رجلاً بالسيف فلم يمتكرر عليه الضرب بالسيف لأنه قتل مستحق وليس هاهنا ما هو أوحى من السيف فيقتل به .

وإن قتله بمثقل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ما فعل فلم يمت فيرى البعض أن يكرر عليه ذلك حتى يموت ويرى البعض الآخر أنه يقتل بالسيف لأنه فعل مثل ما فعل وبقي إزهاق الروح فوجب بالسيف وإن جنى عليه جنابة يجب فيها القصاص بأن قطع كفه وأوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كله ويوضح رأسه لقوله تعالى ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ فإن مات فقد استوفى حقه وإن لم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يقطع منه عضو آخر ولا أن يوضح في موضع آخر لأنه يصير قطع عضوين بعضو وإيضاح موضحين بموضحة .

وإن جنى عليه جنابة لا يجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه فيرى البعض أن يقتل بالسيف ويخالف مالك الشافعى في أنه يرى أن يكون القصاص بالسيف دائماً كلما ثبت القتل بقسامة أو كان القتل بما يطول أمره كمنع الطعام والشراب ولا يقتص في الجائفة ولا في قطع الساعد لأن كلاهما

جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط ويرى البعض أن يقتص في الجائفة وقطع اليد من الساعد لأنه جهة يجوز القتل بها في غير القصاص لجواز القتل بها في القصاص كالتقطع من المفصل وحز الرقبة فإن اقتص بالجائفة وقطع الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يخاف جائفة أخرى ولا أن يقطع منه عضو آخر فيصير جائفتان بجائفة وقطع عضوين بعضو.

١٧٥ — حكم الفعلين : وإذا قطع طرف رجل كيد أو رجل ثم قتله فإذا كان القتل بعد براء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن يقتص منه الولي بمثل ما فعل فيقطع طرفه ثم يقتله إن شاء وله أن يكتفي بقتله فقط . أما مالك فيرى أن الطرف يندرج في القتل فليس للولي إلا القتل فقط . أما إذا كان القتل قبل براء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعي وقولهما رواية عن أحمد أن للمستوفى أن يقطع الطرف ثم يقتل لأن حق المجنى عليه في المثل والمثل هو القطع والقتل والاستيفاء بصفة المائثلة ممكن فإذا قطع الولي طرفه ثم قتله كان مستوفياً للمثل وكان الجزاء مثل الخيانة جزاءً وفاقاً ، ويرى مالك هذا الرأي بشرط أن يكون القطع قصد به التمثيل^(١) ويرى أبو يوسف ومحمد وهو قول في مذهب أحمد بأن الطرف يدخل في النفس فالولي أن يقتل الجاني وليس له أن يقطع يده لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس في الشريعة بل يدخل ما دون النفس في النفس ويرى مالك هذا الرأي إذا لم يكن الجاني قصد من قطع الطرف التمثيل بالمجنى عليه^(٢) .

١٧٦ — مضمور المتحققين الاستيفاء : يرى أبو حنيفة أن مستحق القصاص يجب أن يحضروا الاستيفاء ولا يكفي أن يحضر وكيل عنهم بل يجب

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ — المذهب ج ٢ ص ١٩٥ — المغنى ص ٣٨٦ — ٣٩٦ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ .

حضور الموكل بنفسه ولا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل أو الموكلين لاحتمال أن الغائب قد عفا ولأن في اشتراط حضور الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العاقبة بالقاتل^(١) ولا يشترط باق الأئمة هذا الشرط وليس عندهم مانع من أن يتم الاستيفاء بمعرفة الوكيل في غياب الموكلين .

١٧٧ - نفقة آله القتل : وإذا أراد الولي الاستيفاء بنفسه فعلى السلطان

أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها ، فإذا كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول ، وإن كانت مسممة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن ، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزز ، فالولي الذي يستوفى يجب أن يكون خبيراً بالاستيفاء ، وأن تكون الآلة التي يستوفى بها صالحة للاستيفاء . وكل ذلك قصد منه أن لا يعذب الجاني وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن ، وقد روى شداد ابن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدم شفرته وليرح ذبيحته »^(٢) .

١٧٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف ؟ الأصل في اختيار

السيف أداة للقصاص ، أنه أسرع في القتل وأنه يزهق روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاًماً فلا مانع شرعاً من استعمالها ، فلا مانع من استيفاء القصاص بالمقصلة ، والكرسي الكهربائي وغيرها مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يخلف الموت عنه عادة ، ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلائها من قبيل السلاح المحدد ، وأما الكرسي الكهربائي فلائنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٣ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧ .

(٣) من فتوى اللجنة الفتوى بالأزهر راجع القصاص ص ٢٠٨ .

١٧٩ - هل يجوز للسلطان اليوم أنه يستأثر باستيفاء القصاص ؟

الرأى الراجح عند الفقهاء أن لا يترك الولي ليستوفي بنفسه القصاص في الجراح^(١) لأن القصاص في الجراح يقتضى خبرة ودقة فوق ما يجب فيه من البعد عن الحيف والتعذيب ، ولما كانت الخبرة لا تتوفر في معظم الأولياء . فقد رأى الفقهاء أن يتولى القصاص خبراء يوكلمهم الأولياء ، ولا مانع من أن يأخذ هؤلاء الخبراء أجرهم من خزانة الدولة ، أما الاستيفاء في القتل فقد ترك للولي ، إذا كان يحسن الاستيفاء وإذا استوفاه بآلة صالحة . فإذا لم يكن يحسنه وكل من يحسنه ، فحق الولي في الاستيفاء بنفسه متوقف على إحسانه وعلى استعمال الآلة الصالحة ، ولقد كان الناس قديماً يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالباً ، أما اليوم فيقل أن تجد من يحسن استعمال السيف ، بل قد لا تجد في القرية كلها سيفاً واحداً صالحاً للاستعمال فإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والكرسى الكهربائي أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المقصلة أو غيرها لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد وأنها في حيازة الدولة ، وإذا روعى هذا جميعه أمكن القول أن الضرورات اليوم تمنع من ترك الولي يستوفي في حقه على الطريقة القديمة ، وأنها تقضى بجرمان الأولياء من استيفاء القصاص بأنفسهم وترك الاستيفاء لمن تعينهم الدولة من الموظفين الخبيرين ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شأوا القصاص أو لا يأذنوا إذا رأوا العفو .

سقوط القصاص

١٨٠ - نسط عقوبة القصاص بأربعة أسباب هي : فوات محل القصاص

- العفو - الصلح - إرث حق القصاص .

١٨١ - فوات محل القصاص : محل القصاص في القتل هو نفس القاتل ،

(١) المغنى ج ٩ ص ٤١٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .

فإذا فات محل القصاص ، أى انعدم محله بأن مات من عليه القصاص ، سقطت العقوبة ، لأن محلها انعدم ، ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط القصاص بموت الجانى يوجب الدية فى ماله أم لا ؟ فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ، ولا يترتب عليه وجوب الدية فى مال القاتل ، لأن القصاص واجب عيناً ، والدية لا تجب إلا برضاء القتيل فإذا مات القاتل سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية لأن القاتل لم يوجبها على نفسه ، ويستوى أن يكون الموت بأفة سماوية أو بيد شخص آخر ما دام أن الموت بحق فإذا مات الجانى بمرض أو قتل فى قصاص بشخص آخر أو زناً أو ردة ، فى كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب بدلها الدية .

أما إذا قتل ظلماً ، فبرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول ، فننلا « من قتل رجلاً فعدا عليه أجنبى فقتله عمداً ، فدمه لأولياء المقتول الأول ، ويقال لأولياء المقتول الثانى : أرضوا أولياء المقتول الأول ، وشأنكم بقاتل وليكم فى القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلا أولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها ، وإن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول^(١) ويسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ، ولا يوجب الدية فى مال الجانى ولا فى مال غيره^(٢) إذا جنى عليه . ويرى الشافعى وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص فى كل الأحوال ، سواء كان الموت بحق أو بغير حق ، ولكنه يؤدى إلى وجوب الدية فى مال الجانى ، لأن الواجب فى القتل أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

ولأن ماضن بسببين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الأمثال^(١). ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء في المثل الآتي : إذا قتل محمد عليا ، فإن لأولياء محمد حق القصاص على علي ، فإذا مرض علي ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقا لرأى مالك وأبى حنيفة ، ولأوليائه الدية في مال على طبقا لرأى الشافعي وأحمد ، فإذا كان موت علي سببه أن زيدا أطلق عليه عياراً نارياً عمداً فقتله أو صدمه بسيارته خطأ فقتله ، فقد سقط معه القصاص ، ولا شيء لأولياء محمد كما يرى أبو حنيفة ، وطبقا لرأى مالك ، ينتقل حق القصاص إلى زيد ويكون لأولياء محمد أن يقتصوا منه في حالة العمد وليس لأولياء علي أن يقتصوا من زيد إلا إذا أرضوا أولياء محمد ، وفي حالة الخطأ يدفع زيد دية على أولياء محمد . وطبقا لرأى الشافعي وأحمد ويسقط القصاص وتكون لأولياء محمد دية في مال على .

١٨٢ - العفو : أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص . وأن العفو

عنه أفضل من استيفائه ، والأصل في جواز العفو الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقد أقر العفو في سياق قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ وَالْحَرْ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ ﴾ إلى أن قال : ﴿ فَمَنْ عَفَىٰ لِمَنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءَ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ وفي سياق قوله تعالى : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ إلى أن قال : ﴿ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ وأما السنة فإن أنس ابن مالك قال : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء في قصاص إلا أمر فيه بالعفو » .

١٨٣ - والعفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو عن الدية ، فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجانا فهو عاف ، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف ، وإن كان مالك يرى أن العفو عن الدية يحتاج لنفاذه رضا الجاني بدفع الدية بخلاف الشافعي وأحمد اللذين يريان أن العفو عن الدية يعتبر نافذا دون حاجة لرضا الجاني^(٢) .

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ المذهب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير

ج ٩ ص ٤١٣ وما بعدها .

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا عندهما ، وإنما هو صلح^(١) لأن تنازل الولي لا ينفذ إلا إذا قبل الجاني دفع الدية^(٢) .

ويشترط مالك وأبو حنيفة أن يكون العفو عن القصاص من صاحب الحق لأن العفو عنده إسقاط الحق وإسقاط الحق محال ممن ليس له حق ، ويرتب على هذا أن العفو لا يصح من أجنبي لأنه ليس صاحب الحق ولا من الأب أو الجد في قصاص وجب للصغير خاصة ، لأن الحق للصغير وليس لهما ، وسلطتهما قاصرة على استيفاء الحقوق الواجبة للصغير ، ولايتهما مقيدة بالنظر لمصالح الصغير ، والعضو ضرر محض لأنه إسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملكه وكذلك لا يملك السلطان العفو فيما له ولاية الاستيفاء فيه^(٣) ولكن الأب والجد والسلطان يملكون الصلح .

ولكن الشافعي وأحمد يجيزان أن يكون العفو من الأب والجد على مال كما بينا في الفقرة ١٦٧ كما يجيزون للسلطان أن يعفو على مال ولكنهم لا يجيزون له العفو مجانا .

والفرق بين أبي حنيفة والشافعي وأحمد هو اختلاف في تكييف التنازل عن القصاص على الدية ، فأبو حنيفة يسميه صلحا وباقي الأئمة يسمونه عفواً وأبو حنيفة منطقي في وجهة نظره ، لأنه يشترط رضا الجاني بدفع الدية . فإذا كان التنازل معلقا على رضا الجاني بمقابل التنازل وهو الدية فالتنازل صلح لا عفو والشافعي وأحمد يتبعان المنطق في وجهة نظرها لأن تنازل أولياء المجنى عليه عن القصاص على الدية لا يتوقف على رضا الجاني إذ الواجب عندهما بالقتل

(١) الزيلعي ج ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٣ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٢ ، ٣٠١ .

(٢) يسمى بعض الفقهاء في مذهب مالك التنازل عن القصاص بمقابل عفواً ، ويسميه بعضهم صلحا ، وهؤلاء يتفق رأيهم مع أبي حنيفة ، راجع الفقرة ١٦٧ .

(٣) راجع الفقرة ١٦٣ .

العمد القصاص والدية والولى أن يختار بينهما فإذا اختار القصاص فله أن يتنازل عنه إلى الدية فالتنازل إذن إسقاط محض لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للأقل فهو عفو لأنه إسقاط محض .

وفى مذهب مالك لا يرون بأسا من اعتبار التنازل عن القصاص مقابل الدية عفواً مع أنهم يعتبرون الواجب بالقتل العمد هو القصاص عينا ويوجبون رضاء الجاني إذا أختار الأولياء الدية ولكن بعضهم يعتبر هذا صلحا لا عفواً ومن يعتبرونه عفواً يفرقون بينه وبين الصلح بأن العفو يكون على الدية فقط أو أقل منها أما الصلح فيكون على أكثر من الدية ويكون على غير الدية ولا شك أن من يسمونه صلحا أقرب إلى المنطق ممن يسمونه عفواً^(١) .

١٨٤ - من يملك حق العفو :

يملك حق العفو عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد من يملك حق القصاص^(٢) والقصاص عندهم حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب ، الرجال والنساء والصغار والكبار . فكل واحد منهم يملك العفو إذا كان بالغا عاقلاً فإن لم يكن كذلك فلا يملك التصرف فيه وإن كان الحق ثابتاً لأنه من التصرفات الضارة التى لا تجوز إلا للعاقل البالغ^(٣) .

ويملك العفو عند مالك من يملك حق القصاص ، وهو العاصب الذكر الأقرب درجة للمقتول والمرأة الوارثة التى لا يساويها عاصب فى الدرجة ، والتى لو كان فى درجتها رجل ورث بالتعصب^(٤) ويشترط مالك أيضاً فى العافى أن يكون بالغاً عاقلاً .

١٨٥ - هل يملك العفو فرد عند تعدد المستحقين ؟ . إذا كان المستحق

للقصاص واحداً بالغاً عاقلاً رجلاً أو امرأة فهو يملك العفو وحده عند

(١) راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٠ ومواهب الجليل ص ٢٥٢ .

(٢) راجع الفقرة ١٦٣ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٢٤٦ ، مهذب ج ٢ ص ٢٠١ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٨ .

(٤) راجع فقرة ١٦٣ .

أبى حنيفة والشافعي وأحمد ، وإذا عفا كان عفوه نافذا ، وإذا تعدد المستحقون للقصاص فعفا أحدهم نفذ عفوه وأنتج أثره ، ولو لم يعف الباقيون ، وحجتهم أن القصاص حق مشترك بين المستحقين فإذا عفا أحدهم سقط بعفوه لأن القصاص لا يتجزأ بطبيعته إذ لا يمكن قتل بعض الجاني وإحياء بعضه وأن العفو أقرب للتقوى ، فهو أفضل من طلب القصاص ، فمن عفا رجح عفوه على طلب القصاص ، ويستدلون على صحة رأيهم بما روى عن عمر من أنه أتى برجل قتل قتيلا ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة المقتول ، وهى أخت القاتل قد عفوت عن حقي . فقال عمر : الله اكبر عتق القتل ، وفي رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فقال بعض إختوها قد تصدقت ، فقصى لساثرهم بالدية . وروى عن قتادة : أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلا ، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لا بن مسعود ؟ ما تقول : قال : إنه قد أحرز من القتل . فضرب على كتفه وقال كفيف ملء علما .

وزوال الزوجية بالموت لا يمنع استحقاق القصاص ثم العفو ، كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوق القتل الموروثة عنه سواء على رأى القائلين بأن القصاص يرثه الورثة ابتداء أو يرثونه عن القتل .

أما مالك فيرى أن المستحقين إذا كانوا رجالا متساوين في الدرجة فالعفو يملكه أى واحد منهم فإن كان فيهم من هو أعلى درجة فالعفو له دون غيره وإن كان المستحقون نساء فالعفو لأعلاهن درجة كالبنات مع الأخت فالعفو للبنات دون الأخت ولو أن كليهما وارثة . هذا إذا كان القتل بغير قسامة فلا عفو إلا باجتماع النساء والعصبة . وإن كان المستحقون نساء وكلهم من درجة واحدة فعفت إحداهن فلا يعتبر العفو إلا إذا أقره الحاكم وإذا كان المستحقون رجالا ونساء أعلى درجة منهم وكان للرجال كلام لكونهم وارثين وثبت القتل بينة أو إقرار أو قسامة أو كان الرجال وارثين ولكن ثبت القتل بقسامة فلا عفو إلا بإجماع الفريقين أو بإجماع بعض هؤلاء وبعض هؤلاء . أما إذا كان

الرجال مساوين للنساء في الدرجة أو أعلى منهن فلا كلام للنساء معهم والاستيفاء للعاصب وحده^(١) .

١٨٦ - متى يعمفو الولي ؟ قد يكون العفو من الولي قبل الموت وقد يكون بعده ولكل حالة حكمها الخاص . وقد يكون العفو من الولي المستحق الذي لا شريك له . وقد يكون من ولي له شركاء وقد يكون عن بعض الجناية دون البعض .

١٨٧ - عفو الولي بعد الموت : إذا استحق ولي الدم القصاص وحده فعفا بعد موت القاتل وكان ممن يملك العفو ترتب على عفو أثر وسقط القصاص عن القاتل سواء كان العفو مطلقاً غير مقيد أو كان العفو على الدية سواء قبل الجاني دفع الدية أم لم يقبل ، وهذا هو رأى أبي حنيفة والشافعي وأحمد أما مالك فيرى أن حق القصاص لا يسقط إلا إذا قبل الجاني دفع الدية إذا كان العفو على الدية . وأساس الخلاف أن العفو على الدية يوجبها على الجاني عند الشافعي وأحمد فلا حاجة لرضاه ولكن الدية لا تجب عند مالك وأبي حنيفة إلا برضاء الجاني^(٢) . وإذا عفا الولي عن الجاني ثم قتله بعد العفو عنه ، اعتبر الولي قاتلاً عمداً باتفاق لأن الجاني بالعفو عنه صار معصوم الدم^(٣) وإذا استحق قصاصاً على شخص فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فهو مسئول عن قطع اليد عند مالك وأبي حنيفة ولا مسئولية عليه عند الشافعي وأحمد وأبي يوسف ومحمد . وحجة الفريق الأول أن حق من له القصاص في الفعل وهو القتل ، لا في الحل وهو النفس ، وإن كان في النفس فهو في القتل لا في القطع لأن حقه في المثل ومثل القتل هو القتل فإذا قطعها فقد استوفى ما ليس له بحق . ويرى مالك القصاص ولكن أبا حنيفة برأه للشبهة . أما الفريق الآخر ، فحجته أن نفس القاتل صارت ملكاً لولي

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٢ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩١ - المهذب ج ٢

ص ١٩٧ ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ .

القتيل ، والنفس اسم لجملة الأجزاء ، فإذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه وإذا كان قد عفا ، فالعفو عن الباقي لا عما استوفاه .

ومن المتفق عليه أنه إذا قطعه ثم قتله فلا شيء عليه إلا التعزير لتعذيبه القتل^(١) وإن كان القصاص على أكثر من شخص واحد كأن كان القاتل رجلين فأكثر فإذا عفا الولي عنهما أو عنهم جميعاً سقط القصاص وإن عفا عن أحدهم أو بعضهم سقط القصاص عن الملعوف عنهم وبقي على الآخرين لأن العافي استحق على كل منهم قصاصاً كاملاً والعفو عن أحدهم لا يستوجب العفو عن الآخرين .

وإذا تعدد الأولياء في قصاص مشترك فعفا أحدهم سقط القصاص عن القاتل لأن سقوط نصيب العافي بالعفو يسقط نصيب الآخرين ضرورة لأن القصاص لا يتجزأ وهو قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخرين مالا فيأخذون حصتهم من الدية ولا يأخذون الدية كاملة لأن للعافي نصيباً فيها فيأخذون الباقي بعد خصم نصيب العافي أما العافي فإنه يأخذ نصيبه إذا عفا على الدية ولا يأخذه إذا عفا مجاناً^(٢) .

وإذا عفا أحدهم فقتله الآخر فإن لم يكن يعلم بالعفو أو علم به ولكنه لا يعرف بأن القصاص سقط فهو قاتل عمداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ويدراً عنه القصاص وعليه الدية في ماله لأن للولي القاتل حق القصاص وهذا يورث شبهة في عصمة الجاني والحدود تدرأ بالشبهات ولكن زفر يرى أن عصمة الجاني عادت بالعفو فإذا قتله أحد الأولياء فقد قتل معصوماً فعليه القصاص وفي مذهب الشافعي رأيان كلاهما يعتبره قاتلاً عمداً ولكن أصحاب الرأي الأول يدروون القصاص للشبهة وأصحاب الرأي الثاني يرون القصاص ، ومذهب أحمد أن لا قصاص للشبهة .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٤ - مواهب ج ٦ ص ٢٣٥ - مهذب ج ٢ ص ٢٠٣

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٤٧ - ٢٤٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٤ ، المهذب ج ٢

ص ٢٠٢ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٠ .

وإذا قتله وهو عالم بالعمو ويسقط القصاص كان قاتلاً عمداً دون شبهة ووجب عليه القصاص عند أبي حنيفة وأحمد وطبقاً لأحد الرأيين في مذهب الشافعي أما الرأي الآخر فيشترط للقصاص أن يكون عالماً بالعمو وأن يحكم القاضي بسقوط القصاص وإن لم يتوفر هذان الشرطان درى القصاص للشبهة لأن مالكا يرى أن حق الولي لا يسقط في القود بعمو الشريك وهذا الخلاف يعتبر شبهة تدرأ القصاص^(١) [تبحث هذه المسألة من كتب المالكية].

كل ما سبق إذا كان القصاص الواحد مشتركاً بين مستحقين متعددين فمما أحدهم أو بعضهم عن نصيبه أما إذا وجب لكل من المستحقين قصاص كامل غير مشترك قبل القاتل فإن الحكم يختلف فلو قتل الجاني رجلين فمما ولي أحدهما عن القاتل فإن عفوه لا يسقط حق ولي القتل الأخير من القصاص من القاتل لأن كل واحد من الوليين استحق على الجاني قصاصاً كاملاً مستقلاً عن القصاص الذي استحقه الآخر فإذا ما أسقط أحدهما حقه بقي حق الآخر بخلاف القصاص المشترك فإن عفواً أحد الشريكين فيه يسقط حق الشريك الآخر لأن حق القصاص لا يتجزأ ومن المحال إسقاط بعضه وتنفيذ بعضه .

١٨٨ - عفو الولي قبل الموت : إذا عفا الولي بعد الجرح وقبل الموت ففي صحة عفوه ونفاذه رأيان : أولهما - أن العفو غير صحيح لأنه عفا عما لم يجب له لأن القصاص لا يجب له إلا بعد وفاة موروثه ولأن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلاً إلا بوفاة الموروث فالعفو لم يصادف محله . ثانيهما - أن العفو صحيح لأن الجرح متى اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً من يوم وجوده فكان العفو عن حق ثابت وإذا فرض أن القتل لم يوجد من يوم الجرح فقد وجد سببه وهو الجرح المفضي إلى الموت والسبب المفضي إلى الشيء يقام مقامه وعلى هذا يكون العفو صحيحاً^(٢) .

(١) بدائع ج ٧ ص ٢٤٨ - المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ المعنى

ج ٩ ص ٤٦٥ - ٤٦٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٨ الأم ج ٦ ص ١٤ .

١٨٩ - العفو من الجنى عليه : وكما يصح أن يكون العفو من ولي القاتل يصح أن يكون العفو من القاتل قبل موته فإن عفا الجروح عن الجاني وبرأ من جراحه دون أن يسرى إلى أعضاء أخرى فالعفو صحيح لأن القاعدة أن للمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مجاناً وله أن يعفو عن الدية أيضاً .

وإن عفا الجروح عن الجاني فسرى الجرح إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فعفا عنه ، ثم سرى الجرح إلى اليد فأتلفها ، فيرى أبو حنيفة أن العفو صحيح سواء عن الجرح ، أو عن الجرح وما يحدث منه لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . أما الشافعي وأحمد فيفرقان بين ما إذا كان العفو شاملاً للجناية وما يحدث منها ، وفي هذه الحالة يصح العفو وبين ما إذا كان العفو قاصراً على الجرح فقط ففي هذه الحالة يكون الجاني مسؤولاً عن السراية ولكن لا يقتص منه لأن القصاص في الأصبع سقط بالعفو ولا يجب في الكف لأنها تلفت بالسراية ، فإذا كان العفو على الدية وجبت الدية في اليد كلها ، وإن كان العفو مجاناً وجبت الدية دون الأرش فيما تسرى إليه ، والظاهر أن هذا الحكم عند مالك^(١) .

وإن عفا الجروح ثم سرى الجرح إلى النفس ومات . فيرى أبو حنيفة وأصحابه ، أن العفو إذا كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح العفو ولا شيء على القاتل ، لأن لفظ الجناية يتناول القتل ، وكذلك لفظ الجراحة وما يحدث منها ، فكان ذلك عفواً عن القتل ، وأما إذا كان العفو بلفظ الجراحة فقط ولم يذكر ما يحدث منها ، لم يصح العفو عند أبي حنيفة ، وكان الجاني مسؤولاً عن القتل العمد ، ولكن تجب الدية بدلاً من القصاص درءاً لشبهة العفو ، وعند محمد وأبي يوسف العفو صحيح ولا شيء على القاتل ، لأن العفو عن الجراحة يشمل الجراحة وما يتولد عنها من السراية ، لأن السراية ، أثر

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩ ، المذهب ج ٢ ص ٢١٢ ، المغني ج ٩ ص ٤٧٢ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٥ ، مواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

الجرح ، والعفو عن الشيء عفو عن أثره ، وحجة أبو حنيفة ، أن حق المجنى عليه في موجب الجناية أى القصاص لافى عين الجناية أى الجرح وعين الجناية ، ومن لا يتصور بقاءه فلا يتصور العفو عنه . فكان عفو المجنى عليه عفوا عن موجب الجراحة وبالسراية تبين أن لا موجب بهذه الجراحة ، وأن الواجب عند السراية هو موجب القتل أى القصاص ، كذلك فإن الجرح غير القتل ، فالعفو عن أحدهما ليس عفوا عن الآخر ^(١) .

ويقرب رأى الشافعى من رأى أبى حنيفة ، فإن كان العفو عن الجناية وديتها وما يحدث منها فلا قصاص ولا دية ، وإن كان عن الجناية فقط سقط القصاص ولم تسقط دية النفس ، لأنه أبرأ فيها قبل الوجوب . أما سقوط القصاص فبالعفو بعد الوجوب ويسقط فى النفس لأنه لا يتبعض ^(٢) وفى مذهب أحمد رأيان : رأى يماثل الشافعى ورأى يماثل رأى أبو يوسف ومحمد ^(٣) أما إذا كان الجرح أو الجناية لا يجب فيه القصاص كجائفة أو قطع يد من الساعد ، فإن العفو لا أثر له عند الشافعى وأحمد ، لأن العفو عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يصادف العفو محله ، بخلاف ما إذا كان الجرح أو الجناية يجب فيه القصاص ، فإن العفو يصادف محله فى الجرح ، ويسقط القصاص فى النفس لأنه سقط فى الجرح ، إذ القصاص لا يتبعض فإذا سقط فى البعض سقط فى الكل ^(٤) . وعند مالك إذا كان العفو عن الجرح وما ترمى إليه من عضو أو نفس فالعفو صحيح نافذ وإن كان العفو عن الجرح دون بيان فهو محمول على أنه عفا عما وجب له فى الحال ، ويسأل عن السراية للعضو والنفس ، ويمتبر فى حالة السراية إلى النفس قاتلاً عمداً ويقتص منه بقسامة فى حالة العمد ^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٧ وما بعدها ، والمغنى ج ٩ ص ٤٦٩ وما بعدها .

(٤) المهذب ج ٢ الشرح الكبير ج ٩ ، المغنى ج ٩ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ و ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

فالفرق بين الشافعي وأحمد وبين مالك ، أنه يجعل القصاص في كل حال .
ولكنهم ما يجعلانه في حالة ما إذا كانت الجناية لا توجب القصاص ، أى أن رأى
مالك يتفق مع رأى أبى حنيفة ويخالفه فقط في أنه لا يدرأ القصاص للشبهة ،
ولكن بعض الفقهاء المالكيين يفرق بين ما إذا كان الجرح يجب فيه القصاص أو
لا يجب ، ويجعل القصاص قاصراً على الجناية التي لا يجب فيها القصاص .

هل يعتبر عفو المجنى عليه وصية للقاتل ؟ : للفصل في هذه المسألة أهمية
كبيرة ، لأن اعتبار العفو وصية يوجب أن يكون المفعو عنه في ثلث التركة
حيث لا تصح الوصية في أكثر من ثلث التركة ، فإن كان المفعو عنه في ثلث
التركة فالعفو نافذ إذا كان صحيحاً وتوفرت شروطه ، وإن كان المفعو عنه يزيد
على ثلث التركة نفذ العفو فيما يساوى ثلث التركة فقط .

وإذا اعتبرنا العفو وصية فهناك رأيان : رأى يقول بأن الوصية لا يجوز أن
تكون لقاتل ورأى يرى الجواز ، فإذا أخذ بالرأى الأول كان العفو لنفوا إلا
في الجرح الحاصل قبله ومن رأى مالك وأبى حنيفة أن عفو المجنى عليه لا يعتبر
وصية للقاتل ، لأن موجب العمد هو القصاص عيناً ، والعفو ينصب على إسقاط
القصاص ، والقصاص ليس مالا يملك والوصية تمليك لما بعد الموت ، فالعفو عن
القصاص لا يمكن أن يكون وصية .

ويرى أحد أن العفو لا يعتبر وصية ولو عبر عنه العافي بلفظ العفو أو الوصية
أو الإبراء أو غير ذلك ، لأنه إذا كان الواجب في العمد هو أحد شيئين ،
القصاص أو الدية ، فإن العفو قبل تعيين أحدهما لا يعتبر عفواً عن مال ، أو بمعنى
آخر تمليكا لمال ، ومن ثم فلا يعتبر وصية ، أما إذا تعين الموجب بأن أبرأه
المجنى عليه من الدية ، أو وصى له بها . فالتعرف وصية لأنه تمليك المال لما بعد
الموت ، وقد اختلفوا في المذهب في صحة الوصية لقاتل ، فرأى البعض أن
الوصية لا تصح لقاتل ويترتب على هذا الرأى أن الجاني يلزم بدية النفس بعد
خضم دية الجرح ، لأن العفو عن الجرح صادف محله فكان إسقاطاً لا وصية ،

ورأى البعض أن الوصية تصح للقاتل ، ويترتب على هذا الرأي أن الدية تسقط إذا كانت تخرج من ثلث التركة ، فإن كانت الدية أكثر من الثلث سقط منها بقدر ثلث التركة ، ووجب الباقي على الجاني^(١) .

ومذهب الشافعي على أن العفو إذا جاء في صيغة الوصية فهو وصية لقاتل ، كأن يقول : أوصيت له بأرش هذه الجناية ، فإذا جاء العفو بلفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط فيرى البعض أنه وصية أيضاً لأنه تبرع ، ويرى البعض أنه ليس وصية لأنه إسقاط ناجز ، والوصية معلقة بحالة الموت ، والرأي الأخير هو الراجح وكما اختلفوا في حكم الوصية للقاتل ، هل هي صحيحة أم لا ؟ فقال البعض إنها صحيحة وهو الرأي الراجح ، وقال البعض إنها غير صحيحة ، ويترتب على هذا الخلاف في صحة الوصية ماسبق أن بيناه^(٢) .

الصلح

١٩٠ - لا خلاف بين الفقهاء في جواز الصلح على القصاص وأن القصاص يسقط بالصلح ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها والأصل فيه السنة والإجماع . فقد روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله قال : « من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شأؤوا قتلوا وإن شأؤوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه وما صولحوا عليه فهو لهم » وفي عهد معاوية قتل هو به بن خشرم قتلاً^(٣) فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله .

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان لأنه صلح عما لا يجري فيه الربا فأشبهه الصلح على العروض فيصح أن

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، الإقناع ج ٤ ص ١٨٨ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٧ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٤٧٧ .

يكون بدل الصلح قليلاً أو أكثر من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالاً أو مؤجلاً بخلاف ما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية لأن ذلك يعتبر ربا فثلاً لا يصح الصلح على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل لأن الدية مائة من الإبل ولأن الزيادة ربا

١٩١ - الفرق بين العفو والصلح : العفو هو إسقاط دون مقابل أما الصلح فهو إسقاط بمقابل وقد ذكرنا أن مالكا وأبا حنيفة يعتبران العفو عن القصاص على الدية صالحاً لا عفواً لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عيناً والدية لا تجب إلا برضاء الجاني فإسقاط القصاص على الدية يقتضي رضا الطرفين فهو صلح لا عفو أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو على الدية عفواً لا صالحاً لأن الواجب عندهما أحد شقي القصاص أو الدية والخيار للولى دون حاجة لرضاء الجاني ومن ثم كان التصرف إسقاطاً من طرف واحد فهو عفو .

١٩٢ - من يملك الصلح : يملك الصلح من يملك حق القصاص وحق العفو وقد سبق أن بينا ذلك بمناسبة الكلام على العفو ونزيد عليه هنا أن الشافعي وأحمد يجعلان العفو للسلطان لولى الصغير والمجنون على الدية أما مالك وأبو حنيفة فيجعلان لهم حق الصلح لا العفو لأن العفو عندهما إسقاط دون مقابل لما بينا ويشترطان أن لا يكون الصلح على أقل من الدية فإن صالح أحدهما على أقل من الدية صح الصلح ووجب باقى الدية فى ذمة الجانى فإذا كان الجانى معسراً وقت الصلح فىرى مالك عدم الرجوع عليه .

١٩٣ - ويصح أن يكون الصلح من المجنى عليه ويصح أن يكون من لولى قبل الموت أو بعده وحكم الصلح فى هذه الحالات جميعاً هو حكم العفو على الوفاق والخلاف التى ذكرنا فى العفو

١٩٤ - وإذا صالح لولى القاتل على مال ثم قتله فهو قاتل له عمداً وقد مرت المسألة فى العفو وإذا تعدد الأولياء والقصاص مشترك فصالح أحدهم سقط القصاص عن القاتل وانقلب نصيب الآخرين مالاً لما ذكرنا فى العفو وإذا قتله

أحد الآخرين بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف والوفاق الذى ذكرنا فى العفو وإذا تعدد الأولياء ولكل منهم قصاص كامل فصالح ولى أحد القتلى فلاآخرين أن يستوفوا ولو تعدد القاتلون فصالح الولى أحدهم كان له أن يقتص من الآخرين وهكذا كل ما ذكر فى العفو ينطبق فى حالة الصلح .

١٩٥ - و صلح الجنى عليه حكمه حكم عفو سواء سرى الجرح وانتهى بالبراءة أو الموت على الوفاق والخلاف الذى ذكرنا فى العفو لكن إذا اعتبر الصلح غير نافذ ولم يقره الأولياء فعليهم أن يردوا للجاني مقابل الصلح إذا كان القاتل قد تسلمه .

إرث حق القصاص

١٦٩ - يسقط القصاص إذا ورثه من ليس له القصاص من القاتل كما يسقط إذا ورثه القاتل كله أو بعضه فإذا كان فى ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص لأن القصاص لا يتجزأ وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقيين وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له سوى القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فسقط القصاص وكذلك الحكم لو ورث بعضه فإن القصاص يسقط ولن يبق من المستحقين نصيبهم من الدية^(١) ومن الأمثلة التى يضربونها على سقوط القصاص بإرثه ما يأتى :

إذا قتل أحد الأبوين صاحبه ولها ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواء أو من يشاركه فى الميراث أو لم يكون لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه لأنه إذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣، المهذب ج ٢ ص ١٨٦
المغنى ج ٧ ص ٣٦٢ وما بعدها .

لا يتبعض وصار كما لو عفا بعض مستحقى القصاص عن نصيبه منها .
إذا قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئاً من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت فورثها ابنها سقط القصاص ولا عبرة بكون الابن لم يرث القصاص إلا بعد وقوع القتل إذ القاعدة أن ما منع مقارنا أسقط طارئاً .

ولو قتلت امرأة أخاً زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداءً أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره .

ابنان قتل أحدهما أباه ، والآخر أمه ، فإن كانت الزوجية قائمة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الأم دون قاتل الأب ، لأن الأم ورثت جزءاً من دم الأب فلما قتلت ورثها قاتل الأب فورث جزءاً من دم نفسه فسقط عنه القصاص وبقي له القصاص على أخيه^(١) ، وإن لم تكن الزوجية قائمة وقت القتل فعلى كل من الولدين القصاص لأخيه ، لأنه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه ، لأنه يرث أخاه لكونه قتلاً بحق ، فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيسكون له قتل عمه ، فإذا لم يبدأ أحدهما الآخر بالقتل فقد اختلف أيهما يقتل أولاً ، لأن القصاص من أحدهما يسقط القصاص عن الآخر إذا كان يرثه ، ففي مذهب أحمد يرى البعض البدء بمن ارتكب جريمة أولاً . ويرى البعض الاقتراع بينهما ، والرأى الأخير مذهب الشافعي ، واختلفوا في مذهب أبي حنيفة ، فرأى زفر ترك الأمر للقاضي يبتدىء بأيهما شاء ، ورأى الحسن ابن زياد بأن يوكل كل منهما وكيلاً لقتل الآخر فيقتلان في وقت واحد فلا يرث أحدهما الآخر ، وقال أبو يوسف بإسقاط القصاص عنهما معا ، وحجته في ذلك

(١) هذا الحل على مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، أما على مذهب مالك فإن على كل ولد القصاص لأخيه كما هو في السطر الثاني من المثال . وعلة الخلاف أن الزوجة لا تستحق عند مالك فهي لا ترث شيئاً من حق القصاص عند الأب .

تعذر استيفاء القصاص لأنه إذا استوفى أحدهما سقط القصاص عن الآخر ، وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر ، وفي استيفاء أحد القصاصين إبقاء حق أحدهما وإسقاط حق الآخر ، وهذا لا يجوز ، والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد ، لأن الفعائين قلما يتفقان في زمان ، بل يسبق أحدهما الآخر عادة ، وإذا اتفق الفعلان فإن أثر كل من الفعلين وهو فوات الحياة لا يمكن أن يتفق مع أثر الفعل الآخر ، فإذا تخاف الفعل أو أثره فقد ورث من وقع عليه الفعل الخلف زميله وسقط عنه القصاص فكأنه قتل دون حق^(١) .

ويلاحظ أن مالكا يفرق بين استحقاق القصاص ووارث حق القصاص فستحقق القصاص هو العاصب الذكر والمرأة التي توفرت فيها شروط خاصة سبق بيانها^(٢) فإذا مات من يستحق القصاص ورثه ورثته الذين يرثون المال من غير خصوصية للقضية فيرثه البنات والأمهات ويكون لهن العفو والقصاص كما لو كانوا كلهم عصابة لأنهم ورثوه عن كذا كان ذلك له ولا يستثنى من الورثة إلا الزوجين فإنهما وإن ورثا المال لا يرثان حق القصاص .

ويرى أشهب أحد فقهاء مذهب مالك أن القصاص لا يسقط عن الجاني إذا ورث جزءاً من دم نفسه إلا إذا كان من بقى من المستحقين يستقل الواحد منهم بالعفو^(٣) أما إذا كان الباقيون لا يستقل أحد منهم بالعفو ولا بد في العفو من إجماعهم عليه فلا يسقط القصاص عن الجاني الوارث لجزء من دمه كمن قتل أخاه شقيقه وترك المقتول بنتين وثلاثة أخوة أشقاء غير القاتل فمات أبوه ولا وارث له إلا إخوته الثلاثة القاتل والأخوان الآخرون فقد ورث القاتل قسطاً من نفسه ولا يسقط القصاص عنه حتى تعفو البنات والأخوان الباقيان أو البعض من كل^(٤) .

أى من هؤلاء وهؤلاء .

(١) اللغني ج ٩ ص ٣٦٢ وما بعدها ، بدائع الصنائع ص ٢٥١ .

(٢) راجع الفقرة ١٦٣ .

(٣) راجع الفقرتين ١٨٤ ، ١٨٥ .

(٤) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ .

الكفارة

١٩٧ - الأصل في الكفارة قوله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقية مؤمنة ، ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقية مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقية مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴾ .

١٩٨ - والكفارة عقوبة أصلية وهي عتق رقية مؤمنة فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

١٩٩ - وظاهر من النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ ومن المتفق عليه أنها واجبة في القتل الخطأ وكذلك في القتل شبه العمد لأنه يشبه الخطأ من وجه ولكنهم اختلفوا في وجوبها في القتل فرأى الشافعي أنها تجب في العمد لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم فلا تجب في العمد وشبه العمد وقد تغلظ بالإثم أولى . واستند إلى ما رواه واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبي صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال : « اعتقوا عنه رقية يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضواً منه من النار » ^(١) .

ولأحمد رأى يتفق مع رأى الشافعي ولكن المشهور في مذهبه أن لا كفارة في القتل العمد وحجة القائلين بأن لا كفارة في العمد أن النص الخاص بالقتل جاء خلواً من الكفارة وأن الله جعل جزاء القتل العمد القصاص من القاتل وجههم خالداً فيها ومفهوم هذا أن لا كفارة في القتل العمد ويستندون إلى أن سويد بن الصامت قتل رجلاً في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فأوجب عليه القود ولم يوجب كفارة .

وأن عمرو بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي فوداها ولم يوجب كفارة^(١).

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن لا كفارة في القتل العمد لأن الكفارة دائرة بين العباداة والعقوبة فلا بد من أن يكون سببها دأثر بين الخطر والإباحة لتعلق العباداة بالمباح والقتل بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة فلا تناظر به الكفارة ولأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلا يجوز إثباتها بالقياس بل لابد من النص عليها^(٢).

ولا يوجب مالك الكفارة في القتل العمد ، ولكنه يراها مندوباً إليها في العمد الذي لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعى أو للعفو^(٣). وسندكر فيما يلي أحكام الكفارة مقارنة في المذاهب مع ملاحظة الفرق بين ما يميزها في القتل العمد ومن لا يميزها.

٢٠٠ - على من تجب الكفارة ؟ تجب الكفارة عند الشافعى وأحمد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ عاقلاً أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم . لا يستثنى من ذلك إلا الحربى فتجب على الذمى والمعاهد والمستأمن^(٤) ويرى مالك أنها تجب على الصبى البالغ والعاقل والمجنون . ولكنها لا تجب إلا على مسلم لأنها عقوبة تعبدية^(٥).

ويرى أبو حنيفة أن الكفارة لا تجب إلا على مسلم بالغ ، فهى لا تجب على الصبى والمجنون وغير المسلم ، لأن الصبى والمجنون لا يخاطبان بالشرائع أصلاً ، أى لا مسؤولية عليهما ، ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ، والكفارة وإن

(١) المفتى ج ١٠ ص ٤٠ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٤) المفتى ج ١٠ ص ٣٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

كانت عقوبة إلا أنها في الوقت نفسه عبادة ، ويرد على أبي حنيفة بأن الكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن لم يسألا عن فعلهما من الناحية الجنائية ، فيما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما الكافر فيلزم بها لعموم النص .

٢٠١ - نمر الكفارة بنمر الجناة : إذا تعدد الجناة في قتل يوجب الكفارة لزم كل جان كفارة مستقلة ، وعلى هذا أجمع الأئمة الأربعة ، لأن الكفارة عن الفعل فلا يتبعض وتكون كاملة في حق كل واحد من المشتركين في القتل كالتقصاص يجب على كل مشترك في القتل .

وهناك رواية عن أحمد ورأى في مذهب الشافعي بأن على الجميع كفارة واحدة ، وهذا يتفق مع رأى أبي ثور والأوزاعي ، وحجة أصحاب هذا الرأي أن النص أوجب في القتل دية واحدة وكفارة واحدة ، وإذا كان من المسلم به أن الدية لا تتمدد فكذلك يجب أن يكون شأن الكفارة^(١) .

٢٠٢ - وكفارة القتل كما قلنا هي عتق رقبة مؤمنة . فإن لم يجدها القاتل في ملكه فاضلة عن حاجته ، أو يجد ثمنها في ماله فاضلا عن كفايته ، فصيام شهرين متتابعين ، فليس بشرط إذن أن تكون الكفارة عتق رقبة بالذات لأنها قيمتها تقوم مقامها ، وعلى هذا يمكن أن نقول : إن الكفارة بعد إلغاء الرق لا تكون بعتق رقبة ، وإنما تكون بالتصدق بقيمة الرقبة إذا كان لدى القاتل ما يفيض عن حاجته ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وتقدير قيمة الرقبة يترك لأولياء الأمور .

وإذا لم يستطع القاتل الصيام فيرى البعض ، أن الصيام يثبت في ذمته حتى يستطيعه أو يستطيع قيمة الرقبة ، ويرى البعض أن على القاتل إذا لم يستطع الصوم أن يطعم ستين مسكينا قياساً على ما جاء في كفارة الظهار ، ويعترض على هذا الرأي بأن الله ذكر العتق والصيام فقط في القتل ، وذكر العتق

(١) المنى ج ١٠ ص ٣٩ ، ٤٠ والمهذب ج ٢ ص ٢٣٤ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

والصيام والإطعام في الظهار ، ولو وجب الإطعام في القتل لذكره كما ذكره في حالة الظهار^(١) .

هل تجب الكفارة في كل قتل ؟ تجب الكفارة في القتل المحرم فقط ، أما القتل المباح فلا تجب فيه ، كقتل قاطع الطريق والقتل للقصاص وقتل الحرب والقتل دفاعاً عن النفس ، وتجب الكفارة سواء كان القتل مسلماً أو غير مسلم ، وذكرراً أو أنثى ، صغيراً أو كبيراً ، وسواء كان القتل في دار الاسلام أو دار الحرب باتفاق .

واختلف في قتل النفس ، فرأى الشافعي أن على قاتل نفسه الكفارة في ماله لأن القتل محرم والنص عام يدخل تحت قتل النفس . وفي مذهب أحمد رأيان أحدهما : يرى ما يراه الشافعي ، والثاني : يرى أن لا كفارة في قتل النفس . لأن النص مقصود به قتل الغير بدليل قوله تعالى : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقاتل نفسه لا تجب فيه دية كما أن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ، ولم يأمر النبي عليه السلام فيه بكفارة ويرى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة في قتل النفس^(٢)

القتل المباشر والقتل بالنسب : - وتجب الكفارة عند مالك والشافعي وأحمد سواء كان القتل مباشراً أو تسبياً ، ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة في القتل بالنسب أيا كان نوعه أي ولو كان خطأ^(٣) .

العقوبات البديلة للقتل العمد

٢٠٣ - عقوبات القتل العمد البديلة للقتل : الدية ، التعزير ، الصيام والدية والتعزير بدل من القصاص ، والصيام بدل من الكفارة ، وسنبن فيما يلي أحكام هذه العقوبات الثلاث واحدة بعد أخرى :

(١) المغني ج ١٠ ص ٤١ ، المذهب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ، المغني ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ بدائع الصنائع ص ٢٥٢ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٣ ، المغني ج ١٠ ص ٣٣ ، المذهب ج ٢ ص ٢٣٤ .

أرسل : البرية :

٢٠٤ - الأصل في وجوب البرية الكتاب والسنة والجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ .

وأما السنة : فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه : « وإن في النفس مائة من الإبل » وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة

٢٠٥ - والدية في القتل العمد ليست عقوبة أصلية : وإنما هي عقوبة بدلية قررت بدلاً من العقوبة الأصلية وهي القصاص ، وتحل الدية محل القصاص كلما امتنع القصاص أو سقط بسبب من أسباب الامتناع أو السقوط بصفة عامة ، مع مراعاة أن هناك حالات يسقط فيها القصاص ولا تحل محل الدية كحالة العفو مجاناً وكحالة موت الجاني عند مالك وأبي حنيفة ، ولقد سبق أن بينا بتفصيل حالات سقوط القصاص . والآراء المختلفة فيها وما يحل محل القصاص .

ولا يعتبر الدية في حالة قتل الأب ولده عقوبة أصلية . لأن العقوبة الأصلية للقتل هي القصاص . وإنما استثنى الأب منها لقوله عليه السلام : « لا يقاد الوالد بولده » والتعبير بلفظ يقاد دليل على أن القود هو الأصل ولكن صلة الأبوة تمنع منه فحلت الدية محله .

٢٠٦ - الأجناس التي تجب فيها البرية : تجب الدية عند مالك وأبي حنيفة في ثلاث أجناس : الإبل . والذهب والفضة^(١) .

ولا تجب الدية فيها كلها ، وإنما في واحد منها ، فإذا قضيت الدية من الإبل أو من الذهب أو من الفضة فالقضاء صحيح ، لأن كل واحد من هذه الأجناس

(١) وحجتهم أن رسول الله قال : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » وأنه جعل دية كل ذى عهد على عهده ألف دينار .

يقوم مقام الآخر ويرى أحمد ومعه أبو يوسف ومحمد ، أن الدية تجب في ستة أجناس : الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل^(١).

وكان الشافعي يرى قديماً رأى مالك وأبي حنيفة ثم عدل عنه وقال : إن الدية تجب في جنس واحد هو الإبل ، وأساس رأى الشافعي الأخير ، أن الإبل هي الأصل في الدية ، وأن ما عدا الإبل من الذهب أو الفضة أو غيرها أبدال تزيد وتنقص بحسب زيادة قيمة الإبل ونقصها . وليست هذه الأبدال أصولاً ثابتة كالإبل .

وحجة الشافعي حديث الزهري قال : « كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من الإبل ، قيمة كل بعير أوقية ، ثم غلت قيمة الإبل فصلرت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً ثم غلت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين ، فما زالت تغلوح حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو أربعائة دينار » ويستدل الشافعي على أن الأصل هو الإبل . بأن التغليظ جاء في الإبل لافي غيرها فلو كان غيرها أصولاً لجاء فيها التغليظ أيضاً^(٢).

وباقى الفقهاء يسمون بأن الإبل هي الأصل في الدية ، وأن تقدير الذهب والفضة وغيرها روعى فيه وقت التقدير قيمة الإبل ، ولكنهم لا يعتبرون ما عدا الإبل أبدالاً عنها ، ويرون أن الذهب والفضة أصبحت أصولاً ، أو يرون أنها والدية جميعاً أبدال من التلف وهو القتل ، فصفتها واحدة ولا يتميز جنس منها عن جنس .

وأهمية اعتبار أحد هذه الأجناس أصلاً أو عدم اعتباره تظهر عند تسليم

(١) وحجتهم عمل عمر رضي الله عنه فإنه قضى بالدية من هذه الأجناس جميعاً حين كانت الديات على العواقل ، وروى عن عمرو بن شعيب أنه قام خطيباً فقال ألا إن الإبل قد غلت ، فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة . وعلى أهل الشاة أثنى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها .

(١٢ - النشر في الجنائى الإسلامى ٢)

الدية ، فإذا اعتبرت الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل أصولاً ، لم يكن لولى الدم أن يمتنع عن تسلّم أى شيء منها أحضره من عليه الدية ، ويلزم الولي بأخذه دون أن يكون له المطالبة بغيره لأنها جميعاً أصول في قضاء الواجب يحزى واحد منها ، فالخيرة فيها لمن وجبت عليه الدية لا لمن وجبت له ، أما إذا قيل إن الإبل هي الأصل خاصة فعلى القاتل تسليمها للولى سليمة من العيوب ، وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه لأن الحق متمين فيها ، وإذا أعوزت الإبل ولم توجد فعلى القاتل ثمنها مهما بلغت قيمة الإبل ولو زادت عن ألف دينار واثني عشر ألف درهم ، وكان رأى الشافعى قديماً كراى مالك وأبى حنيفة يقضى في حالة إعواز الإبل بدفع ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم ، لأنه كان يعتبر الإبل والذهب والفضة أصولاً كلها . وإذا قلت قيمة الإبل بحسب رأى الشافعى ولم تصل إلى ألف دينار فالولى ملزم بأخذها مهما قلت قيمتها ، لأن ماخن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ، ولأن حق الولي يتعين في الإبل دون غيرها فليس له أن يطالب بأكثر منها^(١).

٢٠٧ - مقدار الواجب من كل جنس : الواجب من الإبل هو مائة من الإبل ومن الذهب ألف دينار والدينار منقال من الذهب ومن الورق اثنا عشر ألف درهم طبقاً لرأى مالك وأحمد ورأى الشافعى القديم وعشرة آلاف درهم طبقاً لرأى أبى حنيفة وأساس الخلاف أن الفريق الأول يجعل الدينار اثني عشر درهماً والفريق الثانى يجعله عشرة دراهم ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفان ومن الحلل مائتا حلة ونلاحظ مما ذكرنا عن الاتفاق والاختلاف على تقدير هذه الأجناس .

٢٠٨ - على من نجب الرية في القتل العموم : من المتفق عليه أن دية القتل العمد تجب في مال القاتل فلا يحملها غيره عنه وهذا يتفق مع مبادئ

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٥ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ ، المغنى ج ٩ ص ٤٨٨

الشريعة العامة التي تقضى بأن بدل التلف يجب على المتلف وأن أرش الجناية على الجاني ويتفق مع قول الرسول عليه السلام « لا ينجى جانٍ إلا على نفسه » والواقع أن الجناية هي أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها .

مقدار ما يلزم به القاتل عن التعدد : إذا تعدد الجناة ولم يكن قصاص فعليهم دية واحدة للقتيل تقسم عليهم بحسب عددهم ولا يلتزم كل منهم بدية مستقلة وإذا عفى عن بعض الجناة على الدية واقتص من البعض الآخر فعلى المعفو عنهم كل منهم حصته فقط من الدية مقسمة على عدد رؤوس القتولين من اقتص منه ومن عفا عنه

وإذا نتج الموت من عدة أسباب كأن طعنه شخص عمداً برمح وأصابه آخر خطأ وعقرته دابته بعد ذلك فمات من هذه الحالات الثلاثة فعلى المتعمد ثلث الدية بغض النظر عن عدد ما أحدثه من إصابات ولا يلتزم كل واحد من القتولين بدية مستقلة حال العفو أو امتناع القصاص ولو أن عليهم القصاص جميعاً ذلك لأن القصاص عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدد الفاعلين . أما الدية فبدل الحل المتلف وهو واحد^(١) .

٢٠٩- ولكن الفقهاء مع هذا اختلفوا فيمن يحمل دية القتل إذا كان القاتل حدثاً صغيراً أو مجنوناً فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعمدوا الفعل لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمداً إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما : يتفق مع رأى باقى الأئمة وهو المرجوح والثانى : يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية فى مالهما^(٢) .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٤ ، ٣٣٦ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١ ، شرح الدردير ص ٢١٠ ، المفنى ج ٩ ص ٥٠٦ .
المهذب ج ٢ ص ٢١٠ .

٢١٠ - أوصاف الإبل في دية العمد : — يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية في القتل العمد مائة من الإبل تقسم أرباعاً خمس وعشرون بنات مخاض وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ويرى الشافعي ومحمد بن الحسن من فقهاء مذهب أبي حنيفة ولأحمد رأى يتفق معهما أن دية العمد مائة من الإبل مثلثة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وحجة هؤلاء ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وما صولحوا عليه فهو لهم » .

ومارواه عبد الله بن عمرو من أن رسول الله قال « ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها » وما رواه عمرو بن شعيب من أن رجلاً يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه^(١) والخلفة الحامل وقول الرسول في بطونها أولادها تأكيد وقلماً تحمل إلا ثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة وأى ناقة حملت فهي خلفه تجزى في الدية ولو لم تبلغ السن لأن لفظ خلفه مطلق ولو أسقطت قبل قبضها فعلى القاتل بدؤها .

٢١١ - هل تغلظ الدية من العمر ؟ يرى مالك تغليظ الدية من العمد في حالة واحدة هي قتل الوالد لولده ففي هذه الحالة تغلظ الدية وتكون مثلثة بدلاً من كونها مربعة ويلزم القاتل بمائة من الإبل ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه^(٢) فإن لم تكن إبل فالتغليظ من الذهب أو الفضة وذلك بأن ينظر قيمة الإبل متغلظة وقيمتها غير متغلظة والفرق بينهما ثم تضاف مثل نسبة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ والمفتي ج ٩ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ .
(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٧ .

هذا الفرق على الذهب أو الفضة فتلا إذا كانت قيمة الدية من الإبل مخفضة ستائة وقيمتها مغلظة ثمانمائة فالفرق بينهما يساوى المخفضة فيضاف على الذهب أو الورق ما يساوى ثلثه ويرى أحمد أن الدية تغلظ في العمد لأسباب ثلاثة هي : القتل في الحرم ، والقتل في الشهور الحرم ، وقتل المحرم واختلفوا في المذهب في التغليظ لقتل ذى رحم محرم وصفة التغليظ عند أحمد أن يضاف لكل واحد من أسباب التغليظ ثلث الدية فإذا اجتمعت الأسباب الثلاثة وجبت ديتان ولا يرى الشافعى التغليظ في العمد وإنما يراه في الخطأ كما سنرى فيما بعد وقد احتج عليه فقهاء مذهب أحمد بأنه إذا جاز التغليظ في الخطأ فهو في العمد أولى والظاهر أن الشافعى لم ير التغليظ في العمد لأنه جعل دية العمد مغلظة إذ جعلها مثلثة بينما جعلها أحمد مربعة^(١) ولا يرى أبو حنيفة التغليظ في العمد لأنه يرى دية العمد مغلظة بالنسبة لغيرها إذ هي مربعة بينما دية الخطأ خمسة ولأنها في مال الجاني بينما دية الخطأ على العاقلة^(٢) .

٢١٢ - وقت الدية في العمد : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الدية في العمد تجب حالة غير مؤجلة إلا إذا رضى ولى الدم بالتأجيل فيكون التأجيل مرجعه الاتفاق وحجتهم أن الدية في العمد بدل القصاص وهو حال فتكون مثله حالة ولأن في التأجيل تخفيفاً والعامد لا يستحق التخفيف^(٣) . ويرى أبو حنيفة أن دية العمد تجب مؤجلة لثلاث سنوات كما هو الأمر في دية الخطأ ويكفى العامد تغليظاً بتثبيت الدية وجعلها في ماله^(٤) .

٢١٣ - هل تساوى الديات لكل الأشخاص ؟ تختلف الديات لسببين أولهما : الجنس ، وثانيهما : التكافؤ والأول متفق عليه والثانى مختلف فيه وفيما عدا

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٩٩ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ٢١٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٧ .

(٣) شرح الدردير ص ٢٥٠ ، المغنى ج ٩ ص ٤٨٩ ، نهاية المحتاج ص ٣٠٠ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٧ .

هذين السببين فلا اختلاف فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوى، ودية المريض كدية الصحيح ودية المتعلم كدية الجاهل ودية الشريف كدية الوضيع.

٢١٤ - النفس : اتفق الفقهاء على أن دية المرأة في القتل نصف دية الرجل أخذاً بما نسبته الرسول حيث كتب في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد أجمع الصحابة على هذا فيروى عن عمر وعلي وعثمان وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أنهم قالوا : إن دية المرأة على النصف من دية الرجل ولم ينقل أن أحداً أنكر عليهم فيكون إجماعاً ولأن المرأة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك في ديتها^(١).

٢١٥ - التكافؤ : أساس التكافؤ عند من يقول به من فقهاء الشريعة الحرية والإسلام فإذا تكافأ الأشخاص فقد تساوت دياتهم ولا عبرة بما بينهم من اختلافات طبيعية أو غير طبيعية ولقد ألغى الرق من العالم فلا محل للسلام على الحرية ولكننا نستطيع أن نلخص رأى الفقهاء في ذلك فنقول : إنهم كانوا يعملون دية الرقيق قيمته التي يساويها وقت القتل فإن كانت أكثر من دية حر فهي دية وإن كانت أقل فهي دية

أما لإسلام فلا يراه أبو حنيفة مانعاً من التكافؤ لأن أساس التكافؤ عنده الحرية فقط ومن ثم فدية المسلم عنده تساوى دية غير المسلم سواء كان كتابياً أو غير كتابي كالجوسي وعابد الوثن أو الشمس وحجة أبي حنيفة أن الله تعالى قال ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ فأطلق القول في الدية في جميع أنواع القتل من غير فصل فدل أن الواجب في الكل على قدر واحد كذلك فإن الرسول عليه السلام جعل دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار وروى أن عمرو بن أمية الضمرى قتل منافقين ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٤ ، المغنى ج ٩ ص ٥٣١ ، المذهب ج ٢ ص ٢١١ ،

شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ .

فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهري أنه قال: قضى أبو بكر وعمر في دية الذي يمثل دية المسلم وروى عن ابن مسعود أنه قال: دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ثم إن وجوب كمال الدية أساسه كمال حال القاتل فما رجع إلى أحكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد كل هذا أما الكفر فلا يؤثر في أحكام الدنيا^(١).

ويرى مالك والشافعي وأحمد أن دية الكتابي على النصف من دية المسلم وأن دية نسائهم على النصف من دياتهم وحجتهم ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله عليه السلام قال: « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفي لفظ آخر عقل الكتابي نصف عقل المسلم ويرى أحمد وحده أن المسلم إذا قتل ذمياً تضاعف عليه الدية فتكون دية الذمي دية كاملة وحجته أن عثمان قضى بهذا في رجل قتل رجلاً من أهل الذمة .

ودية المجوس عند الأئمة الثلاثة ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف من دياتهم وعبداء الأوثان ومن لا كتاب له فيلحقون بالمجوسيين^(٢) وحجتهم أن بعض الصحابة قضى بهذا وأن المجوس ومن لا كتاب له أنقص مرتبة من الكتابي لنقصان دينه .

ونظرية أبي حنيفة في التسوية بين الأشخاص دون نظر إلى أديانهم متفق مع الاتجاهات الحديثة من التشريعات الوضعية الحديثة فهي تسوي بين الأشخاص ولو اختلفت أديانهم في المسائل التي لا تبنى على الدين والمتعلقة بالدنيا .

ثانياً : التعزير :

٢١٦ - يعتبر التعزير عقوبة بدلية في القتل العمد وبوجب مالك أن يعاقب القاتل تعزيراً كلما امتنع القصاص أو سقط عنه لسبب من الأسباب فيما عدا سقوطه بالموت طبعاً وسواء بقيت الدية أم سقطت هي الأخرى ويرى أن

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٥ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨، المغني ج ٩ ص ٥٢٧ وما بعدها، المهذب ج ٢ ص ٢١١

تكون العقوبة الحبس لمدة سنة والجلد مائة جلدة^(١).

ولا يرى باقى الأئمة هذا ويقولون: إن هذا حق الله تعالى أى حق للجماعة بعد سقوط القصاص وهى تأديب للقاتل يرجع نفعه للناس كافة ونقل ابن رشد عن أبى ثور أن القاتل إذا كان معروفاً بالشر وسقط القصاص عنه بسبب عفوولى الدم فإن الإمام يؤدبه على قدر ما يرى . والأئمة الثلاثة لا يوجبون عقوبة معينة على القاتل إذا سقط القصاص أو عفى عنه ولكن ليس عندهم ما يمنع من عقاب القاتل عقوبة تعزيرية بالقدر الذى تراه الهيئة التشريعية صالحاً لتأديبه وزجر غيره ويلاحظ الفرق الظاهر بين عقوبة التعزير التى تحل محل القصاص وبين عقوبة التعزير على جرائم الشروع فى القتل الخائبة . فالعقوبة فى الحالة الأولى بدلية وفى الحالة الثانية أصلية . كذلك هناك فرق بين عقوبة التعزير التى توقع على الشركاء وبين العقوبة فى الحالة الأولى فعقوبة الشركاء أصلية لأن الشريعة لا تعاقب الشركاء بالقصاص ولا الدية وإنما تعاقبهم بالتعزير عدا ما يراه مالك فى حالة الاشتراك بالمساعدة أما عقوبة التعزير فى الحالة الأولى فهى بدلية ولو أنها واقعة على الفاعل الأصلى .

وليس فى الشريعة ما يمنع أن تكون عقوبة التعزير فى جريمة القتل الإعدام أو الحبس مدى الحياة .

ثالثاً - الصيام :

٢١٧ - الصيام عقوبة بدلية لعقوبة الكفارة الأصلية وهى العتق ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجته فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه وإن لم يجد وجب عليه الصيام .

٢١٨ - ومدة الصوم شهران ويشترط فى الصيام أن يكون متتابعاً فإذا كان متفرقاً لم يجزىء وتحتسب المدة بالأهلة إذا صام من أول الشهر ولو

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

كان أحد الشهرين ناقصاً فإذا صام من وسط الشهر تحتسب المدة بالأيام باعتبار الشهر ثلاثين يوماً^(١).

٢١٩ - وإذا لم يستطع الصوم لمرض أو كبر فیری مالک وأبو حنیفة وبعض فقهاء مذهبی الشافعی وأحمد أن الصوم ینبث فی ذمته وليس علیه شیء آخر بدلا من الصوم ویری بعض فقهاء مذهبی الشافعی وأحمد أن علیه إطعام ستین مسکیناً قیاساً علی کفارة الظهار فقد نص فیها علی العتق وعلی الصیام ثم الإطعام عند العجز عن العتق والصیام^(٢).

٢٢٠ - ولا یجب الصیام أصلاً إلا علی بالغ عاقل^(٣) وترتب علی هذا أن الصیام یجب تأخیره لحین البلوغ أو الإفاقة عند من یقول بأن الکفارة واجبة علی الصبی والمجنون.

العقوبات التبعية للقتل العمد

٢٢١ - العقوبات التبعية للقتل عقوبته: الأولى: الحرمان من الميراث الثانية: الحرمان من الوصية.

«أولاً» الحرمان من الميراث

٢٢٢ - الأصل فی ذلك قوله علیه السلام: «ليس للقاتل شیء من الميراث وليس للقاتل میراث بعد کصاحب البقرة».

وقد اختلف الفقهاء فی تطبیق النص اختلافاً کبیراً بحیث لا یتفق مذهبان فی هذه المسألة.

(١) مواهب الجلیل ج ٤ ص ١٢٧ ، مجمع الأنهر ج ١ ص ٤٢٦ : المذهب ج ٢ ص ١٢٩ الإقناع ج ٤ ص ٩٢ .

(٢) شرح الدرریر ج ٤ ص ٢٥٤ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٩ . المذهب ج ٢ ص ٢٣٤ المغنی ج ١٠ ص ٤١ .

(٣) مجمع الأنهر ج ١ ص ٢٢٤ ، مواهب الجلیل ج ٢ ص ٣٩٥ والمذهب ج ١ ص ١٨٩ |

٢٢٣ - فالإمام يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد سواء كان القتل مباشرة أو تسبباً وسواء اقتصر من القاتل أو درىء عند القصاص بسبب ما .

ويلاحظ أن القتل العمد عند مالك يشمل القتل شبه العمد أيضاً لأنه يقسم القتل إلى عمد وخطأ . أما القتل الخطأ عند مالك : فلا يحرم القاتل من ميراث المقتول وإنما يحرمه فقط من الدية التي وجبت بالقتل واختلف في مذهب مالك في الصغير والجنون إذا قتلا عمداً هل ينعمان من الميراث أم لا ؟ فرأى البعض أن لا ينعمان من الميراث لأن عمدهما كخطئهما ، ورأى البعض حرمانها من الميراث وهو الراجح في المذهب .

وإذا كان القتل عمداً ولكنه غير عدوان فلا يحرم من الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس فمن قتل ولده دفاعاً عن نفسه يرث ولده والحاكم الذي ينفذ القصاص أو الحد على ولده يرثه^(١) .

٢٢٤ - ويرى أبو حنيفة : أن القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ . كل هذه الأنواع من القتل تحرم القاتل من الميراث بشروط :

أولها : أن يكون القتل مباشراً فإن كان القتل بالتسبب فلا حرمان من الميراث ، ولو كان القتل عمداً .

وثانيها : أن يكون القاتل بالغاً عاقلاً ، فإن كان صغيراً أو مجنوناً فلا حرمان .

وثالثها . أن يكون القتل في العمد وشبه العمد عدواناً ، فإن كان بحق كالقتل دفاعاً عن النفس فلا يكون القتل مانعاً من الميراث^(٢) .

٢٢٥ - واختلف أصحاب الشافعي : فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضموناً لأنه

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٣٢ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٢٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٨٨ - ٥٠٠ .

قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث لأنه قتل بحق .
ومنهم من قال : - إن كان متهما باستعجال الميراث حرم من الميراث كما في
القتل الخطأ ، وكما لو حكم الحاكم في الزنا على أساس البينة على مورثه فإنه يحرم
لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث ، وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا
حرمان لو حكم عليه في الزنا بإقراره .

والرأي الراجح في المذهب غير هذين : وهو أن القاتل يحرم من الإرث في
كل حال سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء كان مباشرة
أو تسبياً ، وسواء كان القتل بحق أو بغير حق وسواء كان القاتل بالغاً عاقلاً
أو صغيراً مجنوناً ، وأصحاب هذا الرأي يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد
الذرائع ومنع المورث من استعجال الميراث^(١) .

٢٢٦ - ويرى أحمد : أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث
سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ وسواء كان مباشرة أو تسبياً ، وسواء
كان من صغير أو مجنون أو من بالغ عاقل ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع
من الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصاً . ويعملون حرمان الصبي
والمجنون من الميراث مع أن كليهما ليس أهلاً بأن ما فعله أحدهما هو فعل محرم
لكنه لم يعاقب عليه عقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتناع القصاص لقصور
الأهلية لا يمنع من حرمان الميراث ، بل إن الاحتياط يقتضي المنع من الميراث
صونا للدماء^(٢) .

«ثانياً» الحرمان من الوصية

٢٢٧ - الأصل في الحرمان من الوصية قول الرسول صلى الله عليه وسلم :
« لا وصية لقاتل » ، « ليس لقاتل شيء » وذكره « الشيء » نكرة في محل
النفي يعم الميراث والوصية جميعاً .

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٦ .

(٢) الإقناع ج ٣ ص ١٢٣ وراجع أحكام المرأة ص ٨٦ . وما بعدها بمجلة القانون
والاقتصاد السنة السادسة .

وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين وتطبيقهما :

٢٢٨ - ففي مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والخطأ كما فرقوا في الميراث ، ويتفقون على أن القتل الخطأ لا يصلح سبباً للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له في المال ولو لم يكن المقتول عالماً بأنه هو قاتله ، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحت الوصية في المال وفي الدية . ولكنهم اختلفوا في القتل العمد. فرأى بعضهم أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح في المال ولا تصح في الدية لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت . وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية .

ويرى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمداً سواء علم الوصى بأنه قاتله أو لم يعلم ويستوى عند أصحاب هذا الرأي أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهي صحيحة في الحالين^(١).

٢٢٩ - ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية في القتل العمد العدوانى وشبه العمد العدوانى والخطأ وما جرى مجرى الخطأ بشرط أن يكون القتل مباشراً لا قتلاً بالتسبب وأن يكون القاتل بالغاً عاقلاً فإن كان القتل بالتسبب أو كان القاتل صغيراً أو مجنوناً أو كان القتل ليس عدواناً فلا يحرم القاتل من الوصية^(٢) ، ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح للقاتل ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة والقتل لا ينعدم بإجازة الورثة .

٢٣٠ - وفي مذهب الشافعى وأحمد نظريتان : أما الأولى : فيرى أصحابها أن الوصية لا تصح للقاتل وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٦٨ شرح الدردير ص ٣٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

فريقين : فريق يرى أن الوصية لانصح ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لامصلحة الورثة فأجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغى أن تتوفر فيها شروط الهبة ، وفريق آخر يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .
والنظرية الثانية يرى أصحابها أن الوصية صحيحة في كل حال للقاتل دون حاجة لإجازة الورثة .

عقوبات القتل شبه العمد

٢٣١ - العقوبات على القتل شبه العمد منها ماهو أصلى : وهو الدية والكفارة ، ومنها ماهو بدل : وهو التعزير والصيام ، ومنها ماهو تبعي : وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية .

العقوبات الأصلية

أولا - الدية

٢٣٢ - الرية: هى العقوبة الأصلية الأساسية للقتل شبه العمد والأصل فيها قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن في قتل عمد خطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » .

وتعتبر الدية فى شبه العمد عقوبة أصلية لأنها ليست بدلا من عقوبة أخرى ، ولأنها العقوبة الأساسية لهذا النوع من القتل ، ولكن الدية فى القتل العمد تعتبر عقوبة بدلية لا أصلية لأنها بدل من عقوبة القصاص وهى العقوبة الأصلية للقتل العمد .

٢٣٣ - الأجناس التى تجب فيها دية القتل شبه العمد : تجب دية القتل شبه العمد فى نفس الأجناس التى تجب فيها الدية فى القتل العمد . فهى عند الشافعى تجب فى الإبل وحدها ، وعند مالك وأبى حنيفة تجب فى ثلاثة أجناس هى : الإبل والذهب والفضة وعند أحمد وأبى يوسف ومحمد تجب فى ستة أجناس هى الإبل والذهب والفضة والسمير والغنم والحلل .

وقد بينا أسباب هذا الخلاف وسند كل فريق وأهمية هذا الخلاف وما قلناه عن هذا كله في دية القتل العمد يغني عن إعادته هنا^(١).

٢٣٤ - مضار الواجب من كل جنس : المقدار الواجب من كل جنس في دية شبه العمد هو نفس المقدار الواجب في دية القتل العمد وقد سبق أن ذكرنا ما فيه الكفاية بمناسبة الكلام عن دية القتل العمد^(٢).

٢٣٥ - هل تنساوي الديات لكل الأشخاص ؟ تختلف الديات لسببين أولهما : الجنس وثانيهما : التكافؤ ، والأول متفق عليه والثاني مختلف فيه وقد تكلمنا عن هذا الموضوع بما فيه الكفاية في الفقرة « ٢١٢ » وما قيل هناك هو ما يمكن أن يقال هنا .

٢٣٦ - أوصاف الرجل في دية شبه العمد : هي نفس أوصافها في دية العمد على الخلاف والوفاق الذي سبق ذكره هناك مع ملاحظة أن شبه العمد يدخل في العمد عند مالك إلا ما كان على وجه اللعب أو التأديب لأن القتل عنده إما عمد وإما خطأ .

٢٣٧ - هل تغلظ الدية في شبه العمد : لا يرى التغليظ في شبه العمد إلا أحمد للأسباب التي بينها عند الكلام على التغليظ في دية العمد وصفة التغليظ وكيفيته هناك هي صفته وكيفيته هنا . ومن يقول من المالكية بشبه العمد يرى أن الدية تغلظ في شبه العمد وهو ضرب المؤدب والأب ولده والأم والأجداد وفعل الطيب والخاتن وهو كل من جاز فعله شرعاً ، وقيل : اللطمة والوكزة والرمية والحجر والضرب بعصاة متعمداً فهذا شبه العمد وتكون فيه دية مغلظة على الجاني وليست على العاقلة^(٣) والرأي المشهور في مذهب مالك أنه لا يعرف شبه العمد .

(١) راجع الفقرة ٢٠٦ .

(٢) راجع الفقرة ٢٠٧ .

(٣) مواهب ، ٢٢٦ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٧ .

٢٣٨ - على من تجب دية شبه العمد؟ : يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد وهم القائلون بالقتل شبه العمد أن دية شبه العمد تجب على العاقلة وليست في مال الجاني ، ويخالفهم في هذا ابن سيرين والزهرى والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وأبو بكر الأصبم ، ويرون أن دية القتل شبه العمد على القاتل في ماله لأنها موجب فعله الذي تعمد به فلا تحمله عنه العاقلة كما هو الحال في العمد المحض ، وهذا هو مقتضى مذهب مالك ، لأن شبه العمد عنده في حكم العمد ، وهو يجعل الدية في العمد في مال القاتل ، فكان ما يعتبر شبه عمد عند مالك إذا وجبت فيه الدية وجبت في مال القاتل لا في مال العاقلة^(١) .

وحجة القائلين بتحميل الدية العاقلة مارواه أبو هريرة قال : « اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها أى على عاقلة الجانية » ويقولون إن القتل العمد يختلف عن القتل شبه العمد ففي الأول يقصد الجاني الفعل ويقصد القتل فغلب على الجاني من كل وجه ، أما في الثاني فيقصد الجاني الفعل ولا يقصد القتل ، فغلب عليه من وجه حيث جعلت عليه الدية مغلظة كما هو الحال في دية العمد ، وخففت عليه من وجه لأنه لا يقصد القتل وجعلت الدية على العاقلة كما هو الحال في القتل الخطأ .

هل تجب البرية على الجاني ابتداء أم على العاقلة ؟ اختلفوا في التصوير

القانوني لتحميل الدية ففي مذهب الشافعي وأحمد أنها تجب على العاقلة ابتداء ولا تجب على الجاني لأنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحميلهم ورضاهم بها ، فهم ملزمون رضوا أم لم يرضوا ولا تجب على غيرهم ، والأرجح في المذهب أنها تجب ابتداء على الجاني لأنه هو الذي ارتكب الجناية ثم تنتقل منه إلى العاقلة تخفيفاً عنه ومناصرة له ولأن حفظ القاتل في الواقع واجب على عاقلته فإذا لم يحفظوه فقد فرطوا ، وهذا التفريط يقتضى منهم أن يتحملوا بعض نتائج ذنبه خصوصاً وأن القاتل يقتل بظهر عشيرته ، فكانوا كالمشاركين له في القتل ، وعلى هذا الرأي أبو حنيفة ومالك^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، المغني ج ٩ ص ٤٩١ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٥٠ ، المغني ص ٥٢٥-٥٢٦ .

وتظهر نتيجة الفرق بين الرأيين إذا لم يكن للجاني عاقلة ، أو كان له ولكنها لا تستطيع حمل الدية ، فإن أخذنا بالرأى الأول وجب ألا يرجع على الجاني بالدية ، وإن أخذنا بالرأى الثاني وجب أن يرجع عليه بها لأنه هو الجاني المسؤول عن الدية أصلاً^(١).

٢٣٩ - متى تؤدى نية شبه العمد : من المتفق عليه بين الأئمة الثلاثة أن دية شبه العمد ليست حالة وأنها تجب مؤجلة في ثلاث سنوات ، فيؤدى في آخر كل حول ثلثها ، ويعتبر بدء السنة عند الشافعي وأحمد من اليوم الذي تجب فيه الدية وهو يوم الموت ويرى أبو حنيفة أن السنة تبدأ من يوم الحكم بالدية لا من يوم الموت. وهذا هو ما يراه مالك في دية الخطأ^(٢).

وإذا كان الواجب دية واحدة فإنها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها ، فإذا كان الواجب على شخص واحد أكثر من دية كأن قتل شخصين مثلاً فعليه لكل واحد منهما ثلث الدية في كل سنة لأن لكل واحد منهما دية مستقلة فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه ، ولو وجبت الدية على عواقل كثيرة فإذا قتل عشرة مثلاً شخصاً وجبت الدية على عواقلهم وقسط نصيب كل عاقلة على ثلاث سنوات وفي الدية الناقصة كدية المرأة وجهان : أحدهما : أنها تقسم في ثلاث سنين لأنها بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة فتأخذ حكمها . وثانيهما : الدية الناقصة يجب فيها في العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني ، والوجه الأول يقول به بعض الفقهاء في مذهبي الشافعي وأحمد^(٣) والثاني مذهب أبي حنيفة ويقول به بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد ويرى مالك التأجيل على ثلاث سنوات في الدية الكاملة أما الدية الناقصة ففيها آراء مختلفة منها أنها حالة ومنها أنها تؤجل على أن ما يدفع لا يقل عن ثلث الدية الكاملة^(٤).

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٣٤ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، المغني ج ٩ ص ٤٩٢ ، ٤٩٤ ، المهذب

ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ .

وإذا وجبت الدية بالصلح فهي حالة في مال الجاني مالم يكن هناك شرط بتأجيلها ، وإذا وجبت بإقرار الجاني فيرى أبو حنيفة أنها تجب مؤجلة ويرى أحمد أنها تجب حالة وهو رأى الشافعي ومالك^(١) .

٢٤٠ - هل تحمل العاقلة كل الدية في القتل شبه العمد؟ يرى أحمد أن العاقلة لا تحمل مادون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليها حملته العاقلة وحجته ماروى عن عمر أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة « وعقل المأمومة ثلث الدية » ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه موجب جنايته وبدل متلفه ، فكان عليه كسائر الجنائيات والمتلفات ، وإنما خوف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يحجب به^(٢) ويرى أبو حنيفة أن العاقلة لا تحمل مادون نصف عشر الدية الكاملة ويحملة الجاني فإن بلغ نصف عشر الدية حملته العاقلة وحجته ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تعقل العاقلة عمداً - إلى قوله - ولا مادون أرش الموحدة » . « أرش الموحدة نصف عشر الدية الكاملة »^(٣) .

ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ماقل أو أكثر من الدية لأن ما أُلزم بالكثير أُلزم بالقليل من باب أولى^(٤) .

ويرى مالك أن الدية إذا بلغت ثلث دية الجاني عليه أو الجاني حملتها العاقلة فإذا كانت دون الثلث فهي على الجاني وحده^(٥) وفي المذهب رأى بأن العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث ومقتضى هذا الرأي أن الثلث يحمله الجاني ، وينظر في هذا إلى مصلحة الجاني فإن كانت ديته أقل اعتبرت دون دية الجاني عليه فلو جنى مسلم على مجوسية ما يبلغ ثلث ديتها أو ثلث ديته حملته عاقلته ، ولو جنى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ ، المغني ج ٩ ص ٥٠٤ - ٥٠٦ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٠٥ - ٥٠٦ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٥٥ .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

مجوس أو مجوسية على مسلم ما يبلغ ثلث دية الجاني حملته العاقلة ولو كان أقل من ثلث دية الجاني عليه ، ويجعل مالك وأحمد مالا تحمله العاقلة حالاً لا مؤجلاً أما أبو حنيفة فالديات كلها مؤجلة عنده^(١) .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى أبو حنيفة ومالك أن يتحمل الجاني من الدية ما يحمله أفراد العاقلة ، أما الشافعي وأحمد فيريان أن لا يحمل الجاني شيئاً . ويرى مالك أن يتحمل الجاني مع العاقلة وتظهر أهمية هذه الآراء المختلفة إذا ما اخذنا بالرأى القائل بأن الديات تتفاوت بحسب الدين فإن دية المجوسي وعابد الوثن أقل من ثلث الدية فلا تحملها عنه العاقلة طبقاً لرأى أحمد وهي أكثر من نصف العشر لأنها $\frac{1}{10}$ من الدية فتحملها الدية طبقاً لرأى أبي حنيفة والمرأة المجوسية ديتها تبلغ $\frac{1}{10}$ فلا تحملها العاقلة في رأى أبي حنيفة وأحمد ولكن تحملها طبقاً لرأى الشافعي والكتابية ديتها $\frac{1}{10}$ الدية الكاملة فلا تحملها العاقلة طبقاً لرأى أحمد وتحملها طبقاً لرأى أبي حنيفة والشافعي .

٢٤١ - هل تحمل العاقلة الديات عن الإمام والحاكم ؟ من المتفق عليه أن ما يجب على الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد فهو على العاقلة إذا كان مما تحمله العاقلة ، أما ماوجب عليه بسبب الحكم والاجتهاد ففيه نظريتان في مذهب الشافعي وأحمد : الأولى : أنه على عاقلته لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت جنينها ، فقال عمر لعلى : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسميها أى الدية على قومك . ولأن الحاكم جان فكان خطؤه على عاقلته كغيره .

الثانية : أنه في بيت المال لأن الخطأ يكثر في أحكامه واجتهاده فيإيجاب العقل على عاقلته بحجف بهم ولأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٧ ، المغنى ج ٩ ص ٤٩٤ ، واهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

أُرش جنايته في مال الله . وأبو حنيفة من القائلين بالوجه الثاني^(١) ومالك من القائلين بالوجه الأول .

٢٤٢ - العاقلة : العاقلة من يحمل العقل وسميت عقلا وهي الدية لأنها تعقل لسان ولي المقتول وقيل : إنها سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والعقل هو المنع ، ولا خلاف في أن العاقلة هم العصبات وأن غيرهم كالإخوة لأُم وسائر ذوى الأرحام والزوج ليسوا من العاقلة .

مذهب الشافعي أن الأب والجد والابن وابن الابن لا يدخلون في العاقلة وهو رأي أحمد وحجته مارواه أبو هريرة عن الرسول عليه السلام قال : اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاخصموا إلى رسول الله ف قضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها . وفي رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ميراثها لبنيتها والعقل على العصة وإذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه في معناه ومساو له في العصة ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له والدية جعلت على العاقلة إبقاء على القاتل وتخفيفاً له فلو جعلناها على الأب والابن أجحفنا به لأن مالهما كماله^(٢) .

ومذهب مالك وأبي حنيفة وهو رأي لأحمد : أن الآباء والأبناء من العاقلة لأن العقل أساسه التناصر وهم من أهله ولأن العصة في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب وآبائهم وأبنائهم أقرب الناس إليه فكانوا أولى بتحمل عقله . ولأن الرسول قضى كما روى عمرو بن شعيب بأن عقل المرأة بين عصبتها [من كانوا لا يرثون شيئاً إلا ما فضل عن ورثتها] وإن قتلت فعقلها بين ورثتها^(٣)

ويدخل في العاقلة سائر العصبات معها بعدوا لأنهم عصة يرثون المال إذا لم

(١) المغني ج ٩ ص ٥١٠ ، المذهب ج ٢ ص ٢٢٧ ، المدونة ج ١٦ ص ٨٣ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ ، المغني ج ٩ ص ٥١٥ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٦ ، المغني ج ٩ ص ٥١٥ .

يكن وارث أقرب منهم ولا يشترط أن يكونوا وارثين في المال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

وقد كان العقل قبل خلافة عمر رضى الله عنه بالتعصيب فلما وضع الديوان العقل على أهل ديوان القتال ، وهم المقاتلة من الرجال البالغين ، ومن ثم يرى أبو حنيفة أن عاقلة الشخص أهل ديوانه ولكنه يقول: إن العاقلة هي العصابة إذا لم يوجد الديوان ، واليوم لا ديوان فالعاقلة دون شك هي العصابة ، ويرى مالك أن العاقلة هي العصابة ولكنه يجعل أهل الديوان مع العصابة ويبدأ بهم في تقسيم الدية ، أما الشافعى وأحمد فلا يريان أهل الديوان من العصابة .

ويشترك في العقل الحاضر والغائب من العصابة طبقاً لرأى أبى حنيفة وأحمد لأن الغائبين استووا مع الحاضرين في التعصيب والإرث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين ولأنه معنى تعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب ، ويرى مالك أن يخص العقل بالحاضر فقط لأن التحمل أساسه التناصر وهو بين الحاضر وبعض الفقهاء في مذهب الشافعى يأخذون بالأول والبعض يأخذون بالرأى الثانى^(١) وتقسم الدية على العاقلة مع مراعاة الأقرب فالأقرب ولا يُحمّل العقل إلا من يُعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم في العقل ومن لا يعرف منه ذلك لا يحمل وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشياً لا يلزم قرشياً كلهم التحمل فإن قرشياً وإن كانوا كلهم يرجعون لأب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون لأب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم في نسبهم إلى الأب الأدنى^(٢) .

ولا تكلف العاقلة من المال ما يحجب بها ويشق عليها لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجاني والتخفيف عنه فلا يحجب عن الجاني بما يشق على غيره ويحجب به ولو كان الإجحاف مشروعاً كان الجاني أحق به لأنه موجب جانيته وجزاء فعله فإن لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٠٠ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ ، المغنى ج ٦

ص ٥١٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٠

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥١٩

واختلف الفقهاء في مقدار ما يحمله كل فرد فقال مالك وأحمد: يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه ، وفي مذهب مالك رأى يفرض ربع دينار على كل شخص ، وفي مذهب أحمد رأى آخر يفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعي ، ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة ، كما يرى التسوية بين الغني والمتوسط^(١) ، والقائلون بنصف دينار وربعه اختلفوا فبعضهم يرى هذا القدر هو الواجب في السنوات الثلاث والبعض يراه الواجب سنوياً . والفروض أن الدية تقسم على ثلاث سنوات فالمبلغ المقدر على كل فرد هو أقصى القسط السنوي يجب عليه في آخر السنة ومن مات أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف ، ولأن المرأة والصبي والمجنون ليسوا من أهل النصرة ، ولكن هؤلاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم . وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلاً ، أو كان له عاقلة فقيرة ، أو عددها صغير لا تحمل كل الدية ، فهناك نظريتان :

الأولى : يرى أصحابها أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم يكن عاقلة أو كانت فقيرة أخذت الدية من بيت المال ، وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال ، ويرى بعض أصحاب هذا الرأي أن ما يجب على بيت المال يدفع فوراً ، لأن التأجيل للعاقلة قصد به التخفيف ولا حاجة للتخفيف إذا قام مقامها بيت المال ، ويرى البعض أن الواجب يقسط على ثلاث سنوات على حسب المستحق على العاقلة وأصحاب هذه النظرية مالك والشافعي وهى ظاهر مذهب أبي حنيفة والراجح في مذهب أحمد .

الثانية : ويرى أصحابها أن الدية تجب في مال القاتل لا على بيت المال ، لأن الأصل أن القاتل هو المسؤول عن الدية ، وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف ، فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله ، كذلك فإنه في بيت المال حقوقاً

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ ، والمغنى ج ٩ ص ٥٢٠ ، مواهب الجليل ص ٢٦٧ المذهب ج ٢ ص ٢٣٠ .

للنساء والصبيان والمجانين والفقراء وهؤلاء لا عقل عليهم فلا يجوز صرف ما يستحقونه فيما لا يجب عليهم ، وهذه النظرية رواية عن أبي حنيفة لحمد ورأى في مذهب أحمد^(١).

وإذا لم يمكن الأخذ من بيت المال ، فيرى القائلون بأن الدية تجب ابتداء على العاقلة ، وهم بعض الفقهاء في مذهب الشافعى وأحمد ، بأن الدية تسقط كلها إذا لم تكن عاقلة أو يسقط منها ما لم تحمله العاقلة إذا كان عددها صغيراً ، أما القائلون بأنها تجب على الجانى ابتداء فيرون إلزام الجانى بها أو بما بقى منها .

وإذا أخذنا بالرأى القائل بأن الغنى يدفع نصف دينار سنوياً والمتوسط يدفع ربع دينار وافترضنا أن الفقراء ضعف عدد الأغنياء ومتوسطى الحال وأن متوسطى الحال ضعف الأغنياء وأن النساء والصبيان ضعف عدد الرجال فإنه يجب ألا يقل عدد أفراد العاقلة عن تسعة آلاف نفس . وإذا طبقنا هذا على ما يقول به أبو حنيفة من تحمل الشخص أربعة دراهم ، وجب أن يصل أفراد العاقلة إلى عشرة آلاف نفس .

وفي مذهب مالك يرى بعضهم أن أقل ماتوزع عليهم الدية سبعمائة شخص ويرى البعض أن أقلهم ألف ، وإذا أخذنا بالفروض السابقة ، وصل عدد أفراد العاقلة إلى عشرة آلاف نفس .

٢٤٣ - أهمية نظام العاقلة : بينا فى الجزء الأول أهمية نظام العاقلة وتحملها الدية ودللنا على أنه نظام عادل وإن كان يلوح فى ظاهر الأمر أنه يحمل الإنسان وزر غيره وقلنا إننا لو أخذنا بالقاعدة العامة فيحمل كل مخطئ وزره لكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ولا تمتنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة ، ويتبع هذا أن يحصل أولياء المجنى عليه أو هو نفسه على الدية كاملة إذا كان الجانى غنياً وعلى بعضها إذا كان متوسط الحال أما إذا كان الجانى فقيراً

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ المغنى ج ٩ ص ٥٢٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ .

وهو كذلك في أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الدية على شيء وهكذا تنعدم المساواة والعدالة بين المتهمين كاتنعدم بين المجنى عليهم وقلنا إن هذا النظام قصده أن يحصل المجنى عليهم على حقهم كاملا وأنه يحقق العدالة والمساواة على جميع الوجوه وقلنا أكثر من ذلك فليراجعه من شاء .

لكن هذا النظام على ما فيه من عدالة وتسوية بين المتهمين والمجنى عليهم لا يمكن أن يقوم في عهدنا الحاضر لأن أساسه وجود العاقلة ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود الآن إلا في النادر الذي لاحكم له وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا تتحمل أن يفرض عليها كل الدية ، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتموا إلى قبائلهم وأصولهم أما الآن فلا شيء من هذا بحيث يندر أن تجد شخصا يعرف جده الثالث وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين اللذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، إما الرجوع على المجنى عليه بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال ، والرجوع على المجنى عليه يؤدي إلى إهدار دماء أكثر المجنى عليهم لأن أكثر المتهمين فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء وحياتها وعدم إهدارها ، والرجوع إلى بيت المال يرهق الخزانة العامة ولكنه يحقق المساواة والعدالة ويحقق أغراض الشريعة ، والخوف من إرهاق الخزانة لا يجب أن يقف حائلا دون تحقيق المساواة والعدالة ولا يصح أن يحول دون تحقيق أغراض الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تدبر أمرها بفرض ضريبة عامة يخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، ونستطيع أن نفرض ضريبة خاصة على المتقاضين لهذا الغرض وإذا كانت الحكومات العصرية تلزم نفسها بإعانة الفقراء أو العاطلين ، فأولى أن تلزم نفسها بتعويض ورثة القتيل المنكوبين ، ولقد سبقتنا بعض البلاد الأوروبية إلى هذا العمل . فأنشأت صندوقا لتعويض المجنى عليهم في الجرائم ، إيراده المبالغ المتحصلة من الغرامات التي تحكم بها المحاكم ، وهذا هو بالذات ما قصده الشريعة الإسلامية من نظام

العاقلة ، فنظام العاقلة يقوم اليوم في (بعض)^(١) (وهي من) البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا أن نقيمه بيننا على الوجه الذى يتلاءم مع ظروفنا وحالاتنا .

ثانيا - الكفارة

٢٤٤ - تجب الكفارة عقوبة أصلية على القتل شبه العمد مع الدية وقد سبق أن تكلمنا عن الكفارة بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد وما قلناه هناك يغنى الاطلاع عليه عن إعادته هنا .

العقوبات البديلة

٢٤٥ - العقوبات البديلة في القتل شبه العمد هي : أولا - التعزير بدلا من الدية . ثانيا - الصيام بدلا من الكفارة وهي عتق الرقبة أو التصديق بقيمتها وقد استوفينا الكلام عن التعزير والصيام بمناسبة عقوبات القتل العمد وما قلناه هناك يغنى عن إعادته هنا .

العقوبات التبعية

٢٤٦ - العقوبات التبعية في القتل شبه العمد هي : أولا - الحرمان من الميراث . ثانيا - الحرمان من الوصية وقد استوفينا الكلام عليهما في باب القتل العمد ومن ثم فليس ما يدعو لتكرار القول .

عقوبات القتل الخطأ

٢٤٧ - عقوبات القتل الخطأ منها ما هو أصلى وهو الدية والكفارة ومنها ما هو بدل وهو التعزير والصيام ومنها ما هو تبعى وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية .

(١) هكذا في الأصل ونظن أنها اسم بلد لم يتحقق من اسمه .

العقوبات الأصلية

أولا — الدية

٢٤٨ - هي عقوبة أصلية وليست بدلاً من عقوبة أخرى لأن عقوبة الخطأ روعي في تقديرها انعدام قصد الجاني فاكتمل بتقدير الدية عليه ومقدارها هو نفس مقدار الدية في العمد وشبه العمد أى مائة من الإبل .

٢٤٩ - وتجب دية القتل الخطأ خمسة أى تؤخذ أخماساً . عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنو مخاض وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهذه الأوصاف متفق عليها من الأئمة الأربعة ودليلهم ما روى عبد الله ابن مسعود قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض»^(١) .

٢٥٠ - ودية الخطأ على العاقلة دون خلاف طبقاً لقضاء الرسول عليه السلام وعله فرضها على العاقلة ، أن جنایات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فإيجابها على الجاني في ماله مجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عنه إذ انعدام القصد عذر له في فعله يشفع في التخفيف عنه .

٢٥١ - ولا خلاف في أنها مؤجلة في ثلاث سنين وأساس التأجيل في الدية هو قضاء الصحابة فقد قضى عمر وعلى يجعل لدية في القتل الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا يخالف لها من الصحابة فاتبعهم في ذلك أهل العلم وعله التأجيل أنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة . وما لا تحمله العاقلة يجب حالا عند مالك والشافعي وأحمد ولكن أبا حنيفة يرى التأجيل فيما يجب على العاقلة وما يجب على الجاني .

(١) المنى ج ٩ ص ٤٩٥ ، المذهب ج ٢ ص ٢٠٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٤ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ .

٢٥٢ - وإذا كانت العاقلة تحمل الدية وهي عقوبة أصلية أساسية فهل تحمل أيضاً الكفارة وهي عقوبة مالية أصلية أخف بكثير من الدية ؟ يرى الفقهاء أن الكفارة في مال الجاني وحده ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً ولا بيت المال ، ولكن في مذهب الشافعي رأى بأن بيت المال يتحملها عن الجاني ^(١) .

٢٥٣ - ولا يرى مالك وأبو حنيفة التغليظ في دية الخطأ أما الشافعي وأحمد فيريان التغليظ ولكن بينهما فرقاً هو أن أحمد يرى أن التغليظ في العمد وشبه العمد والخطأ أما الشافعي فيرى التغليظ في الخطأ ولعل الشافعي لم يَرِ التغليظ في العمد وشبه العمد لأنه يوجب الدية فيها مثلثة أما أحمد فيوجبها أربعة فكان دية العمد وشبه العمد مغلظة بطبيعتها عند الشافعي ويوجب أحمد التغليظ للقتل في الحرم ، وللقتل في الشهور الحرم ، والقتل في الحرم . واختلف في المذهب في التغليظ لقتل ذى الرحم الحرم فيرى البعض التغليظ لقتله ولا يرى البعض التغليظ ويجوز عند أحمد أن يجمع بين أكثر من سبب من أسباب التغليظ وتغلظ الدية لكل سبب بأن يزداد عليها مقدار الثلث ومن ثم تصل الدية إلى ديتين إذا كان القتل في الحرم والشهور الحرم شخصاً محرماً ^(٢) أما الشافعي فيرى التغليظ بالقتل في الحرم وفي الشهور الحرم وبقتل ذى الرحم الحرم واختلفوا في المذهب في القتل في الحرم المدني فرأى البعض أن القتل فيه سبب للتغليظ ورأى البعض أن القتل فيه ليس سبباً للتغليظ وهو الرأي الراجح في المذهب ، وصفة التغليظ عند الشافعي هو إيجاب دية العمد بدلاً من دية الخطأ فإن قتل ذا رحم محرم مثلاً فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه .

٢٥٤ - ولا تحمل العاقلة دية القتل العمد سواء درى القصاص للشبهة أو وجبت الدية بالعفو أو الصلح وهذا متفق عليه بين الأئمة لأن العاقلة حملت في الخطأ وشبه العمد لانعدام القصد إلى القتل ولعذر الجاني أما العامد فلا عذر له

(١) المغني ج ٩ ص ٤٩٨ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٤٩٩ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

في جريمته ومن ثم لا تستحق تخفيفاً ولا معاونة .

٢٥٥ - وإذا جنى الرجل على نفسه خطأ ففيه روايتان : - الأولى - على عاقلة الدية لورثته إذا قتل نفسه . والقائلون بهذا الرأي بعض فقهاء مذهب أحمد وحجتهم : (أن رجلاً ساق حمارة فضر به بعضا كانت معه فطارت منها شظية ففقت عينه فجعل عمر دية على عاقلة وقال هي يد من أيدي المسلمين) ويحتجون بأنها ليست إلا جناية خطأ كأي جناية خطأ ذبتها على العاقلة ويترتب على هذا الرأي أنه إذا كانت العاقلة هم بعض الورثة لم يجب شيء عليهم لأنه لا يجب للإنسان شيء على نفسه هذا إذا كان ما يجب عليهم من الدية يماثل نصيبه في الميراث فإن كان أكثر سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد ، وإن كان نصيبه من الدية أقل من نصيبه في الميراث فله ما بقي .

والرواية الثانية - يرى أصحابها أن الجناية هدر وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعي وهو رأي في مذهب أحمد وحجتهم : أولاً : عامر ابن الأكوع بارز مرحباً يوم خير فرجع سيفه على نفسه فمات ولم يعلم أن النبي قضى فيه بدية ولا غيرها ولو وجبت لبينه النبي عليه السلام . ثانياً : أن وجوب الدية على العاقلة قصد منه مواساة الجاني والتخفيف عنه والجاني هنا هو نفس المجنى عليه فليس إذن ما يدعو للإعانة والمواساة .
وحكم شبه العمد هو حكم الخطأ في هذه المسألة^(١) .

ثانياً - الكفارة

٢٥٦ - تكلمنا في الكفارة بمناسبة الكلام على القتل العمد وفيما قلناه كفاية

العقوبات البديلة

٢٥٧ - هي الصيام فقط وقد تكلمنا عليه من قبل ، وليس ثمة تعزيز باتفاق الفقهاء في الخطأ اكتفاء بالعقوبتين الأصليتين وهما الدية والكفارة

(١) المفنى ج ٩ ص ٢٠٩ وما بعدها .

وبالعقوبات التبعية على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أن يقدر الشارع عقوبة تعزيرية في حالة العفو عن الدية إذا رأى ذلك في صالح الجماعة .

العقوبات التبعية

٢٥٨ - هي الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية وقد فصلنا الكلام عليهما من قبل بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد وفيما قلناه هناك ما يغني عن إعادته هنا .

الفصل الثاني

الجنائية على ما دون النفس

٢٥٩ - يعبر فقهاء الشريعة بالجنائية على ما دون النفس عن كل أذى يقع على جسم الإنسان من غيره فلا يؤدي بحياته ، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التي يمكن تصورهما فيدخل فيه الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشعر وتنفه وغير ذلك ، ويعبر قانون العقوبات المصري عن نفس المعنى بالجرح والضرب فقط . وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الجرح والضرب من أنواع الإيذاء مما حمل المحاكم المصرية على التوسع في تأويل هذا التعبير بما يجعله متفقاً مع اتجاه الشريعة فحكمت محكمة النقض بأن عبارة الضرب والجرح تشمل كل فعل يقع على الجسم ويكون له تأثير ظاهري أو باطني . فمن يضغط على عنق إنسان أو يجذبه فيوقعه على الأرض يعد مرتكباً لجريمة الضرب عمداً .

٢٦٠ - الجنابات على ما دون النفس إما عمد أو خطأ : فالعمد هو ما تعمد فيه الجاني الفعل بقصد العدوان كمن قذف أحداً بحجر بقصد إصابته والخطأ هو ما تعمد فيه الجاني الفعل دون قصد العدوان كمن ألقى حجراً من نافذة ليتخلص منه فأصاب أحد المارة أو ما وقع فيه الفعل نتيجة تقصير الجاني دون قصد منه كمن انقلب على نائم بجواره فكسر ضلوعه .

والعمد وإن كان يختلف عن الخطأ في ماهية الفعل وعقوبته إلا أنهما يتفقان في كثير من الأحكام ومن ثم جرى الفقهاء على الجمع بينهما عند شرح أحكامهما فيتكلمون عنهما دفعة واحدة . وإذا كان شراح القوانين يفرقون بين جرائم العمد والخطأ على أساس نوع الجريمة ، ويتكلمون عن كل على حدة . فإن فقهاء الشريعة يجعلون أساس الفرق هو محل الجريمة هل هو النفس أو مادونها . لأن ما يقع على النفس يتحدد في كثير من أحكامه على اختلاف أنواعه كما بينا فيما سبق والجرائم التي تقع على مادون النفس تتحد في كثير من أحكامها كما سنبين فيما بعد . ثم يفرقون بعد ذلك على أساس نوع الجريمة بين مختلف الجرائم التي تقع على مادون النفس .

٢٦١ - ويقسم الفقهاء الجناية على مادون النفس سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ خمسة أقسام ناظرين في هذا التقسيم إلى نتيجة فعل الجاني . لأن الجاني في الجناية على مادون النفس يؤخذ بنتيجة فعله ولو لم يقصد هذه النتيجة بفض النظر عما إذا كانت الجناية عمداً أو خطأ ، وهذه الأقسام هي : أولاً : إبانة الأطراف أو ما يجرى مجرى الأطراف . ثانياً : إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها . ثالثاً : الشجاج . رابعاً : الجراح . خامساً : مالا يدخل تحت الأقسام الأربعة السابقة :

٢٦٢ - القسم الأول : إبانة الأطراف وما يجرى مجراها

ويقصد من إبانة الأطراف قطعها وقطع ما يجرى مجراها ويدخل تحت هذا القسم قطع اليد والرجل والأصبع والظفر والأنف والذکر والأشئين والأذن والشفة وفقء العين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق أو تنف شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب .

٢٦٣ - القسم الثاني : إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها

ويقصد من ذلك تقويت منفعة العضو مع بقائه قائماً فإذا ذهب العضو ذاته فالفعل من القسم الأول ويدخل تحت هذا القسم تقويت السمع والبصر والشم

والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشى ، ويدخل تحتها أيضاً تغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها كما يدخل تحتها إذهاب العقل وغيره .

٢٦٤ - القسم الثالث : الشجاج

يقصد بالشجاج جراح الرأس والوجه خاصة أما جراح الجسم فيما عدا الرأس والوجه فتسمى جراحاً وتسمية جراح الجسم بالشجاج غلط ، لأن العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة ، فتسمى ما كان في الرأس والوجه شجة وتسمى ما كان في سائر البدن جراحة .

ويرى أبو حنيفة أن الشجاج لا تكون إلا في الرأس والوجه في مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدود ، وباقي الأئمة يرون ما كان في الرأس والوجه مطلقة شجة .

٢٦٥ - والشجاج عند أبي حنيفة أحد عشر شجة^(١) :

- ١ - الخارصة : وهى التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم .
- ٢ - الدامعة : وهى التى يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع فى العين .
- ٣ - الدامية : وهى التى يسيل منها الدم .
- ٤ - الباضعة : وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه
- ٥ - المتلاحمة : وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة . ويرى محمد : أن المتلاحمة قبل الباضعة وعرفها بأنها التى يتلاحم فيها الدم ويسود .
- ٦ - السمحاق : وهى التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم واسم الجلدة السمحاق فسميت بها الشجة .
- ٧ - الموضحة : وهى التى تقطع الجلدة المسماة السمحاق وتوضح العظم أى تظهره ولو بقدر مغرز الإبرة .
- ٨ - الهاشمة : وهى التى تهشم العظم أى تكسره .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٦ .

٩ - المنقلة : وهى التى تنقل العظم بعد كسره أى تحوله عن مكانه .
 ١٠ - الآمة : وهى التى تصل إلى أم الدماغ وهى جلدة تحت العظم وفوق الدماغ أى المخ .

١١ - الدامغة . وهى التى تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدماغ .
 ٢٦٦ - ويرى مالك أن الشجاج عشرة فقط ويسمى الأول دامية والثانية خارصة والثالثة سمحاقاً والسادسة ملطاة ويحذف مالك الثامنة وهى الهاشمة ويرى أنها تكون فى جراح البدن لافى الرأس والوجه ويتفق فيما عدا ذلك مع أبى حنيفة^(١) .

٢٦٧ - ويرى الشافعى وأحمد : أن الشجاج عشرة فقط وهما يحذفان الثانية عند أبى حنيفة وهى الدامغة ويعترفان بالعشرة الباقية ويسمى أحمد الدامية بهذا الإسم أو بالبازلة ويسمى الشافعى وأحمد العاشرة بالمأمومة أو بالآمة^(٢) .

٢٦٨ - القسم الرابع . الجراح ، ويقصد بالجراح ما كان فى سائر البدن عدا الرأس والوجه . والجراح نوعان . جائفة وغير جائفة .

فالجائفة . هى التى تصل إلى التجويف الصدرى والبطنى سواء كانت الجراحة فى الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو بين الأثنين أو الدبر أو الحلق .
 وغير الجائفة مالم تكن كذلك أى التى لاتصل إلى الجوف^(٣)

٢٦٩ - انقسم الخاصى ما لا يدخل تحت الأقسام السابقة :
 ويدخل تحت هذا القسم كل اعتداء أو إيذاء لا يؤدى إلى ابانة طرف أو ذهاب معناه ولا يؤدى إلى شجة أو جرح فيدخل تحته كل اعتداء لا يترك أثراً أو ترك أثراً لا يعتبر جرحاً ولا شجة .

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢١٢ ، الفرح الكبير ج ٩ ص ٦١٩ وما بعدهما .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٦ ، المذهب ج ٢ ص ٢١٤ ، الشرح الكبير ج ٩

ص ٦٢٨ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٨ .

الجنائية على مادون النفس عمداً

٢٧٠ - الجنائية على مادون النفس عمداً هي أن يتعمد الجاني ارتكاب فعل يمس جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته ، وأركان الجريمة اثنان : أولاً : فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته. ثانياً : أن يكون الفعل متعمداً

أولاً - الركن الأول

فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته

٢٧١ - يشترط لوقوع الجريمة أن يرتكب الجاني فعلاً يمس جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامة هذا الجسم بأي حال ولا يشترط أن يكون الفعل ضرباً أو جرحاً بل يكفي أن يكون أى فعل من أفعال الأذى أو العدوان على اختلاف أنواعها كالضرب والجرح والخنق والجذب والدفع والضغط والعصر

٢٧٢ - وليس من الضروري أن يستعمل الجاني أداة معينة للإيذاء. والعض وحلق الشعر ونتفه ولوى الذراع وغير ذلك والاعتداء فقد يستعمل يده أو رجله أو أسنانه وقد يستعمل عصاً أو سكيناً أو سيفاً أو بندقية أو مادة مضرّة أو سامة، لأن مادون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فتسوى فيه كل الآلات .

في مذهب أحمد رأى يزی أن مادون النفس فيه عمد وشبه عمد ويفرق بينهما بأن في الأول القصاص وفي الثاني الدية^(١) ويفرقون بين العمد وشبه العمد بأن الأول هو قصد الضرب بما يقضى إلى النتيجة غالباً والثاني هو قصد الضرب بما لا يقضى إلى النتيجة غالباً مثل أن يضر به بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه عمد^(٢). ويظهر أنه هو الرأي الراجح في المذهب أما الرأي الآخر فيرى أن الجراح كلها عمد دون تفرقة وأن فيها القصاص لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ .

(١) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩ (٢) المرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ ، المغني ج ٩ ص ٤١٠

أما أبو حنيفة فلا يفرق بين العمد وشبه العمد إلا في النفس ، ويكفى عنده تسد الفعل فيما دون النفس^(١) وليس ما يمنع عند مالك والشافعي وأحمد أن يكون الجاني مسؤولاً عن الجناية ولو لم تكن الجناية مباشرة لفعله كمن طلب إنساناً بسيف مجرد فهرب منه فخر به سقف فأصيب بجرح أو كسر لأنه هو الذي الجأ الجاني عليه للهرب بفعله .

ويرى الشافعي أن العمد فيما دون النفس ، إما أن يكون عمداً محضاً أو شبه عمد فالعمد المحض هو ما أدى إلى نتيجة الفعل غالباً أما شبه العمد فهو ما لم يؤد لنتيجة الفعل غالباً كمن لطم إنساناً على رأسه فورمت ثم انشقت حتى وضعت فهذه شبه عمد لأن الغالب أن اللطمة لا تؤدى لإيضاح ولورماه بحصاة فورمت ثم أوضحت فهي شبه عمد لأن الغالب أن الرمي بالحصاة لا يؤدى للإيضاح^(٢)

ومع أنهم وضعوا هذه القاعدة إلا أنهم يختلفون في طبيعة تطبيقها وهذا الخلاف مرجعه التقدير . فثلاً ابن رشد يضرب مثلاً على شبه العمد للطة التي تفقأ العين ، لأن اللطمة لا تفقأ العين غالباً^(٣) بينما يرى الشافعي أن اللطمة التي تفقأ العين عمد محض لأن اللطم يؤدى غالباً لفقأ العين^(٤) .

٢٧٣ - ويستوى أن يكون الفعل مباشراً أو بالتسبب فالضرب باليد وشد حبل رفيع في طريق الجاني عليه ليتعثرفيه كلاهما يكون الجريمة .

٢٧٤ - ويصح أن يكون الفعل مادياً كالضرب والجرح ، ويصح أن يكون معنوياً كمن أذعر رجلاً فأصيب بشلل أو ذهب عقله أو سقط فجرح ، ونص القانون المصري كما ذكرنا من قبل لا يتسع للأفعال المعنوية أما في فرنسا فيعاقبون على الفعل المعنوي فيما دون النفس لأن القانون الفرنسي يجعل في حكم الضرب أنواع التعدي والإيذاء الأخرى بينما القانون المصري لم يذكر إلا عبارة الضرب والجرح .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ، بدائع الصنائع ص ٢٣٣ ، الأم ج ٦ ص ٤٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٤٦ (٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤١ (٤) الأم ج ٦ ص ٤٥ .

(١٤ - التشرع الجنائي الإسلامي ٢)

٢٧٥ - ويشترط أن يكون الجاني عليه معصوما فإن لم يكن كذلك فالفعل مباح ولا يعتبر جريمة وقد تسكلمنا عن العصمة بمناسبة الكلام على القتل وما قلناه هناك يغنى عن الإعادة هنا .

٢٧٦ - ويشترط ألا يؤدي الفعل للوفاة ، فإذا أدى للوفاة فهو جناية على النفس قد تكون قتلا عمداً إذا ثبت أن الجاني تعمد الفعل وقصد القتل ، وقد تكون قتلا شبه عمد إذا ثبت أن الجاني تعمد الفعل ولم يقصد القتل .

ثانياً - الركن الثاني

أن يكون الفعل متعمداً

٢٧٧ - لكي يكون الفعل جريمة عمدية يجب أن يصدر عن إرادة الجاني وأن يرتكب بقصد العدوان فإن لم يرد الجاني الفعل أو أراحه ولم يقصد العدوان فالفعل غير متعمد وإنما خطأ .

٢٧٨ - ويؤخذ الجاني بقصده المحتمل . فيسأل عن نتيجة الفعل الذي أتاه لا عما قصده وقت إحداث الفعل ، فإن ترتب على الفعل ذهاب عضو أو إبطال منفعة أو إحداث موضة أو جائفة أو أقل من ذلك . سئل عن نتيجة فعله ولو لم يكن يقصد إحداث هذه النتيجة بالذات وقت إتيان الفعل .

٢٧٩ - ويسأل الجاني عن قصده غير المحدود . فمن ألقي حجراً على جماعة بقصد إصابة أحدهم سئل عن نتيجة عمله سواء كان يعرف أفراد هذه الجماعة أو لا يعرفهم .

وقد سبق أن تسكلمنا عن الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية كما تسكلمنا عن الإذن في الجرح واستعمال الحق وأداء الواجب وما قلناه ينطبق هنا .

٢٨٠ - ويستوى في الجريمة على مادون النفس أن يتعمد الجاني الفعل دون أن يقصد القتل ، أو أن يتعمد الفعل بقصد القتل مادام الفعل لم يؤد للموت لأن الشريعة لا تماقب على الشروع في القتل إذا كان الشروع يكون جريمة

تامة على مادون النفس أيا كانت نتيجة هذه الجريمة جرحاً أو شجّة أو جائفة أو إتلافاً لعضو أو ذهاب معناه ، وقد عللنا هذا الحكم بمناسبة الكلام عن القتل العمد .

الجناية على مادون النفس خطأ

٢٨١ - سبق أن بينا تعريف الخطأ وأنواعه بمناسبة الكلام على القتل الخطأ كما بينا أركان جريمة القتل الخطأ وما قيل هناك ينطبق بمخايفه هنا ، ولا فرق إلا أن الفعل إذا أدى للوفاة فهو جنائية على النفس أى قتل خطأ، وإذا لم يؤد للوفاة فهو جنائية على مادون النفس ومن ثم لا داعى للتكلم هنا عن الجريمة وأركانها لأنه تكرر لما قيل هناك .

٢٨٢ - فروق هامة : ويجب أن نلاحظ أن الشريعة جعلت العقوبة للجناية على مادون النفس في حالة الخطأ متمشية مع نتيجة الفعل كما هو الحال في العمد ، فعقوبة من أتلّف عضواً أو أذهب منفعته من عقوبة الجرح الذى شفى دون أن يتخلف عنه عاهة ، وعقاب من أذهب بصر إنسان أشد من عقاب من أذهب نصف بصره وهكذا .

والشريعة تتفوق على القانونين المصرى والفرنسى في هذا لأنهما يسويان في العقوبة مهما اختلفت نتائج الفعل وبعض شراح القانونين ينتقدون على المشرع أنه سوى بين عقوبة الإصابات المختلفة مع اختلاف نتائجها دون مبرر لهذه التسوية .

عقوبة الجناية على مادون النفس

عقوبة الجناية على مادون النفس تنقسم إلى ثلاثة أقسام : عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً ، وعقوبة الجناية على مادون النفس شبه عمد ، وعقوبة الجناية على مادون النفس خطأ .

أولاً - عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً

العقوبة الأصلية للجناية على مادون النفس عمداً هي القصاص وعند مالك :

الدية مع القصاص^(١) فإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب التي سنبينها فيما بعد حلت محله عقوبتان بدليتان الأولى الدية أو الأرش والثانية التعزير ، ويلاحظ الفرق بين عقوبات الجناية عمدا على النفس والجناية عمدا على مادون النفس ففي النفس يعاقب بالكفارة عقوبة أصلية وبالصيام عقوبة بدلية وبالحرمان من الميراث والوصية عقوبة تبعية أما هنا فلا يعاقب بهذه العقوبات لأنها قاصرة فقط على القتل ومتعلقة به .

أولا : القصاص

٢٨٣ — القصاص : هو العقوبة الأصلية للجناية على مادون النفس عمدا أما الدية والتعزير فهما عقوبتان بدليتان تحلان محل القصاص ، ويترتب على اعتبار القصاص أصلا والدية والتعزير بدلا أنه لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية وبين عقوبة أخرى بدلا منها لأن الجمع بين البدل والمستبدل يناهض طبيعة الاستبدال ويترتب على ذلك أيضاً أنه لا يجوز الحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية .

وهناك نظريتان للجمع بين القصاص والدية : الأولى - يرى أصحابها أن القصاص يجمع مع الدية إذا لم يكن القصاص ممكناً إلا في بعض الجرح فيقتص مما يمكن القصاص فيه ، وما لا يمكن القصاص فيه تحل العقوبة البدلية فيه محل القصاص وعلى هذا تجمع الدية مع القصاص عقوبة لجرح واحد وهذه النظرية يقول بها الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد . أما النظرية الثانية : فتقوم على أنه لا يمكن الجمع بين العقوبة الأصلية والعقوبة البدلية في جرح واحد فإن اقتص في بعض الجرح سقط حقه في الباقي ولا شيء له وهو بالخيار إن شاء اقتص ولا شيء له وإن شاء أخذ الدية وهذه نظرية مالك وأبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد .

(١) شرح الدردير ، ج ٤ - ص ٢٢٤ ، مواهب الجليل ص ٢٤٧ .

وَيَمْتَنَعُ الْحَكْمُ بِالْعُقُوبَةِ الْأَصْلِيَّةِ إِذَا امْتَنَعَ الْقصاصُ أَوْ سَقَطَ لِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ الَّتِي نَذَرَهَا بَعْدَ ، وَهَذِهِ الْأَسْبَابُ بَعْضُهَا عَامٌ وَبَعْضُهَا خَاصٌّ بِمَا دُونَ النَّفْسِ .

أسباب امتناع القصاص العامة

٢٨٤ - أَوْرَ : إِذَا لَمْ يَكُنِ الْقَتِيلُ جُزْءاً مِنَ الْقَاتِلِ : إِذَا كَانَ الْقَتِيلُ جُزْءاً مِنَ الْقَاتِلِ امْتَنَعَ الْحَكْمُ بِالْقصاصِ وَيَكُونُ الْقَتِيلُ جُزْءاً مِنَ الْقَاتِلِ إِذَا كَانَ وَلَدَهُ فَإِذَا جَرَحَ الْأَبَ وَلَدَهُ أَوْ قَطَعَهُ أَوْ شَجَّهُ فَلَا قِصاصَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «لَا يَقَادُ الْوَالِدُ بَوْلَدِهِ» ، أَمَّا الْوَلَدُ فَيَقْتَصُّ مِنْهُ لَوْلَدِهِ طَبَقاً لِلنَّصُوصِ الْعَامَةِ ، وَيَدْخُلُ تَحْتَ لَفْظِي الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ كُلُّ وَالِدٍ وَإِنْ عَلَا ، وَكُلُّ وَلَدٍ وَإِنْ سَدَلُ ، وَحَكْمُ الْأُمِّ هُوَ حَكْمُ الْأَبِّ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، وَالْجَدَّةُ كَالْأُمِّ سِوَاهُ كَانَتْ مِنْ قَبْلِ الْأَبِّ أَوِ الْأُمِّ . وَيَرَى مَالِكُ الْقِصاصِ مِنَ الْأَبِّ فِي الْقَتْلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ شَكٌّ فِي قَصْدِ الْقَتْلِ وَإِكْفَانِهِ لَا يَرَى الْقِصاصَ مِنَ الْأَبِّ فِي غَيْرِ الْقَتْلِ وَيَرَى تَغْلِيظَ الدِّيَةِ عَلَيْهِ وَالتَّغْلِيظَ عِنْدَ مَالِكٍ هُوَ تَثْلِيثُ الدِّيَةِ^(١) .

وَعَلَى هَذَا فَلَيْسَ ثَمَّةُ خِلَافٍ بَيْنَ الْأُئِمَّةِ الْأَرْبَعَةِ فِي امْتِنَاعِ الْقِصاصِ مِنَ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ إِذَا جَنَى عَلَيْهِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ، وَقَدْ تَكَلَّمْنَا عَنْ هَذَا الْمَوْضُوعِ بِتَوْسِعٍ عِنْدَ السَّكَلَامِ عَلَى الْقَتْلِ الرَّمَدِ .

٢٨٥ - ثَانِيًا : انْعِمَامُ التَّكْفِيرِ : إِذَا انْعَدِمَ التَّكْفِيرُ بَيْنَ الْجَنِيِّ عَلَيْهِ وَالْجَانِي فَلَا قِصاصَ وَيَنْظُرُ إِلَى التَّكْفِيرِ مِنَ نَاحِيَةِ الْجَنِيِّ عَلَيْهِ وَحَدَهُ لَا مِنْ نَاحِيَةِ الْجَانِي . وَفِي مَذْهَبِ مَالِكٍ هَذَا شَرَطُ التَّكْفِيرِ فِي النَّفْسِ إِمَّا فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَهُوَ يَشْتَرِطُ التَّكْفِيرَ مِنَ الْوَجْهِ بِنَفْعِهِ لَوْ قَطَعَ كَافِرًا أَوْ عَبْدًا يَدْمُسُّ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُمَا وَلَوْ قَطَعَهُمَا فَلَيْسَ لَهَا أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُ^(٢) .

فَإِنْ كَانَ الْجَنِيُّ عَلَيْهِ مَكْفُوفًا لِلْجَانِي أَوْ خَيْرًا مِنْهُ وَجِبَ الْقِصاصُ وَإِنْ كَانَ لَا يَكْفِيهِ امْتِنَاعُ الْقِصاصِ وَلَا يَشْتَرِطُ فِي الْجَانِي أَنْ يَكْفِيَ الْجَنِي عَلَيْهِ لِأَنَّ شَرَطَ

(١) مواهب الجليل - ج ٦ ص ٢٥٦ .

(٢) مواهب الجليل - ج ٦ ص ٢٤٥ ، شرح الدردير ص ٢٢٢ .

التكافؤ وضع لمنع قتل الأعلى بالأدنى ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأعلى .
 وأساس التكافؤ عند مالك والشافعي وأحمد : الحرية والإسلام ، وأساس
 التكافؤ عند أبي حنيفة الحرية والجنس ، وسنتكلم فيما يلي عن هذه الأسس الثلاثة :
 ١ — الحرية : يرى مالك والشافعي وأحمد أن الحر لا يقتص منه إذا جرح
 العبد لأن العبد منقوص بالرق وهذا هو نفس رأيهم في القتل ، ويرى مالك
 أن لا يقتص من العبد للحر^(١) .

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص من الأحرار والعبيد فيما دون النفس ولا
 قصاص فيما بين العبيد أنفسهم ، وهو يخرج بهذا عن رأيه الذي التزمه في القتل
 وهو القصاص من الحر للعبد ومن العبد للعبد وعلة خروجه على هذا الرأي ، أنه
 يرى أن مادون النفس خلق لوقاية النفس ولما كانت قيمة العبد تختلف عن دية
 الحر وقيمة العبد تختلف عن غيره من العبيد فلا يمكن أن تتماثل أطراف
 الأحرار مع العبيد ولا أطراف عبد مع عبد آخر ومن ثم امتنع القصاص
 بينهم وهذا الرأي يتفق مع رأي أحمد^(٢) .

٢ — الإسلام : سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بما فيه كفاية بمناسبة
 الكلام على القتل فيراجع ونلخص ما قلناه : بأن مالكا والشافعي وأحمد يرون
 أن الكافر لا يكافئ المسلم والقاعدة عندهم أن لا قصاص من مسلم إذا
 قتل ذمياً .

أما أبو حنيفة فيرى أن الكافر يكافئ المسلم مادام معصوم الدم وليس في
 عصمته شبهة كالمستأمن مثلاً ومن ثم فهو يوجب القصاص من كليهما للآخر .
 وهم يسيرون على هذه القاعدة فيما دون النفس إلا أن مالكا خرج عليها

(١) النفي ج ٩ ص ٣٤٨ - ٣٥١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠ ، المذهب

ج ٣ ص ٢٢٥ - ٢٢٦

(٢) الفرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٦ .

ورأى ألا قصاص بين المسلم والكافر بصفة مطلقة فيما دون النفس فإذا جرح أحدهما الآخر فلا قصاص لانعدام التكافؤ ولو أنه يقرر أن المسلم خير من الكافر لأن القصاص فيما دون النفس يقتضى المساواة بين الطرفين ولا مساواة^(١).

٣ — الجنس : القاعدة عند الأئمة الأربعة أن الأثني يقتص منها للذكر والذكر يقتص منه للأثني وهذا في القتل أى فى النفس وقد طبق مالك والشافعى وأحمد هذه القاعدة أيضاً فيما دون النفس^(٢) وحجتهم أن من يجرى بينهم القصاص فى النفس يجرى بينهم فى الأطراف ، أما أبو حنيفة فيخالف هذه القاعدة ولا يطبقها فيما دون النفس لأنه يسير على قاعدة أخرى فيما دون النفس هى اعتبار أن مادون النفس كالأموال ، وبتطبيق هذه القاعدة لا يجعل المرأة ماثلة للرجل لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل ودية طرفها لا تماثل دية طرف الرجل وإذا انعدمت المساواة بين أرشيها امتنع القصاص فى طرفيهما سواء كان الجانى هو الذكر أو الأثني^(٣).

التماثل فى العدد : يشترط أبو حنيفة التماثل فى العدد بين الجنى عليه والجانى فيجب أن يكون الجانى واحداً ليققتص منه فإن كان الجناة أكثر من واحد فلا قصاص إذا تعاونوا على ارتكاب فعل واحد كأن قطعوا يد رجل أو أصبعه أو أذهبوا سمعه أو بصره أو قلعوا له سناً أو نحو ذلك من الجوارح التى يجب على الواحد فيها القصاص لو انفرد بالفعل وعليهم دية الجارحة مقسمة عليهم بالتساوى أما إذا ارتكب كل منهم منفرداً فعلاً يجب فيه القصاص فعلى كل منهم القصاص فيما فعله . وحجة أبى حنيفة أن الماثلة فيما دون النفس شرط أساسى للقصاص ولا تماثل بين جارحة وجوارح ، كيد واحدة وأيدى لافى الذات ولا فى المنفعة ولا فى الفعل . أما فى الذات فلا شك فيه لأنه لا تماثل بين العدد والفرد من حيث الذات

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٥ ، راجع الفقرة ١٥٣ .

(٢) المفتى ج ٩ ص ٣٧٨ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٥ ، المهذب ج ٣ ص ١٩٠

(٣) بدائع الصنائع ص ٣١٠ ، راجع الفقرة ١٥٣ .

وإذا كانت الصحيحة لاتقطع بالشلاء لفوات المائلة من حيث الوصف مع التساوى فى الذات . فأولى أو يمتنع القصاص لفوات المائلة فى الذات وأما فى المنفعة فلأن منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة ومن المنافع مالا يتأتى إلا باليدين كالكتابة والخياطة ، وأما فى الفعل فلأن الموجود من كل واحد قطع بعض اليد والجزء قطع كل اليد من كل منهم وقطع اليد أكثر من قطع بعضها^(١) .

ويفرق أبو حنيفة بين النفس وما دونها بأن الفعل فيما دون النفس يتجزأ لأنه قطع بعض الجارحة وترك البعض موجوداً بخلاف النفس فإن إزهاقها لا يتجزأ أو رأى أبى حنيفة وجه فى مذهب أحمد .

ويرى مالك والشافعى وأحمد القصاص من الجماعة للواحد ، وحجتهم أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع على يده ثم جاء بآخر فقالا هذا هو السارق وأخطأنا فى الأول فرد شهادتهما على الثانى وغرمهما دية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدا لقطعتهما فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحد ولأنه أحد نوعى القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس .

ويرى الشافعى وأحمد ، أنه يجب للقصاص من الجماعة بالواحد أن يكون اشتراك الجماعة فى الطرف على وجه لا يتميز فيه أحدهما عن الآخر . إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه ثم يرجعوا عن شهادتهم أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف فيجب قطع المكروهين كلهم والمكروه أو يتعاونوا فى إلقاء حجر على الجنى عليه فتقطع طرفه أو يقطعوا يداً ويقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً حتى يقطع الطرف ، فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتم غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً مثلاً على مفصله ثم مر كل واحد عليه

مرة حتى بانث اليد فلا قصاص فيه لأن كل واحد منهم لم يقطع اليدا ولم يشارك في قطع جميعها . وإن كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص فيه بتفرده اقتص منه ^(١) .

أما مالك ففرق بين حالة التماثل وعدم التماثل فإن تماثلوا اقتص من كل منهم بقدر ما أحدثوا بالجنى عليه سواء تميزت أفعال كل منهم أم لم تتميز فإذا قلعوا عينه وقطعوا رجله ويده قلع لكل عينه وقطعت يده ورجله ، أما إذا لم يكن تماثل فإن تميزت أفعالهم أخذ كل منهم بفعله ، وإن لم تتميز أفعالهم فعليهم القصاص كما لو تماثلوا وهناك من يرى ألا قصاص عليهم وعليهم الدية ^(٢) ولا يشترط الشافعي وأحمد التماثل فيما دون النفس ويكفي التوافق للقصاص من الجميع .

٢٨٦ - ثانياً : أنه يكونه الفعل سببه عمم : - يرى الشافعي وأحمد أن الجناية على مادون النفس قد تكون عمداً وقد تكون شبه عمد فهي عمد إذا كان الفعل متعمداً أو كان يؤدي غالباً إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن ضرب غيره بسكين فقطع أصبعه أو بعصا فكسر ذراعه أو أحدث برأسه ترينة . وهي شبه عمد إذا كان الفعل متعمداً ولكنه لا يؤدي غالباً إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن لطم آخر ففقد عينه أو رماه بحصاة فأحدثت ورما انتهى بموضحة . ويرتبان على تقسيم الجناية على مادون النفس إلى عمد وشبه عمد أن القصاص يجب في العمد فقط أما شبه العمد فيجب فيه الدية وهما يسيران في هذا التقسيم وفي ترتيب العقوبة على ما سارا عليه في الجناية على النفس ^(٣) .

أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الجناية على مادون النفس لا تكون إلا عمداً لأن مالك لا يعترف بشبه العمد والفعل عنده إما عمداً وإما خطأ ، ولأن أبا حنيفة يرى أن مادون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فاستوت فيه

(١) المفتي ج ٩ ص ٣٧٠ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ ، الأم ج ٦ ص ٦ .

الآلات للدلالة على القصد فكان الفعل عمداً في كل حال أى أن مادون النفس لا يقصد إلا مجرد الاعتداء عليه والاعتداء ممكن بأى آلة بعكس القتل فلا يكون إلا بالآلة مخصوصة ومن ثم كان توفر قصد الاعتداء كافياً لاعتبار الفعل عمداً فيما دون النفس ولم يكن هناك محل لاعتبار شبه العمد^(١) ويترتب على رأى مالك وأبى حنيفة أن الجناية على مادون النفس يجب فيها القصاص في كل حال مادام الجانى قد تعمد الفعل.

٢٨٧ - رابعا : أنه يكونه الفعل تسببا : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن الجناية على مادون النفس بالتسبب لا توجب القصاص لأن القصاص فعل مباشر فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه على طريق المباشرة لأن أساس العقوبة القصاص هو المماثلة بين الفعلين ويوجب أبو حنيفة الدية بدلا من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لا يرون فرقا بين الجناية بالتسبب والجناية المباشرة ويوجبون القصاص على الجانى فى الحالين .

٢٨٨ - خامسا : أنه تكونه الجناية فم وقعت فى دار الحرب : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن لاقصاص من الجانى إذا كانت الجناية قد وقعت فى دار الحرب . ويرى بقية الأئمة القصاص سواء كانت الجناية فى دار الحرب أو دار الإسلام وقد سبق أن تكلمنا عن هذه المسألة وفيما ذكرناه غنى عن الإعادة^(٢)

٢٨٩ - سادسا : عدم إسقاطه الاستيفاء : يمتنع القصاص إذا لم يكن الاستيفاء ممكناً لأن القصاص قائم على التماثل واستيفاء المثل بدون مكان استيفائه تمتنع . فيمتنع الاستيفاء ضرورة . فمثلا إذا كان الجنى عليه مقطوع المفضل الأعلى من إبهام اليد اليمنى وجاء الجانى فقطع المفضل الثانى لنفسه الأصبع فلا يمكن أن يقتص من الجانى إذا كان إبهام يده اليمنى سليما لأن القصاص يؤدى إلى قطع مفصلين والمقطوع مفصل واحد فيعدم التماثل . وكذلك لو أجاف الجانى الجنى عليه أو شجبه آمة أو دامة . فالقصاص لا يمكن فى هذه الحالات ، لأنه لا يمكن إجافة الجانى أو شجبه على وجه التماثل التام^(٣) ومن ثم يتعذر القصاص بتعذر إستيفائه وينتقل

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ .

(٢) راجع الفقرة ١٥٩ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ .

حق المجنى عليه إلى بدل القصاص وهو الدية .

٢٩٠ - أسباب امتناع القصاص الخاصة بما دونه النفس : أسباب امتناع

القصاص الخاصة بما دون النفس هي : أولاً - عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف .
ثانياً - عدم المائلة في الحل . ثالثاً - عدم الاستواء في الصحة والكمال . وهذه
الأسباب ترجع كلها إلى أساس واحد هو التماثل ، فالقصاص يقتضى بطبيعته
التماثل من كل وجه، التماثل في الفعل والتماثل في المحل والتماثل في المنفعة .

٢٩١ - أولاً : عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف : يشترط للقصاص أن

يكون الإستيفاء ممكناً بلا حيف ، ولا يكون الاستيفاء ممكناً بلا حيف من
الأطراف إلا إذا كان القطع من مفصل، أو كان له حد ينتهى إليه ، كإرن الأنف
وهو مالان منه ، فإن كان القطع من غير مفصل أو لم يكن له حد ينتهى إليه
كالقطع من قسبة الأنف أو من نصف الساعد ، أو من نصف الساق فالقصاص في
ذلك على رأيين أولهما : يرى أنه لا قصاص مادام القطع من غير مفصل وليس له
حد ينتهى إليه لتعذر الاستيفاء ، ومن هذا رأى أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب
أحمد ، الرأى الثانى : يرى أصحابه أن يقتص من أول مفصل داخل في محل الجناية
وله حكومة في الباقي حيث لا يمكن القصاص على وجه المائلة من غير المفصل ،
فمن قطع ذراعه من نصف العضد كان له أن يقتص من المرفق ويأخذ حكومة
عن نصف العضد ، ومن قطع ذراعه من نصف الساعد كان له أن يقتص من
السكوع ويأخذ حكومة عن نصف الساعد من هذا رأى الشافعى وبعض فقهاء
مذهب أحمد ولكن الفقهاء في مذهب أحمد يرى بعضهم أن المجنى عليه يستحق
حكومة عن الزائد والبعض يرى أنه لا يستحق شيئاً^(١) تطبيقاً للمبدأ القائل : بأنه
لا يجمع في فعل واحد بين قصاص ودية ، أما مالك فيرى القصاص ولو كان القطع

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٨ - المذهب ج ٢

ص ١٩٢ ، ١٩٣ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٢٩ .

من غير مفصل إذا كان ذلك ممكناً ولا خوف منه فإن لم يكن كذلك فلا قصاص ، ولو رضى الجاني بالقطع من مفصل داخل في الجناية ومن المتفق عليه بين أبي حنيفة والشافعي وأحمد ألا قصاص في كسر العظام لأن التماثل غير ممكن ، والأمن من الحيف غير محقق .

ولكن مالكا يرى القصاص إذا قرر الخبراء أنه ممكن ولا خوف منه على حياة المقتص منه ^(١) .

وإذا اصطحب الكسر بشجة كالهشمة والمنقلة أو جرح من جراح الجسد فيرى الشافعي القصاص من الموضحة لأنها داخلية في الجناية ويمكن القصاص فيها وله أرش الباقي حيث تعذر فيه القصاص ، فانتقل إلى البدل وهذا هو مذهب أحمد إلا أن بعضهم يرى أن له أرش الباقي ، والبعض يرى أن ليس له مع القصاص شيء لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين القصاص والدية ويرى مالك القصاص من الجرح والعظم معاً في جراح الجسد لا في شجاج الرأس إن كان ذلك ممكناً وإلا فلا ويرى مالك أيضاً أن لا قصاص في الشجاج فيما فوق الموضحة ولو بقدر الموضحة ولكن في الجسد إذا كان جرح مصحوب بكسر فلا مانع في القصاص ، إذا كان ذلك ممكناً في الجميع وإلا فلا ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص أصلاً .

ومن المتفق عليه أن لا قصاص فيما فوق الموضحة من الشجاج لأن الاستيفاء دون حيف غير ممكن ، أما مادون الموضحة فيرى مالك القصاص فيه لأنه يرى الاستيفاء ممكناً دون حيف ، بأن يقاس طول الجرح وعمقه ويقتص بمثله ، وظاهر مذهب أبي حنيفة إن كان القصاص من الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وهو رواية عن محمد ، ورواية أخرى ألا قصاص فيما قبل الموضحة وهو رأي الشافعي وأحمد ، وحجتهم أن مادون الموضحة ليس له حد ينتهي إليه ، لأن الموضحة تنتهي إلى العظم ، أما مادونها فليس كذلك والقول بإمكان قياس عمق الجرح يودى إلى الإقتصاص من الباضعة أو السمحاق موضحة إذا

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٤ ، المدونة ج ١٦ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

كان اللحم أى لحم الشاج خفيفاً ، أو الاقتصاص من السمحاق متلاحمة ، أو باضعة إذا كان لحم الشاج أخف من لحم المشجوج^(١) .

وأساس اختلاف الفقهاء فى جميع ماسبق هو اختلاف التقدير ، أما قاعدتهم جميعاً فواحدة ، فمن رأى أن الاستيفاء ممكن فى حالة دون حيف قال به ومن رآه لا يمكن بغير حيف منع منه .

٢٩٢ - ثالثاً: عدم المماثلة فى الموضع : يشترط للاقتصاص التماثل فى الموضع أى فى حمل الجنابة ، فلا يؤخذ شئ إلا بمثله ولا يقتص من عضو إلا لما يقابله فلا تؤخذ اليد إلا باليد لأن غير اليد ليس من جنسها ، فهو ليس مثلاً لها إذ التجانس شرط للمماثلة ولا تؤخذ الرجل إلا بالرجل والأصبع إلا بالأصبع والعين إلا بالعين والأنف إلا بالأنف ولا يؤخذ الإبهام إلا بالإبهام ولا السبابة إلا بالسبابة ولا الوسطى إلا بالوسطى ولا البنصر إلا بالبنصر ولا الخنصر إلا بالخنصر لأن منافع الأصابع مختلفة فكانت كالأجناس المختلفة ولا تؤخذ اليد اليمين إلا باليد اليمين ولا اليسرى إلا باليسرى لأن لليمين فضلاً على اليسار ولذلك سميت يميناً ، وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمين منها إلا باليمين ولا اليسرى إلا باليسرى وكذلك الأعين كما قلنا ، وكذلك الأسنان لا تؤخذ الثنية إلا بالثنية ولا الناب إلا بالناب ولا الضرس إلا بالضرس لاختلاف منافعها فإن بعضها قواطع وبعضها طواحن وبعضها ضواحك ، واختلاف المنفعة بين الشئيين يلحقهما بجنسين مختلفين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس ، وكذلك لا يؤخذ الأعلى منها بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لتفاوت المنفعة بين الأعلى والأسفل^(٢) .

٢٩٣ - ثالثاً المساواة فى الصحة : يشترط للقصاص أن يتساوى العضوان فى الصحة والكمال فلا تؤخذ مثلاً عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد يد صحيحة

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ - بدائع الصنائع ص ٣٠٩ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٠ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ .

بيد شلاء ولا رجل صحيحة برجل شلاء لأن المقتص يأخذ فوق حقه أما إذا أراد الجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة فله أن يقتص لأنه يأخذ دون حقه وليس له مع القصاص أرش مقابل نقص الشلل لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة وإنما تنقص عنها في الصفة والتماثل لا يشترط في الصفات ، ويحتاط الشافعى وأحمد في أخذ الشلاء بالصحيحة فيشترطان أن يقرر أهل الخبرة أن قطع العضو الأشل لا يؤثر على حياة المقتص منه لأن الشلل علة وللعلة تأثيرها على الأبدان .

أما مالك فيرى أن لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء كما يرى أن لا تؤخذ الشلاء بالصحيحة ولو رضى الجنى عليه بها إلا إذا كان العضو الأشل فيه نفع للجانى فإن لم يكن فيه نفع فلا قصاص .

ويرى مالك والشافعى وأحمد القصاص بين الأشلين للمساواة ويرى بعض فقهاء مذهب الشافعى أن لا قصاص لأن الشلل علة والعلة يختلف تأثيرها على الأجسام . أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص بين الأشلين لأنه يشترط التماثل في الأرش لأنه يسلك بالأطراف مسلك الأموال والشلل يؤثر على كل عضو تأثيراً مختلفاً فلا تصبح قيمتها واحدة ومن ثم امتنع القصاص لعدم المساواة^(١) ويرى زفر القصاص عند تساوى الشلل .

ولا يؤخذ الكامل بالناقص ، فمثلاً لا تؤخذ يد ولا رجل كاملة الأصابع بيد أو رجل تنقص أصبعاً أو أكثر لانعدام المساواة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، ولكن يجوز أخذ الناقص الكامل . فتؤخذ اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً أو أكثر باليد أو الرجل الصحيحة ، وليس له مقتص شيء عند أبى حنيفة ورأى فى مذهب أحمد ، وله عند الشافعى ورأى فى مذهب أحمد أرش ما نقص لأنه وجد بعض حقه فائقص فيه ، وعدم بعضه فانتقل القصاص فيه إلى البدل وهو الأرش ، أما مالك فيرى قطع اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً واحداً بالكاملة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٦ ، ٣٠٨ - بدائع الصنائع ص ٣ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٣ - المشرح الكبير ج ٩ ص ٤٥٨ - ٤٨٨ .

بلا غرم على الجاني ولا خيار للمجنى عليه في نقص الأصبع وله أن يختار بين القصاص وبين الدية إن كان النقص أصبعين فأكثر، أما الأصبع وبعض الآخر فلا خيار فيه للمجنى عليه لأنه نقص يسير لا يمنع المائلة، ومن ثم فيتعين قطع الناقصة بالكاملة أما إذا نقصت يد المجنى عليه أو رجله أصبعاً فالقود على الجاني الكامل الأصابع ولا يغرم المجنى عليه الناقص الأصابع أرش الأصبع الزائد، ولا قصاص إن نقصت يد المجنى عليه أكثر من أصبع، إذا كانت يد الجاني كاملة الأصابع^(١) ولا تؤخذ يد ذات أطافر بيد لا أطافر لها، لكن تؤخذ اليد ذات الأطافر الصحيحة باليد ذات الأطافر المسودة أو المخضرة. لأن هذا الوصف لا يوجب نقصاً في المنفعة ولأن الصحيح يؤخذ بالسقيم^(٢).

وإذا قطع يد رجل وفيها أصبع زائدة وفي يد الجاني مثلها، فلا قصاص عند أبي حنيفة لأن الأصبع الزائدة نقص وعيب، ويرى أبو يوسف القصاص للتماثل والمساواة وهو رأى الشافعي وأحمد ويتفق مع رأى مالك.

ويرى أبو حنيفة، أن مقطوع الإبهام إذا قطع بد مقطوع الإبهام فلا قصاص لأن قطع الإبهام توهين للكف، ويسقط تقدير الأرش، فلا يعرف إلا بالحرز والظن، فنعدم المائلة. وعند بقية الفقهاء القصاص واجب للتماثل^(٣).

كيف طبق الفقهاء شروط القصاص الخاصة

أولاً: في أيامة الأطراف وما يجري مجراها؟

٢٩٤ - الجفن : يؤخذ الجفن بالجفن عند الشافعي وأحمد لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهاؤه إلى مفصل فوجب فيه القصاص، ويؤخذ جفن البصير بجفن الضير، وجفن الضير بجفن البصير، لأنهما متساويان في السلامة من النقص وعدم الإبطار ليس نقصاً في الجفن ذاته

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٨ - ٤٤٩ - المهذب ج ٨ ص ١٩٣ - المواهب ج ٦ ص ٢٤٩ والدردير ج ٤ ص ٢٢٦ - البحر الرائق ص ٣٠٨.

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٨، المواهب ج ٦ ص ٢٤٢.

(٣) بدائع الصنائع ص ٣٠٣، المهذب ج ٢ ص ١٩٤.

وإنما هو نقص في غيره^(١) أما عند مالك وأبي حنيفة فلا قصاص في جفون العين لأنه لا يمكن استيفاء المثل تماماً من دون حيف^(٢).

٢٩٥ - الأنف : يؤخذ الأنف بالأنف عند مالك والشافعي وأحمد لقوله تعالى : ﴿والأنف بالأنف﴾ ولا يجب القصاص في الأنف إلا في المارن ، وهو ما لأن منه ، لأنه ينتهي إلى مفصل ، ويؤخذ الكبير بالصغير والأقنى بالأفطس . والأشم بالأخشم الذي لا يشم . لأنهم امتساويان في السلامة من النقص وعدم الشم نقص في غيره ويؤخذ البعض بالبعض ، وهو أن يقدر ماقطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجاني ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأن أنف الجاني قد يكون صغيراً وأنف الجاني عليه كبيراً ، فإذا اعتبرت المائلة بالمساحة أدى ذلك إلى قطع جميع المارن بالبعض .

ويؤخذ المنخر بالمنخر ، والحاجز بين المنخرين بالحاجز ، لأنه لا يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بمضه بالجذام ، ولكن يؤخذ المارن الصحيح بالمارن المريض بالجذام ما دام لم يسقط منه شيء ، وإن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً للمجنى عليه أن يقتص من الموجود ، وينتقل في الباقي إلى البديل عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد وليس له شيء غير القصاص عند مالك وبعض فقهاء مذهب أحمد وإن قطع الأنف من أصله اقتص من المارن لأنه داخل في الجناية ويمكن القصاص فيه كما يرى الشافعي وأحمد ، وينتقل في الباقي إلى الحكومة لأنه لا يمكن القصاص في الباقي لأنه عظم ، فانتقل فيه إلى البديل كما يرى الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد وليس له شيء مع القصاص على ما يرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد أما مالك فيرى القصاص من العظام كلما كان ذلك ممكناً فإن لم يكن ممكناً فلا قصاص^(٣).

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ .

(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٢٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

أما أبو حنيفة فيرى القصاص في الأنف إذا أخذ كل المارن ، لأن له حداً ينتهى إليه وهو مالان منه ، أما إذا قطع بعضه ، أو كان القطع من قسبة الأنف فلا قصاص لتعذر استيفاء المثل في البعض . ولأنه لا قصاص من العظم ، وإن كان أنف القاطع أصغر خير المقطوع أنه الكبير إن شاء قطع وإن شاء أخذ الدية ، وكذلك إذا كان قاطع الأنف أخشع لا يجد الريح أو أكرم الأنف أو بأنفه نقصان من شيء أصابه فإن المقطوع خير بين القطع وبين أخذ دية أنفه ^(١) .

العين : تؤخذ العين بالعين عند الفقهاء الأربعة لقوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ ولأنها تنتهى إلى مفصل فجرى القصاص فيها ، وتؤخذ العين السايمة بالضعيفة خلقة أو من كبر ، فتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة ، وعين الكبير بعين الصغير والأعمش ، ولا تؤخذ الصحيحة بالغائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وتؤخذ الغائمة بالصحيحة لأنها دون حقه ولا أرش ، لأن التفاوت في الصفة . ويستثنى أبو حنيفة من القصاص ما لو كانت عين المجنى عليه فيها بياض ولكن يبصر بها ، وكذلك عين الجاني فإنه لا فصاص فيهما ^(٢) .

وإذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود عليه وعليه دية كاملة عند أحمد ، وحجته أن عمر وعثمان قضيا بهذا ولم يكن لهما مخالف في عصرهما فصار إجماعاً . أما مالك فيرى تخيير المجنى عليه فإن شاء اقتص وإن شاء أخذ دية كاملة ، ويرى أبو حنيفة والشافعي أن للمجنى عليه القصاص ولا شيء عليه ، وإن عفا فله نصف الدية فقط .

أما مالك فجعل له الدية كاملة ، لأن عين الأعور هي كل بصره أى تساوى عينين . ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص دون خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين في كونها يميناً أو يساراً ، وإن عفا إلى الدية فله جميعها ، لأنه ذهب بجميع بصره فأشبهه ما لو قلع عين صحيح .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٦ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٨ .

(٢) راجع حاشية الطهطاوى ص ٣٦٨ .

والصحيح عليه السلام
وإن قلع الأعور عين صحيح فالرأى الراجح في مذهب أحمد ، إن شاء
اقتص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره ، فإن اختار الدية فله
دية واحدة ، والرأى المرجوح يرى أن له ديتين ، إحداهما : للعين التي
تقابل عينه ، والدية الثانية : لأجل العين الثانية . وعند مالك للمجنى عليه القصاص
ونصف الدية .

وإن قلع صحيح العينين أعور فله القصاص من مثلهما ويأخذ نصف الدية
لأن الجاني ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة ، وقد تعذر
استيفاء جميع الضوء ، إذ لا تؤخذ عينان بعين واحدة ، ولا أخذتني بيسرى ، فوجب
الرجوع ببديل نصف الضوء ، ويرى البعض أن ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو
لغفو على الدية . لأن الزيادة هنا غير مثمرة فلم يكن لها بدل .
ويرى مالك أن الصحيح إذا فقأ عين الأعور فلأخير أن يقتص أو يأخذ
دية كاملة لان نصف دية (١) .

٢٩٦ - الأذنه : وتؤخذ الأذن بالأذن عند الأئمة الأربعة لقوله تعالى ﴿والأذن
بالأذن﴾ ولأنه يمكن القصاص لانتهائه إلى حد فاصل . وتؤخذ أذن السميع بأذن
الأصم ، وأذن الأصم بأذن السميع ، لأنهما متساويان في السلامة من النقص ، وعدم
لسمع نقص في غير صوان الأذن ويؤخذ بعض الأذن ببعضها ويراعى في تقدير
للقطوع نسبته إلى الباقي فيقدر بالجزء ولا يقدر بالمساحة كما ذكر في حالة الأنف .
ويؤخذ الصحيح بالمتقوب والمتقوب بالصحيح ، لأن المتقوب ليس بنقص ،
وإنما تنقب الأذن للزينة ، ولا يؤخذ صحيح بمشقوق لأنه يأخذ أكثر من حقه
ويؤخذ المشقوق بالصحيح وله من الدية ما يقابل النقص عند الشافعي وبعض فقهاء
مذهب أحمد ، وليس له شيء عند باقي الفقهاء (٢) .

(١) موهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ ، المفتى ج ٩ ص ٤٣٠ - ٤٣٢ ، المذهب ج ٢
ص ١٩١ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٨ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المدونة ج ١٦ ص ١١٣ ، المذهب ج ٢ ص ١٩١
الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٠ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٣ .

٢٩٧ - السُّفْهَانِي : وتؤخذ الشفة بالشفة ، وهو ما بين جلد الذقن والخدين علواً وسفلاً لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهي إلى حدم معلوم ، والقصاص فيه ممكن وهذا هو رأى الأئمة الأربعة ، وفي مذهب الشافعى ، من يرى أن لا قصاص فى الشفتين لأنه قطع لحم لا ينتهى إلى عظم ، وهو رأى مرجوح ، وفى مذهب أبى حنيفة يرون القصاص فى الكل ، ولا يرون القصاص فى الجزء لعدم إمكان القصاص بدون حيف ^(١) .

٢٩٨ - اللسان : ويؤخذ اللسان باللسان عند مالك والشافعى وأحمد لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن له حداً ينتهى إليه ، فاقتص فيه ، ولا يؤخذ لسان الناطق بلسان الأخرس ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه ، ولا يرى مالك القصاص فى هذه إلا إذا كان فى اللسان منفعة للجانى كما هو الحال فى اليد الشلاء ، وإن قطع نصف اللسان أو ثلثه أو رבעه اقتص من لسان الجانى فى مثل ذلك القدر ، وفى مذهب الشافعى رأى يرى عدم القصاص فى البعض ، لأنه لا يؤمن أن يتجاوز القدر المستحق ولكنه رأى مرجوح والمذهب أن ما يمكن القصاص فى كله يمكن القصاص فى بعضه ^(٢) أما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص فى اللسان كله أو بعضه إذ القاعدة عنده أن ما يتبع بعض وينبسط لا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المائلة ، ولكن أبا يوسف يرى القصاص فى كل اللسان إن استوعب قطعاً ، إذ يمكن القصاص على وجه المائلة بالاستيعاب ^(٣) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٢ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٢ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٣ ص ٣٠٨ .

٢٩٩ - السن بالس : ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى ﴿ والسن بالسن ﴾

ولأنه محدود في نفسه يمكن القصاص فيه دون حيف ، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويأخذ المكسور بالصحيح ، ولا شيء له عند مالك وأبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وله مقابل مانقص من المكسور عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد ؛ ولا قصاص في قلع السن الزائد لتعذر المثل ، وإن كان له سن زائد في غير موضع المقلوع لم يؤخذ به ، ويرى الشافعي القصاص في السن الزائد إذا كان له مماثل وكذلك أحمد ولا يرى ذلك أبو حنيفة .

ولا يقتص إلا من سن قد سقطت روضه ثم نبقت بعد ذلك ، وإلا فلا قصاص ، حيث إنها تعود بحكم العادة كما كانت قبل السقوط أو الكسر^(١) .

٣٠٠ - اليسر : وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب القصاص .

وإذا كان القطع من مفصل الكوع أو المرفق فله القصاص باتفاق الفقهاء ، أما إذا كان القطع من غير مفصل كالقطع من الكف أو الساعد أو العضد فمالك يرى القصاص إذا أمكن ولم يخفف منه وإلا فلا قصاص ، وأبو حنيفة وأحمد والشافعي لا يرون القصاص لأن محل القطع عظم ، لكن يجوز عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يقتص الجنى عليه من أول مفصل داخل في الجناية ، ولا يميز هذا أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ولا يميزه مالك حتى لو اتفق عليه الطرفان ، ومن أجازاه من فقهاء مذهب أحمد اختلفوا ، فبعضهم يرى أن للجنى

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ ، ٢٦١ - المذهب ج ٢ ص ١٩٢ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٤ البحر الرائق ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

عليه أرش الباقي ، وبعضهم يرى أن لاشيء له مع القصاص ، ومذهب الشافعي أن له أرش الباقي .

وقياساً على ما سبق يكون الحكم في الأعضاء ذات المفاصل ، وهي الأصابع والرجلين ، ولا تؤخذ كاملة الأصابع بناقصة الأصابع ، فإن قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد لأنه يأخذ أكثر من حقه ، لكن الشافعي يميز هو وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يأخذ من أصابع الجاني ما يقابل الأصابع المقطوعة لأنها داخله في الجناية ويمكن استيفاء القصاص فيها ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما مالك فيميز القصاص بين اليد الكاملة واليد الناقصة إذا كان النقص في الجاني أو المجنى عليه أصبعاً واحداً ، أي كانت ، ولا مقابل للأصبع الزائدة فإن زاد النقص عن أصبع واحد فلا قصاص ، ولا يميز مالك ما يميزه الشافعي من أخذ الأصابع دون الكف .

وتؤخذ يد ناقصة الأصابع بيد كاملة الأصابع ، فإن قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصابع ، أو قطع من له خمس أصابع كف من له ست أصابع فلمجنى عليه أن يقتص من الكف وليس له شيء عند أبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وله دية الأصبع الخامس والحكومة في الأصبع السادس عند الشافعي فقهاء مذهب أحمد لأنه وجد بعض حقه ، وعدم الباقي ، فأخذ الموجود وانتقل في المعدوم إلى البدل ، أما الفريق الآخر فحجته أنه لا يجوز الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد . ورأى مالك تؤخذ الناقصة بالكاملة إذا كان النقص أصبعاً واحداً ، ولا مقابل للنقص فإن كان النقص أكثر من أصبع خير المجنى عليه بين القصاص والدية ، فإن اقتص فلا شيء له

ولا يؤخذ أصلي بزائد ، فإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويميز الشافعي وبعض فقهاء أحمد القصاص من الأصابع الأصلية

على ما ذكرنا آنفاً ، ومذهب مالك يميز القصاص لأن نقص أصبع واحدة لا يمنع من القصاص .

ويجوز أخذ الزائد بالأصلى ، فإن قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية ، فلم يجنى عليه عند الشافعى أن يقتص من الكف لأنه دون حقه ، ولا شيء له لنقصان أصبع أصلية ، لأن الأصبع الزائدة تقوم مقامها ، إذ أنها مثلها فى الخلقة . وفى مذهب أحمد رأى يرى أن لانقصاص لاختلاف الزائدة عن الأصلية ، ورأى يرى القصاص إذا كانت الزائدة فى محل الأصلية ، ورأى يرى القصاص مطلقاً لأن الزائدة لا عبرة بها .
ويظهر أن أبا حنيفة يميز أخذ الزائد بالأصلى ، لأنه يعتبر الزيادة نقصاً ، والقاعدة عنده أن الناقص يؤخذ بالكامل^(١) .

والقاعدة عند مالك : أنه لا يؤخذ الكامل بالناقص . ويؤخذ الناقص بالكامل ، إلا إذا رضى المجنى عليه أن يأخذه دون مقابل النقص حتى لا يجمع بين قصاص ودية .

فتلاً إذا قطع صاحب اليد السليمة أقطع الكف لم يقتص للأقطع من يد السليم حيث لا يؤخذ كامل بناقص ، لكن إذا قطع أقطع الكف يد غيره من المرفق فلم يجنى عليه القصاص بأن يقطع اليد الناقصة من المرفق وله أن يختار الدية ، فإذا قطع اليد الناقصة فلا شيء له^(٢) .

ولا يميز مالك لمن قطع من مفصل أن يقطع الجانى من مفصل أدنى منه داخل فى الجنابة ولورضى الجانى والمجنى عليه ، لكن إذا وقع القصاص على هذا الشكل فقد أجزأ ولا يعاد لو طلب المجنى عليه استيفاء الباقي^(٣) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٨ ، ٣٠٣ - المذهب ج ٢ ص ١٩٢ ، ١٩٤ - الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٩٩ ، ٤٥٠ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ - وشرح الدردير يجوز أخذ الزائد بالزائد .

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٥ .

(٣) المرجع السابق .

ويقتص من الأصبع الزائد في الأصبع الزائد المائل كما جاء في شرح الدردير إذا تساوى في الحل ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة . لأن الزائد في معنى المزلزل ، ولا قصاص عنده في مزلزل ، حتى أنه يرى أن لاقصاص بين يدين في كل منهما أصبع زائدة ، ولكن أبا يوسف يرى القصاص في هذه الحالة للمساواة بين اليدين .

٣٠١ - الإلتيان : - وتؤخذ الإلتيان بالإلتيين وهما الفاتنتان بين الظهر

والفخذ ، وهو رأى مالك . ويأخذ به بعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد ، وحجتهم قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن الإلتيين ينتهيان إلى حد فاصل ، فوجب فيهما القصاص كأى عضوله مفصل ، أما البعض الآخر فيرى أن لاقصاص لأن الإلتيين لحم متصل بالعم وليس له حد فاصل يؤمن معه الحيف وهو رأى أبو حنيفة ^(١)

٣٠٢ - ويؤخذ الذكر بالذكر : لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾

ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن الفصل فيه من غير حيف عند مالك والشافعي وأحمد ، ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص في الذكر لأنه ينقبض وينبسط فلا يمكن القصاص على وجه المائلة ولكن أبا يوسف يرى القصاص إذا استوعبت الذكر كله لأن له حدا ينتهى إليه .

ويؤخذ بعضه ببعضه عند مالك وأحمد ، وفي مذهب الشافعي رأيان أرجحهما أخذ البعض بالبعض ، وعند أبي حنيفة تؤخذ الحشفة بالحشفة ولاقصاص في بعضها ولا في بعض الذكر غيرها .

ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصى لأنه كذكر الفحل في الجماع وعدم الإنزال لمعنى في غيره ويقطع الأغلف بالختون ، لأنه يزيد على الختون بجلدة تستحق إزالتها بالختان ولا يؤخذ صحيح بأشل ، لأن الأشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل ^(٢)

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - بدائع الصنائع ص ٢٩٨ ، ٢٩٩ - المذهب ج ٢ ص ١٩٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ - المذهب ج ٢ ص ١٩٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٩ .

٣٠٣ — وتؤخذ الأثنيان بالأثنيين لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه ؛ فإن قطع أحد الأثنيين وقال أهل الخبرة يمكن أخذها من غير إتلاف الأخرى اقتص منه حتى لا تؤخذ أثنيان بواحدة ، وهذا هو رأى الشافعى وأحمد والظاهر من مذهب مالك ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص فى الأثنيين حيث لاحد لهما ينتهيان إليه فيهما^(١) .

٣٠٤ — السُّفْرَانِ — قياس مذهب مالك أن فى الشفرين القصاص ، وقياس مذهب أبى حنيفة لاقصاص فيهما ، وفى مذهب الشافعى وأحمد رأيان : أحدهما يقول بالقصاص ، والثانى يرى أن لاقصاص ، وحجة الأول أن لهما حداً ينتهيان إليه ، وحجة الثانى أن الشفرين لحم وليس لهما حد ينتهيان إليه^(٢) .

ثانياً - فى إذهاب معانى الأطراف

٣٠٥ — المفروض فى تفويت منفعة الأطراف بقاء أعيانها ، فإن ذهب المعنى مع الطرف دخل الفعل تحت أيامة الأطراف ، لأن معنى الطرف يكون تابعاً للطرف فى هذه الحالة .

والأصل أنه لاقصاص فى تفويت منفعة معانى الأطراف لعدم إمكان الاستيفاء ، وإسكن معظم الفقهاء لا يرون مانعاً من محاولة القصاص ، فإن أمكن الاستيفاء ، فقد أخذ الجنى عليه حقه ، وإن لم يتمكن أُلزم الجانى بالدية وهم يفرقون بين ما إذا كان الفعل يجب فيه القصاص أو لا يجب فيه القصاص . فإن كان فيه القصاص استوفى القصاص فى الفعل المادى ، فإن ذهبت المعانى المائلة فقد انتهى الإشكال ، وإن لم تذهب عمل على إذهابها بطريقة إن أمكن

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٩ - المهذب ج ٢ ص ١٩٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٠ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٠ . ويرى مالك وأحمد والشافعى القصاص فى الأطراف . ويرى أبو حنيفة القصاص فى حلة التدى دون التدى ، وعند مالك وأبى حنيفة لاقصاص فى شعر الرأس والحاجين والشارب واللحية .

فإن لم يكن ذلك في الإمكان فقد امتنع القصاص لعدم إمكانه ووجبت الدية محله .

وإذا كان الفعل لا يجب فيه القصاص عمل على إذهاب المعاني بطريقة علمية إن أمكن ذلك ، فإن ذهبت المعاني فقد أخذ الجنى عليه حقه ، وإلا وجب عليه الدية بدلاً من القصاص ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد^(١) ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص فى الفعل ولا فى ذهاب المعنى ، ولو كان الفعل أصلاً يمكن القصاص فيه كالموضحة التى تذهب البصر ، لأن القصاص على وجه المائلة غير ممكن ، إذ الفعل الذى يراد القصاص فيه جرح مذهب لمعنى طرف ، وإحداث مثل هذا الجرح على وجه التماثل غير ممكن ، ويرى أبو يوسف ومحمد القصاص فى الفعل إذا كان مما يجب فيه القصاص وفى المعنى الدية ، وهناك رواية عن محمد عن ابن سماعة أن فى الفعل والمعنى القصاص معاً إذا كان القصاص من المعنى ممكناً كالإبصار ، أما إذا كان القصاص من المعنى غير ممكن فلا قصاص إلا فى الفعل ، ويرى بعض أصحاب الشافعى أن لا قصاص فى السراية أصلاً وهو رأى مرجوح وليس هو المذهب^(٢) .

ويضربون مثلاً لتطبيق القواعد السابقة فى حالة وجوب القصاص فى الفعل رجل ضرب آخر فشججه موضحة ذهب معها سمعه أو بصره أو شمه ، فله جنى عليه عند مالك والشافعى وأحمد أن يقتص من الموضحة ، فإن ذهب معها السمع أو البصر أو الشم فقد أخذ حقه ، وإن لم يذهب عولج بما يذهب بصره أو سمعه أو شمه دون جناية على العين أو الأذن أو الأنف ، فإن كان إذهاب المعانى يقتضى الجناية على هذه الأعضاء لم يجز إذهاب المعانى . ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص فى الموضحة ولا فى غيرها ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص فى الموضحة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ - المذهب ج ٢ ص ١٩٩ ، ٢٠٠ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٢ .

فقط ، ورأى محمد عن ابن سماعة ، ورأى بعض فقهاء مذهب الشافعى يرى القصاص المباشر من الموضحة ومن العين ، ولا يرى القصاص المباشر من السمع والشم لأنه غير ممكن .

ويضربون مثلاً في حالة عدم القصاص شجة وفوق الموضحة لا قصاص فيها من الجرح ، وإنما تبقى فقط محاولة إذهاب المعنى ، على أن الشافعى وبعض الفقهاء في مذهب أحمد يرون أن يقتصر موضحة فقط في هذه الحالة .

ثالثاً : القصاص في الشجاج

٣٠٦ - لا خلاف بين الفقهاء الأربعة على أن الموضحة من الشجاج فيها القصاص لإمكان الاستيفاء على وجه المائلة ، إذ لها حد تنتهى إليه السكين وهو العظم ، ولا خلاف بينهم أيضاً في أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء على وجه المائلة . لأن الهاشمة تهشم العظم . والمثقلة تنقله من مكانه بعد هشمة ، والأمة لا يؤمن معها أن تصل السكين إلى المخ وكذلك الدامعة .

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فختلف فيه . فمالك يرى القصاص فيها جميعاً لا مكان القصاص^(١) ، وأبو حنيفة يرى طبقاً لرواية الحسن أنه لا قصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسحقاق إن أمكن القصاص في السحقاق ، بينما ذكر محمد في الأصل أن القصاص واجب في الموضحة أو السحقاق ، والباضعة والدامية ، لأن استيفاء المثل ممكن بقياس الجراحة طولاً وعمقاً^(٢) .

ومذهب الشافعى وأحمد على أنه لا قصاص في غير الموضحة من الشجاج ، لأن ما فوق الموضحة يتعذر فيه الاستيفاء على وجه المائلة ، لكنهما يريان أن للمجنى عليه الحق في أن يقتصر ، وهى بعض حقه ، لأن ما فوق الموضحة يزيد عليها فإذا اقتصر موضحة فقط فقد أخذ بعض حقه ، ويرى الشافعى أن للمجنى عليه مع ذلك أن يأخذ الفرق بين دية الموضحة ودية تلك الشجة ، لأن تعذر

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٩

القصاص على سبيل المائلة ينقل حقه إلى البدل فيما لم يقتص منه ، ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد هذا الرأي ، ويرى البعض الآخر أن لا شيء له مع القصاص حتى لا يجتمع القصاص والدية في عضو واحد .

أماما قبل الموضحة من الشجاج فيرى الشافعي وأحمد أن لا قصاص فيها لأنها جراحات لا تنتهي إلى عظم فليس لها حد معلوم تؤمن معه الزيادة ، ولا عبرة عندهما بقياس عمق الجرح ، لأن الأخذ بهذه الفكرة يؤدي إلى أن يقتص من الباضعة والسحقا موضحة ومن الباضعة سمحاقاً ، لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً ، بحيث يكون عمق باضعته كعمق موضحة الشاج أو سمحاقه ، ولأننا لم نعتبر في الموضحة عمقها فكذلك يجب أن يكون الحال في غيرها^(١) .

القصاص في الجراح

٣٠٧ — اختلف الفقهاء اختلافاً بيناً في الجراح ، فمالك يرى القصاص في كل جراح الجسد ولو كانت مثقلة أو هاشمة ، أي ولو كانت مصحوبة بكسر في العظام ، لأنه يرى القصاص ممكناً على وجه المائلة ، ولا يمنع القصاص إلا إذا عظم الخطر منه كما في عظام الصدر والعنق والصلب والفخذ ، فإذا لم يكن هناك خطر أصلاً أو كان خطر لم يعظم فالقصاص واجب^(٢) ولا قصاص في الجائفة .

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص في الجراح أصلاً ، سواء كانت جائفة أو غير جائفة حيث لا يمكن الاستيفاء فيها على وجه المائلة ، لكن إذا أدى الجرح للموت وجب فيه القصاص إن كان الجاني متعمداً القتل لأن الجراحة تصبح بالسراية نفساً^(٣) .

ويرى الشافعي وأحمد القصاص في جراح الجسد إذا كان الجرح في معنى

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٠ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦٠ ، ٤٦٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠ .

الموضحة أى إذا كان الجرح ينتهى إلى عظم كجروح الساعد والعضد والساق والفخذ فهذه يمكن المائلة فيها فيجب فيها القصاص . ولكن بعض أصحاب الشافعى لا يرون القصاص فى جراح الجسد أيا كانت . وهو رأى مرجوح وحتجتهم أن موضحة الرأس لها أرش مقدر ، أما جراح الجسد فلا ، ورد عليهم بأن الأساس فى القصاص ليس الأرش ، وإنما قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ^(١) .

وأساس اختلاف الفقهاء هو اختلاف التقدير ، فمن رأى القصاص ممكناً على وجه المائلة فى معظم الجراح كالك قال به . ومن رآه غير ممكن أصلاً كأبى حنيفة قال لا قصاص ، ومن رآه ممكناً فى الإيضاح فقط كشافعى ومالك قال بالقصاص فيما أوضح العظم من الجراح فقط .

القصاص فى القسم الخامس

٣٠٨ - إذا لم يذهب الاعتداء بطرف أو بمعناه ولم يحدث شجة ولا جرحاً فلا قصاص طبقاً لرأى أغلب الفقهاء . فاللطمه والوكزة . والوجأة . وضربة السوط والعصا لا قصاص فيها إذا لم تترك أثراً ^(٢) .

ويستثنى مالك السوط ، ويرى القصاص فى ضربة السوط ولو لم يحدث جرحاً أو شجة ، ولكنه لا يرى القصاص فى اللطمه وضربة العصا إلا إذا تركت جرحاً أو شجة ^(٣) ويرى شمس الدين بن قيم الجوزية من فقهاء الحنابلة القصاص فى اللطمه والضربة بقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ فأمر بالمائلة فى العقوبة والقصاص . فالواجب أن يفعل بالمعتدى كما فعل فإن لم يمكن كان الواجب ما هو الأقرب والأمثل . وسقط ما عجز عنه العبد من المساواة من كل وجه ، ولا ريب أن اللطمه باللطمه والضربة بالضربة أقرب إلى المائلة المأمورها

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٠ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩٩ ، (٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

المدونة ج ٦ ص ٢٣٩ - الاقناع ج ٤ ص ١٩٠ .

حساً وشرعاً من التعزير بغير جنس اعتدائه ، وقدره وحقيقته ، وقد استدل على صحة رأيه بأن أحمد بن حنبل قال بالقصاص من اللطمة والضربة ، وأن أبا بكر وعثمان وعلياً وخالد بن الوليد أقادوا من لطمة ، وأن عمر بن عبد العزيز أفاد رجلاً صفعه آخر حتى سلح^(١) ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد القصاص من اللطمة إذا ذهب بضوء العين^(٢) ولكنهم لا يرون القصاص في اللطمة وحدها .

استيفاء القصاص

٣٠٩ - **سحق القصاص** : مستحق القصاص فيما دون النفس هو الجنى عليه دون غيره وله أن يستوفي القصاص إذا كان بالغاً عاقلاً . فإن لم يكن كذلك فيرى مالك وأبو حنيفة أن يقوم مقامه في الاستيفاء الولي أو الوصي^(٣) وهذا الرأي يأخذ به بعض الفقهاء في مذهب أحمد .

ويرى الشافعي وأغلب الفقهاء في مذهب أحمد أن الولي والوصي ليس لهما أن يستوفيا قصاصاً استحق للصغير أو الجنون ، لأن القصاص للتشفي ، ولا يتوفر هذا المعنى في قصاص الولي والوصي . فينتظر بلوغ الصغير وإفاقة الجنون^(٤) .

ويعطى مالك للولي والوصي والقيم حق الاستيفاء في النفس وفيما دونها ويعطى أبو حنيفة للولي حق الاستيفاء في النفس ، وللولي والوصي والقيم حق الاستيفاء فيما دون النفس ، ويعمل ذلك بأن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لقصور في الشفقة الباعثة عليه بخلاف الأب والجد ولذا لا يلي استيفاء القصاص في النفس ، أما ما دون النفس فيسلك بهما مسلك

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢ وما بعدها

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٩ المعنى ج ٩ ص ٤٢٨

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٢ .

(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ - مهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

الأموال، والوصى ولاية استيفاء المال . فأخيرُ له أن يستوفي القصاص فيما دون النفس ، لأنه في حكم استيفاء المال^(١).

٣١٠ - هل يجبس الجاني إذا أضر القصاص؟ ومن يرى تأخير القصاص حتى البلوغ أو إفاقة المجنون لا يرى حبس الجاني حتى البلوغ أو الإفاقة ما دامت الجناية على ما دون النفس ، بل يطلق سراح الجاني ، أما إذا كانت الجناية على النفس فيحبس الجاني ، ويترتب على هذا أنه لو أطلق سراح الجاني ثم مات المجنى عليه بالسراية . تعين حبس الجاني ، لأن الجناية أصبحت نفساً^(٢).

٣١١ - مدى سلطة الولي والوصى : تتأثر سلطة الولي والوصى طبقاً لاختلاف وجهة نظر الفقهاء في عينية القصاص ، فمن رأى أن القصاص واجب عيناً وأن الدية لا تجب بتنازل المجنى عليه عن القصاص على الدية . وإنما تجب برضاء المجنى عليه ، من رأى هذا كالك وأبى حنيفة منعاً الولي والوصى من العفو، لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق ، والحق للصغير والمعتوه وليس لهما ، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ، وولايتهما مقيدة بالنظر للصغير ، والعفو ضرر محض ، لأنه إسقاط دون مقابل . وإنما يجوز للولي والوصى الصلاح على القصاص مقابل مال بشرط أن لا يقل عن الدية أو الأرش ، فإن صالحاً على أقل من ذلك كان للصغير والمجنون الرجوع على الجاني بما نقص من الدية أو الأرش ، ويقيّد مالك الرجوع على الجاني بأن لا يكون معسراً وقت الاتفاق ، وإذا رجع المجنى عليه على الجاني لم يكن للجاني أن يرجع على الولي أو الوصي بما رجع عليه به المجنى عليه^(٣).

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٤ .
(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ ، ٢٨٨ الدردير ص ٢٢٠ البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .
(٣) المراجع السابقة .

والشافعي وأحمد لا يريان أن للولي حق الاستيفاء ، ولا يجعلان للوصي أو القيم دخلاً في هذا الحق ، ولكنهما يعطيان الولي حق العفو عن القصاص إلى الدية ، ولا يعطيان حق العفو مجاناً ولولي المجنون أن يعفو على المالم عند البعض بالشرط السابق . وليس له العفو عند البعض لأن نفقته في بيت المال^(١).

٣١٢ - هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ : العـالة في منع الصغير والمجنون من الاستيفاء قبل البلوغ والإفاقة ، ان القصاص حق ، وان استعماله يقتضى الأهلية فيمن يستعمله ، فإذا وثب الصغير أو المجنون بالجاني ففعلاً به مثل ما فعل بهما كأن كان الجاني قطع يد الصغير فقطع الصغير يده ، فيرى البعض أنه يصير مستوفياً لحقه لأن عين حقه أتلفه ، فأشبهه مالمو كانت له ودعة عند رجل فأتلفها ، فإن المودع لديه لا يسأل عن الودعة . ويرى البعض أن لا يعتبر مستوفياً لحقه لأنه ليس من أهل الاستيفاء ، ويعتبر جانباً على الجاني ، وعلى الأخير أن يؤدي للصغير أرش يده ويرجع على عاقلة الصغير بأرش يده هو لأن عمد الصغير خطأ^(٢).

٣١٣ - من يلي الاستيفاء ؟ لا يستوفى القصاص فيما دون النفس إلا بحضرة السلطان وتحت إشرافه ، لأن القصاص فيما دون النفس يحتاج إلى الاجتهاد ويسهل فيه الخيف ولا يؤمن أن يحيف المقتص فوجب أن يكون تحت إشراف السلطان .

ومذهب أبي حنيفة وهو وجه في مذهب أحمد ، جواز الاستيفاء من الجنى عليه فيستوفى الجنى عليه نفسه ، إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه وكل عنه من يحسنه ، لأن القصاص حق له فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق ، والمقصود من القصاص التشفى ، وتمكين الجنى عليه من القصاص أبلغ في التشفى ، ولكن لما كان استعمال الحق يحتاج إلى خبرة خاصة ،

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٨٤ - والمهذب ج ٢ ص ٢٥٠ - والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ - والمهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

فإن المجنى عليه لا يمكن منه إلا إذا توفرت فيه هذه الخبرة ، فإن لم تتوفر وكل عنه خبيراً بالقصاص ، والقائلون بهذا الرأي في مذهب أحمد لا يرون مانعاً من تعيين رجل بأجر من بيت المال يكون خبيراً بالقصاص ، مهمته أن يستوفى نيابة عن المجنى عليه من الذين لا يحسنون الاستيفاء^(١) .

ويرى مالك والشافعي - ورأيهما وجه في مذهب أحمد - يرون بأن المجنى عليه ليس له أن يستوفى فيما دون النفس بأي حال ، سواء كان يحسن القصاص أولاً يحسنه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفي أن يحيف على الجاني أو ينجي عليه بما لا يمكن تلافيه وإنما يتولى القصاص في النفس من يُحْسِنُهُ من الخبراء ، ويقول مالك في ذلك « أحب إلى أن يولى الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان عدلاً » وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موظفاً مخصصاً بمهمة القصاص فيما دون النفس^(٢) .

كيفية الاستيفاء في الشجاج والجراح : ذكرنا أن الاستيفاء في الشجاج والجراح يكون بالمساحة ، فيراعى طول الجراح وعرضها عند الشافعي وأحمد ولا يراعى العمق ، أما مالك وأبو حنيفة فيراعون العمق فوق مراعاة الطول والعرض والفرق بينهما وبين الشافعي وأحمد : أن الأولين يقرلان بالقصاص من الشجاج قبل الموضحة كلها أو بعضها ، أما الأخيران فيقولان بالقصاص من الموضحة فقط ، ولما كانت الموضحة هي التي توضح العظم أى تظهره . فليس هناك ما يدعو لقياس العمق ، لأن حد الجراحة هو إيضاح العظم أى إظهاره ، أما ما قبل الموضحة فليس له حد في عمقه معين ، فاشتراط قياس عمق الجرح لتحقيق التماثل بين فعل الجاني والمقتص والقاعدة عند الشافعي وأحمد اعتبار كل العضو .

(١) بدائم الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ الشرح الكبير .

ولا يتقيد الشافعى وأحمد عند الاستيفاء بمكان الشجة والجراحة من العضو المصاب مادام هذا المكان فى عضو الجانى لا يتسع للقصاص ، ويعتبران عضو الجانى كله ، أعلاه وأسفله ، ووجهه وظهره محلا للقصاص حتى تستوفى الجراحة المائلة طولاً وعرضاً ، ولكنهما يشترطان أن يبدأ من حيث بدأ الجانى إذا كانت الجراحة لا تأخذ كل العضو وأن لا ينتقل القصاص من عضو إلى عضو آخر فإذا لم يتسع عضو الجانى كله لمثل الجراحة التى بعضو المجنى عليه . اكتفى بما اتسع له عضو الجانى فقط . وهذا لا يظهر إلا إذا كان عضو الجانى أصغر من عضو المجنى عليه أما إذا كانت مثله فالاستيفاء فى نفس الحل .

فمثلاً إذا كانت رأس الشاج أصغر من رأس المشجوج ، وكانت الموضحة فى مقدم الرأس أو فى مؤخره أو قرعته وأمكن أن يستوفى قدرها فى موضعها من رأس الشاج لم يستوف فى غيرها . وإن كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الشاج استوفى بقدرها ، وإن جاوز الموضع الذى شجه فى مثله لأن الجميع رأس ، فإن كانت فى مقدم الرأس فلم يتسع لها مقدم الرأس استوفى بقية الشجة فى جانب الرأس وإن كان قدرها يزيد على كل رأس الجانى لم يحز أن ينزل إلى الوجه والرقبة لأنه قصاص فى غير العضو الذى جنى عليه وهو الرأس وإن أوضح الجانى كل رأس المجنى عليه ، ورأس الجانى أكبر من رأس المجنى عليه ، بدأ المجنى عليه بالقصاص من أى جانب شاء ، لأن الرأس جميعها محل للجنابة ، وإن أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس ، وبعضه من مؤخره فهناك رأيان : رأى يقول بعدم جوازه لأنه يأخذ موضحين بموضحة ، ورأى يقول بالجواز مادام لا يجاوز قدر الجنابة وموضعها وهو الرأس ، إلا أن يقول أهل الخبرة إن فى ذلك زيادة ضرر أو شين .

أما إذا كان رأس الجانى هو الأكبر فالمجنى عليه أن يستوفى مثل شجته فى مكانها . وهذا هو رأى الشافعى وأحمد^(١) .

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩٠ - المعنى ج ٩ ص ٤١٤ وما بعدها - مواهب الجليل ص ٢٤٦ شرح الدردير ص ٢٢٣ .

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الاستيفاء بحسب طول الشجة وعرضها ما أمكن بشرط أن لا يؤدي القصاص إلى إحداث شين الجاني أكثر من شين المجنى عليه فإذا أخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وكانت تزيد على ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فليس للمشجوج أن يزيد على ما بين قرني الشاج وله أن يأخذ الأرض إن شاء ، وكذلك لو كانت الشجة لا تستوعب ما بين قرني المشجوج فله أن يقتصها غير مستوعبة وإن شاء الأرض ^(١) .

كيفية القصاص في الجراح : لاقصاص في الجراح عند أبي حنيفة . ويرى أحمد والشافعي القصاص فيما أوضح العظام ، أما مالك فيرى القصاص في كل الجراح ما أمكن القصاص ما لم تكن مخوفة . والقاعدة التي أخذ بها مالك والشافعي وأحمد في الشجاج هي قاعدتهم في الجراح .

كيفية القصاص في الأطراف : القاعدة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن لاقصاص إلا من الفصل في الأطراف أما مالك فيجيز القصاص من غير مفصل لأنه يجيز القصاص من العظام . فإذا كان القطع من غير مفصل فلا قصاص إلا عند مالك ، لكن الشافعي وأحمد لا يريان مانعاً من القصاص من أول مفصل داخل في الجناية ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة .

٣١٤ — **كيفية الاستيفاء :** لا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ، ولا يستوفى بآلة يخشى منها الزيادة ولو كانت هي الآلة المستعملة في الجريمة ، ولا يقاس الاستيفاء في الجراح بالاستيفاء في القتل لأن القتل اشترط في استيفائه السيف ، لأن السيف آلة القتل وليس ثمة شيء يخشى التمدى إليه ، فيجب أن يستوفى ما دون السيف بالآلة الملائمة للقصاص ، ويتوفى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاؤه ، ولقد

منعنا القصاص كلية فيما تخشى الزيادة في استيفائه ، فلأن يمنع الآلة التي يخشى منها الزيادة أولى ، فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فيقتص بالموسى أو بحديدة ماضية معدة لذلك ، ولا يستوفى إلا من له علم كما قدمنا كالجراح ومن في حكمه ، وإن كان على موضع الجراحة شمر حلق ، ثم تقاس الشجة بخشبة أو بخيط ويعلم طولها ، ويقاس مثلها في رأس الشاج وتعلم بخط بسواد أو بغيره ، ثم تؤخذ حديدة عرضها عرض الشجة فيضعها في أول المكان الملم بالسواد ثم يجرها إلى آخره ، وإن كان الفعل قطعاً من مفصل قطع الجراح مفصل الجاني بأرفق وأسهل ما يقدر عليه ، وهكذا يراعى في الاستيفاء أن يكون بما يؤمن معه الحيف والتعذيب . وأن يكون بألة ماضية معدة للاستيفاء وأن يكون الاستيفاء من خبير يأتي به على أرفق وجه وأسهل^(١) .

وكل ذلك إنما هو تطبيق لشرط التماثل وأخذاً بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « إن الله كتب الإحسان على كل شيء . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » .

ولا يقتص من الجاني في حر شديد ولا برد شديد حتى لا يكون للقصاص أثر على الجسم غير عادي ، ولا يقتص من الجاني وهو مريض حتى يشفى من مرضه ، ويعتبر النفاس مرضاً حتى تنتهى أيامه ، وإذا وجب الحد على ضعيف الجسم يخاف عليه من الموت سقط الحد ووجب عليه الدية^(٢) ولا قصاص فيما دون النفس على حامل حتى تضع حملها ولو كان الحمل بعد الجنابة^(٣) .

(١) مواهب الجليل ص ٢٥٤ - بدائع الصنائع ص ٣٠٩ - مهذب ج ٢ ص ١٩٩ -
اللفي ج ٩ ص ٤١٢ .

(٢) مواهب الجليل ص ٢٣٥ .

(٣) اللفي ج ٩ ص ٤٤٩ .

٣١٥ - الاستيفاء عند نمر المستحقين : إذا تعدد المستحقون وكان محل حق كل منهم غير محل الآخر فلكل منهم أن يستوفي حقه في أى وقت يشاء . حيث لا يتوقف استيفاء حقه على استيفاء الآخرين .

أما إذا تعدد المستحقون لمحل واحد كأن قطع رجل يميني رجلين . فإن محل القصاص للمجنى عليهما هو يمين الجاني . وحكم هذه الحالة عند مالك ، أنه إذا حضر المجنى عليهما معاً أو حضر أحدهما وتغيب الآخر فإن يد الجاني تقطع وليس لها شيء غير ذلك ، وهذا تطبيق لنظريته فإن القصاص واجب عيناً ، وإن حققهما تعلق بقطع يد الجاني ، فإذا قطعت فقد انتهى حقهما^(١) .

وتقول نظرية مالك : إنه إذا استحق أكثر من واحد القصاص من عضو اقتص من العضو ولو طلب أحدهم القصاص فقط ويسقط حق الباقيين . وإذا استحق أكثر من واحد القصاص في عضو واحد اختلفت حقوقهم . بأن استحق أحدهم كل العضو واستحق بعضهم بعض العضو . كان قطع لواحد السبابة اليمنى ، وللثاني أصابعه ، وللثالث يده من المعصم ، وللرابع يده من المرفق فلكل هؤلاء يستحقون في يد المرفق . فتقطع اليد من المرفق لهم جميعاً . ولا شيء لهم مالم يكن الجاني قصد المثلة بهم فيقتص للأول في السبابة ثم تقطع بقية أصابعه ، ثم تقطع اليد من المرفق .

ويرى أبو حنيفة أنهما إذا حضرا جميعاً فلهما أن يقطعا يمين الجاني ويأخذا منه دية يديهما نصفين لأنهما استويا في سبب الاستحقاق . وقد وجب قطع اليد في حق كل واحد منهما ، فيستحق كل منهما قطع يده ، ولا يحصل من كل منهما في يد واحدة إلا قطع بعضها ، فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع إلا بعض حقه فيستوفي الباقي من الأرض .

وهذا الرأي تطبيق لنظرية أبي حنيفة في وجوب القصاص عيناً ، تلك

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٥ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٨ .

النظرية التي قيدها في حالة زوال محل القصاص بحق فيما دون النفس ^(١).
وتقول نظرية أبي حنيفة : إنه إذا تجمعت حقوق في عضو وجب استيفاء
حق كل واحد بالقدر الممكن . بغض النظر عن أسبقية الاستحقاق ، فإذا وجد
مع ذلك حق أحد المستحقين ناقصاً خير بين القصاص والدية ولا شيء له إذا
اقتص وإذا لم يتمكن أحد المستحقين من القصاص فله الدية
أما الشافعي فيرى أنه إذا قطع أكثر من واحد فيقتص منه للأول وللباقيين
الدية وإن سقط حق الأول بعفو أو صلاح مثلاً اقتص للثاني وهكذا إذا اقتص
لواحد بعينه تعين حق الباقيين في الدية ، لأن القود فاتهم بغير رضاهم . وإذا
قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال فلم يعرف من قطع الأول . أفرع بينهم
فمن خرجت له القرعة اقتص له وتعين حق الباقيين في الدية ^(٢) .

وحجة الشافعي أن الجاني إذا قطعت يده لأحد المستحقين صارت حقاً له ،
ولا يمكن أن تكون مع ذلك حقاً لغيره فوجب الدية للغير ، والشافعي يطبق
هنا نظريته في القتل .

أما أحمد فيطبق أيضاً نظريته في القتل ويرى أن المجنى عليهم إذا اتفقوا على
قطع الجاني قطع لهم جميعاً ، ولا شيء لهم فوق ذلك ، لأن حقهم في القطع وقد
رضوا به ، فإن أراد أحدهم القود وأراد الباقيون الدية قطع لمن أراد القود وتعين
حق الباقيين في الدية ^(٣) .

وأساس نظرية الشافعي وأحمد أنه : إذا تجمعت حقوق في طرف واحد
استوفى الحقوق كلها بالقدر الممكن بشرط تقديم الأسبق في الاستحقاق ، وإذا
وجد حق أحد المستحقين ناقصاً ، خير بين القصاص والدية ، ولا شيء له إذا
اقتص عند بعض فقهاء مذهب أحمد ، وله أرش الناقص عند الشافعي وبعض الفقهاء ،

(١) المنى ج ٩ ص ٤٤٩ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٩٥ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٣ - المنى ج ٩ ص ٤٤٩ .

وإذا لم يتمكن أحد المستحقين مع ذلك مع القصاص فله الدية .
وإذا بادر أحدهم فقطعه فقد استوفى حقه ولا شيء للآخرين عند مالك .
ولهم الدية عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد .

٣١٦ - هل يمكن قطع أطراف الجاني قصاصاً ؟ إذا استحقت كل أطراف الجاني قصاصاً اقتصر منه في جميعها بعكس ما عليه في تنفيذ الحدود فإذا قطع الجاني يدي رجل ورجليه قطعت يداه ورجلاه لأنه المثل ، ولأن استيفاء المثل ممكن . ولو قطع يمين رجل ويسار آخر قطعت يمينه لصاحب اليمين . وقطعت يساره لصاحب اليسار لأن هذا يحقق المائلة . وهكذا يقطع من الجاني طرف بعد طرف كلما استحق ولم يمكن ثمة مانع يمنع القصاص ^(١) .

٣١٧ - إذا قطع أصبع شخص من المفصل من اليد اليمنى مثلاً ثم قطع اليمنى لشخص آخر . فيرى مالك أن تقطع اليد اليمنى فقط ولا يقطع الأصبع إلا إذا كان الجاني قد قصد المثلة فيقطع الأصبع ثم تقطع بعد ذلك اليد وفي الحالين لا شيء للمجنى عليهما ، لأن حقهما معلق بالقصاص دون غيره وقد اقتصر من الجاني ^(٢) ويرى أبو حنيفة أنهما إذا جاءا يطلبان القصاص مجتمعين ، يقتصر أولاً في الأصبع لأننا لو بدأنا بالقصاص في اليد أبطلنا حق صاحب الأصبع في القصاص ، ولو بدىء بالأصبع لم يبطل حق صاحب اليد في القصاص ، لأنه يمكن من استيفائه مع نقصان ويخير صاحب اليد بين القصاص والدية ، لأن الكف صارت معيبة بقطع الأصبع فوجد حقه ناقصاً فيثبت له الخيار كالأشمل إذا قطع يد الصحيح ، وإذا جاءا متفرقين فإن جاء صاحب الأصبع أولاً اقتصر له حتى إذا جاء صاحب اليد خير على الوجه السابق ، أما إذا جاء صاحب اليد أولاً اقتصر له ، لأن حقه ثابت في اليد ولا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب يحتمل أن يحضر ويطالب ، ويحتمل أن لا يحضر ولا يطلب ، فإن جاء

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٠ .

(٢) المواهب ج ٦ ص ٢٥٦ - الدردير ص ٢٣٦ .

صاحب الأصبع بعد ذلك أخذ الأرش لتعذر استيفاء القصاص^(١) .
ويرى الشافعي وأحمد أنهما إذا حضرا معا قدم في القصاص صاحب الأسبقية
في الاستحقاق ، فإن كان قطع الأصبع أسبق ، قطعت أصبعه قصاصاً ، وخير
صاحب اليد بين العفو إلى الدية وبين القصاص وأخذ دية الأصبع لأنه وجد
بعض حقه ، فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود ويرى بعض فقهاء
مذهب أحمد ، أن له القصاص فقط وليس له دية الأصبع كما هو مذهب أبي حنيفة
لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية - وإن كان قطع اليد سابقاً على
قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الأصبع أرشها^(٢) .

ويقاس على ما سبق ما لو قطع أصبع رجل من مفصل ثم قطع أصبع آخر
من مفصلين ثم قطع أصبع ثالث كلها . وذلك كله في أصبع واحدة كالسبابة مثلاً .
فعند مالك تقطع السبابة لهم جميعاً ولا شيء لهم إلا إذا كان الجاني قد قصد
المثلة بهم فيقطع المفصل الأول للأول ، والمفصل الثاني للثاني والمفصل الثالث
للتالث . وعند أبي حنيفة إن جاؤوا جميعاً يقطع المفصل الأعلى لصاحب المفصل
الأعلى . ثم يخير صاحب المفصلين ، إن شاء استوفى حقه قصاصاً من المفصل
الأوسط ولا شيء له من الأرش ، وإن شاء أخذ ثلثي دية أصبعه كاملة من مال
القاطع ويسلك أبو حنيفة هذه الطريقة لأن حق كل واحد من المجني عليهم في
مثل ما قطع منه ، فيجب إبقاء حقوقهم بقدر الأمكان وذلك في البداية بما لا يسقط
حق بعضهم ، فالبدية بقطع المفصل الأعلى لا تسقط حق الآخرين في القصاص
أصلاً لإمكان استيفاء حقيهما من النقضان ، ولكن البداية بالقصاص لصاحب
الأصبع تسقط حق صاحب المفصل وصاحب المفصلين ، أما إذا جاؤا متفرقين
فإن جاء صاحب الأصبع أولاً قطعت له الأصبع ، فإذا جاء الآخران فلهما أرش
ما قطع منهما ، وإن جاء صاحب المفصلين أولاً يقطع له المفصلان ، ولصاحب المفصل الأعلى

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٢ .

الأرّش ، ولصاحب الأصبع الخيار بين أن يقتص من المفصل الباقي ولا شيء له ، وإن شاء أخذ دية الأصبع . وإذا جاء صاحب المفصل أولاً ، فهو كالأرّش ما معاً ^(١) . أما الشافعي وأحمد فعندهما يقتص أولاً لمن جنى عليه أولاً ، فإن كان صاحب الأصبع هو الذي جنى عليه أولاً اقتص له وللآخرين الأرّش فيما قطع منهما ، وإن قطع صاحب المفصلين أولاً اقتص له ولصاحب المفصل أرّش ما قطع منه ، وخير صاحب الأصبع بين أن يقتص في المفصل الباقي ويأخذ أرّش مفصليه عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد أو يقتص فقط ولا شيء كما يرى بعض فقهاء مذهب أحمد وبين أن يأخذ دية أصبعيه كاملة . وإذا قطع صاحب المفصل أولاً اقتص له ، فإذا كان صاحب الأصبع هو الثاني خير على الوجه السابق ، فإن اقتص تعين حق صاحب المفصلين في الدية ، وإن أخذ الدية ولم يقتص خير صاحب المفصلين بين أن يقتص من مفصل واحد على الوجه السابق وما فيه من خلاف وبين أخذ الدية ، وإن كان صاحب المفصلين هو الثاني في القطع خير بين القصاص والدية ثم خير بعده صاحب الأصبع ^(٢) .

ويقاس على ما سبق قطع اليد اليمنى لشخص من المعصم وقطع نفس اليد لآخر من المرفق .

٣١٨ - تكرّر أفعال الجاني: وإذا قطع المفصل الأعلى من سبابة رجل ثم

عاد فقطع المفصل الثاني منها ، فيرى مالك القصاص من المفصل الثاني إلا إذا كان الجاني يقصد المثلة فيقطع المفصلان واحداً بعد واحد ^(٣) .

ويرى أبو حنيفة القصاص في المفصل الأول ولا قصاص عنده في المفصل الثاني وعليه أرّشه وكذلك الحكم عنده لو قطع أصبع رجل ثم قطع كفه بعد ذلك ، أو لو قطع الكف ثم قطع الساعد فعليه القصاص فيما قطعه أولاً فقط

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠١ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ - المذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٦ - بدائع الصنائع ص ٣٠١ .

وحجة أبي حنيفة أنه حين القطع الأول كان هناك تماثل بين الجنى عليه والجانى أما فى القطع الثانى فلم يكن التماثل متحققاً لأن الجنى عليه كان مقطوعاً والجانى سليماً . ولكن محمداً وأبا يوسف يفرقان بين ما إذا كان القطع الثانى قبل براء الأول أو بعد البرء ، فإن كانت قبل البرء فالعلان جنائية واحدة والقصاص من القطع الثانى . وإن كانت بعد البرء فهما جنايتان متفرقتان ويجب القصاص فى الأولى دون الثانية^(١) .

والقياس عند الشافعى وأحمد يؤدى إلى مثل رأى أبى يوسف ومحمد أما إذا كان القطع الثانى بعد القصاص من قطع المفصل الأول ، فالمماثلة متوفرة والقصاص فى الثانى لا خلاف فيه .

وإذا قطع غيره المفصل الأعلى ، ثم جاء الجانى فقطع المفصل الثانى فلاقصاص فى المفصل الثانى اتفاقاً لانعدام المساواة بين أصبع القاطع الثانى والمقطوع^(٢) . وإذا قطع الجانى نصف المفصل الأعلى ثم عاد فقطع النصف الثانى لهذا المفصل فإن كان القطع الثانى بعد براء الأول ، فهما جنايتان مستقلتان ولاقصاص فيهما عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد حيث لا قصاص عندهم فى غير مفصل ، أما عند مالك فعليه القصاص فى الجنائيتين لأن القصاص فى العظام عنده واجب إذا كان ممكناً وغير مخوف ، وإذا كان القطع الثانى قد براء الأول فعند مالك القصاص من القطع الثانى فقط مالم يكن الجانى قد قصد المثلة فيقتص من القطعين ، وعند أبى حنيفة أيضاً يقتص من القطع الثانى ، لأن الفعلين يعتبران جنائية واحدة ، والقطع الثانى من مفصل ، وليس فى مذهب الشافعى وأحمد ما يخالف رأى أبى حنيفة^(٣) .

وإذا قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم إن أحدهما بعد ذلك

(١) بدائع الصنائع ٣٠١ .

(٢) بدائع الصنائع .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٣٠٢ .

قطع من الآخر الذراع من المرفق فلا يرى أبو حنيفة القصاص ، لأن القصاص فيما دون النفس عنده يقتضى المساواة فى الأرض ، لأنه يسلك بما دون النفس مسلك الأموال ، وفى هذه الحالة لا يعرف التساوى ، لأن الذراع ليس له أرش مقدر ، ويخالفه أبو يوسف وزفر ويقولان بالقصاص للتساوى والمماثلة ، ولأن القطع من مفصل ^(١) .

وعند مالك والشافعى وأحمد القياس يقتضى القصاص ، لأنهم لا يسلكون بالأطراف مسلك الأموال ، ولا يشترطون التساوى فى الأرض .

٣١٩ - الترافل : معنى التداخل هو أن يدخل قصاص تحت آخر ويعتبر منفذاً بتنفيذ هذا الآخر ، فلو قطع الجانى يد رجل ثم قتله ، فىرى مالك أن القصاص فى الطرف يدخل فى القصاص فى النفس ، فلا يقتص فى الطرف اكتفاء بالقصاص فى النفس إلا إذا كان الجانى قد قطع بقصد المثلة فى هذه الحالة فقط يقتص من الطرف قبل القصاص من النفس ^(٢) .

ويرى أبو حنيفة والشافعى أن اليد لا تدخل فى النفس سواء كان القتل بعد براء القطع أو قبله ، وللولى الخيار إن شاء قطع يده ثم قتله وإن شاء اكتفى بالقتل ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن اليد تدخل فى النفس إذا كان القطع قبل البرء ، لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لاحكم لها مع الجناية على النفس ، بل يدخل ما دون النفس فى النفس ، أما إذا برىء القطع قبل القتل فلا تدخل اليد فى النفس لأن حكمها استقر قبل القتل ^(٣) .

وفى مذهب أحمد اتفاق على أن القطع إذا برىء قبل القتل فلا يدخل مادون النفس فى النفس ، أما إذا كان القتل قبل براء القطع فقد اختلفوا ، ففريق يرى

(١) نفس المرجع السابق .

(٢) الدردير ج ٤ ص ٢٣٦

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ - المهذب ج ٢ ص ١٩٥ .

دخول ما دون النفس في النفس وفريق يرى أنه لا يدخل .
وإن قطع يد رجل وقتل آخر ، فعند مالك يندرج الطرف في النفس ،
فيعتقل فقط ولا تقطع يده .

وعند أبي حنيفة والشافعي وأحمد تقطع يده أولاً سواء تقدم القطع أو تأخر
لأن تقديم القتل يسقط من المقطوع ، وإذا تقدم القطع لم يسقط حق المقتول
والقاعدة أنه إذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز إسقاط إحدهما^(١) .
وإذا كان أحد الفعلين عمداً والثاني خطأ فلا تداخل ، واعتبر كلا منهما بحكمه ،
سواء كان الثاني بعد براءة الأول أو قبله ، لأنهما جنايتان مختلفتان ، فلا يحتملان
التداخل ويعطى لكل جناية حكمها ، ففي العمد القصاص ، وفي الخطأ الدية^(٢) .

أما إذا كان الفعلان خطأ أو شبه عمد ، فيفرق الفقهاء بين ما إذا كان القتل
بعد براءة القطع أم قبله ، ويدخلون الأطراف في النفس إذا كان القتل قبل البرء
ولا يدخلون الأطراف في النفس إذا كان القتل بعد البرء ، فمن قطع يد شخص
ثم قتله قبل البرء أزم بدية واحدة ، ومن قطع شخصاً ثم قتله بعد براءة القطع
أزم بأرش اليد ودية النفس ، ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي : أن
الطرف لا يدخل في النفس سواء كان القتل بعد البرء أو قبله ، لأن الجناية على
الطرف انقطعت سرايتها بالقتل ، فلا يسقط ضمانها كما لو اندملت . ولكنه رأى
مرجوح في المذهب^(٣) .

وإذا تعدد الجناة فقطع أحدهم يده مثلاً والثاني رجله ثم قتله ثالث ، فلا
يدخل ما دون النفس في النفس كيفما كان بعد البرء أو قبله ، لأن التداخل
أساسه أن يكون الفاعل واحداً .

(١) المغني ص ٣٩٦ وتراجع ص ٣٨٦ .

(٢) البدائع ج ٧ ص ٣٠٣ .

(٣) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ - المغني ج ٩ ص ٣٨٧ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٥ -

٣٢٠ - السراية : السراية هي أثر الجرح في النفس أو في عضو آخر ، فإن لم يؤثر الجرح على النفس أو عضو آخر غير محله فلا سراية ، وإذا سرى الجرح إلى النفس ، قيل إن هناك سراية النفس ، وهو ما نسميه إفشاء للموت . وإذا سرى إلى عضو آخر قيل إن الجرح سرى إلى عضو آخر ، والسراية إما أن تكون من فعل مأذون فيه أو مباح أو من فعل محرم .

٣٢١ - السراية إلى النفس من فعل محرم : إذا جنى على مادون النفس فسرى إلى النفس فهو قاتل متعمد عليه القصاص إن كان متعمداً القتل ، لأنه لما سرى بطل حكم ما دون النفس وتبين أن الفعل وقع قتلاً من حين وجوده ، وإذا لم يكن متعمداً القتل فلا قصاص ، لأن الفعل قتل شبه عمد ، ولا قصاص في شبه العمد

٣٢٢ - السراية إلى النفس من فعل مباح أو مأذوره فيه : هناك أفعال مأذون فيها وأفعال مباحة ، فلو أتى الإنسان فعلاً من هذه الأفعال فسرى إلى النفس ، فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان المأذون فيه أو المباح النفس وما دونها ، فإن كانت النفس مباحة كالمهرد دمه أو مأذوناً في إتلافها كالحكموم عليه بالقتل قصاصاً فلا عقوبة على الجرح إذا سرى إلى النفس ولا عقوبة عليه من باب أولى إذا لم يسر للنفس ، وهذا مسلم به من الجميع ، إلا أنهم اختلفوا في حالة ما إذا استحق شخص قتلاً قصاصاً على آخر ، فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فرأى مالك وأبي حنيفة أن العافي مسؤول عن قطع اليد ، ورأى الشافعي وأحمد ومعهما أبو يوسف ومحمد أن لا مسؤولية عليه وقد بينا أدلة الفريقين من قبل في العفو عن النفس .

أما إذا كان المباح أو المأذون فيه هو فيما دون النفس ، كقطع يد السارق أو قطع عضو من الجاني قصاصاً أو تأديب الزوجة والإبن والتلميذ ، فقد اختلف نظر الفقهاء في مسؤولية الجاني ، وسنبين فيما يأتي تفصيل ذلك .

تسكلمنا فيما سبق على استعمال الحق وأداء الواجب فلا يفيد القول فيه ،
ويبقى بعد ذلك أن نتكلم على سراية القود .

٣٢٣ - سرابة القود : إذا اقتنص شخص من طرف الجاني فسرى القصاص
إلى نفس الجاني ومات فلا مسؤولية على المقتنص عند مالك والشافعي وأحمد ، لأن
السراية من فعل مأذون فيه ولا عقوبة عليه وما تولد عن المأذون فيه يعتبر مأذونا
فيه ضمنا فلا عقاب عليه ، وبذلك قضى عمر وعلى رضى الله عنهما ، فعندها أن من
مات من حد أو قصاص لاديه له ، وشأن القصاص شأن الحد في السرقة ، فإنه قطع
مستحق مقدر ، فإذا لم تضمن سرايته في السرقة فلا تضمن في القصاص .

ويرى أبو حنيفة أن من قطع طرف آخر قصاصا فمات من ذلك ضمن دينه
لأنه استوفى غير حقه إذ حقه القطع . وهو قد أتى بالقتل ، لأن القتل اسم
لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد ، وكان القياس أنه يجب القصاص ،
إلا أنه سقط للشبهة الناشئة عن استحقاق الطرف فدرى القصاص ووجبت
الدية ، ويرى أبو حنيفة أن الأمر في إقامة حد السرقة لا يختلف عن هذه الحالة
إلا أن الضرورة إلى عدم إيجاب الضمان على الإمام ، لأن إقامة الحد واجب
عليه ، والتحرز عن السراية ليس في وسعه ؛ فلو أوجب عليه الضمان لامتنع الأئمة
عن إقامة الحدود ، وفي تعطيل الحدود إخلال بالنظام العام ، أما القطع قصاصا
فليس بواجب على مستحق القصاص دائما لأنه حقه وهو حر بالخيار فيه ، إن
شاء قطع وإن شاء عفا ، والأولى به العفو لأن الله قد ندب إليه ، فليس ثمة
ضرورة توجب إسقاط الضمان . ويرى أبو يوسف ومحمد أن لاضمان على المقتنص^(١)

٣٢٤ - السراية إلى مادونه النفس : إذا كان الفعل مباحا أو مأذونا فيه
فسرى إلى مادون النفس ، كأن قطع أصبعاً قصاصاً فشلت اليد ، أو ضرب زوجته

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٧٣ - بدائع الصنائع ص ٣٠٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٠٢

على ذراعها فأتلفه ، فالحكم هو ما ذكر في السراية إلى النفس على الاختلاف والوفاق الذى ذكر من قبل .

أما إذا كان الفعل غير مباح ولا مأذون فيه ، فيفرق بين ما إذا كانت السراية لمعنى أو لدضو .

٣٣٥ - السراية لمعنى : إذا كان الاعتداء على طرف فسرى إلى طرف آخر فأذهب معناه مع بقاء الطرف الآخر سليماً فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان فعل الجانى يجوز فيه القصاص أو لا يجوز .

فإذا كان يجوز فيه القصاص كما لو شجعه موضحة فأذهب بصره ، فبرى مالك والشافعى وأحمد^(١) أن يقتص من الشجة فإن ذهب البصر بالقصاص من الشجة ، فقد أخذ الجنى عليه حقه ، وإن لم يذهب عولج علمياً بما يزيل الإبصار دون جناية على الحدة ، فإن لم يزل الإبصار مع ذلك ففيه الدية .

وبرى أبو حنيفة أن لا قصاص فى الشجة ولا فى البصر وفيهما الأرش ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص فى الموضحة والدية فى الأبصار ، وهناك رواية أخرى عن محمد عن ابن سماعة فى نوادره بأن القصاص يجب فى الفعل والمعنى كلما أمكن القصاص فى المعنى فإن لم يكن القصاص فى المعنى ممكناً اقتص من الفعل فقط وفى المعنى الدية ، وحجته أن السراية تولدت من جناية يقتص فيها إلى عضو يمكن فيه القصاص ، فوجب القصاص كما إذا سرى إلى النفس ، أما حجة أبى يوسف فى عدم القصاص من المعنى بأن تلف المعنى حدث من طريق التعذيب وليس بالسراية ، لأن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر . وحدث السراية يوجب تغيير الجناية كالقطع إذا سرى إلى النفس ، فإنه لا يبقى قطعاً بل يعتبر قتلاً ، وهنا الشجة لم تتغير فدل ذلك على أن ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب والجناية بالتسبب لا توجب القصاص^(٢) .

(١) مواهب الجليل ص ٢٤٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٧٢ - المعنى ج ٩ ص ٤٣٠

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٧ .

أما إذا كان ذهاب المعنى بإصابة لا قصاص فيها فيقتص من المعنى دون الفعل بطريقة علمية لأنه لا قصاص في الفعل ، فإن زال المعنى فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإلا أخذ أرش الفعل والمعنى . وهذا رأى مالك والشافعى وأحمد أما أبو حنيفة وأصحابه فلا يرون القصاص اتفاقاً مادام الفعل لا يقتص منه

٣٢٦ - السراية لبعض: يختلف الحكم في السراية لبعض بحسب ما إذا

كانت الجناية مما يقتص فيه أو مما لا يقتص فيه فإن كانت الجناية مما لا يقتص فيه فلا قصاص في الجناية ولا في سرايتها وفيهما الدية أو الأرش باتفاق . وإن كانت الجناية مما لا يقتص فيه فقد اختلف الفقهاء في ذلك ، فيرى مالك والشافعى أن القصاص في الجناية فقط لا فيما سرت إليه فإن أدى القصاص إلى مثل ما أدت إليه الجناية فقد استوفى المجنى عليه حقه وإن لم يحصل في الجاني مثل ما حصل في المجنى عليه فدية ما سرت إليه الجناية في مال الجاني فمثلاً إذا قطع أصبع رجل فتأكل منه الكف وجب القصاص في الأصبع فقط لأنه أتلفه بجناية عمد ولا يجب في الكف لأنه يباشره بالإتلاف^(١) .

ويرى أحمد القصاص فيما سرت إليه الجناية كلما كانت السراية إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة مثل أن يقطع أصبعاً فتتأكل أخرى وتسقط أو تتأكل كل الكف وتسقط فالأصبع الأخرى التي سرت إليها الجناية والكف التي سرت إليها الجناية كلاهما يمكن مباشرته بالإتلاف فيقتص فيهما لذلك وحجة أحمد في ذلك :

أن ماوجب فيه القود بالجناية يجب بالسراية كما هو الحال في النفس حيث يقتص من النفس في حالة السراية إليها إذا كان الفعل الأصلي الجرح أو القطع مما يجب فيه القصاص . فإذا سرت الجناية إلى ما لا يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة فالقصاص في الجناية دون السراية كن قطع أصبعاً فشلت الكف أو شل بجواره أصبع آخر فالشلل لا يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة

(١) مهذب ج ٢ ص ١٩٤ - مواهب الجليل ص ٢٤٨ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٥ .

فامتنع فيه القصاص ووجبت الدية فيما حدث فيه الشلل^(١) .

أ.أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الجناية إذا حصلت في عضو فسمرت إلى عضو آخر والعضو الآخر لافصاص فيه فلا قصاص في العضو الأول أيضا فإذا قطع أصبعًا من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد لأن الموجود من القاطع قطع مثل للكف ولا يمكن الإتيان بمثله على وجه المائلة فيمتنع القصاص^(٢) .

وفضلا عن هذا فإن الجناية واحدة فلا يجوز أن يجب بها ضمانان مختلفان ، هما القصاص والمال خصوصا عند اتحاد الحل لأن الكف مع الأصبع بمنزلة عضو واحد .

وكذلك الحكم لو قطع مفصلا من أصبع فشل مابق أو شلت الكف فإن قال المقطوع أنا أقطع المفصل وأترك الباقي فليس له ذلك لأن الجناية وقعت غير موجبة القصاص من الأصل لأن القطع جاء قطعاً مشلاً للكف والاستيفاء على وجه المائلة غير ممكن فيمتنع القصاص . ومثل ذلك مالوشجه فقتله فليس له أن يقتص منها موضحة ويترك الباقي (هذا جائز عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد) .

ويتفق أبو حنيفة فيما سبق مع أصحابه إلا أنهم اختلفوا في الحالات التي يمكن القول فيها بأن الحل متمدّد لامتدّد . فمثلا إذا قطع أصبعًا فشلت إلى جنبها أخرى فأبو حنيفة لا يرى القصاص تطبيقا للقاعدة التي سلفت ولأنه يرى أن الحل متمدّد أما أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن فيرون القصاص في الأولى والأرّش في الثانية لأن الحل متعدّد والفعل يتعدّد بتعدّد الحل حكما وإن كان متحدّا حقيقة لتعدّد أثره وهنا تعدّد الأثر فيجعل فعلين ويفرد كل واحد منهما بحكمه ففي الأول القصاص وفي الثاني الدية .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٧٠ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

وإذا قطع أصبعاً فسقطت إلى جنبها أخرى فلا قصاص عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد القصاص في الأولى أى فيما قطع والدية فيما سقط . بل إن محمداً يرى من رواية ابن سماعه عن القصاص من الاثنين ، لأن القاعدة عند محمد طبقاً لهذه الرواية أن الجراحة التي فيها القصاص إذا تولد عنها ما يمكن فيه القصاص وجب القصاص فيها جميعاً وهنا يمكن القصاص من محل السراية المتولد من الجناية . وإذا قطع أصبعاً عمداً فسقطت معه الكف من المفصل فلا قصاص عند أبي حنيفة لأن استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر ولأن الكف مع الأصبع عضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بها ضمان المال فلا يتعلق بها القصاص لأنه لا يجتمع ضمانان مختلفان بجناية واحدة ويرى محمد القصاص للأسباب التي سبق بيانها ويرى أبو يوسف القصاص فتقطع يده من المفصل والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة عند أبي يوسف أن الأصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء إلى محله كما تتحقق من اليد للنفس والأصبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما للآخر فوجب القصاص من الأولى دون الثانية ^(١) .

سقوط القصاص

٣٢٧ - يسقط القصاص فيما دون النفس لثلاثة أسباب : هي : فوات محل القصاص - العفو - الصالح .

٣٢٨ - فوات محل القصاص : - محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المماثل لمحل الجناية فإذا فات محل القصاص لأى سبب كمرض أو آفة أو باعتداء أو نتيجة استيفاء حق أو عقوبة سقط القصاص لأن محله انعدام ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله وإذا سقط القصاص لم يجب للمجنى عليه شيء عند مالك أيا كان سبب السقوط لأن حق المجنى عليه في القصاص عيناً فإذا سقط القصاص فقد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧

(١١) - التفسير بين الجنائي الإسلامي (٢)

سقط حق المجنى عليه وهذا تطبيق دقيق لنظرية مالك من أن موجب العمد هو القصاص عينا وللمجنى عليه عند مالك إذا ذهب الجارحة ظلما أن يقتصر من قاطعها ظلما لأن حقه في القصاص ينتقل من المقطوع ظلما إلى قاطعه^(١).

ويرى أبو حنيفة وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عينا يفرق بين ما إذا فات محل القصاص بأفة أو مرض أو ظلما، وبين فواته بحق تنفيذ عقوبة أو استيفاء وقصاص وفي الحالة الأولى لا يجب للمجنى عليه شيء. أما في الحالة الثانية فيجب له الدية بدلا من القصاص لأن الجاني قضى بالطرف أو الجارحة التي فاتت حقا مستحقا عليه فصار كأنه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ أو غيره^(٢).

وعند الشافعي وأحمد للمجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص لأن موجب العمد أحد شيئين غير عين القصاص فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا.

٣٢٩ - العفو : - العفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل

عن القصاص مجانا أو على الدية وهو في الحالين إسقاط من جانب المجنى عليه لا يحتاج إلى رضا الجاني ويعتبر التنازل عن القصاص مجانا عافيا والتنازل عن القصاص على الدية عافيا أيضا لأن كليهما يسقط حقا دون مقابل ممن أسقط له الحق وهذا تطبيق لنظرية الشافعي وأحمد في أن موجب العمد هو أحد شيئين: القصاص أو الدية فمن تنازل عن القصاص مجانا فقد تنازل عن حق له ومن تنازل عن القصاص دون الدية فقد تنازل عن حق وتمسك بحق.

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا أما التنازل على الدية فليس عفوا عندهما؛ وإنما هو صلح لأنه يتوقف بحسب نظريتهما على رضا الجاني بدفع الدية لأنهما يريان أن الواجب هو القصاص عينا.

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٣ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - ٢٩٨ .

٣٣٠ — من يملك العفو؟ يملك حق العفو المجنى عليه البالغ العاقل ، فإذا لم يكن بالغاً أو عاقلاً مملكه وليه عند الشافعي وأحمد ، أما عند مالك وأبي حنيفة فلا يملكه الولي ولا الوصي ، وإنما يملكان حق الصلح فقط ، وسلطة لولي عند الشافعي مقيدة بأن يعفو على الدية بشروط تكلمنا عنها سابقاً .

أما المجنى عليه البالغ العاقل فله أن يعفو بجائنا أو يعفو على الدية .

٣٣١ — وإذا عفا المجنى عليه عن القصاص ، أو عفا وليه على الدية عند الشافعي وأحمد فقد سقط القصاص بالعفو إذا برأ المجنى عليه من جراحه دون أن نسرى إلى عضو آخر . فإن سرت إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فعفا عنه ثم سرى الجرح إلى اليد فأتلفها ، فيرى أبو حنيفة أن العفو صحيح سواء عن الجرح أو الجرح وما يحدث منه ، لأن العفو عن الجنابة عفو عما يحدث منها ، أما الشافعي وأحمد فيفرقان بين ما إذا كان العفو شاملاً للجنابة وما يحدث منها وفي هذه الحالة يصح العفو ، وبين ما إذا كان العفو قاصراً على الجرح فقط ، ففي هذه الحالة يكون الجاني مسؤولاً عن السراية . ولكن لا يقتص منه لأن القصاص في الأصبع سقط بالعفو ، ولا يجب في الكف لأنها تلفت بالسراية مما يمتنع القصاص فيه فإن كان العفو على الدية وجبت الدية في اليد كلها ، وإن كان العفو بجائنا وجبت الدية أو الأرض فيما سرت الجنابة إليه فقط والظاهر أن هذا هو الحكم عند مالك^(١) .

الصلح

٣٣٢ — يجوز للمجنى عليه ولوليه ووصيه بأن كان غير بالغ أو غير عاقل الصلح على القصاص بمقابل قد يساوى الدية وقد يزيد عنها ، وليس للولي أو الوصي أن يصلح على أقل من الدية فإن صالح على أقل منها صح الصلح وسقط

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٦ - المذهب ج ٢ ص ٢١٢ - المغنى ج ٩ ص ٤٧٢ - مواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ - الدردير ص ٢٣٥ .

القصاص، ولكن لهجنى عليه أن يرجع على الجانى بما نقص عن الدية، ويشترط مالك للرجوع أن يكون الجانى معسرا وقت الصلح .

وقد تسكلمنا عن الصلح والفرق بينه وبين العفو ومن يملكه وشروطه وفصلنا الكلام فى هذا كله بمناسبة الكلام على الصلح على القصاص فى القتل العمد وما قلناه هناك ينطبق هنا فراجع .

العقوبات الأصلية الثانية

التعزير

٣٣٣ - يرى مالك أن يعزر الجانى على مادون النفس عمداً سواء اقتص منه أم لم يقتص لدرء القصاص أو للعفو أو الصلح على أن يراعى فى التعزير أن يختلف بحسب الأحوال فمن اقتص منه عزز بعقوبة مناسبة يراعى فى تقديرها أنه عوقب بعقوبة القصاص ، ومن لم يقتص منه يعزر تعزيراً شديداً يردعه عن ارتكاب جريمته فى المستقبل ويقرر مالك أنه يجب التعزير مع القصاص للردع والزجر ولتنهاى الناس عن ارتكاب الجريمة وأن الجانى إذا كان اقتص منه بمثل ما فعل فى الجنى عليه إلا أن هذا لا يمنع من تعزيره لأنه ظالم والظالم أحق أن يحمل عليه .

ويرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن لا تعزير مع القصاص لأن الله قال ﴿ والجروح قصاص ﴾ فجعل العقوبة القصاص دون غيره فمن فرض غيرها فقد زاد على النص وهذا ما يراه بعض الفقهاء فى مذهب مالك^(١) .

ويلاحظ أن رأى الأخير أقرب إلى المنطق لأنه إذا كانت عقوبة القصاص تعجز عن ردع الجانى فلا شك أن عقوبة التعزير أعجز عن ردعه وتهذيبه .

٣٣٤ - وإذا كان الأئمة الثلاثة لا يوافقون على جعل التعزير عقوبة أصلية فليس عندهم ما يمنع من جعل التعزير عقوبة بدلية فى حالة سقوط القصاص ، أو

امتناعه لسبب من الأسباب إذا رأى أولياء الأمر ذلك . فيقضى بالتعزير سواء حلت الدية محل القصاص أو عفى عن الدية. أما تقدير عقوبة التعزير وبيان نوعها فهذا متروك للسلطة التشريعية المختصة تختار نوع العقوبة وقدرها أو تترك للقاضي أن يختار العقوبة من بين العقوبات التعزيرية المحددة ، أو التي تحددها له .

العقوبات البدلية

أولاً - الدية

٣٣٥ - الدية هي : العقوبة البدلية الأولى لعقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب من أسباب الامتناع أو سقط لسبب من أسباب السقوط وجبت الدية ما لم يعف الجاني عنها أيضاً .

٣٣٦ - والدية كعقوبة لما دون النفس تكون عقوبة بدلية إذا حلت محل القصاص . وهو عقوبة الجناية على ما دون النفس عمداً وتكون الدية عقوبة أصلية إذا كانت الجناية شبه عمداً لا عمداً محضاً . وقد بينا من قبل أن الشافعي وأحمد يقولان بشبه العمد فيما دون النفس .

٣٣٧ - والدية سواء أكانت عقوبة أصلية أو تبعية يقصد منها إذا أطلقت الدية الكاملة وهي مائة من الإبل أما ما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

٣٣٨ - والأرش على نوعين : أرش مقدر وأرش غير مقدر ، فالأول هو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد والرجل ، والثاني هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة .

٣٣٩ - وتجب الدية بتفويت مصلحة الجنس عن الكمال كإتلاف اليدين ففي إتلافهما تفويت لمنفعة الجنس على الكمال ، أما الأرش فيجب في تفويت

بعض منفعة الجنس دون بعضها الآخر كإتلاف يد واحدة أو أصبع واحدة ففي اليد الأرض وفي الأصبع الأرض .

٣٤٠ — ما يجب فيه الدية السطامة :

تجب الدية الكاملة بتفويت منفعة الجنس وتفويت الجمال على السكالم وهي تفوت بإبانة كل الأعضاء التي من جنس واحد أو بإذهاب معانيها مع بقاء صورتها، والأعضاء التي تجب فيها الدية أربعة أنواع : نوع لا نظير له في البدن ، ونوع في البدن منه اثنان ، ونوع في البدن منه أربعة ، ونوع في البدن منه عشرة وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأعضاء التي تدخل تحت هذه الأنواع ولكنه اختلاف محدود ، وسنذكر ما اتفق عليه وما اختلف فيه ، وسنبين فيما بعد وجوه الاختلاف :
النوع الأول : مالا نظير له في البدن ويدخل تحته الأعضاء الآتية :

الأنف ، اللسان ، الذكر ، الصلب ، مسلك البول ، مسلك الغائط ، الجلد ، شعر الرأس ، شعر اللحية .

النوع الثاني : الأعضاء التي في البدن منها اثنان وهي :

اليدان ، الرجلان ، العينان ، الأذنان ، الشفتان ، الحاجبان ، الثديان ، الأثنيان ، الشفران ، الإليتان ، اللحيان .

النوع الثالث :

ما في البدن منه أربعة وهو :

أشعار العيينين — أى منابت الأهداب — الأهداب نفسها وهي الاشعار .

النوع الرابع :

ما في البدن منه عشرة وهو :

أصابع اليدين — أصابع الرجلين .

٣٤١ — والمعاني تجب في ذهابها الدية الكاملة ومثلها العقل والبصر والشم

والسمع والذوق والجماع والإيلاد والمشى والبطش والكلام ، وسنتكلم عن

المعاني بعد الكلام عن الأعضاء فنستوفي الكلام عن إبانة الأعضاء ثم نتكلم عن إذهاب المعاني .

٣٤٢ - الأنف : تجب الدية في مارن الأنف وهو ما لان من الأنف ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « في الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية » ولأنه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة والأخشم كالأشم في وجوب الدية لأن عدم الشم نقص في خير الأنف فلا يؤثر في دية الأنف وقطع جزء من الأنف فيه من الدية بقدره فإن قطع نصف الأنف أو ثلثه فعليه نصف الدية أو ثلثها .

وإن قطع المارن وقصبة الأنف فيرى الشافعي ورأيه وجه في مذهب أحمد أن على الجاني الدية في المارن وحكومة في القصبة ويرى مالك وأبو حنيفة ورأيهما وجه في مذهب أحمد أن على الجاني الدية فقط لأن المارن والقصبة عضو واحد إلا إذا قطع المارن فبرىء ثم قطع بعد البرىء القصبة ففيها حينئذ حكومة^(١) .

٣٤٣ - اللسان : تجب الدية في اللسان لقوله عليه السلام في كتاب عمرو ابن حزم : « وفي اللسان الدية » ولأن فيه جمالا ومنفعة والدية تجب في اللسان الناطق فإن جنى على لسانه فخرس وجبت عليه الدية كاملة ولو بقى اللسان لأنه أتلف المنفعة المقصودة وإن قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه وجبت من الدية بقدر ما ذهب من الكلام فإن ذهب بنصف الكلام وجب نصفها وإن ذهب أقل من ذلك أو أكثر وجب بقدره . وإن ذهب نطق بعض الحروف وجب له ما يقابلها من الدية .

وفي لسان الأخرس حكومة عند مالك وأبي حنيفة ، أما الشافعي فيفرق بين ما إذا كانت الجنابة أذهبت ذوق الأخرس أم لم تذهبه ، فإن كانت أذهبته ففي اللسان الدية ، وإن كانت لم تذهبه ففي اللسان حكومة ، وفي مذهب أحمد

(١) مذهب ج ٢ ص ٢١٦ - مغنى ج ٩ ص ٥٩٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ ، ٣١٢ .

من يرى أن الدية لا تجب في لسان الأخرس إطلاقاً ، ومنهم من يفرق بين ما إذا كانت الجناية أذهبت الذوق أم لا . فإن لم يكن الذوق أذهب فرأى يرى حكومة ورأى يرى ثلث الدية ^(١) . وفي لسان الطفل الذي لم ينطق بعد الدية عند مالك والشافعي وأحمد ولكن أبا حنيفة يرى فيه حكومة .

٣٤٤ - الذكر : تجب في الذكر الدية لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم : « في الذكر الدية » . ولأنه عضو لا نظير له في البدن في الجمال والمنفعة فكمثل فيه الدية كالأنف واللسان وفي شلل الذكر دية لأن الشلل يذهب بنفعه ، وتجب الدية في ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب وفي قطع الحشفة وحدها الدية ، لأن منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف بالأصابع ، وفي قطع بعض الحشفة بعض الدية بنسبة ما قطع إلى الحشفة على رأى ، ونسبة ما قطع إلى كل الذكر على رأى آخر ، وفي ذكر الخصى والعنين الدية عند الشافعي وهو وجه في مذهب مالك ، ومذهب أحمد ، العضو سليم في نفسه والممانع من الجماع راجع لغيره . ويرى أبو حنيفة أن في ذكر الخصى والعنين حكومة لأن العبرة عنده بالقدره على الإيلاج وهذا وجه في مذهب مالك ، أما الوجه الثاني فمذهب أحمد لا يرى في ذكر العنين والخصى حكومة وإنما يرى في كل منهما ثلث الدية ^(٢) ، وفي عسيب الذكر أى الذكر دون الحشفة الحكومة بإجماع .

٣٤٥ - الصلب : وتجب في الصلب الدية ، لما روى الزهري عن سعيد ابن المسيب أنه قال : « قضت السنة أن في الصلب الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الأثنين الدية » ، ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة وإذا

(١) مواهب الجليل ص ٦ ج ٦٦٢ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ - المهذب ج ٢ ص ١١٧ وما بعدها - المغنى ج ٩ ص ٦٠٤ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ - المغنى ج ٩ ص ٦٢٧ .

كسر الصلب فلم ينجز الكسر ففيه الدية على رأى فى مذهب أحمد وعلى الرأى الآخر الذى يتفق مع آراء باقى الفقهاء فيه حكومة ما دام ما يعطل منفعة المشى أو الجماع فإن ذهبت بالكسر منفعة المشى والجماع ففيه الدية وإن أحد ودب الظهر ولم تذهب منفعة ما ففيه حكومة وإن ذهب المشى والجماع معاً ففريق يرى فىهما دية واحدة وفريق يرى فىهما ديتين^(١).

٣٤٦ - مسلك البول ومسلك الفائط : إذا أتلّف مسلك البول فلم يعد يستمسك البول أو أتلّف مسلك الفائط فلم يعد يستمسك الفائط فى كل واحد منهما الدية لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة وليست فى البدن مثله ، فوجب فى تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء التى لا نظير لها فى البدن فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الفائط منفعة مثلها ؛ والنفع بهما كثير والضرر بغيرهما عظيم فكان فى كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر وإن فاتت المنفعتان بحناية واحدة وجب على الجانى ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بحناية واحدة وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، ولكن فى مذهب مالك رأيا بأن فى كل من المسلكين حكومة^(٢).

٣٤٧ - الجلد : يرى الشافعى أن الدية تجب فى الجلد إن سلخ جميعه ، ويندر أن يعيش إنسان يسلخ كل جلده ، ويرى مالك أن الدية تجب فى الجلد إذا فعل الجانى فعلاً جزمه أو برصه أو سوده ، ولا يشترط أن يعم التجزيم أو التبريص أو التسويد كل الجلد ، كذلك يوجب مالك الدية فى جلد الرأس .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ المفتى ج ٩ ص ٦٢٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٣ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - مهذب ج ٢ ص ٢٢٣ - المفتى ج ٩ ص ٦٣٣ .

أما أبو حنيفة وأحمد فلا يوجبان الدية في الجلد إطلاقاً ويريان الحكومة في هذه الحالات^(١).

٣٤٨ - شعر الرأس وشعر اللحية والحاجبين : يرى أبو حنيفة أن الدية تجب في إزالة شعر الرأس للرجل والمرأة وفي إزالة اللحية سواء كان ذلك بطريق الضرب فسقط الشعر ، أو بطريق الحلق أو النتف ؛ ويشترط ألا ينبت الشعر وحجته أن الشعر للرجال والنساء جمال وفي إزالته وعدم إنباته تفويت للمنفعة على الكمال ، وفي اللحية وحدها الدية ، وفي شعر الرأس الدية ، وما عدا ذلك من الشعور كشعر الشارب والحاجبين ففقيه حكومة .

ويرى أحمد ما يراه أبو حنيفة ، ولكنه يزيد عليه أنه يجعل الدية أيضاً في شعر الحاجبين ويشترط كأبي حنيفة عدم الإنبات^(٢).

أما مالك والشافعي فلا يجب عندهما في إتلاف الشعور إلا الحكومة لأنه إتلاف جمال دون منفعة ، والدية لا تجب إلا في ما كان له منفعة^(٣).

٣٤٩ - البراءة : تجب الدية في اليدين لما روى معاذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « في اليدين الدية » ويجب في إحدى اليدين نصف الدية لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم حين أمره على نجران : « في اليد خمسون من الإبل » واختلفوا في معنى اليد فرأى البعض أن لفظ اليد يطلق على كل الذراع إلى المنكب ، ورأى البعض أنه يطلق على الكف فقط وترتب على هذا الخلاف أنهم اختلفوا في قطع اليد من بعدم فصل الكف كالقطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب ، فمن رأى أن اليد هي الكف قال في اليد نصف الدية وفيما زاد عن الكف حكومة ، وقال بهذا أغلب الفقهاء في مذهب

(١) الدردير ج ٤ ص ٢٤٢ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣١٤ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٩٧ . (٣) بدائع الصنائع ص ٣١٢ - والبحر الرائق

ص ٣٣١ ، المهذب ص ٢٢٤ - المغني ص ٥٩٧ - مواهب الجليل ص ٢٤٧ - الدردير

الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد وقال به أبو حنيفة ومحمد ومن رأى أن اليد اسم للجميع حتى للمسكب ، قال بأن في الكف ومازاد عليها نصف الدية ، لأن مازاد على الكف كله معتبر يداً وقد أخذ بهذا الرأي مالك ومعظم الفقهاء في مذهب أحمد وبعض فقهاء مذهب الشافعي وأبو يوسف من فقهاء مذهب أبي حنيفة ومن المتفق عليه عند الجميع أن الحكومة في قطع الساعد الذي لا كف فيه والخلاف منحصر في حالة قطعهما معاً .

ويجب في كل أصبع عشر الدية ، لما روى أن رسول الله كتب إلى أهل اليمن بأن في كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل ولا يفضل أصبع على أصبع لما روى عمرو بن شعيب عن جده أن رسول الله قال : «الأصابع كلها سواء عشر عشر من الإبل» ولأنه جنس ذو عدد تجب الدية فيه فتقسم على أعدادها وفي كل أنملة من غير الإبهام ثلث دية الأصبع وفي كل أنملة من الإبهام نصف دية الأصبع لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع قسمت دية الأصبع على عدد أنامله وإن جنى على يد فشلت أو على أصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب بشلها ما يجب في قطعها لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب في إتلاف منفعتها ماوجب في إتلافها . وإن قطع يداً شلاء أو أصبعاً شلاء أو أنملة شلاء وجبت فيها الحكومة . لأنه إتلاف جمال من غير منفعة^(١) وفي مذهب أحمد رأى بأن فيها ثلث الدية .

٣٥٠ - الرمهلان : يجب في الرجلين الدية لما رواه معاذ عن رسول الله

أنه قال : « في الرجلين الدية » وفي أحد الرجلين نصف الدية لما رواه عمرو ابن حزم أن رسول الله قال : « في الرجل نصف الدية » وفي الرجل نفس الخلاف الذي في اليد فالبعض يرى أن لفظ الرجل يشمل القدم حتى نهاية الفخذ

(١) البحر الرائق ص ٣٣٢ - ٣٣٦ - مذهب ج ٢ ص ٢٢١ مفتي ج ٩ ص ٦٢٠

شرح الدردير ص ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

والبعض يرى أنه يطلق على القدم فقط وترتب على هذا الخلاف نفس ما ذكرناه في اليدين .

ويجب في كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية ويجب في كل أملة غير الإبهام ثلث دية الأصبع ، وفي كل دية من الإبهام نصف دية الأصبع لما ذكر في اليد .
وتجب الدية في قدم الأعرج ويد الأعمى إن كانتا سليميتين لأن العرج إنما يكون من قصر إحدى الساقين وذلك ليس ينقص فيه القدم والعسم لقصر العضد أو الذراع أو اعوجاج الرسغ وذلك ليس ينقص في الكف فلا يمنع هذا كمال الدية في القدم والكف^(١) .

٣٥١ — العيانه : تجب الدية في العينين لقوله عليه السلام من كتاب كتبه لعمر بن حزم : « في العين خمسون من الإبل » فأوجب في كل عين خمسين فدل على أنه يجب في العينين مائة وعين الأعور فيها نصف الدية عند أبي حنيفة والشافعي وفيها الدية كاملة عند مالك وأحمد .

وتجب الدية بقلع العينين وبفقئهما ، كما تجب بذهاب الأبصار مع بقاء العينين قائمتين
٣٥٢ — الرزنامه : - تجب الدية في الأذنين وفي أحدهما نصف الدية لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم : « في الأذن خمسون من الإبل » فأوجب في الأذن خمسين فدل على أنه يجب في الأذنين الدية كاملة وهي مائة من الإبل ولأن في الأذنين جمالا ظاهرا ومنفعة مقصودة وهي أنها تجمع الصوت .
وإن قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه الدية بقسطه لأن ما وجبت الدية في كله وجبت في بعضه بقسطه كالأصابع .

وفي قطع الأذنين الدية ولو بقي السمع سليما وهذا ما يراه أبو حنيفة والشافعي وأحمد وبعض فقهاء مذهب مالك وحجتهم أن الأذنين فيهما منفعة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ ، ٣١٤ - مهذب ج ٢ ص ٢٢١ مغني ج ٩ ص ٦٣٠ - شرح الدردير ص ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ - بدائع ج ٧ ص ٢١٤ البحر الرائق ص ٣٣١ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ - مغني ج ٩ ص ٥٨٥ - شرح الدردير ص ٢٤٢

مقصودة هي أنها تجمع الصوت ولكن بعض فقهاء مذهب مالك يرى في قطع الأذنين مع بقاء السمع سليماً حكومة لأن الأذنين في رأيهم ليس فيها منفعة وإما فيها جمال فقط وليس في الجمال إلا الحكومة^(١).

٣٥٣ — الشفاهة : تجب الدية في الشفتين لما روى أن رسول الله كتب في كتاب عمرو بن حزم : « في الشفتين الدية » ولأن فيهما جمالا ظاهرا أو منافع كثيرة ويجب في إحداها نصف الدية لأن كل شفتين وجب فيهما الدية وجب في إحداها نصف الدية كالعينين والأذنين ، وإن قطع بعض الشفة وجب فيه من الدية بقدره . فإن جنى عليهما فشاها وجبت فيهما الدية لأنه أبطل منفعتهما وإن تقلصتا شيئا مع بقاء منفعتهما ففيهما حكومة^(٢) .

٣٥٤ — الحاجبين : يرى أبو حنيفة وأحمد أن في الحاجبين الدية وفي أحدها نصف الدية إذا أزيل الشعر بحيث لا ينبت ويرى مالك والشافعي أن في إزالة شعر الحاجبين الحكومة فقط لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلا تجب فيه الدية أما أبو حنيفة وأحمد فيريان أنه جمال مقصود لذاته والمنفعة ثابتة له ففيه الدية^(٣) .

٣٥٥ — الشريان والحلمات : تجب الدية في ثدي المرأة لأن فيهما جمالا ومنفعة وتجب في إحداها نصف الدية وتجب الدية أيضاً كاملة في الحلماتين إذا قطعا دون الثديين وفي أحدها نصف الدية لأن في الحلماتين منفعة الثديين ويشترط مالك لوجوب الدية في الحلماتين أن ينقطع اللبن أو يفسد ، فإن لم يتوفر هذا الشرط ففي الحلماتين حكومة أما باقي الأئمة فلا يشترطون هذا الشرط ويرون الدية في الحلماتين مطلقاً .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ — بدائع الصنائع ص ٣١٤ — المهذب ج ٢ ص ٢١٦
مغنى ج ٩ ص ٥٩٣ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٢ — بدائع الصنائع ص ٢١٤ — مهذب ج ٢ ص ٢١٧
مغنى ج ٩ ص ٦٠٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ — مغنى ج ٩ ص ٥٩٧ — مهذب ج ٢ ص ٢٢٤
مواهب ج ٦ ص ٢٤٧ .

أما ثديا الرجل فليس فيهما إلا الحكومة عند مالك والشافعي لأن في ذهابهما ذهاب جمال من غير منفعة وفي مذهب الشافعي من يرى في ثديي الرجل وحلمتيه الدية ، ولكن هذا الرأي ليس المذهب ، ولكنه يتفق مع مذهب أحمد فهو يرى أن في ثديي الرجل وحلمتيه الدية وحجته أن ما وجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل ولأنهما عضوان يحصل بهما الجمال وليس في البدن غيرهما . ويرى أبو حنيفة أن في ثديي الرجل وحلمتيه حكومة وقد بنى رأيه على أن ثديي الرجل وحلمتيه ليس فيهما جمال ولا منفعة^(١) .

٣٥٦ — الرُّنْبَاهُ : تجب الدية في الأنثيين لما روى أن في كتاب الرسول لعمر بن حزم : « وفي البيضتين الدية » ولأن فيها جمالا ومنفعة فإن النسل يكون بهما وهما وكاء المشى وفي كل واحدة منهما نصف الدية لأن وجوب الدية في شيتين يوجب نصفها في أحدهما وإن أشل الأنثيين فعليه الدية كاملة حيث أذهب منفعتيهما فإن قطعهما لم تجب فيهما إلا لادية واحدة ويرى أبو حنيفة ومن يقول من فقهاء مذهبي مالك وأحمد بأن ذكر الخصى والعنين فيه حكومه ، ويرى هؤلاء جميعا أنه إذا قطع الأنثيان مع الذكر مرة واحدة ففيهما ديتان ، دية للأنثيين ودية للذكر وكذلك الحكم لو قطع الذكر قبل الأنثيين ، أما إذا قطع الأنثيان قبل الذكر ففي الأنثيين الدية وفي الذكر حكومة لأنه يصبح بعد قطع الأنثيين ذكر خصى وذكر الخصى فيه حكومه ، أما القائلون بأن ذكر الخصى والعنين فيه الدية وهم الشافعية وبعض فقهاء مذهبي مالك وأحمد فيوجبون في قطع الذكر والأنثيين ديتان سواء قطعت الأنثيين قبل الذكر أم بعده^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ ، ٣٢٣ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٣ المذهب ج ٢ ص ٢٢٣ - المغني ج ٩ ص ٦٢٣ .
(٢) المغني ج ٩ ص ٦٢٨ ، ٦٢٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٣ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ .

٣٥٧ - الشفران أو الاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالقم وفي الشفرين دية كاملة إذا قطعاً حتى ظهر العظم وفي أحدهما نصفها لأن فيهما جمالا ومنفعة في المباشرة وليس في البدن غيرهما من نوعهما^(١) فإن جنى عليهما حتى أشلهما ففيهما الدية لأنه أزال المنفعة كما لو أنه قطعهما .

٣٥٨ - الإلتيان : يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن الدية تجب في الإلتيين وأن نصف الدية يجب في الإلية الواحدة لأنهما عضوان من جنس واحد ليس في البدن نظيرهما ولأن فيهما جمالا ظاهراً ومنفعة كاملة . والإلتيان هما ماعلا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذنا إلى العظم الذي تحتها وفي ذهاب بعضهما بقدره لأن ما وجبت الدية فيه كله وجب في بعضه بقدره فإن جهل مقدار البعض وجبت حكومة لأنه نقص تعذر تقديره .

ويرى بعض فقهاء مذهب مالك أن في الإلتيين حكومة فقط سواء أخذنا إلى العظم الذي تحتها أو ذهب بعضهما^(٢) ويرى البعض الآخر أن فيهما الدية

٣٥٩ - اللحيان : ويرى الشافعي وأحمد أن في اللحيين الدية وهما العظام اللذان فيهما الأسنان السفلى لأن فيهما نفعا وجمالا وليس في البدن مثلها فكانت فيهما الدية كسائر ما في البدن منه شيان في أحدهما نصف الدية وإن قلنا بما عليهما من الأسنان وجبت ديتهما ودية الأسنان ولم تدخل دية الأسنان في ديتهما^(٣) .

٦٠ - أشفار العينين : - تجب الدية في أشفار العينين أى جفونهما عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد لأن فيهما جمالا ظاهراً ونفعا كاملا وهي أربعة ليس

(١) المغنى ج ٩ ص ٦٣٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٣ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٦٢٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٢ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٧ المدونة ج ١٦ ص ١١٣ - مواهب الجليل ص ٢٦٢ . (٣) المغنى ج ٩ ص ٦١٩ - مذهب ج ٢ ص ٢٢٠ .

مثلها في البدن فتجب ربع الدية في كل واحد منها - ويرى مالك أن في الأشفار الاجتهاد أى الحكومة لأنه لم يرد نص^(١) بأن فيها شيئاً مقدراً والتقدير لا بد فيه من نص ولا يثبت بالقياس كما يرى بقية الأئمة .

٣٦١ - أهذاب العينين : - يرى أبو حنيفة وأحمد أن في أهذاب العينين الأربعة الدية كاملة لأن فيها جمالا ظاهراً أو نفعاً كاملاً وفي ربع كل واحد منهما الدية لكن إذا قطعت الأهذاب مع الأجفان ففيها كلها دية واحدة لأن الأهذاب تابعة للأجفان كحلمة الثدي مع الثدي والأصابع مع الكف . ويرى مالك والشافعي أن في الأهذاب حكومة لأنها جمال لا منفعة فيه وإذا قطعت الأهذاب مع الأجفان ففي مذهب الشافعي رأيان رأى : يرى أن لا شيء في الأهذاب لأنها شعر نابت في العضو المتلف وهو الجفنين ورأى يرى أن في الجفنين الدية وفي الهذب الحكومة لأن فيه جمالا^(٢) .

٣٦٢ - أصابع البدين وأصابع الرجلين : - تكلمنا عن أصابع اليدين والرجلين مع اليدين والرجلين فلادعى لتكرار الكلام عنهما وفيما ذكر هناك الكفاية ٣٦٣ - الأسنانه : يجب في كل سن خمس من الإبل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم : « في السن خمس من الإبل » ولما رواه عمرو بن شعيب عن الرسول : « في الأسنان خمس خمس » ويستوى السن بالثاب والثاب بالضررس فأرشها سواء لما روى أبو داود عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في الأصابع سواء والأسنان سواء والثنية والضررس سواء هذه وهذه سواء » .

ويجب الضمان في سن من قد ثفر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت

(١) مغني ج ٩ ص ٥٩٢ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ - بدائع الصنائع ص ٣٢٤ ، ٣١١ مواهب ج ٦ ص ٢٤٧ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣٤٤ - مهذب ج ٢ ص ٢١٩ مغني ج ٩ ص ٥٩٣ .

سنه لم يعد بدلها ، فأما سن الصبي الذى لم ينغر فلا يجب بقلعها فى الحال شىء لأن العادة عود سنه فإن مضت مدة يئأس من عودها وجب أرشها وإذا عادت لم يجب فيها أرش ، ولكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكمزمة ، وإن عادت خارجة عن صف الأسنان بحيث لا ينتفع بها ففيها الدية وإن كان ينتفع بها ففيها حكومة .

وإن قلع سن من أنغر وجبت ديتها فى الحال فإن عادت لم تجب الدية وعليه ردها وإن كان قد أخذها ، وهذا رأى أبى حنيفة وأحمد - ويرى مالك أنه لا يرد شيئاً لأن العادة أنها لا تعود فإن عادت فهي هبة مجردة - وفى مذهب الشافعى يأخذ البعض برأى مالك والبعض بالرأى المضاد .

وتجب دية السن فيما ظهر من اللثة لأن ذلك هو المسمى سنا وما فى اللثة يسمى سنخاً ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ فى السن أرشها وفى السنخ حكومة كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفها ، وإن قلعت السن بسنخها لم يجب فيها أكثر من الأرش ، وإن كسر بعض السن ففيه من أرشه بقدر ما كسر .

وإن قلع سناً مضطربة لكسر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضبط الطعام وجب أرشها وكذلك إذا ذهب بعض منافعها وبقي بعضها فى رأى أحمد ، أما مذهب الشافعى ففيه رأيان : رأى يرى الأرش ورأى يرى أن مقدار النقص يحل قدره فيكون فيها الحكومة ، أما إذا ذهبت منافعها كلها ففيها حكومة أو ثلث ديتها على رأى فى مذهب أحمد .

وإن قلع سناً فيها داء أو أكلة فإن لم يذهب شىء من أجزائها ففيها دية السن الصحيحة لأنها كاليد المريضة ، وإن سقط من أجزائها شىء سقط من أرشها بقدر الذاهب ووجب الباقي .

وإن جنى عليه فتغير لون السن إلى السواد أو الخضرة أو الحمرة أو الصفرة ففي مذهب مالك فيها الأرش إن كان التغيير إلى الخضرة والحمرة والصفرة يساوى

التغير إلى السواد وإلا فحكومة ، ومذهب أبي حنيفة فيها الأرش إذا كانت الصفرة بمنزلة السواد ، وعند الشافعي يجب فيها حكومة في جميع الحالات في رأى ، وفي رأى تجب الدية في السواد إذا زالت المنفعة وإلا فحكومة ، وهذا أحد الرأيين في مذهب أحمد ، والرأى الثانى فى التسويد الدية^(١) .

وإذا جنى على أسنانه كلها دفعة واحدة ففيها مائة وستون من الإبل بحساب كل سن خمس من الإبل وهذا رأى مالك وأبي حنيفة وأحمد . ولو أن هذا المقدار يزيد عن دية كاملة لأن النص جعل أرش كل سن خمس من الإبل ، وفي مذهب الشافعي رأيان : أحدهما : يأخذ بما يراه الأئمة الثلاثة وهو الرأى الراجح وحجته أن ما ضمن على انفراد لا ينقص ضمانه بانضمام غيره إليه ، وثانيهما أنه لا يجب فى الأسنان كلها إذا قلعت دفعة واحدة إلا الدية واحدة لأنه جنس ذو عدد فلا يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين .

إذهاب المعاني

٣٦٤ - القاعدة أن العضو إذا ذهب بمنفعته لم تجب فيه إلا دية واحدة كالعينين إذا قلعتا فذهب ضوءهما لم تجب فيهما إلا دية واحدة هي دية العينين لأن الضوء فيهما وهما محله . ومثل ذلك سائر الأعضاء إذا ذهبت بمنفعها لم يجب فيها إلا دية واحدة وهي دية العضو لا المنفعة لأن نفعها فيها فدخلت ديتها وديتها ولأن منافعها تابعة لها تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة .

أما إذا بقى العضو وذهبت منفعته فتجب الدية فى المنفعة الذاهبة ، فمن ضرب إنسانا على رأسه فأذهب بصره أو سمعه وجبت عليه دية البصر أو السمع . والمنافع كثيرة ، منها ما هو حاسة كالسمع والبصر والشم والذوق واللمس ومنها ما هو معنى كاللشى والبطش والعقل والنطق وقد اختلف الفقهاء فى تحديد المعانى التى تجب فيها الدية كما سيبين لنا فيما بعد .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٣ - بدائع الصنائع ص ٣١٠ - مهذب ج ٢ ص ٢١٩

معنى ج ٩ ص ٦١١ .

٣٦٥ - ١ - السمع : في السمع الدية لما روى معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « في السمع الدية » ولما روى عن أبي قلابة أن رجلا رمى آخر بجحرفي رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى عمر رضي الله عنه بأربع ديات والرجل حي وإن أذهب السمع في إحدى الأذنين وجبت نصف الدية ، وإن قطع الأذنين فذهب السمع وجب عليه ديتان لأن السمع في غير الأذن فلا تدخل دية أحدهما في الآخر ، إلا أن بعض فقهاء مذهب مالك يرون في السمع دية وفي الأذنين حكومة لأنهم يرون من الأصل أن الأذنين ليس فيهما إلا الحكومة^(١).

٣٦٦ - ٢ - البصر : وفي البصر الدية لأنه منفعة العينين ، وكل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما ، وفي ذهاب إبصار العين الواحدة نصف الدية ، وليس في إذهاب العينين بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليدين لأن العينين هما محل البصر^(٢).

٣٦٧ - ٣ - الشم : وفي الشم الدية لقوله عليه السلام في كتاب عمرو ابن حزم : « في المشام الدية » وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر كالسمع مع الأذن والبصر مع أجفان العين والنطق مع الشفتين^(٣) وإن جنى عليه فذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية كما تجب في إذهاب البصر من أحد العينين والسمع من أحد الأذنين .

٣٦٨ - ٤ - الذوق : يرى مالك وأبو حنيفة أن في الذوق الدية وفي مذهب أحمد رأيان أحدهما : يرى في الذوق الدية ، والثاني لا يرى فيه الدية ، وتجب الدية إذا ذهبت

(١) المغني ج ٩ ص ٥٩٥ - المهذب ج ٢ ص ٢١٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها ، شرح الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها .

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢ - المهذب ج ٢ ص ٢١٧ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

حاسة الذوق تماماً، فإن ذهب بعضها دون بعض وجب من الدية بقدر ما ذهب فقط^(١)

٣٦٩ - ٥ - الكلام : تجب الدية في الكلام - فإذا جنى عليه نفرس وجبت الدية كاملة وإن فقد بعض الكلام دون بعض وجب من الدية بقدر ما نقص^(٢) وإذا قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ففيها جميعاً دية واحدة، لأن دية الكلام والذوق تدخل في دية اللسان أما إذا جنى عليه فأذهب كلامه وذوقه مع بقاء اللسان ففيهما ديتان مع مراعاة ما ذكرنا من الخلاف عند الكلام عن الذوق .

٣٧٠ - ٦ - العقل : تجب الدية في ذهاب العقل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم «في العقل الدية» ولما كان العقل من أكبر المعاني قدراً وأعظم أثراً من جميع الحواس، وبه يتميز الإنسان من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدى به إلى مصالحه ويتقن ما يضره ويدخل في التكليف، فقد رأى بعض الفقهاء أن يعطى العقل حكم النفس كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي في رأيه القديم وإن ذهب العقل بجناية لا توجب أرشاً كالطمة أو التخويف ونحوها ففيه الدية لا غير وإن أذهب بجناية لها أرش مقدر كالموضحة، أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح أو الطرف عند مالك والشافعي طبقاً لرأيه الجديد وهو المذهب وكذلك عند أحمد، أما أبو حنيفة فيرى كما يرى الشافعي قديماً والرأي الأخير في مذهب مالك أن يدخل أرش الجرح أو الطرف في دية العقل، لأن الواجب في العقل دية النفس، والعقل يقوم مقام النفس من حيث المعنى، لأن جميع منافع النفس تتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى، ولا شك أنه إذا أدت الشجة أو قطع الطرف إلى الموت دخلت الشجة والطرف في دية النفس، فهكذا تدخل في دية العقل، على أن زفر والحسن بن زياد لا يريان التداخل . وإن جنى

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ - المذهب ج ٢ ص ٢١٩ بدائع الصنائع ص ٣١٥ - الدردير ص ٢٤١، ٢٤٣ .

(٢) المفنى ص ٦٠٤ وما بعدها - الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٤، ٦٠٤ - المذهب ج ٢ ص ٢١٨، ٢١٩ - بدائع الصنائع ص ٣١١، ٣١٧ - الدردير ص ٢٤١، ٢٤٣ .

عليه فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح مع مراعاة الخلاف السابق في مذهب أبي حنيفة ، ومع مراعاة أن أبا حنيفة ومحمد يقولان بالتداخل مع العقل فقط دون غيره من المعاني ، أما أبو يوسف فيقول بالتداخل مع كل المعاني الباطنة كالعقل والشم والكلام والجماع والذوق ، أما البصر فلا لأنه معنى ظاهر ، ومن القضايا المشهورة في عهد عمر أن رجلا رمى آخر بحجر فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه ، فقتل عليه عمر بأربع ديات وهو حي سكن إذا مات الجني عليه من الجنابة لم تجب إلا دية واحدة ، لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الأعضاء^(١) .

٣٧١ - المشى والجماع : إذا ذهب المشى أو القدرة على الجماع ففي كل منهما الدية كاملة ، والمعروف أن الصلب يؤثر على هذين المعنيين ، فإذا كسر صلبه وأبطل جماعه فعليه ديتان لادية واحدة كما هو رأى مالك حيث لا يرى اندراج دية الصلب فيه ، وقياساً على هذا إذا أبطل صلبه فأبطل جماعه ومشيه وجبت عليه ثلاث ديات ، فإذا لم يبطل صلبه فعليه ديتان ، وعلّة عدم الاندراج أن الصلب ليس هو محل المنفعة فعضو المشى الأقدام وعضو الجماع الذكر . وفي مذهب الشافعي وأحد رأيان : رأى يرى أن في ذهاب المشى والجماع ديتان لأنهما منفعتان مختلفتان ، ورأى يرى أن فيهما دية واحدة لأنهما منفعة عضو واحد كما لو قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه ، وقياس مذهب أبي حنيفة أن يكون فيهما دية واحدة^(٢) .

٣٧٢ - الصعر - وتجب الدية في الصعر ، وهو أن يضربه مثلاً فيصير

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٤ وما بعدها - مهذب ج ٨ ص ٢١٧ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .
(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٦٠٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، شرح الدردير ص ٢٤٣ .

الوجه إلى جانب ، وأصل الصعر داء يأخذ البعير فيلتوى منه عنقه ، قال تعالى : ﴿ وَلَا تَصْعَقْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ ﴾ أى لا تعرض عنهم بوجهك تكبراً كإمالة وجه البعير الذى به الصعر فن جنى على إنسان جنابة تعوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب ، فىرى أبو حنيفة وأحمد أن فيه الدية ، ويرى الشافعى فى الصعر الحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة وهو قياس مذهب مالك^(١) .

٣٧٣ - معانى أخرى : ويرى أبو حنيفة الدية فى البطش والإيلاد ، وظاهر مذهبه أن كل معنى يفوت تجب فيه الدية^(٢) .

أما عند مالك فيحدد بعض الشراح المعانى بعشر وهى : العقل - والسمع والبصر - والشم - والنطق - والصوت - والذوق - وقوة الجماع والنسل - وتغيير لون الجلد ببرص أو تسويد أو تجذيم ، وإقيام والجلوس^(٣) .

ولكن بعض الشراح لا يرى مانعاً من القياس على هذه العشر ويضيف إليها اللمس ويرى أحمد أن فى تسويد الوجه الدية^(٤) وفى ذهاب القدرة على الأكل الدية^(٥) بينما يرى الشافعى فى تسويد الوجه حكومة جرياً على قاعدته التى لا توجب الدية إلا فى زوال منفعة .

ويرى الشافعى وجوب الدية فى إبطال الكلام وفى إبطال الصوت وفى إبطال قوة المضغ وفى إبطال قوة الإيماء وقوة الحبلى والإجبال وإذهاب لذة الجماع ولذة الطعام^(٦) .

والظاهر من مذهب الشافعى وأحمد أن المعانى التى تجب فيها الدية ليست

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٨ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٦ ، ٣١١ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ - شرح الدردير ص ٢٤١ .

(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٦ ، (٥) نهاية المحتاج ص ٣٢١ ، ٣٢٣ .

(٦) نهاية المحتاج ص ٣٢١ ، ٣٢٣ .

محددة على وجه التعيين ، فذاكر في الكتب أمثلة على المعاني التي تذهب وفيها الدية .
 ٣٧٤ - ويجب أن نلاحظ في هذا المقام الفرق الظاهر بين اتجاه مالك والشافعي من ناحية في تعيين المعاني التي تجب فيها الدية وبين اتجاه أبي حنيفة وأحمد ، فالأولان لا يجعلان في المعنى دية إلا إذا كان في فوات المعنى فوات منفعة أما الأخيران فيجعلان في المعنى دية إذا كان في فوات المعنى فوات الجمال ولو لم يكن قد قامت به منفعة .

٣٧٥ - ما يجب في فوات بعض المعنى : - القاعدة عند الفقهاء أنه إذا فات المعنى كله وجبت فيه الدية ، فإن فات بعضه وجب فيه بعض الدية بنسبة ما فات ، هذا إذا كان التبعض معروفاً كذهاب الإبصار من عين دون أخرى أو كذهاب السمع من أذن دون أخرى أو كان الذهاب يمكن التقدير ، أما إذا كان الغائب لا يمكن معرفة قدره فيرى الشافعي وأحمد أن فيه حكومة وهذا هو قياس مذهب أبي حنيفة ، أما مالك فيرى أن يقابل النقص بما يناسبه من الدية في كل حال ، وفي حالة تعذر التقدير الدقيق يقدر الناقص بأدنى ما يمكن وأكثر ما يمكن ، وفي العمد يلزم المتعمد بالأكثر لأنه ظالم ، والظالم أحق بأن يحمل عليه ، وفي الخطأ يلزم الخطيء بأقل ما يمكن^(١) .

ما يجب فيه أرش مقدر

٣٦٧ - يجب الأرش المقدر في الأطراف وفي الشجاج والجراح .

الأطراف التي لها أرسه مقدر : - شمل كلامنا عما تجب فيه الدية من الأطراف الكلام عن الأطراف التي يجب فيها أرش مقدر - ففي كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية وفي أحدهما نصف الدية وهذا هو الأرش المقدر كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والأثنين والثديين ، فأرش اليد المقدر نصف دية

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٣ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩

المعنى ج ٩ ص ٥٩٦ ، ٥٩٩ الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢ .

اليدين معاً ، وأرشف الرجل نصف دية الرجلين معاً وهكذا وأرشف العين الواحدة هو نصف دية العينين ولكن مالكا يخالف باقي الفقهاء في عين الأعور هو واحد . وفي أصابع اليدين والرجلين ، في كل أصبع عشر الدية ، وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفصل ففي كل مفصل ثلث أرشف الأصبع ، وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف الأرشف وما وجبت الدية في أربعة منه ففي الواحد منه ربع دية وهذا هو أرشف المقدر ، ففي أشفار العينين الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباع الدية وفي الاثنين نصفها وفي الواحد ربع الدية وهذا هو أرشف المقدر . وفي كل سن كما عرفنا خمس من الإبل وهذا هو الأرشف المقدر للسن . وهكذا نستطيع أن نعرف الأطراف التي فيها أرشف مقدر إذا رجعنا للأطراف التي فيها الدية الكاملة والتي لها نظائر في البدن أما الأطراف التي لا نظائر لها في البدن ففيها الدية الكاملة وحدها ، والأرشف المقدر يجب أن يكون أقل من الدية .

أرشف الشجاج

٣٧٧ - عرفنا مما سبق عدد الشجاج وأسماءها وأن مكانها الرأس والوجه وبقى أن نعرف إن كان لهذه الشجاج أرشف مقدر أم لا . ومن المتفق عليه أن ما قبل الموضحة من الشجاج ليس له أرشف مقدر سواء على رأى القائلين بأنها خمسة أو القائلين بأنها ستة وهناك رواية عن أحمد بأن في الدامية بعيراً وفي الباضعة بعيرين وفي المتلاحمة ثلاثة وفي السحاق أربعة وحجته أن زيد بن ثابت قضى بهذا ولكن هذا الرأى ليس المذهب ^(١) . أما ما يجب فيه أرشف مقدر من الشجاج فهو الموضحة وما بعدها أى الهاشمة والمقنعة والآمة والدامغة .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦١٩ - شرح الدردير ص ٢٤٠ - بدائع الصنائع ص ٣١٦ تابع المذهب ج ٢ ص ٢١٢ .

٣٧٨ - الموضحة : - يجب في الموضحة خمس من الإبل لما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم «وفي الموضحة خمس من الإبل» ولما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه السلام أنه قال : « في الموضح خمس خمس » .

ويجب الأرش في كل موضحة ، في الصغيرة والكبيرة ، وفي البارزة والمستورة بالشعر . لأن اسم الموضحة يقع على الجميع . وأرش موضحة الوجه والرأس سواء عند الأئمة الأربعة . ولكن لأحمد رأى مخالف يرى فيه أن يكون أرش موضحة الوجه مضاعفاً ، لأن شينها أكثر ولأنها ظاهرة ولا يسترها الشعر كما هو الحال في موضحة الرأس ^(١) .

ولا يجب مع الأرش شيء آخر عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد ولو برئت الموضحة على شين والمشهور عند مالك أنه إذا برئت على شين موضحة الوجه أو الرأس ، أخذ من الجاني حكومة مقابل الشين وهذه الحكومة علاوة على الأرش ^(٢) ولا يجب الأرش إلا في موضحة الرأس والوجه ، أما موضحة الجسد فليس فيها شيء مقدر وإنما فيها الحكومة ، وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين . وإن أزال الحاجز بينهما قبل البرء فهما موضحة واحدة عليه أرشها ، فإن اندمجتا ثم أزال الحاجز فعليه أرش ثلاث مواضع . لأنه استقر عليه أرش الأولين بالاندمال . ثم لزمته الثالثة ، وإن اندملت إحداها وزال الحاجز بفعله أو بسراية لأخرى ، فعليه أرش موضحتين ، أما إذا زال الحاجز بفعل المجنى عليه أو بفعل أجنبي فعلى الأول أرش موضحتين ، وعلى الأجنبي أرش موضحة . لأن فعل كل لا يبنى على فعل الآخر ، فانفرد كل بحكم جفايته . وهذا هو مذهب الشافعي وأحمد .

وإذا شجه في رأسه شجة بعضها موضحة ، وبعضها دون الموضحة ، لم يلزمه

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢١ .

(٢) شرح الدردير ص ٢٤١ .

أكثر من أورش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك . فلا أن لا يلزمه في الإيضاح في البعض أكثر من ذلك أولى^(١) .

٣٧٩ - الهاشمة : - ويجب في الهاشمة وهي التي توضح العظم، وفي الهاشمة عشر من الإبل ، ولم يعرف عن النبي صلى الله عليه وسلم تقدير فيها . وإنما هو مروى عن زيد بن ثابت . والهاشمة في الرأس والوجه والرأس خاصة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد . أما مالك فلا يعرف الهاشمة إلا في جراح البدن . ويضع بدلا منها - أى الهاشمة - المنقلة في الوجه والرأس^(٢) .

ولو ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير إيضاح في مذهب أحمد والشافعي رأيان أولهما يوجب الحكومة لأنه كسر عظم من غير إيضاح والثاني يوجب خمسا من الإبل لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عشر من الإبل وقد وجد الهشم ففيه خمس من الإبل^(٣)

٣٨٠ - المنقلة : وتجب في المنقلة خمس عشرة من الإبل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم « في المنقلة خمس عشرة من الإبل » والمنقلة زائدة على الهاشمة فهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم .

٣٨١ - الأمة : وتسمى الأمة والمأمومة وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ وأرشها ثلث الدية لقوله عليه السلام في كتاب عمرو بن حزم « وفي المأمومة ثلث الدية » ولما روى عكرمة بن خالد أن النبي قضى في المأمومة بثلث الدية .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٣ وما بعدها - مذهب ج ٢ ص ٢١٢ ، ٢١٣ شرح الدردير ص ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ - مذهب ج ٢

ص ٢١٣ - بدائع الصنائع ٣١٦ .

(٣) مذهب ج ٢ ص ٢١٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ .

٣٨٢ - الرامزة : ويوجب الفقهاء في الدامغة ثلث الدية ، ويرى بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أنه يجب فيهما ثلث الدية لمساواتها بالأمة وحكومة فيما زاد عنها لأنها تزيد عنها خرق جلدة الدماغ ولا يهتم الفقهاء كثيراً بالدامغة لأنها تؤدي غالباً للموت^(١) .

أرش الجراح

٣٨٣ - الجراح كما علمنا على نوعين : جائفة وغير جائفة ، فأما غير الجائفة فهي الجراحات التي لاتصل إلى جوف والواجب فيها الحكومة فإن أوضح عظاماً في غير الرأس والوجه أو هشمة أو نقله وجب فيه الحكومة لأنها لاتشارك نظائرها من الشجاج التي في الرأس والوجه في الاسم ولا تساويها في الشين والخوف على الجنى عليه منها ولذلك لم تساوها في تقدير الأرش .
أما الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف من البطن أو الظهر أو الصدر أو الورك فالواجب فيها ثلث الدية لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم « في الجائفة ثلث الدية » .

وإن خرقه من جانب فخرج من جانب آخر فهما جائفتان عند مالك وأبي حنيفة وأحمد أما في مذهب الشافعي فاختلفوا في النقب الحاصل من الداخل إلى الخارج فاعتبره بعضهم جائفة وهو الرأي الراجح في المذهب لأنها جراحة نافذة للموت وتساوي الآتية من الخارج ومن ثم أوجبوا فيها أرش الجائفة أما حجة الرأي المضاد فأوجبوا في الجراحة الثانية حكومة لأن الجائفة عندهم ماتصل من الخارج إلى الداخل^(٢) .

(١) الشرح الكبير ص ٦٢٧ ، ٦٢٨ - وباقي المراجع كما هي .

(٢) دردير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ - بدائع الصنائع ص ٣١٨ ، ٣١٩ - مهذب

ج ٢ ص ٢١٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٩ .

هل تتساوى الديات لكل الأشخاص

الْوُثَى نَمَ بَعْدَهَا التَّطَفُّؤُ

٣٨٤ - دية الوُثَى فيما دونه النفس : يرى أبو حنيفة والشافعي أن دية المرأة على النصف من دية الرجل نفساً وجرحاً وأطرافاً^(١) فأرش أصبع الرجل عشرة من الإبل وأرش أصبع المرأة خمس من الإبل . وأرش الهاشمة في الرجل عشر من الإبل ، وفي المرأة خمس ، وأرش الجائفة في الرجل ثلث ديته وأرش الجائفة في المرأة ثلث ديتها وهي على النصف من دية الرجل .

أما مالك وأحمد فعندهما أن أرش جراح المرأة يساوي أرش جراح الرجل إلى ثلث الدية فإن جاوز الأرش ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل فثلاً إذا قطع لامرأة ثلاث أصابع أخذت أرشها ثلاثين من الإبل كما يأخذ الرجل لأن الأرش لم يجاوز ثلث الدية فإذا كان المقطوع أربع أصابع أخذت أرشها عشرين من الإبل لأن أرش الأصابع الأربع أربعون من الإبل ، وهذا القدر يزيد على ثلث الدية فتأخذ النصف فقط^(٢) وهذه القاعدة مطلقة غير مقيدة بقيد عند أحمد أما مالك فيقيدها بقيدين أولهما : اتحاد الفعل أو مافى حكمه ويقصد باتحاد الفعل الضربة الواحدة ولو أصابت أكثر من محل كما لو ضرب الجاني المجنى عليها ضربة واحدة فأصابت يديها معاً أو يدها ورجلها ويقصد بما في حكم اتحاد الفعل تعدد الضربات في فور واحد سواء أصابت محلاً واحداً أم أكثر فإذا اتحد الفعل أو كان في حكم المتحد فإن المجنى عليها أرش إصاباتهما كاملاً . إذا لم يزد مجموعه على ثلث الدية فإن زاد فلها النصف فقط ولا ينظر إلى كل إصابة وحدها فثلاً لو ضربها ضربة واحدة أو ضربتين في فور واحد فأصاب أصبعين من كل يد فجموع أرش الأصابع الأربع ، أربعون من الإبل وهذا المجموع يزيد على ثلث الدية فيكون المستحق لها النصف فقط ولو ضربها فأصاب أربعة أصابع من يد واحدة فالحكم هو نفس ما سبق .

(١) بدائع الصنائع ص ٣١٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٣ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٨ .

والقيد الثاني: هو اتحاد الحبل، ويراعى هذا القيد سواء اتحد الفعل أو لم يتحد الفعل فمثلاً إذا ضربها فأصاب من يدها اليمنى ثلاث أصابع فدية الأصابع الثلاث ثلاثون من الإبل وهي لا تبلغ ثلث الدية فتستحقها كلها فلو ضربها هو أو غيره مرة ثانية فأصاب أصبعاً أخرى من نفس اليد فأرشها خمس من الإبل لأن مجموع أرش هذه الأصابع مع أرش الثلاث المقطوعة سابقاً يزيد على ثلث الدية وكذلك الحكم لو أصابت من المرة الثانية هذه الأصابع وأصبعين من اليد الأخرى فإنه يأخذ خمساً من الإبل في الأصبع الرابعة من اليد اليمنى وعشرين في الأصبعين المقطوعين من اليسرى لأنه قطع بضربته ثلاث أصابع أرشها لا يبلغ ثلث الدية فتستحق عن كل أصبع عشرة من الإبل ؛ لكن لما كان الأصبع الرابع من اليد اليمنى تطبق فيه قاعدة اتحاد الحبل فلا تستحق فيه إلا خمساً من الإبل وتراعى قاعدة اتحاد الحبل على الرأى الراجح في الأصابع فقط ولا تراعى في الأسنان ولا في المواضع والمناقل وتراعى قاعدة اتحاد الفعل وما في حكمه في كل الأحوال فلو شجت المرأة منقلتين في فور واحد فأرشمها ثلاثون من الإبل لأن مجموع أرشمها لا يبلغ ثلث الدية . ولو شجت أربع مناقل في فور واحد أو بضربة واحدة فمجموع أرشمها ستون من الإبل وهو يزيد على ثلث الدية فيكون لها النصف من دية الرجل وهو ثلاثون من دية الإبل فإذا أصيبت بعد شفائها بمنقلة أخرى أو منقلتين أخذت أرشمها كاملاً لأنه لا يبلغ ثلث الدية ولأن قاعدة اتحاد الحبل لا تراعى في المناقل .^(١)

٣٨٥ - الأرسه غير المقدر أو الحكومة : يجب الأرش غير المقدر في الجنائيات الواقعة على مادون النفس مما لا قصاص فيها وليس لها أرش مقدر ويسمى الأرش غير المقدر في اصطلاح الفقهاء حكومة أو حكومة العدل . ومعنى الحكومة عند الأئمة الأربعة: أن تقدر قيمة المجنى عليه باعتباره عبداً قبل الجرح ثم تقدر قيمته بعد الجرح والبراء منه ثم تعرف نسبة النقص في القيمة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

ثم يؤخذ من الدية بنسبة هذا النقص ، فذلك هو ما يستحقه الجنى عليه ولكن يشترط أن لا تبلغ الحكومة أرش جرح مقدر . فمثلاً إذا كان الجرح مما قبل الموضحة كالسمحاق فلا يجوز أن يبلغ أرش الموضحة ، وحكى عن مالك أنه ما تخرجه الحكومة كائناً ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن .

ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعى أن يكون التقدير بالنسبة للعضو الذى حدثت به الإصابة لا بالنسبة للنفس ، أى أنه علم نسبة النقص قدر النقص على أساس دية العضو الذى أصيب لاعلى أساس دية النفس ، فإن كان النقص هو العشر مثلاً والجنابة على اليد فالحكومة عشر دية اليد ، لاعشر دية النفس ، وإن كانت الجنابة على أصبع فالحكومة عشر دية الأصبع . وحجة هؤلاء أن اعتبار دية النفس قد يؤدي إلى أن تزيد الحكومة على دية الطرف الذى حدثت به الجنابة . وطريقة التقدير على أساس فرض الجنى عليه عبداً لاتصلح اليوم لأن الرقيق أبطل من العالم فلا يمكن معرفة القيم المختلفة .

ولقد علمنا أن بعض الفقهاء في مذهب أحمد والشافعى يرون أن ما قبل الموضحة إذا أمكن معرفة قدره من الموضحة وجب فيها على قدر ذلك من أرش الموضحة ، ولعل هذه الطريقة يمكن استخدامها الآن في تقدير الحكومة فيقدر كل مافيه حكومة على أساس ما فوقه مما له أرش مقدر .

ويشترط الفقهاء في تقدير الحكومة أن يكون التقدير بمعرفة ذوى عدل من الغنمين فياًخذ القاضى بقولهما ، وأن يكون التقدير بعد البرء لاقبله ويصح أن يجتهد القاضى في التقدير .

ومن المتفق عليه أن الحكومة تجب إذا شفى الجرح على شين فإذا شفى على غير شين فقد اختلفوا ، فيرى أحمد والشافعى أن الحكومة تجب ولو شفى الجرح على غير شين ، ويرى مالك التعزير فقط ، ويرى أبو يوسف أن فيها حكومة الألم ، ويرى محمد أن فيها أجرة الطبيب^(١) .

(١) شرح الدرر ج ٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ - الصرح الكبير ج ٩ ص ٦٣٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٢٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٢٣ .

وحين يقول بعض الفقهاء أن الجروح إذا برئت على غير شين ليس فيها شيء
فعنى ذلك أن ليس فيها مال ، أما التعزير فواجب فيها طبقاً للقواعد العامة لأن
الجناية اعتداء ، وكل اعتداء ليس فيه حد مقدر فيه التعزير .

وكل جناية لم تترك أثراً إطلاقاً كاللطمه واللكم والضرب بمثقل لا يترك أثراً
ولا يلون الجسم ليس فيها ضمان وإنما فيها التعزير .

٣٨٦ — ومقدار الدية فيما دون النفس عمداً هو مقدار الدية في النفس
عمداً ، مائة من الإبل وهي مربعة على ما يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد ، ومثلثة
على ما يرى الشافعي ومحمد بن الحسن كما ذكرنا قبلاً .

وإذا كان المستحق أقل من دية كاملة ، روعيت النسبة في أوصاف الإبل
فمثلاً إذا كان الأرش عشرة من الإبل كان أرباعاً أو أثلاثاً على حسب الرأيين
المختلفين اللذين ذكرناهما .

٣٨٧ — الأجناس التي تجب فيها الدية هي نفس الأجناس التي سبق
الكلام عليها في العمد في النفس .

٣٨٨ — تغليظ الدية : يرى بعض فقهاء مذهب أحمد أن الدية تغليظ في
العمد وفي الخطأ وفي النفس وما دون النفس ، ويرى البعض أنها لا تغليظ إلا في
القتل الخطأ فقط وأنها لا تغليظ فيما دون النفس ^(١) .

ويرى مالك أنها تغليظ فيما دون النفس في العمد في حالة واحدة وهي جنايات
الوادة على ولده وكيفية التغليظ عنده تثليث الدية ^(٢) أما أبو حنيفة والشافعي
فلا يريان التغليظ فيما دون النفس ولكن الشافعي يرى التغليظ في الخطأ فيما دون
النفس كما هو الحال في النفس . كما ورد ذلك في الجزء السابع من نهاية المحتاج .

(١) المغني ج ٩ ص ٥٠٠ — الإقناع ج ٧ ص ٢١٥ .

(٢) شرح الدردير ص ٣٧ .

٣٨٩ - من يحمل البرية في العمر؟ يحمل الدية في العمد الجاني في كل الأحوال باتفاق الفقهاء، ولكن مالكا يستثنى في حالة العمد أرش الجراح التي لا يمكن القصاص فيها خوف تلف الجاني كالجائفة والآمة وكسر العمد، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما يبلغ ثلث دية الجاني والمجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الجناية قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافا^(١).

٣٩٠ - هل تجب البرية مال؟ تجب الدية حالة في العمد عند مالك والشافعي وأحمد، وتجب مؤجلة إلى ثلاث عند أبي حنيفة وما يحمله مالك للعاقلة من العمد يجب مؤجلا إذا زاد على ثلث دية المجنى عليه أو الجاني^(٢) والمعتبر في التأجيل أن الدية الكاملة تؤجل في ثلاث سنوات، فلا يقل القسط عن ثلث الدية، وما زاد عن الثلث يدفع في السنة الثانية، فإن كان الواجب أكثر من الثلثين دفع ما زاد عن الثلثين في السنة الثالثة.

٣٩١ - الترافل في الديات: تكلمنا فيما سبق عن التداخل بمناسبة الكلام على ديات الأطراف والمعاني ونرى من الأفضل أن تجمع أحكام التداخل في مكان ليكون ذلك أعون على فهمها.

تداخل ديات الأطراف:

لا تتداخل دية طرف في طرف، وإنما تتداخل دية بعض الطرف في دية بعضه الآخر إذا كانت دية البعض هي دية الكل، أو كانت دية الكل تشمل دية البعض.

فاليد طرف فيها دية واحدة إذا قطعت الكف مع الأصابع، وإذا قطعت الأصابع وحدها ففيها الدية، فإذا قطعت الكف بعد ذلك ففيها حكومة لأن ديتها

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ - المنى ج ٩ ص ٤٨٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٠٩.

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠.

دخلت في دية الأصابع ومثل اليد الرجل ، والأجفان فيها الدية ، والأهداب فيها الدية أيضاً على رأى فإذا قطع الأجفان مع الهدب ففيهما دية واحدة لأنهما عضو واحد وإذا قطعت الأهداب ففيها الدية فإذا قطعت الأجفان بعدها ففيها حكومة لأن ديتها دخلت في دية الأهداب .

وفي الثدي لدية ، وفي حلمة الثدي الدية ، فإذا قطع الثدي والحلمة معاً ففيهما دية واحدة لأن العضو واحد ، فإذا قطعت الحلمة وحدها ففيها الدية ، وإذا قطع الثدي بعد ذلك ففيه حكومة لأن ديته دخلت في دية الحلمتين .

وفي الذك الدية ، وفي الحشفة الدية ، فإذا قطع الذكر كله ففيه دية واحدة . وإذا قطعت الحشفة وحدها فلا دية للباقي ، لأن ديته تدخل في دية الحشفة . وفي الأئمة ثلث دية الأصبع إلا الإبهام فنصفه ، وفي الظفر خمس دية الأصبع عند أحمد ، فلو قطعت الأئمة مع الظفر فأرش الأئمة هو الواجب ، لأن أرش الظفر دخل في أرش الأئمة .

نراخل ديات المعاني : - لا تتداخل دية معنى في معنى آخر ولو كان محلها واحداً فكل معنى مستقل له دية مستقلة لا تدخل في معنى غيره ، وإنما تتداخل ديات المعاني في ديات محالها من الأطراف ، فإذا كان الطرف محلاً للمعنى فزال المعنى وحده وبقي الطرف وجبت الدية في المعنى ، وإذا زال الطرف مع المعنى دخلت دية المعنى في دية الطرف ووجبت دية واحدة - فالعين محل الإبصار فإذا فقئت العين فزال الإبصار وجبت دية واحدة لزوال الطرف وهو العين ومعناه وهو الإبصار وإذا بقيت العين قائمة وزال الإبصار وجبت دية واحدة للمعنى .

نراخل أروسه الجراح والسجاج : - لا تدخل أروش الجراح والسجاج بعضها في بعض إلا إذا اتصل بعضها ببعض قبل الاندخال بفعل الجاني أو بالسراية فن أوضح آخر موضحتين أو أجافه جائفتين بينهما حاجز ثم خرق الحاجز أو ذهب الحاجز بالسراية فعليه أرش موضحة واحدة وجائفة واحدة ، فإذا زال الحاجز بفعل غير الجاني وبغير السراية فعليه أرش موضحتين وجائفتين .

تداخل ما دون النفس في النفس : - وهناك بعد ذلك تداخل أعم ، وهو تداخل ديات ما دون النفس في دية النفس ولكن لا تدخل دية ما دون النفس في النفس إلا إذا كانت الأفعال كلها من نوع واحد كأن كانت كلها عمداً أو خطأ أو شبه عمد وكانت الجناية على النفس قبل براء الجنايات على ما دون النفس؛ فإذا توفر هذان الشرطان دخل ما دون النفس في النفس ووجبت دية واحدة فقط أما إذا برىء بعض ما دون النفس قبل الجناية على النفس فلا يدخل في النفس إلا ما لم يندمل . وتجب ديات ما برىء قبل الجناية على النفس ، ودية النفس؛ والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن ما برىء قبل النفس استقر حكمه وثبت في ذمة الجاني . فإن قتل عمداً والجنايات على الأطراف خطأ وجبت ديات الأطراف ودية النفس وكذلك لو كان القتل خطأ والجنايات الأخرى عمداً ولو كان الجاني واحداً وهذا هو الرأي الراجح .^(١)

العقوبة البدلية الثانية

« التعزير »

٣٩٢ - تكلمنا عن التعزير كمعقوبة بدلية للقصاص في حالة الجناية على النفس وما قلناه هناك ينطبق هنا مع مراجعة ما كتبناه عن التعزير كمعقوبة أصلية .

عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ

٣٩٣ - عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ هي الدية أو الأرش وهي العقوبة الأصلية الوحيدة وليس ثمة من عقوبة بدلية لازمة للدية ، ولكن إذا شئت الهيئة التشريعية أن تجعل لهذه الجناية عقوبة تعزيرية أصلية أو بدلية فليس في نصوص الشريعة ما يمنع هذا . وإذا كان مالك يوجب التعزير في العمد ولا يوجبه

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٣ - نهاية المحتاج ص ٣٢٤ - مغني ج ٩ ص ٣٨٦ ، ٣٩٦

في الخطأ فليس معنى ذلك أنه يمنع من التعزير في الخطأ وإنما معناه أنه رأى عقوبة التعزير واجبة في العمد للردع ولم يرها لذلك في حالة الخطأ .

والدية يقصد منها الدية الكاملة ، والأرض يقصد به ما هو أقل من الدية ، والأرض مقدر وغير مقدر ، وقد تكلمنا عن هذه المعاني جميعها بمناسبة الكلام على الدية في العمد ، ولا فرق بين ما قيل هناك وما يمكن أن يقال هنا .

٣٩٤ - ومقادير الدية وما تجب فيه كاملة وناقصة وما تجب فيه الحكومة كل ذلك قد تكلمنا عنه بمناسبة الكلام عن الجنابة على مادون النفس عمداً ، والواقع أنه لا فرق بين عقوبة الدية في العمد والخطأ من حيث الوجوب وما تجب فيه ، والأجناس التي تجب فيها الدية ، وغير ذلك من المواضع التي تكلمنا فيها بمناسبة الكلام عن الدية ونستطيع أن نحصر الفرق بين الديات في الخطأ وبينها في العمد فيما يأتي :

١ - من يحمل البرية ؟ : يحملها في العمد الجاني كما ذكرنا إلا ما استثناء مالك ، ويحملها في الخطأ باتفاق العاقلة ، ويرى الشافعي وأحمد أن الجاني لا يحمل مع العاقلة شيئاً ، ويرى أبو حنيفة ومالك أنه يحمل معها ، والمقدار الذي تحمله العاقلة يخلف بحسب آراء الفقهاء لما ذكرنا في القتل الخطأ .

٢ - أرصاف البريل - الدية في الخطأ تجب خمسة باتفاق الفقهاء .

٣ - التغليظ في الخطأ - يرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد كإيرى الشافعي التغليظ فيما دون النفس ولكن الظاهر^(١) أن المذهب هو عدم التغليظ ، ولا يرى أحد من الأئمة الآخرين التغليظ في الخطأ فيما دون النفس .

٤ - تأجيل البرية - تجب دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين إذا كانت كاملة .

(١) الفنى ج ٩ ص ٥٠٠ - الإقناع ج ٤ ص ٢١٥ - نهاية المحتاج ج ٧

الفصل الثالث

الجنابة على ما هو نفس من وجه دون وجه

أى الجنابة على الجنين أو الإجهاض

٣٩٥ - يعبر الحنفية عن هذه الجنابة بالجنابة على ما هو نفس من وجه دون وجه ، لأن الجنين يعتبر نفساً من وجه ، ولا يعتبر كذلك من وجه آخر فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمي ، ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه ، ويعطون ذلك بأن الجنين مادام مختبئاً في بطن أمه فليس له ذمة صالحة أو كاملة ولا يعتبر أهلاً لوجوب الحق عليه لكونه في حكم جزء من الأم ، لكنه لما كان منفرداً بالحياة فهو نفس وله ذمة وباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من إرث ونسب ووصية الخ^(١) .

ولذلك اعتبر نفساً من وجه إذا نظرنا إلى أنه أهل لوجوب الحق له ، ولم يعتبر كذلك من وجه آخر إذا نظرنا إلى أنه ليس أهلاً لوجوب الحق عليه وصار نفساً من كل وجه ؛ فإذا انقلب على مال إنسان فأتلفه ضمنه ، وإذا زوجه وليه لزمه مهر امرأته في ماله .

٣٩٦ - ويعبر المالكية والشافعية والحنابلة عن هذه الجنابة بالجنابة على الجنسين ولكن اختلاف الفقهاء في التعبير عن الجنابة ليس له أية أهمية لأن ما يقصده هؤلاء من تعبيرهم هو ما يقصده الآخرون بالذات ، ومحل الجنابة عندهم جميعاً هو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين أو هو كل ما يؤدي إلى انفصال الجنين عن أمه^(٢) .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٧ - شرح الزرقاني

ج ٨ ص ٣٣ - الإقناع ج ٤ ص ٢٠٩ .

٣٩٧ - ما يحرم من الحامل : تقع هذه الجناية كلما وجد ما يوجب انفصال الجنين عن أمه ، ، وقد ينفصل الجنين حياً وقد ينفصل ميتاً ، وتعتبر الجناية تامة بحدوث الانفصال بغض النظر عن حياة الجنين أو موته ، وإن كان لكل حالة عقوبتها الخاصة ؛ إذ العقوبة في هذه الجناية تختلف باختلاف نتائج الفعل كما سنبين ذلك عند الكلام على العقوبة .

ولا يشترط في الفعل المكون للجناية أن يكون من نوع خاص ، فيصح أن يكون عملاً ويصح أن يكون قولاً ويصح أن يكون الفعل مادياً ويصح أن يكون معنوياً .

ومن الأمثلة على الفعل المادى الضرب والجرح والضغط على البطن ، وتناول دواء أو مواد تؤدي للاجهاض ، وإدخال مواد غريبة في الرحم أو حمل حمل ثقيل^(١)

٣٩٨ - ومن الأمثلة على الأقوال والأفعال المعنوية التهديد وإفزاز والترويع كتخويف الحامل بالضرب أو القتل والصياح عليها فجأة وطلب ذى شوكة لها أو لغيرها أو دخول ذى شوكة عليها^(٢) ومن الوقائع المشهورة في هذا الباب أن عمر رضى الله عنه بعث إلى امرأة كان يدخل عليها فقالت يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينما هى فى الطريق إذ فزعت فضر بها الطلق فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال : ماتقول يا أبا الحسن ؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك إن ديتك عليك لأن أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك^(٣) .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ ، ٥١٩ .

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٥ ص ٣١ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦

٥١٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٠ - المغنى ج ٩ ص ٥٥٢ ، ٥٥٧ - الاقتناع ج ٣ ص ٢٠٩

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٧٩ .

ومن الأمثلة على الأفعال المعنوية تجويع المرأة أو صيامها ، فلو صامت فأدى الصوم إلى الإجهاض كانت مسئولة عن الجناية ومثل ذلك شتم ریح ضار بالحامل^(١) ويرى بعض الفقهاء أن من يشتم امرأة شتما مؤلماً يسأل جنائياً إذا أدى شتمه إلى إجهاض المرأة^(٢)

ويصح أن يقع الفعل المكون للجنابة من الأب أو الأم أو من غيرها وأيا كان الجاني فهو مسؤول عن جنائته ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجريمة .
٣٩٩ - انفصال الجنين : - ولا تعتبر الجنابة على الجنين قائمة ما لم ينفصل الجنين عن أمه ، فمن ضرب امرأة على بطنها أو أعطاها ذواء فأزال ما يبطنها من انتفاخ أو أسكن حركة كانت تشعر بها في بطنها لا يعتبر أنه جنى على الجنين لأن حكم الولد لا يثبت إلا بخروجه ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح في البطن سكنت ، فهناك شك في وجود أو موت الجنين ، ولا يجب العقاب بالشك ، وهذا هو رأى الفقهاء الأربعة وأساسه عدم اليقين من وجود الجنين أو موته^(٣)

ولكن الزهرى يرى أن على الجاني العقوبة لأن الظاهر أنه قتل الجنين .
والرأى الذى يجب العمل به اليوم بعد تقدم الوسائل الطبية أنه إذا أمكن طبيياً القمع بوجود الجنين وموته بفعل الجاني فإن العقوبة تجب على الجاني ، وهذا الرأى لا يخالف فى شئ . رأى الأئمة الأربعة لأنهم منعوا العقاب للشك ، فإذا زال الشك وأمكن القمع وجبت العقوبة ، ولا يكفي انفصال الجنين لمسؤولية الجاني بل يجب أن يثبت أن الانفصال جاء نتيجة لفعل الجاني ، وأن علاقة السببية قائمة بين فعل الجاني وانفصال الجنين .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٠ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣١ .

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣١ .

(٣) المنى ج ٩ ص ٥٣٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٣

حاشية ابن عابدين ص ٥١٧ .

٤٠٠ - والجنين هو كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد . ويرى مالك مسؤولية الجاني عن كل ما ألقته المرأة مما يعلم أنه حمل سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقه أو دماً . ويرى أشهب من فقهاء المالكية أن لامسؤولية عن طرح الدم ، وإنما المسؤولية عن طرح العلقه والمضغة ، بينما يرى ابن القاسم المالكي أيضاً مسؤولية الجاني عن الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب ، لا الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار يذوب لأن هذا لا شيء فيه^(١)

٤٠١ - ويرى أبو حنيفة والشافعي مسؤولية الجاني عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه ، فإذا ألفت مضغة لم يتبين فيها شيء من خلقه فشهد ثقات بأنه مبدأ خلق آدمي لو بقي لتصور ، فالجاني مسؤول أيضاً^(٢) .

٤٠٢ - ويرى الحنابلة مسؤولية الجاني إن أسقطت المرأة ما فيه صورة آدمي ، فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا مسؤولية حيث لا دليل على أنه جنين ، وإذا ألفت مضغة فشهد ثقات أن فيه صورة خفية كان الجاني مسؤولاً جنائياً . وإن شهدوا أنه مبدأ خلق آدمي لو بقي لتصور ففيه وجهان : أحدهما لامسؤولية عنه لأنه لم يتصور فهو في حكم العلقه ولأن الأصل البراءة فلا مسؤولية بالشك ، والثاني يسأل لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور^(٣) .

والجنين قد ينفصل عن أمه حياً وقد ينفصل ميتاً وللتفرقة بين الحالتين أهمية كبرى لأن العقوبة تختلف باختلاف الحالين .

وتثبت الحياة للجنين بكل ما يدل على الحياة من الاستهلال أي الصياح والرضاع والتنفس والعطاس وغير ذلك ، ومجرد الحركة لا يعتبر دليلاً قاطعاً على الحياة لأن الحركة قد تكون من اختلاج الجسم إثر خروجه من ضيق فوجب أن تكون الحركة بحيث تقطع بحياة الجنين أو أن يكون هناك دليل آخر على الحياة^(٤)

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣١ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٢ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٣٩ .

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٣٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٨٩ - حاشية ابن عابدين

٤٠٣ - ويشترط الحنابلة لاعتبار الجنين منفصلاً حياً أن تكون الحياة مستقرة فيه ، فلا يكون في حالة نزع أو في الرمق الأخير ، وأن يكون سقوطه أو انفصاله لوقت يعيش مثله أى أن يكون لسنة أشهر فصاعداً ، فإن كان لدون ذلك اعتبر أنه انفصل ميتاً ، ولو انفصل والحياة فيه لأنها حياة لا يتصور بقاؤها ، ولأن الجنين لا يعيش غالباً إذا انفصل لأقل من ستة أشهر وبهذا الرأي قال المزني من أصحاب الشافعي ^(١) .

٤٠٤ - ويعتبر المالكية والحنفية والشافعي الجنين منفصلاً حياً عن أمه ولو انفصل لأقل من ستة أشهر مادام قد انفصل وفيه الحياة ، ولا يعتبرونه منفصلاً ميتاً إلا إذا انفصل فاقد الحياة . وإذا علمت حياته قبل تمام الانفصال كما لو خرج رأسه فصرخ سراراً ثم تم انفصاله ميتاً فيعتبر أنه انفصل ميتاً لا حياً لأن العبرة بحالة الحنين عند تمام الانفصال ^(٢)

٤٠٥ - ويشترط مالك وأبو حنيفة لمسؤولية الجاني عن قتل الجنين أن يكون انفصال الجنين قد حدث في حياة الأم ، فإن انفصل عنها بعد وفاتها فلا يسأل الجاني عن قتله إذا انفصل ميتاً لأن موت الأم سبب ظاهر لموته إذ حياته بحياتها وتنفسه بنفسها فتحقق موته بموتها فضلاً عن أنه يجري مجرى أعضائها وموتها يسقط حكم أعضائها وعلى هذا فن المشكوك فيه أن تكون وفاة الجنين نتيجة لقتل الجاني ولا ضمان ولا عقاب بالشك .

أما إذا انفصل الجنين حياً بعد موت الأم فالجاني مسؤول عن قتله وعليه دية إذا مات بفعله ، فإن لم يمت فعليه التعزير ، وإذا انفصل بفضه ميتاً في حياتها ثم انفصل كله بعد موتها فحكمه حكم انفصاله كله ميتاً بعد موتها ^(٣) .

٤٠٦ - ويرى الشافعي وأحمد مسؤولية الجاني سواء انفصل الجنين بعد

(١) المغني ج ٩ ص ٥٥٠ ، ٥٥٢ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦١ .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣٣ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٨ .

وفاة الأم أو في حياتها ، وسواء انفصل حياً أو ميتاً لأن الجنين تلف بجناية الجاني وعلم ذلك بخروجه فوجبت المسؤولية كما لو سقط في حياتها ، ولأنه لو سقط حياً ضمنه ، فكذلك إذا سقط ميتاً ، وليس صحيحاً أن حكمه حكم أعضاء الأم لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتاً ثم مات لم يضمه كأعضائها ، وفصلاً عن ذلك فهو آدمى موروث فلا يدخل في ضمان أمه ، وكذلك الحكم لو انفصل بعضه من بطن أمه وخرج باقيه أو لم يخرج حيث يتيقن وجود الجنين أولاً وتيقن قتله ثانياً^(١) .

٤٠٧ — ونستطيع أن نقول بعد تقدم الوسائل الطبية أن الرأي الذي يجب العمل به هو مسؤولية الجاني إذا تبين بصفة قاطعة أن الانفصال ناشئ عن فعل الجاني سواء انفصل الجنين في حياة أمه أو بعد وفاتها . وسواء انفصل كله أو بعضه ، وهذا الرأي يتفق مع كل المذاهب لأن الذين يمتنعون المسؤولية يمتنعونها للشك وعدم التيقن فإذا زال الشك بالوسائل الطبية الحديثة وجبت المسؤولية .

٤٠٨ — قصر الجاني : — مذهب مالك على أن الجناية على الجنين قد تكون عمدية وقد تكون خطأ ، فهي عمدية إذا تعمد الجاني الفعل ، وهي غير عمدية إذا أخطأ الجاني بالفعل ويتفق مذهب مالك مع الرأي المرجوح في مذهب الشافعي^(٢) .

٤٠٩ — والقائلون بأن الجناية عمدية يختلفون في وجوب القصاص من الفاعل إذا انفصل الجنين حياً ثم مات بسبب الجناية ، فبعض المالكية يوجب القصاص والبعض يوجب الدية وأصحاب الرأي الراجح في المذهب يوجبون القصاص إذا كان الفعل في الغالب مؤدياً لنتيجة كالضرب على الظهر والبطن ، ويوجبون الدية إذا لم يكن الفعل مؤدياً لنتيجة غالباً كالضرب على اليد والرجل^(٣)

(١) المغني ج ٩ ص ٥٣٨ — أسنى الطالب ج ٤ ص ٩٠ .

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣٣ — بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٨

نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣٣ .

٤١٠ — وأصحاب الرأي الراجح في مذهب الشافعي يرون مع الحنفية والمخابلة أن الجناية على الجنين لا تكون عمداً محضاً وإنما هي شبه عمد أو خطأ. فهي شبه عمد إذا تعدد الجاني الفعل وهي خطأ إذا أخطأ به .

ولا تعتبر الجناية عمدية حال تعدد العمل لأن العمد المحض بعيد التصور لتوقفه على العلم بوجود الجنين وبجيماته ، كما يتوقف على قصد قتله وهو بعيد التصور^(١) . ويحتج هذا الفريق لرأيه بما روى عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب ، والعاقلة تحمل العمد ، فلو اعتبر الرسول العمد في هذه الجناية لما جعل الغرة على العاقلة .

٤١١ — وتظهر أهمية التفرقة بين العمد وغير العمد في حالة انفصال الجنين حياً حيث يرى بعض القائلين بعمدية الجناية القصاص من الجاني . بينما العقاب على غير العمد هو الدية ، أما في حالة انفصال الجنين ميتاً فلا فرق بين العمد وغير العمد في نوع العقوبة لأن العقوبة متفق عليها في كل الأحوال وهي الغرة ، وإنما يظهر الفرق في صفة العقوبة حيث تغلظ الغرة في حالة العمد وشبه العمد ولا تغلظ في حالة الخطأ^(٢) كذلك يظهر الفرق في تحمل العقوبة حيث تكون في مال الجاني وحده في حالة العمد ، وتكون في ماله أو مال العاقلة وحدها في حالتى شبه العمد والخطأ على حسب التفصيل الذي ذكرناه عند الكلام على تحمل الديات^(٣) .

٤١٢ — العقوبة المقررة للجناية على الجنين : — تحتلب العقوبة المقررة للجناية على الجنين باختلاف نتائج فعل الجاني وهذه النتائج لا تخرج عن خمس : الأولى : أن ينفصل الجنين عن أمه ميتاً . الثانية : أن ينفصل الجنين عن أمه حياً ثم يموت بسبب الفعل . الثالثة : أن ينفصل الجنين عن أمه حياً ثم يموت أو يعيش بسبب آخر غير الفعل . الرابعة : أن لا ينفصل الجنين عن أمه

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٦١٩ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ ، ٣٩٠ المغنى

ج ٩ ص ٥٤٤ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ .

(٢) ابن المطالب ج ٤ ص ٩٤ .

(٣) راجع الفقرة .

أو ينفصل بعد وفاتها . الخامسة : أن يترتب على الفعل إيذاء الأم أو إصابتها بإصابات تشفى منها أو تؤدى لموتها . وسنتكلم عن هذه النتائج واحدة بعد أخرى والعقوبات المقررة لها .

٤١٣ — أولاً : انفصال الجنين عن أمه حينئذ : إذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فمقربة الجاني هي دية الجنين ، ودية الجنين غرة عبداً أو أمة قيمتها خمس من الإبل .

ولأصل في الغرة ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه استشار الناس في أملاص المرأة فقال المنيرة بن شعبة شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمة فقال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة ، وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال : اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداها الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطها ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى الرسول أن دية جنيها عبداً أو أمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم^(١) والغرة في اللغة الخيار وسمى العبد والأمة غرة لأنهما من أنفس الأموال ويشترط الفقهاء في العبد أو الأمة شروطاً خاصة لم نردعها لذكرها بعد أن أبطل الرق في العالم ، وبعد أن أجمع الفقهاء على تقدير الغرة بخمس من الإبل .

٤١٤ — وتجب الغرة في الجنين الذكر وفي الجنين الأنثى ولا فرق في قيمة ما يجب لكل منهما ويقدر الفقهاء دية الجنين الذكر بنصف عشر الدية الكاملة ودية الجنين الأنثى بعشر دية الأم ، ولما كانت دية المرأة نصف دية الرجل فالنتيجة أن دية الجنين الأنثى تساوى نصف عشر الدية الكاملة^(٢) .

وتجب الغرة في حالتي العمد والخطأ معاً ولا فرق بين الحالتين إلا أن دية الجنين تغلظ في حالة العمد وتخفف في حالة الخطأ^(٣) وإلا أنها حالة في مال الجاني

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٣٥ .

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣٢ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٧ .

أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ - المغنى ج ٩ ص ٥٤١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ .

المتعمد لا تحمل العاقلة منها شيئاً ، أما في حالة الخطأ ويلاحق بها شبه العمد فنحمل العاقلة الدية وحدها أو مع الجاني على حسب الآراء المختلفة التي فصلناها عند الكلام على الدية في القتل .

والغرة تورث على الجنين على فرائض الله وفي مذهب مالك رأى مرجوح بأنها للأم دون غيرها وهو مذهب الليث ، ومن المتفق عليه أن القتال لا يرث شيئاً من الغرة إذ لا ميراث للقاتل ^(١) .

وتتعدد الغرة بتعدد الأجنة ، فلو ألفت الحامل جنينين حيتين فعلى الجاني غرتان وإذا ألفت ثلاثة فعليه ثلاثة وهكذا ^(٢) .

وإذا ماتت الأم بعد وجوب الغرة فلا تدخل الغرة في دية الأم بل تجب الغرة للجنين والدية للأم ^(٣) .

٤١٥ - ثانياً : انفصال الجنين عن أمه بها وموته بسبب الفعل :

وإذا انفصل الجنين عن أمه حي أو مات بسبب فعل الجاني فالعقوبة الفصاص عند من يراه من القائلين بوجود العمد أو هي الدية الكاملة عند غيرهم من القائلين بأن الفعل عمد أو القائلين بأنه شبه عمد وكذلك العقوبة الدية باتفاق في حال الخطأ ، والفرق بين دية العمد وشبه العمد والخطأ ليس في عدد الإبل ، وإنما في صفاتها أو هو الفرق بين التغليظ والتخفيف ، كما أن دية العمد تكون في مال الجاني وتكون حالة دائماً بينما دية شبه العمد والخطأ ليست حالة وتحملها العاقلة وحدها أو مع الجاني على حسب مختلف الآراء .

والدية الكاملة للجنين يختلف مقدارها باختلاف نوع الجنين ، فدية الذكور دية رجل ودية الأنثى دية امرأة أى نصف دية الرجل .

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٤٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٣ - حاشية ابن عابدين ص ١٨٥

الزرقاني ج ٨ ص ٣٣ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى المطالب ص ٩٠ - المغنى ج ٩ ص ٥٤٣ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٧٥

الزرقاني ص ٣٣ .

(٣) المراجع السابقة .

وتتعدد الديات بتعدد الأجنة ، فلو ألفت المرأة جنينين ذكرين أو ثلاثة كان على الجاني ثلاث ديات كاملة .

وإذا ماتت الأم بسبب الجناية فلا تدخل دية الجنين في ديتها ولا تدخل ديتها في ديات الأجنة ولو تعددت .

٤١٦ — ثالثاً : انفصال الجنين حياً ولم يموت : إذا انفصل الجنين حياً وعاش أو مات بسبب آخر غير الجناية كأن قتله آخر أو امتنعت الأم عن إرضاعه حتى مات فمقوبة الجناية على الجنين هي التعزير لا غير لأن موت الجنين حدث بسبب غير فعله ، أما العقوبة على قتل الجنين بعد انفصاله فهي عقوبة القتل العادي لأن الجريمة ليست إلا إزهاق روح إنسان حي .

والعقوبة التعزيرية التي توقع على الجاني يقدرها القاضي ويعينها من بين مجموعة العقوبات التعزيرية ما لم يكن ولي الأمر قد عين هذه العقوبة وقدرها .

٤١٧ — رابعاً : انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عدم انفصاله : إذا لم يترتب على الجناية انفصال الجنين أو ماتت الأم قبل انفصاله أو انفصل عنها بعد وفاتها فالعقوبة على الجناية في هذه الحالات جميعاً هي التعزير مادام لم يقدّم دليل قاطع على أن الجناية أدت لموت الجنين أو انفصاله وأن موت الأم لا دخل له في ذلك^(١) .

٤١٨ — خامساً : أنه يترتب على الجناية إبداء الأم أو جرحها أو موتها : إذا ترتب على الجناية إبداء الأم أو جرحها أو قطع طرف من أطرافها أو موتها فعلى الجاني عقوبة هذه الأفعال بغض النظر عن العقوبات المقررة للجنابة على الجنين لأن العقوبات الأخيرة خاصة بالجنين وليست خاصة بما يصيب أمه ، فإذا أعطى رجل امرأة دواء بقصد إجهاضها فماتت بعد أن انفصل ولدها ميتاً فعليه دية المرأة باعتبار أنه قتلها قتلاً شبه عمد وعليه غرة دية الجنين ، وإذا ماتت بسبب الفعل بعد انفصال ولدها حياً فعلى الجاني ديتان — دية المرأة ودية الجنين .

(١) راجع ما كتبناه عن انفصال الجنين .

وإذا ضرب شخص امرأة بالسيف فقد بطنها قاصداً فتلقاها فأسقط منها جنينين أحدهما أصابه السيف فنزل ميتاً والثاني نزل حياً ثم مات وماتت المرأة فعلى الجاني القصاص في قتل المرأة وعليه دية كاملة للجنين الذي نزل حياً وغرة للجنين الذي نزل ميتاً .

وإذا ضربها فقطع زراعيها فألقت ولدها ميتاً فعليه القصاص فيما فعل بالمرأة وعليه غرة دين الجنين .

وإذا ضربها ضرباً لم يترك أثراً فأجهضت جنيناً انفصل عنهما ميتاً فعليه التعزير في ضرب المرأة وعليه غرة دية الجنين .

٤١٩ - الكفارة : - وهناك عقوبة أخرى للجناية على الجنين هي عقوبة الكفارة^(١) ويعاقب الجاني بها كلما ألت الأم جنينها سواء ألقته حياً أو ميتاً وسواء كان الجاني هو الأم أو أجنبي عنها ، وإن ألت الأم أجنة ففي كل جنين كفارة وهذا هو رأى الشافعي وأحمد^(٢) .

وإذا اشترك جماعة في الجناية فألقت المرأة جنيناً فديته عليهم بالحصص وعلى كل منهم كفارة .

ويجعل مالك الكفارة مندوباً إليها في الجناية على الجنين وليست واجبة^(٣) . أما أبو حنيفة فيفرق بين انفصال الجنين ميتاً وانفصاله حياً ويوجب الكفارة في الحالة الثانية دون الأولى^(٤) .

(١) راجع ما كتب عن الكفارة فهو متعم لما يقال هنا .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ - المغني ج ٥ ص ٥٥٦ وما بعدها .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٤٩ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٨ ، ٥١٩ .

إثبات الجنائية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين

٤٢٠ - اختلف الفقهاء في تحديد الأدلة التي تثبت عن طريقها الجنائية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين ، فرأى جمهور الفقهاء أن هذه الجنائيات لا تثبت إلا عن طرق ثلاث هي : (١) الإقرار . (٢) الشهادة ... (٣) القسامة ... ورأى بعض الفقهاء أنها تثبت أيضاً عن طريق قرائن الأحوال ، وعلى هذا تكون طرق لإثبات هذه الجنائيات أربع طرق هي :

(١) الإقرار ... (٢) الشهادة .. (٣) القسامة ... (٤) قرائن الأحوال - وسنتكلم عن هذه الطرق واحدة بعد أخرى .

الإقرار

٤٢١ - الإقرار لغة هو الإنابة من قر الشيء ، يقر قراراً إذا ثبت وشرعاً الاخبار عن حق أو الاعتراف به ، والأصل في الإقرار الكتاب ، والسنة ، والإجماع . فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وإذ أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أفررتم وأخذتم على ذلكم إصري ، قالوا : أقررنا ﴾ وقوله ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ﴾ وفسرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار ، وقوله تعالى ﴿ وليلال الذي عليه الحق - إلى قوله - فليملل وليه بالعدل ﴾ أى فليقر بالحق . وقوله تعالى ﴿ وآخرون اعترفوا بذنوبهم ﴾ وقوله ﴿ أأست بربكم قالوا بلى ﴾ إلى آيات أخرى .

وأما السنة فما روى أن ماعزاً أقر بالزنى فرجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية ، وفي قضية المسيف قال الرسول « أعد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » .

وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار لأنه إخبار ينفي التهمة والريبة عن المقر ولأن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان الإقرار آكد من الشهادة وكان حجة في حق المقر يوجب عليه الحد والقصاص والتعزير كما يوجب عليه الحقوق للمالية .

٤٢٢ - والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لاتعمدها إلى غيره كما يرى جمهور الفقهاء فإذا اعترف بكر بأنه قتل زيداً وأن علياً شاركه في ارتكاب جريمة القتل ، فإن هذا الاعتراف يكون حجة قاصرة على بكر فقط ما دام على ينكره ، فإذا سلم به على فإنه يؤخذ لا باعتراف بكر وإنما باعترافه هو ، وعلى هذا جرت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود عن سهل بن معد أن رجلاً جاء الرسول فأقر عنده أنه زنى بامرأة سماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها^(١) ولكن الإقرار يمكن أن يتعدى إلى غير المقر عند من يرون الإثبات بقرائن الأحوال ، إذا أمكن اعتبار إقرار المقر قرينة على غير المقر .

٤٢٣ - ويشترط في الإقرار المثبت للجناية أن يكون مبيناً مفصلاً قاطعاً في ارتكاب الجاني الجناية ، أما الاعتراف المجمل الذي يمكن أن يفسر على أكثر من وجه فلا تثبت به الجناية ، فمن أقر مثلاً بقتل شخص لا يمكن اعتباره مسؤولاً جنائياً إذا فصل اعترافه عن كيفية القتل وأداته ، فقد يكون المعترف طلب من القتل أن يؤدي عملاً أو يذهب إلى مكان معين فقتل فيه ، فاعتقد أنه تسبب في قتله واعترف بالقتل على هذا الأساس ، ويجب أن يبين إن كان القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ لأن لكل نوع من أنواع القتل أركاناً وعقوبات خاصة ، ويجب أن يبين ظروف القتل وسببه فقد يكون القتل وقع استعمالاً لحق أو أداء لواجب ولا مسؤولية في مثل هذه الحالة ، فالإقرار الذي يؤخذ به الجاني هو الإقرار المفصل المثبت لارتكاب الجريمة ثبوتاً لاشك فيه .

٤٢٤ - والأصل في الاستفصال والتبين هو سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويسكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون أو هو

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ - المغني ج ١٠ ص ١٦٨ .

شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسر عن الزنا فقال له « لعلك قبلت أو غمزت » وفي رواية « هل صاحبها ؟ قال نعم . قال فهل باشرتها ؟ قال نعم . قال هل جامعها ؟ قال نعم » .

وفي حديث ابن عباس « أنكتها » ؟ قال : نعم ، قال : دخل ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم . قال : كما يغيب المروء في المكحلة والرشاء في البئر ؟ قال : نعم . قال : تدري ما الزنا ؟ قال نعم ، أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال : فما تريد بهذا القول ؟ قال : تطهرني فأمر به فرجم فدل جميع ذلك على أنه يجب الاستفصال والتبيين^(١) .

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً ، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار .

٤٢٥ - إقرار زائل العقل : - إذا أقر بجريمة من فقد عقله لأي سبب كشراب دواء أو شرب مسكر أو نوم أو إغماء أو جنون فإن إقراره لا يعتبر إقراراً صحيحاً ولا يؤخذ به ولكن لو أعاد المقر إقراره بعد زوال حالة الإغماء أو النوم وبعد زوال أثر السكر أو أثر الدواء وبعد زوال الجنون فإنه يؤخذ بإقراره الجديد لأنه صدر صحيحاً^(٢) .

ويتفق أبو حنيفة والشافعي مع مالك وأحمد فيما سبق إلا في شرب الدواء والمسكر ، فيرى أبو حنيفة أن إقرار السكران بطريق محظور هو إقرار صحيح ، وأن السكران يؤخذ بإقراره إذا أقر وهو سكران إلا في الحدود الخاصة حقاً لله ، والقتل ليس منها . وكذلك الجناية على مادون النفس وعلى الجنين^(٣) لأن عقوبتها القصاص أو الدية وهي من حقوق الأفراد . أما إذا كان السكر

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨ .

(٢) المغني ج ٥ ص ٢٧١ وما بعدها و ج ١٠ ص ١٧٠ ، ١٧١ . مواهب الجليل

ج ٤ ص ٤٣ .

(٣) حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٣٢٨ ، ٣٤٦ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢١

(٢٠ - التشريع الجنائي الإسلامي)

بطريق غير محظور فلا يؤخذ السكران بإقراره في كل الأحوال إلا إذا أعاد الإقرار بعد زوال سكره .

ويرى الشافعي أن من شرب دواء مزيلا للعقل بغير حاجة ومن شرب مسكراً علماً بأنه مسكر يؤخذ بإقراره في كل الأحوال ، لأنه شرب ما يعلم أنه يزيل عقله فوجب أن يتحمل نتيجة عمله تغليظاً عليه لينزجر^(١) فإذا دعت الحاجة لشرب الدواء المزيل للعقل أو شرب المسكر وهو يعلم أنه مسكر ، فإنه لا يؤخذ بإقراره إلا إذا أقر ثانية بعد زوال سكره .

٤٢٦ - ومن المتفق عليه أن المسكر لا يشترط فيه أن يكون خراً ، فيصح أن يكون أى مادة مسكرة أو مخدرة مادامت تؤدي إلى غيبة العقل ولهذا يعرف الفقهاء السكر بأنه غيبة العقل من تناول الخمر أو ما يشبه الخمر .

ويعتبر الإنسان سكراناً إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلاً ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة^(٢) ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان وحجتهما قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾^(٣) فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران وهذا الرأى يتفق مع الرأى الراجح في كل من المذهب المالكي والشافعي والحنبلي^(٤) .

٤٢٧ - إقرار المكره :- قبل أن نعرف حكم إقرار المكره ينبغى أن نعرف شيئاً عن الإكراه .

تعريف الإكراه : نعرف الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره

(١) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨ .

(٣) سورة النساء آية ٣٤ .

(٤) الفقى ج ١٠ ص ٣٣٥ . أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ ص ٢٨٤ .

في زول رضاه أو يفسد اختياره^(١) ويعرف بأنه ما يفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه^(٢).

ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكره قادر على الإكراه بمآجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلبت على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذ امتنع مما أكرهه عليه^(٣).

والإكراه في الشريعة على نوعين : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو ما خيف فيه تلف النفس ، ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً ، ونوع يعدم الرضا أو يفسده ولكنه لا يؤثر على الاختيار ، وهو ما لا يخاف فيه التلف عادة كالخس والتقييد والضرب الذي لا يخشى منه التلف ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجئ^(٤).

والإكراه التام يؤثر فيما يقتضى الرضا والاختيار معاً كارتكاب الجرائم ، فمن أكره على جريمة قتل مثلاً ينبغي أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره أما الإكراه الناقص فلا يؤثر إلا على التصرفات التي تحتاج إلى الرضا كالإقرار والبيع والإجارة وما أشبه .

٤٢٨ - ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد - ورأيهم مرجوح - أن الإكراه يقتضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه . وأن التوعد بالعذاب لا يكون كرهاً ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم فلما غطوه في الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم إلى ما طلبوا فأتى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فجعل يمسح الدموع من عينيه ويقول « أخذك المشركون ففطوك في الماء وأمروك

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٧٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ ص ٢٨٢ .

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ .

أن تشرك بالله ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» ويستدلون بما قاله عمر رضى الله عنه ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجمته أو ضربته أو أوثقته فهو لا يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكروه فيحمله على إتيان ما أكره عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل الذى يأتيه المكروه فلا يعتبر الفاعل مكرهاً في رأيهم^(١) .

٤٢٩ - ويرى أصحاب رأى الراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى من أن الوعيد بمفرده إكراه ، وأن الإكراه لا يكون غالباً إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك ، أما ما مضى من العقوبة فإنه لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى منه شيئاً بعد وقوعه ، إنما الخشية والخوف مما يهدد به ، فإذا وقع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف ، فالذى يندفع إذن بإتيان الفعل المكروه عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب لا ما وقع منها فعلاً^(٢) .

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون مادياً ويصح أن يكون معنوياً ، والإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعا - أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

شروط الإكراه : - يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية ، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ولا يعتبر المقر مكرهاً .

٤٣٠ - أولاً : - أن يكون الوعيد مما يستتضر به بحيث يعدم الرضاء أو يفسده كالضرب والحبس والقيد والتجويع ، فإذا لم يكن لتنفيذ الوعيد أثر على الرضاء انتفى وجود الإكراه ، وتقدير الوعيد الذى يستتضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكروه عليها ، فقد يكون الشيء إكراهاً

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦٠ - الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٣ .

(٢) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ٣

ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ .

فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر ، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدة أسواط ، والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحد ، بل قد يتضرر من صفة أوفرك أذن ، والبعض قد يرحب بمكثته فى السجن أمداً طويلاً والبعض قد يضره ضرراً بقاءه فى السجن ليلة واحدة .

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكروه ، وهذا متفق عليه ، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف فىرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي^(١) ويرى بعض الحنفية أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكروه ، ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية^(٢) ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الإبن أو الأب^(٣).

وليس من الضروري أن يكون الإكراه بالوعيد بالإيذاء المادى ، بل يكفى لوجود الإكراه الوعيد بالمنع من استعمال الحقوق ، فمن يمنع زوجته من زيارة أهلها إلا إذا أقرت بجريرة ، ومن يمنع ابنته من الزفاف أو الذهاب إلى دار الزوجية إلا إذا اعترفت بجريرة ، فإنه يحملها على الإفراق كرهاً^(٤).

كذلك من يمنع عن آخر طعامه أو شرابه حتى يقر بجريرة فإنه يعتبر مكراهاً فى إقراره . وأمر صاحب السلطان يعتبر فى ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه الوعيد أو التهديد ، وأمر غيره إكراهاً إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه^(٥).

وأمر الزوج لزوجته فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى الأذى إذا لم

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠ - أسنى المطالب ج ٣ وحاشية الشهاب ص ٢٨٣

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٤ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٢ .

تطمه فإن أطاعته وهي لا تخشى أذى إذا لم تطمه فلا يعتبر الأمر إكراها^(١).
 والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعي وأحمد إذا لم يكن المال
 سيرا، فإن كان المال سيرا فلا إكراه. وتقدير ما إذا كان المال سيرا أو غير
 سير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته، فقد يكون المال سيرا بالنسبة
 لشخص وغير سير بالنسبة لآخر^(٢).

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراها ولو كان
 إتلاف المال يلحق ضرراً جسيماً بصاحبه، لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال
 ولكن بعض فقهاء الحنفية يرون الوعيد بإتلاف المال إكراها، وأصحاب هذا
 الرأي يختلفون فيما بينهم، فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال
 ليكون إكراها، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكتفي باعتباره إكراها
 قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستتضر بإتلافه^(٣).

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أى غير مشروع فإن كان الفعل
 المهدد به مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قائماً، فمن كان محكوماً عليه بالجلد
 أو الحبس فهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها
 ولا يعتبر أنه كان في حالة إكراه لأن الفعل الذي هدد به مشروع^(٤).

٤٣١ - ثانياً : - أن يكون الوعيد بأمر حال يوشك أن يقع إن لم يستجب
 للمكره، فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه لأن المكره
 لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه فياجأ للسلطات العامة أو يهرب من المكره

(١) نفس المراجع السابقة ص ١٢٠.

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٣ - الإقناع ج ٤ ص ٤

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ وما بعدها - حاشية

ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠، ١٢١.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - المغني ج ٨

ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بتلبية طلب المكروه يرجع في تقدير ما إذا كان الوعيد حالا أو غير حال إلى ظروف المكروه وإلى ظنه الغالب المبني على أسباب معقولة ، ويعتبر الوعيد حالا كلما عجز المكروه عن الحرب والمقاومة والاستغاثة بغيره إلى غير ذلك من أنواع الدفع^(١).

وإذا كان الوعيد بأمر آجل فإنه لا يعتبر إكراها كقوله لأضربك غداً إن لم تقر بكذا أو تفعل كذا . ولكن الأذرعى من فقهاء الشافعية يرى أن النفس من هذه المسألة شيئاً وأنه إذا غلب على ظن المقر إيقاع ما هدد به ولو لم يفعل فإنه يعتبر مكروها ولا سيما إذا عرف أن من عادة المهدد إيقاع ذلك الوعيد^(٢).

٤٣٣ - ثانياً : أن يكون المكروه قادراً على تحقيق وعيده لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكروه قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه ، ولا يشترط في المكروه أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكروه^(٣).

٤٣٣ - رابعاً : أن يغلب على ظن المكروه أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعده به فإن كان يعتقد أن المكروه غير جاد فيما أوعده به أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأي طريقة كانت ثم أتى الفعل بعد ذلك فإنه لا يعتبر مكروهاً . ويجب أن يكون ظن المكروه مبنياً على أسباب معقولة^(٤).

٤٣٤ - حكم إقرار المكروه : وإذا توفر الإكراه على الوجه السابق وأقر المكروه على نفسه بجرمته فإن إقراره يكون باطلاً ولا يؤخذ به لقوله تعالى ﴿ لا إيمان أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي

(١) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - حاشية ابن عابدين ج ٥

ص ١٠٩ .

(٢) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٣ - وحاشية الشهاب الرملي .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ ، المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢

(٤) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩

الخطأ والنسيان وما استكروها عليه » . ولأنه قول أكره عليه بغير حق ، والأصل أن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه ، فإذا أقر مختاراً قبل إقراره لانتفاء التهمة ولوجود الداعي إلى الصدق ، ولكن إذا أكره الشخص على الإقرار فأقر فإنه يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه فانتفى ظن الصدق فلم يقبل إقراره ، فإذا أقر بقتل أو قطع أو سرقة أو غير ذلك تحت تأثير الإكراه لم يجب عليه بإقراره عقاب^(١) لاحتمال كذب الإقرار ، وما يؤثر في هذا الباب قول عمر رضى الله عنه : « ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجمعه أو ضربته أو أوثقته » أو على حسب ما يرويه البعض « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خفت أو أوثقت » وما يؤثر عن شريح أنه كان يقول « القيد كره ، والسجن كره ، والوعيد والضرب كره »^(٢) ويؤثر عن ابن شهاب أنه قال في رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد^(٣) .

وإذا أقر في حال الإكراه بغير ما أكره مثل أن يكبره على الإقرار بجريمة ما فيقر بأخرى ، فإقراره فيما يتعلق بهذه الجريمة الأخرى صحيح لأنه أقر بما لم يكبره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء دون إكراه^(٤) . أما إقراره بالجريمة التي أكره على الإقرار بها فهو إقرار باطل لا يؤخذ به إلا أن يقر ثانية بالجريمة بعد إخلاء سبيله وهو مختار غير مكروه فإنه يؤخذ بإقراره الجديد^(٥) .

٤٣٥ - والإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل ولو قامت الدلائل على صحته كأن يرشد السارق عن المسروقات أو القاتل عن جثة القتيل ، فإذا

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ - المغني ج ١٠ ص ١٧٢ - ج ٥ ص ٢٧٢ ، ٣٧٣ - أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٢) الميسوط للسرخسي ج ٩ ص ١٨٥ (٣) المغني ج ١٠ ص ١٧٢

(٤) المغني ج ٥ ص ٢٧٣ (٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - بدائع الصنائع ج ١ ص ١٨٩ .

استمر على إقراره بعد أن أصبح في أمن من الإكراه ، اعتبر استمراره إقراراً جديداً وهذا متفق عليه إلا من القائلين في مذهب مالك بصحة إقرار المكره ، وما يؤثر في هذا الباب أن الحسن بن زياد الفقيه الحنفي قال بجواز ضرب السارق حتى يقر ، ضرباً لا يقطع اللحم ولا يبين العظم ، وأفتى مرة بهذا ثم ندم وأتبع السائل إلى باب الأمير فوجده قد ضرب السارق حتى أقر بالمال المسروق وجاء به ومع ذلك فقد خرج الحسن بن زياد وهو يقول ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا^(١)

٤٣٦ — ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي أنه إذا ضرب ليقر فهذا إكراه أما إذا ضرب ليصدق في القضية فأقر حال الضرب أو بعده فأقراره صحيح ولا يعتبر مكرها ، لأن المكره من أكره على شيء واحد ، وهو هنا إنما ضرب ليصدق ولا ينحصر الصدق في الإقرار ، ولكن أصحاب هذا الرأي يكرهون مع هذا أن يلزم المقر بإقراره إلا بعد أن يراجع ويقر ثانياً من غير أن يضرب أو يهدد . ويؤخذ على أصحاب هذا الرأي تمسكهم بالإقرار الثاني مع أن هذا الإقرار الثاني فيه نظر إذا غلبت على ظنه أنه إذا أنكر أعيد ضربه والرأي الراجح في المذهب هو عدم قبول الإفراين لأنها صادران من مكره^(٢) .

٤٣٧ — ومن ادعى الإكراه لا تقبل دعواه لمجرد ادعائه ، لأن الأصل عدم الإكراه إلا أن تكون هناك قرينة على صحة الادعاء ، كالقييد والحبس والقبض والوضع تحت الحراسة ، ففي مثل هذه الحالات تقبل دعوى الإكراه ولن يدعيه أن يثبت ، ويستوى في هذه الحال أن يكون القبض والحبس والقييد بحق أو بغير حق كحالة الحبس الاحتياطي ، وكحالة القبض بغير حق^(٣) .

(١) المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ١٨٠

(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ . (٣) أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٩

الفتى ج ٥ ص ٢٧٣ .

وإذا أكره حاكم أو قاض شخصاً ليقر بجريمة عقوبتها القتل أو القطع كالقتل والسرقة فأقربها وقتل أو قطعت يده اقتصر ممن أكرهه^(١).

٤٣٨ - رجوع المقر عن إقراره : وإذا كان الإقرار صادراً من غير إكراه ، فمدل عنه المقر قبل منه الرجوع عن إقراره فيما كان حقاً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه ، فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل منه الرجوع عن إقراره بها ، وهذه القاعدة متفق عليها ، فإذا أقر بزنا ثم عدل عن إقراره لم يؤخذ بإقراره لأن الزنا متعلق بحقوق الله تعالى التي تدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطها أما إذا أقر بقتل أو جرح أو قطع أو إسقاط جنين ، فإنه يؤخذ بإقراره ولو عدل عنه لأن الجنائيات الواقعة على النفس وما. ونها وعلى الجنين كلها متعلقة بحقوق الآدميين ولو أن بعضها يعاقب عليه بالقصاص ، ولو أن القصاص مما يحتاط فيه ويدرأ بالشبهات^(٢) . لكن إذا ثبت أن الإقرار مكذوب فلا يؤخذ المقر بإقراره سواء عدل عنه أو لم يعدل ، وسواء كان متعلقاً بحقوق الله تعالى أو بحقوق الآدميين . وعدول المقر عن إقراره لا أثر له أياً كان نوع الجريمة التي أقر بها مادامت الجريمة ثابتة قبل المقر بغير الإقرار كأن تكون ثابتة بشهادة الشهود .

الشهادة

٤٣٩ - الشهادة هي الطريق المعتاد لإثبات الجرائم ، وأغلب الجرائم تثبت عن طريق الشهادة وأقلها يثبت بغير الشهادة من طرق الإثبات ، ولهذا كان للشهادة كطريق من طرق الإثبات أهمية كبرى في إثبات الجرائم . والأصل في الشهادة الكتاب والسنة فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان ممن ترضون من

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٩ ، ١٩٠

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ حاشية الطهطاوى

ج ٣ ص ٣٤٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ - المغنى ج ٢ ص ٢٨٨ .

الشهداء ﴿ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا
تبايعتم ﴾ وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل
من كنفذة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي : يا رسول الله هذا غلبني
على أرض لي فقال الكنفدي : هي أرضي وفي يدي ، فليس له فيها حق فقال النبي
صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة ؟ قال لا ، قال فلك يمينه ^(١) .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن ابن محينة الأصغر أصبح قتيلا
على أبواب خير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقم شاهدين على من قتله
أدفعه إليكم برمته ^(٢) » ويفرق الفقهاء في إثبات القتل والجراح بين الجرائم التي
توجب عقوبة بدنية كالقصاص أو الجلد والحبس أو غيرها من العقوبات البدنية
التمزيكية وبين الجرائم التي توجب عقوبة مالية كالدية والغرامة .

٤٤٠ - الجرائم التي توجب عقوبة برنية : العقوبة البدنية إما أن تكون
القصاص وإما أن تكون عقوبة تمزيكية .

إثبات الجرائم الموجبة للقصاص : يشترط الفقهاء في إثبات الجرائم الموجبة
للقصاص بالشهادة أن يشهد بالجريمة رجلان عدلان ، ولا يقبل الفقهاء في إثبات
هذا النوع من الجرائم شهادة رجل وامرأتين ولا شهادة شاهد ويمين المجنى عليه
وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاج إليه لدرئها باشتراط الشاهدين
العدلين كالحدود وهذا هو رأي جمهور الفقهاء ^(٣) .

ويرى الأوزاعي والزهري أن الجريمة التي توجب القصاص تثبت بما تثبت
به الأموال فيكفي في إثباتها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويؤيد الشوكاني
هذا الرأي ^(٤)

(١) المغني ج ١٢ ص ٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٠ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٥ - حاشية الطهطاوي ج ٣ ص ٢٢٠ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٠٥ المغني ج ١٠ ص ٤١ (٤) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ .

٤٤١ — ومن يشترط الشاهدين فيما يوجب القصاص لا يفرق بين القصاص في النفس والقصاص فيما دون النفس ، ويوجب في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص مطلقاً شهادة رجلين عدلين ، إلا مالكا فإنه لا يوجب شهادة العدلين إلا في القصاص في النفس فقط ، أما إذا كان القصاص فيما دون النفس فيجيز مالكا إثبات الجريمة الموجبة للقصاص بشاهد واحد ويمين المجنى عليه ، ولا يقيس مالكا الجراح بالأموال وإنما هو مبدأ أخذ به لأنه استحسناه ، وقد سئل ابن القاسم في هذا فقيل له لم قال مالكا ذلك في جراح العمد وليست بمال ؟ قال قد كلمت مالكا في ذلك فقال إنه شيء استحسناه ، وما سمعت فيه شيئا^(١) .

ويرى بعض الفقهاء في مذهب مالكا جواز شهادة المرأتين ويمين المدعى في جراح العمد ، ولا يرى البعض ذلك^(٢) .

والشاهدان اللذان ثبتت بهما الجريمة الموجبة للقصاص ليس أحدهما المجنى عليه فإذا كان شاهد واحد والمجنى عليه لم يكمل نصاب الشهادة لأن المجنى عليه يعتبر مدعياً لا شاهداً وأقواله تصلح لو ثابته أية قرينة ولكنها لا تقوم مقام الشهادة .

أما في حالة إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس بشاهد ويمين المجنى عليه تبعاً لرأى مالكا فإن الجريمة تثبت بشهادة الشاهد الواحد ولا يعتبر المجنى عليه شاهداً ثانياً ولو أنه يؤدي اليمين لأنه لا يسأل كشاهد وإنما يحلف اليمين على صحة شهادة الشاهد فاليمين مقصود بها تقوية شهادة الشاهد .

وهناك من الفقهاء من لا يشترط نصاباً معيناً في الشهود فيكفي عنده لإثبات الجريمة الموجبة للقصاص أن يشهد بها شاهد واحد إذا رجح القاضي صدق شهادته^(٣) والذين يشترطون شهادة رجلين في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٥ — شرح الزرقاني ص ٥٩ .

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٤١ .

(٣) الطرق الحسكية ص ٦٦ — ٧٨ ، طرق الإنبات الشرعية ص ١٨١ .

لا يجوزون إثبات الجريمة بأقل من ذلك ولو عني المجنى عليه أو وليه عن القصاص إلى الدية وهي مال وما يوجب المال يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وبشهادة رجل ويمين المدعى على التفصيل الذى سنذكره فيما بعد ، وحجتهم أن الواجب بالجناية أصلاً هو القصاص لا الدية وإنما وجبت الدية بالعفو أو الصلح والعفو والصالح كلاهما حق ثابت للمجنى عليه أو وليه أما طريقة الإثبات فليست من حقه بل هي حق الجماعة وهذا لا يؤدي العفو أو الصلح في العمد إلى جواز الإثبات بما يثبت به المال وفضلاً عن ذلك فإنه يجب أن يثبت للمجنى عليه حق القصاص قبل كل شيء حتى يثبت له العفو أو الصلح عن هذا الحق^(١) .

٤٤٢ - الجرائم التى توجب تعزيراً برئياً : — إذا أوجب الجريمة التعزير البدنى مع القصاص فيشترط فى إثباتها ما يشترط فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص وقد بينا ما يشترطه الفقهاء على اختلاف وجهات نظرهم .

أما إذا أوجب الجريمة التعزير البدنى دون القصاص فيرى الشافعى وأحمد أن الجريمة لا تثبت إلا بما تثبت به الجريمة الموجبة للقصاص أى بشهادة رجلين عدلين لأن العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان فلا تثبت بما تثبت به الأموال من شهادة رجل وامرأتين وشهادة رجل ويمين المجنى عليه^(٢) .

٤٤٣ - الأصل عند مالك أن العقوبات البدنية لا تكون إلا بشهادة الرجلين ولكنه أجاز فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس أن تثبت بشهادة رجل واحد ويمين المجنى عليه وأوجب على الجانى فى الوقت نفسه عقوبة التعزير مع عقوبة القصاص^(٣) .

ومعنى هذا أن عقوبة التعزير البدنية تثبت والجريمة الموجبة لها بشاهد ويمين المدعى ويمكن القول بأن القصاص أشد من التعزير فإذا ثبتت الجريمة الموجبة

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥ - المغنى ج ١٠ ص ٤٢ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٦٠ - الإقناع ج ٤ ص ٤٤٥ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ .

للقصاص بشاهد ويمين فأولى أن تثبت بذلك الجريمة الموجبة للتعزير ، كما يمكن القول بأنه إذا ثبتت الجريمة الموجبة للتعزير البدني في الجراح بشاهد ويمين فإن كل جريمة أخرى موجبة للتعزير البدني يصح أن تثبت بشاهد ويمين قياساً على هذا ويرى بعض المالكية التعزير في بعض الجرائم بشهادة شاهد واحد دون ويمين^(١)

٤٤٤ - والأصل في مذهب أبي حنيفة أن العقوبات البدنية لا تثبت بأقل من شاهدين عدلين ولكنهم يميزون في التعزير أن يكون أحد الشاهدين هو المجنى عليه ويقبلون فيه شهادة رجل وامرأتين على خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه بل يرون أنه يكفي للتعزير شهادة شاهد واحد عدل^(٢) أو شهادة المدعى وحده مع نكول الجاني عن اليمين^(٣) والنكول ليس إلا قرينة تقوى شهادة المجنى عليه الذي لا يعتبر في الأصل شاهداً تبعاً لقواعد الشريعة ، كذلك يميزون إثبات جرائم التعزير بالشهادة على الشهادة بل يكتفون في التعزير بعلم القاضي^(٤) .

٤٤٥ - إثبات الجرائم الموجبة لعقوبة مالية : تثبت الجرائم التي توجب عقوبة مالية كالدية أو الغرامة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعى وكل ما شرع فيه اليمين والشاهد يثبت بشهادة الشاهد ونكول المدعى عليه^(٥) وهذا هو رأي الشافعي وأحمد وحجتهم أنها شهادة عكس ما يقصد به المال والمال يثبت على هذا الوجه فوجب أن تقبل هذه الشهادة في كل قتل أو جرح موجب للمال كما يقبل في البيع والإجارة ولانقاس الشهادة في الجنابة الموجبة للمال بالشهادة في الجنابة الموجبة للقصاص ، لأن القصاص عقوبة محتاط لإسقاطها ، ودرئها فاحتيط في الشهادة على أسبابها^(٦) .

(١) تبصرة الحكم ج ١ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٣ ص ٢١٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٦٠ .

(٥) المغني ج ١٢ ص ١٢ .

(٦) المغني ج ١٠ ص ٤٢ - أسنى المطالب ص ١٠٥ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٦ .

ويرى بعض الحنابلة أن الجناية سواء أوجب القصاص أو غير القصاص لا تثبت بشهادة رجل وامرأتين ولا بشهادة رجل واحد ويمين المدعى وإنما تثبت بشهادة رجلين كما ثبتت القصاص والحدود فلا معنى للفرقة بين جنائيتين من نوع تقعان على آدمي^(١).

ويرى المالكيون أن الجرائم التي توجب عقوبة مالية تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعى أو شهادة امرأتين ويمين المدعى^(٢).

٤٤٦ - ويختلف رأى الشافعى وأحمد عن رأى مالك فى أن مالكا يحبز شهادة المرأتين واليمين ولا يحبزها الشافعى وأحمد وحجة مالك أن المرأتين أقيمتا مقام الرجل فى الأموال فيقام مقامه فيما يوجب المال من الجرائم وحجة الشافعى وأحمد أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة . وأن شهادة المرأتين ضعيفة فقويت بشهادة الرجل معهما واليمين ضعيفة ، فلو شهد المرأتان مع اليمين لضم ضعيف إلى ضعيف^(٣).

٤٤٧ - ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن ما يوجب المال يثبت بشهادة رجلين أو بشهادة رجل وامرأتين ولا يثبت بشاهد ويمين ولا بالمرأتين ويمين^(٤) وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ فمن زاد على ذلك فقد زاد على النص والزيادة فى النص نسخ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه كما حصر البينة فى جانب المدعى ويرد على الحنفيين بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد الواحد واليمين وأن الزيادة فى النص ليست نسخاً وإنما هى تعزيز له وأن الحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه وأن الآية واردة فى شهادة التحمل لافى شهادة الأداء ولذا قال تعالى

(١) الفنى ج ١٠ ص ٤٢ - الفنى ج ١٢ ص ٩ (٢) تبصرة الحكم ج ١ ص ٢٤١ .

(٣) الفنى ج ١٢ ص ١٣ (٤) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥١٥ ، ٥١٦ حاشية

﴿ أن تَضِلَّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ﴾ فالنزاع في الأداء لافي التحمل .
والحديث الذى يتمسك به الحنفية ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن
اليمين تشرع في الحق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الأمانة لظهور
خياناتهم وفي حق الملاعن وفي القسامة وغير ذلك^(١)

ولقد شرعت اليمين من جانب المدعى عليه حيث لم يترجح جانب المدعى
بشيء إلا مجرد الادعاء ، ففي هذه الحالة يكون جانب المدعى عليه أولى باليمين
لقوته بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب هذا الأصل فإذا
ترجح جانب المدعى بلوث أو نكول أو شهادة شاهد كان أولى باليمين لقوة
جانبه بذلك فاليمين مشروعة إذن في جانب أقوى المتداعين^(٢) .

ويلاحظ أن الجرائم التى توجب عقوبة تعزيرية مالية تثبت عند الحنفية
بما تثبت به الجرائم التى توجب عقوبة تعزيرية بدنية فلا فرق في إثبات الجرائم
التعزيرية ولو تنوعت عقوباتها واختلفت .

ويلاحظ أيضاً أن الحنفيين يتشددون في إثبات الجرائم الموجبة للحدود
والقصاص والعقوبات المالية غير التعزيرية بينما يتساهلون في إثبات الجرائم الموجبة
لعقوبة تعزيرية بل إنهم يتساهلون في إثبات هذا النوع من الجرائم أكثر مما
يتساهلون في إثبات العقود المالية الخصة ولعل مرجع ذلك التساهل إلى أن
الجرائم التعزيرية هي أكثر الجرائم وقوعاً والعقوبات التعزيرية هي أكثر
العقوبات تطبيقاً فوجب التساهل في إثبات هذه الجرائم حرصاً على مصلحة
الجماعة وصيانة لنظامها .

٤٤٨ - ويرى ابن القيم أن الجرائم الموجبة للعقوبات المالية تثبت بشهادة
شاهد واحد دون يمين كلما وثق به القاضى^(٣) .

ويحيز الفقهاء عامة شهادة الرجل الواحد أو المرأة الواحدة للضرورة ويقبلون مثل

(١) المنفى ج ١٢ ص ١٠ ، ١١ (٢) الطرق الحكمية ص ٦٦ - ٧٥ .

(٣) الطرق الحكمية ص ٦٦ ، ٨٨ .

هذه الشهادة في إثبات نفس الجريمة كشهادة المعلم على الجرائم التي تقع بين الصبيان وكشهادة المرأة على جريمة وقعت في حمام ويقبلون شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة كذلك في إثبات أثر الجريمة ونتائجها كشهادة الطبيب أو الداية على أن الضرب أحدث جرحاً داخلياً بالرحم وكشهادة الطبيب بأن الضرب أو الجرح نشأ عنه فقد منفعة عضو من الأعضاء .

ويقبل الفقهاء شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة للضرورة سواء كانت الجريمة مما يوجب عقوبة بدنية كالقصاص أو عقوبة مالية كالدية^(١) .

٤٤٩ - ولا تثبت الجريمة بالشهادة إلا مع زوال الشبهة وانتفاء الشك فيجب أن تكون الشهادة مثبتة للجريمة بصفة قاطعة فإذا لم تكن كذلك بطلت الشهادة ما لم يكن بعض الشهادة ميقناً ففي هذه الحالة يثبت القدر المتيقن فنشهد بأنه رأى جماعة يضربون شخصاً قطع ذراعه أثناء الحادث ولم يشهد بمن قطع الذراع ، فلا يثبت قطع الذراع ضد أحدهم ولكن يثبت الضرب عليهم لأنه القدر المتيقن أى المقطوع به في أقوال الشاهد . ومما يؤثر في هذا الباب أن شريحاً شهد عنده رجل بالقتل فقال : أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فات فقال له شريح فات منه فأعاد الرجل قوله الأول فقال له شريح قم فلا شهادة لك^(٢) .

القسامة

٤٥٠ - معنى القسامة :- القسامة معناها لغة القسم أى اليمين وهي تعفى أيضاً الوسامة فيقال فلان قسم أى وسيم ، ويذهب أهل اللغة إلى أنها القوم الذين يحملون سُمُوماً باسم المصدر كما يقال رجل رضى ورجل عدل . ومعنى القسامة في اصطلاح الفقهاء الأيمان المكررة في دعوى القتل ، يقسم

(١) تبصرة المساكم ج ١ ص ٢٥٨ ، ٢٦٢ - حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٢٢١ ، ٢٣٥ أسنى الطالب ج ٤ ص ٣٦٠ ، ٣٦٣ - المفتى ج ١٠ ص ١٥ ، ١٨ .

(٢) المفتى ج ١٠ ص ٤٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٠٥ .

(٢١ - القشيري الجنائي الإسلامي ٢)

بها أولياء القتل لإثبات القتل على المتهم أو يقسم بها المتهم على نفي القتل عنه^(١)
مصدر القسامة التشريعي : - كانت القسامة طريقاً من طرق الإثبات
 في الجاهلية فأقرها الإسلام ، فقد روى أحمد ومسلم والنسائي عن أبي سلمة بن عبد
 الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أقر القسامة
 على ما كانت عليه في الجاهلية .

وعن سهل بن أبي حمة قال انطلق عبد الله بن سهل ومحبيصة بن مسعود إلى
 خيبر وهي يومئذ صلح فتفرقا فأتى محبيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في
 دمه قتيلًا فدفنه ثم قدم إلى المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحبيصة وحوبيصة
 ابنا مسعود إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال كبر كبر
 وهو أحدث القوم فسكت فتكلم فقال أتخلفون وتستحقون قتلكم أو صاحبكم ؟
 فقالوا كيف نخلف ولم نشهد شيئاً ولم نر ؟ قال فتبرئكم يهود بخمسين يميناً ؟ فقالوا
 كيف نأخذ أيمان قوم كفار ؟ فعقده النبي صلى الله عليه وسلم من عنده رواه الجماعة . وفي
 رواية متفق عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم خمسون منكم على رجل منهم
 فيدفع رتمه فقالوا : أمر لم نشهده كيف نخلف ؟ قال فتبرئكم يهود بإيمان خمسين منهم ،
 قالوا يا رسول الله قوم كفار وذكر الحديث بنحوه وهو حجة لمن قال لا يقسمون
 على أكثر من واحد وفي لفظ لأحمد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تسمون
 قتلكم ثم تخلفون عليه خمسين يميناً ثم نسأله .

وفي رواية متفق عليها فقال لهم تأتون بالبينة على من قتله فقالوا مالنا من بينة
 قال فيخلفون قالوا لا نرضى بإيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وآله
 وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة^(٢) وروى الإمام أحمد عن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٨ - المغني ج ١٠ ص ٢
 طرق الإثبات الشرعية ص ٤٨٤ - نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ ، ٣١٢ .

أبى سعيد الخدرى قال وجد قتيل بين قرينتين فأمر النبي صلى الله عليه وسلم فذرع بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فألقاه إلى أقربهما أى حملهم ديته وكذلك روى عن عمر رضى الله عنه فى قتيل وجد بين وازعة وأرحب وكتب إليه عامله بذلك فكتب إليه عمر أن قس بين القرينتين فأيهما كان أقرب فالزمهم فوجد القتيل إلى وازعة أقرب فالزموا القسامة والدية^(١) وأخرج عبد الرزاق وابن شعبة والبيهقى عن الشعبي أن قتيلًا وجد بين وادعة وشاكر فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فأحلفهم عمر خمسين يمينًا كل رجل ماقتله ولا علمت له قاتلًا ثم أغرمهم الدية فقالوا يا أمير المؤمنين لا أيماننا دفعت عن أموالنا ولا أموالنا دفعت عن أيماننا فقال عمر كذلك الحق وأخرج نحوه الدارقطنى والبيهقى عن سعيد بن المسيب وفيه أن عمر قال إنما قضيت عليكم بقضاء نبيكم^(٢) وفى رواية أخرى أنهم قالوا أنبذل أموالنا وأيماننا؟ فقال عمر أما أيمانكم فلعنكم دماءكم وأما أموالكم فلو جود القتيل بين أظهركم^(٣).

وأخرج البخارى والنسائى عن ابن عباس أن أول قسامة كانت فى الجاهلية فى بنى هاشم، كان رجل من بنى هاشم استأجره رجل من قريش من فخذ أخرى فانطلق معه فى إبله فمر به رجل من بنى هاشم قد انقطعت عروة جوالقه فقال أغثنى بعقال أشد به عروة جوالقى لا ينفر الإبل، فأعطاه عقالا فشد به عروة جوالقه فلما نزلوا عقلت الإبل إلا بعيداً واحداً فقال الذى استأجره ما بال هذا البعير لم يعقل من بين الإبل؟ قال ليس له عقال فأين عقاله؟ فحذفه بعضا كان فيه أجله، فمر به رجل من أهل اليمن فقال: أتشهد الموسم قال ما أشهده وربما شهدته، قال هل أنت مبلغ عنى رسالة مرة من الدهر؟ قال نعم، قال فإذا شهدت فناد يا قريش فإذا أجابوك فناد يا آل بنى هاشم فإن أجابوك فسل عن ابن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٢ - طرق الإثبات الشرعية ص ٤٤٨ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢١٤ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩١ .

أبى طالب فأخبره أن فلاناً قتلتني في عقال ومات المستأجر فلما قدم الذي استأجره أتاه أبو طالب فقال ما فعل صاحبنا قال مرض فأحسنتم القيام عليه ووليت دفنه قال قد كان أهل ذاك منك فمكث حيناً ثم إن الرجل الذي أوصى إليه أن يبلغ عنه في الموسم فقال يا قريش قالوا هذه قريش قال يا آل بني هاشم قالوا هذه بنو هاشم قال أين أبو طالب ؟ قالوا هذا أبو طالب ، قال : أمرني فلان أن أبلغك رسالة إن فلاناً قتله في عقال فأتاه أبو طالب فقال اخترمنا إحدى ثلاث إن شئت أن تؤدى مائة من الإبل فإنك قتلت صاحبنا وإن شئت حلفت خمسين من قومك أنك لم تقتله ، فإن أبيت قتلناك به فأنتي قومه فأخبرهم فقالوا نحلف ، فأتته امرأة من بني هاشم كانت تحت رجل منهم وكانت قد ولدت منه فقالت : يا أبا طالب أردت خمسين رجلاً أن يحلفوا مكان مائة من الإبل فيصيب كل رجل منهم بغيران ، هذان البعيران فاقبلهما مني ولا تعبر يميني حيث تعبر الأيمان فقبلهما وجاء ثمانية وأربعون فحلفوا قال ابن عباس فوالذي نفسي بيده ما حال الحول ومن الثمانية والأربعين عين تطرف^(١) .

٤٥١ - اختلف الفقهاء في شرعية القسامة : وبالرغم من النصوص السابقة

فإن الفقهاء اختلفوا في القسامة فرأى الجمهور أن يعتبر القسامة كطريق من طرق الإثبات في جريمة القتل وعلى الأخص فقهاء المذاهب الأربعة والمذهب الظاهري والمذهب الشيعي وأنكر بعض الفقهاء القسامة ومنهم سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن عليه ، ويرى هؤلاء أنه لا يجوز الحكم بمقتضى القسامة لأنها مخالفة لأصول التشريع الإسلامي إذ الأصل في الشريعة أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٢ ، ٣١٣ - طرق الإثبات الشرعية ص ٤٧٨ .

يكونون في بلد والقتيل في بلد آخر^(١) ومن حجبتهم أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء وأن البيعة على من ادعى واليمين على من أنكر ولا يرى أصحاب هذا الرأي في الأحاديث التي يستند إليها القائلون بالقسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت القسامة حكماً جاهلياً فتلطف لهم رسول الله ليريههم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ولذلك قال لهم أتخلفون خمسين يميناً أعنى لولاة الدم وهم الأنصار قالوا كيف نخلف ولم نشاهد قال فيخلف لكم اليهود قالوا كيف تقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القسامة بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى^(٢).

ويرد الفريق الآخر على هذه الحجج بأن القسامة سنة مقررّة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة وأنه يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله وإن كانوا غائبين عن مكان القتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأنصار «تخلفون وتستحقون دم صاحبكم» وكانوا بالمدينة والقتيل بخيبر، ولأن للإنسان أن يحلف على غالب ظنه كما أن من اشترى من إنسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لا يستحقه لأن الظاهر أنه ملك الذي باعه وكذلك

(١) لذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة القوم وقالوا نقول إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبتى للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أشرف العرب رؤساء الأجناد أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا، قلت أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه قال لا. وفي بعض الروايات قلت فإياهم إذا شهدوا أنه قتله بأرس كذا وم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلاناً قتله فأقده ولا يقتل بشهادة الحسين الذين أقسموا (بداية المجتهد ج ٢

من ٣٥٧ - طرق الإنبات الشرعية ص ٤٩٠).

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٨.

إذا وجد شيئاً بخطه أو بخط أبيه جاز أن يحلف ولو أنه لا يعلمه أو لا يذكره وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشتري أنه معيب وأراد رده كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ولكن الحالف على كل حال لا يحلف إلا بعد الإثبات وغلبة ظن يقارب اليقين^(١)

٤٥٢ - وليس ثمة ما يمنع من أن تكون الأيمان سبيلاً لإشاعة الدماء أى إهدارها ما دامت الأيمان تؤدي إلى إثبات الجريمة على الجاني لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » وفي رواية مسلم « يسلم إليكم » وفي لفظ « وتستحقون دم صاحبكم » وأراد دم القاتل لأن دم القاتل ثابت لهم قبل اليمين وإذا كانت القسامة طريق الإثبات العمدة فقد وجب بها القصاص وهو عقوبة العائد كالبيئة سواء بسواء وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الأحول أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد بالقسامة في الطائف وهذا نص ولأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطاً للدم فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى^(٢) على أن أغلب القائلين بالقسامة لا يرون أن القسامة تؤدي للقصاص بل يرون أنها توجب الدية فقط فالقسامة على رأى هؤلاء لا تؤدي لإشاعة الدماء.

٤٥٣ - وأما أن البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر فإن بعض القائلين بالقسامة لا يخرجون على هذا الأصل كالحنفيين فإنهم يرون اليمين دائماً في جانب المنكر حتى في القسامة فيحلفون المدعى عليه ، وأما القائلين بتحليف المدعى فالقاعدة عندهم أن اليمين تشرع من جهة أقوى المتداعين فأى الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته وقد ثبت عن رسول الله أنه عرض القسامة أولاً على المدعين فلما أبوا جعلها في جانب المدعى عليهم ، وقد جعلت في جانب المدعين لأن جانبهم ترجح بالاثبات^(٣) واليمين تكون

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥

(٢) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٩ ، ٤٠

(٣) أعلام الموقعين ج ١ ص ١١٨ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٨ وما بعدها .

في جانب المدعى عليه إذا لم يترجح المدعى بشيء غير الدعوى فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوله بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب الأصل فكانت اليمين من جهته فإذا ترجح المدعى بلوث أو بنكول أو شاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعين فأيهما قوى جانبه شرعت اليمين في حقه^(١).

وفضلاً عما سبق فإن حديث البينة على من ادعى واليمين على من أنكر روى عن ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بالصيغة الآتية (البينة على المدعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة) فاستثنى الحديث القسامة وهذا الاستثناء زيادة في الحديث يتعين العمل بها لأن الزيادة من الثقة مقبولة^(٢) ٤٥٤ - لماذا شرعت القسامة؟ الأصل في القسامة أنها شرعت لحفظ الدماء وصيانتها فالشريعة الإسلامية تحرص أشد الحرص على حفظ الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ولما كان القتل يكثر بينما نقل الشهادة عليه لأن القاتل يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت القسامة حتى لا يفلت الجرمون من العقاب وحتى تحفظ الدماء وتصاب^(٣).

ولقد كان من حرص الشريعة على حيطة الدماء ما دعا أحمد إلى القول بأن من مات من زحام الجمعة أو في الطواف فديته في بيت المال وبمثل هذا قال إسحق وقال عمر وعلى فإن سعيداً يروى عن إبراهيم أن رجلاً قتل في زحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتله فقال على يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم إن علمت قاتله وإلا فاعطه ديته من بيت المال وقال الحسن والزهرى فيمن مات من الزحام ديته على من حضر لأن قتله حصل منهم^(٤)

(١) الطارق الحسكية ص ٧٤ .

(٢) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣١ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٨ .

(٤) المغني ج ١٠ ص ١٠٠٩ .

ولعل في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي قرر القسامة ما يؤيد هذا النظر ففي رواية متفق عليها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهم تأتون بالبينة على من قتله فقالوا مالنا من بيينة قال فتحلفون قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطل دمه فودا بمائة من إبل الصدقة^(١) وهذا ما جعل الحنابلة يرون أنه إذا لم يحلف المدعون ولم يرضوا يمين المدعى عليه فذاه الإمام من بيت المال وما جعلهم يرون إلزام المدعى عليه الدية إذا نكل عن الحلف

٤٥٥ - والقسامة عند أبي حنيفة شرعت فوق ما سبق لمعالجة التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصراً بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجراً عن ذلك وحمل على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لأنه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولهذا يرى أبو حنيفة أن القتل إذا وجد في موضع اختص به واحد أو جماعة إما بالملك أو باليد فيتهمون أنهم قتلوه وعليهم شرعاً القسامة دفعاً بالتهمة والدية لوجود القتل بين أظهرهم^(٢).

٤٥٦ - هل شرعت القسامة لإثبات أم للنفي؟ يرى مالك والشافعي وأحمد أن القسامة شرعت لإثبات الجريمة ضد الجاني كلما انعدمت أدلة الإثبات الأخرى أو لم تكن كافية بذاتها لإثبات الجريمة على الجاني فإذا لم يكن مثلاً إلا شاهد واحد على القاتل أو لم يكن هناك شهود ولكن وجدت قرينة على أن القتل حصل من المتهم كان لولاة القتل أن يثبتوا الجريمة على المتهم بطريق القسامة^(٣).

ويرى أبو حنيفة أن القسامة ليست دليلاً مثبتاً للفعل المحرم وإنما هي دليل

(١) نيل الاوطار ج ٦ ص ٣١٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٠

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٦ - المغني ج ١٠ ص ٧

نقّي لأهل الحلة التي وجد فيها القتل لأن المدعين طبقاً لرأيه لا يحلفون وإنما يحلف أهل الحلة بالله ما قتلوه ليدروا عن أنفسهم القصاص وفي الوقت ذاته تجب عليهم الدية لوجود القتل بين أظهرهم وبأخذ أبو حنيفة بهذا الرأي لأنه يرى أن البينة دائماً على من ادعى واليمين على من أنكر فإذا لم يعترف أحد أهل الحلة بالقتل وأنكروا كانت عليهم القسامة لأنهم مدعى عليهم وهم يدفعون بالقسامة التهمة الموجهة إليهم فتكون القسامة دليل نقّي لهم^(١).

٤٥٧ - الجرائم التي تجوز فيها القسامة : من المتفق عليه أن القسامة لا تكون إلا في جريمة القتل فقط فلا قسامة في جرح ولا في قطع عضو أو فقد منفعة ولا قسامة في ضرب أو إيذاء أو اعتداء أيا كان نوعه ما لم يؤد للموت . ويستوى أن يكون القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ ففي كل قتل أيا كان نوعه القسامة^(٢).

متى تكون القسامة ؟

لا محل للقسامة عند أبي حنيفة إلا إذا كان القاتل مجهولاً فإن كان معلوماً فلا قسامة ويتبع في إثبات الجريمة ونفيها طرق الإثبات العادية^(٣).

٤٥٨ - أما مالك والشافعي وأحمد فحل القسامة أن يكون القاتل معيناً وأن يكون هناك لوث فإن كان القاتل مجهولاً فلا قسامة عند الأئمة الثلاثة ولكن الغزالي وهو من الفقهاء الشافعيين يرى أن لا بأس من أن يكون القاتل مجهولاً بين معينين فإن حكمه حكم المعين كما إذا اتهم ولى القتل عشرة وقال القاتل أحدهم^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ ، ٢٩١ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٢ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٨٨

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٨ - الفنى ج ١٠ ص ٤ .

واللوث عند مالك والشافعي هو أمر ينشأ عن غلبة الظن بصدق المدعى^(١) أو هو قرينة توقع في القلب صدق المدعى^(٢) كوجود جثة القتل في محلة أعدائه أو تفرق جماعة عن قتيل أو رؤية المتهم على رأس القتل ومعه سكين وقول واحد ممن تقبل شهادته لوث .

وهناك خلاف بين المالكية والشافعية على ما يعتبر لوثاً فالمالكية يعتبرون ادعاء الجنى عليه على المتهم قبل وفاته لوثاً ولا يعتبره الشافعيون كذلك والإشاعة المتواترة لوث عند الشافعيين وليست كذلك عند المالكيين^(٣) .

واللوث عند أحمد على الرواية المرجوحة هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله .

واللوث على الرواية الراجحة هو ما يغلب على الظن صدق المدعى كالعداوة المذكورة سابقاً وكأن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثاً في حق كل واحد منهم وكان يزدحم الناس في مضيق فيوجد فيهم قتيل وكان يوجد قتيل ولا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله وهذا الرأي الثاني موافق بما يراه مالك والشافعي^(٤) وتعدد اللوث لا يمنع من القسامة كما لو قال الجنى عليه قبل موته قتلت فلان وكان هناك شاهد عدل يشهد بأنه رأى المتهم يقتل الجنى عليه فالقسامة واجبة مع تعدد اللوث ولا ينفي تعدد اللوث عنها إلا عند من يأخذون بالقرائن ويرونها كافية وحدها لإثبات الجريمة^(٥) وإذا وجد قتيل ولم يكن لوث فلا قسامة عند مالك والشافعي وأحمد وإن عين أولياء القتال والدعوى في هذه الحالة كسائر الدعاوى إن كانت بينة

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٠ (٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٨ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٦٩ ، ٣٧١ - شرح الزرقاني ج ٥٠٨ ، ٥٥٠ ص .

(٤) المغني ج ١٠ ص ٧ ، ١٢ (٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٤ .

حكم للمدعين بها وإن كان إقرار حكم به وإلا فالقول قول المنكر ، وهذا يخالف مذهب أبي حنيفة الذي يرى القسامة بوجود الجثة وبها أثر القتل .

٤٥٩ - وإذا ادعى أولياء القتيل القتل ولم توجد الجثة في محل المدعى عليهم ولم تكن عداوة ولا لوث فلا قسامة عند الجميع . ويرى البعض في هذه الحالة أن لا يخلف المدعى عليه وحجة القائلين بهذا أن الدعوى لا يقضى فيها بالنكول فلا يستحلف فيها كالحدود ويرى البعض أنه يستحلف والقائلون بهذا يحتجون بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » ويرون أن النص يوجب اليمين لعمومه وأن النص صريح في انطباقه على دعوى القتل حيث يقول لادعى قوم دماء رجال وأموالهم وادعاء لدماء هو ادعاء القتل . والقائلون بهذا يختلفون فبعضهم يرى أن يخلف المدعى عليه يميناً واحدة وهو الرأي الراجح والبعض يرى أن يخلف خمسين يميناً وهو الرأي المرجوح . فإن نكل المدعى عليه عن اليمين فيرى البعض أنه لا يجب عليه شيء بنكوله ويرى البعض أن النكول لا يجب به غير الدية ويرى البعض أن ترد اليمين على المدعى إذا نكل المدعى عليه فتكون قسامة ويحلف المدعون خمسين يميناً لأن النكول يعتبر لوثاً في هذه الحالة فتتوفر شروط القسامة^(١) .

٤٦٠ - وظاهر مما سبق أن القسامة تكون عند مالك والشافعي إذا علم القاتل وانعدمت البينة المثبتة للقتل وكان لوث ، فإن كانت بينة تثبت القتل أو كان إقرار فلا قسامة ومعنى هذا أن القسامة عندهم دليل خاص مثبت للقتل إذا انعدم دليله الأصيل .

ويختص مالك بنوع من القسامة يوجبه مع توفر الدليل على القتل وذلك في حالة ما إذا أصيب الجنى عليه في جريمة القتل فلم يمت في الحال واستمر وقتاً ما يأكل ويشرب ويتكلم ثم مات بعدها فتجب القسامة على أولياء القتيل يحلفون

بالله أن القتل مات من إصابته وهذا النوع من القسامة ليس إلا دليلاً من نوع خاص على أن الوفاة نشأت عن الإصابة وليس له معنى في عصرنا الحاضر بعد أن أصبح الأطباء قادرين على تعيين سبب الوفاة .

أما القسامة عند أبي حنيفة فلا تكون إلا إذا وجدت جثة القتيل في محلة وكان القاتل مجهولاً وهي ليست دليلاً على القتل وإنما هي دليل نفي لأهل المحلة التي وجد فيها القتيل فهم يحلفون بالله ما قتلوه ليدروا عن أنفسهم القصاص وتجب عليهم الدية في الوقت ذاته لوجود القتيل بين أظهرهم .

والقسامة عند ابن حزم تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولأهله الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلاً خمسين يميناً فإن هم حلفوا على العمد فالقود ، وإن حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلاً^(١) .

فالقسامة عند ابن حزم تجمع بين مذهب أبي حنيفة ومذهب مالك والشافعي وأحمد فيأخذ من مذهب أبي حنيفة سبب وجوب القسامة ، ويأخذ من مذهب الأئمة الثلاثة كيفية القسامة .

٤٦١ - والقسامة عند أبي حنيفة أشبه ماتكون بما تفعله جيوش الاحتلال في البلاد المحتلة في عصرنا الحاضر في حالة الاعتداء على رجال الجيش المحتل وفي حالة الثورات إذ تفرض غرامة على كل قرية قتل فيها جندي لم يعلم قاتله أو ارتكبت فيها جريمة هامة لم يعلم مرتكبها ، وتحصل الغرامة من جميع سكان القرية على السواء .

والواقع أن القسامة عند أبي حنيفة تعتبر بحق وسيلة طيبة لإظهار الفاعلين في حوادث القتل لأن أهل القرية إذا علموا أنهم سيلزمون دية القتيل الذي لا يظهر قاتله اجتهدوا في منع المشبوهين من الإقامة بين ظهرانيهم وأخذوا على أيدي سفهائهم ومجرميهم كما أن كل من كان لديه معلومات عن القتل سابقة أو

لاحقة ان يتأخر في الغالب عن تبليغها للجهات المختصة بل إنهم قد يحملون القاتل على أن يقدم نفسه ويعترف بجرمه .

٤٦٢ - كيفية القسامة : القسامة عند مالك والشافعي وأحمد على أولياء القتيل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « يحلف خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم » وعلى هذا أن يحلف أولياء القتيل ابتداءً خمسين يميناً .

ويستحب أن يستظهر في ألقاظ اليمين في القسامة تأكيداً فيقول الحالف والله الذي لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، فإن اقتصر على لفظ والله كفى ، ويصح أن يقول والله أو بالله وتالله وكل ما زاد على هذا تأكيداً ، ويشترط في اليمين أن تكون على البت وأن تكون قاطعة في ارتكاب المتهم الجريمة بنفسه أو بالاشتراك مع غيره وعلى الحالف أن يبين ما إذا كان الجاني تعمد الفعل أم لم يتعمده فيقول مثلاً « والله إن فلانا ابن فلان قتل فلاناً منفرداً بقتله ما شرکه غيره ، وإن كانا اثنين قال ، ومنفردين لقتله ما شرکہما غيرهما ثم يقول عمداً أو خطأ » .

فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء ويشترط في يمين المدعى عليه ما يشترط في يمين المدعى من البت والقطع ببراءته فيقول مثلاً والله ما قتلته ولا شاركت في قتله ولا فعلت سبباً مات منه ولا كان سبباً في موته ولا معيناً على موته .

فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا أيمان المدعى عليهم برىء المتهمون وكانت دية القتيل في بيت المال على رأى أحمد ، وهو رأى لا يأخذ به بقية الأئمة . وإن نكل المدعى عليهم عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا على رأى في مذهب أحمد ولم يحبسوا على رأى الآخر ، وحبسوا لمدة سنة على رأى مالك ، فإن لم يحلفوا عذرُوا - أما الشافعي فيرى أن ترد الأيمان على المدعين فإن لم يحلفوا فلا شيء على المدعى عليهم ، وإن حلفوا وجبت العقوبة على المدعى عليهم^(١) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٥ ، ٥٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٧٣ - الشرح الكبير

أما أبو حنيفة فيرى أن القسامة على أهل الحلة ابتداء فإن حلفوا وجبت عليهم الدية وعنده أن الحلف لحقن دماء الخالفين لأن حفظ الحلة عليهم ونفع ولاية التصرف في الحلة عائد عليهم وهم المتهمون في القتل فكانت القسامة والدية عليهم^(١) ويحلف خمسون رجلاً من أهل الحلة والله ما يقتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، وإذا امتنع المدعى عليهم عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا ولكن امتناعهم لا يسقط عنهم الدية^(٢) .

٤٦٣ - من يرغل القسامة : يدخل القسامة على رأى الشافى كل الورثة سواء كانوا رجالاً أو نساء فتدخل الزوجة والبنت كما يدخل الإبن والزوج وتوزع الأيمان عليهم بحسب نصيبهم من الإرث . ويحبر الكسر لأن اليمين الواحدة لا تتبع بعض فلو حلف تسعة وأربعين حلف كل يميناً . وفى قول يحلف كل من الورثة خمسين يميناً لأن العدد يعتبر كيعين واحدة ، فإذا ردت اليمين على المدعى عليهم حلف كل واحد منهم خمسين يميناً كاملاً^(٣) .

٤٦٤ - وفى مذهب أحمد روايته : — أو وهما : أن الأيمان تختص بالورثة دون غيرهم وبالرجال دون النساء ، فعلى هذه الرواية تقسم الأيمان بين الورثة من الرجال سواء كانوا من ذوى الفروض أو العصبة كل على قدر إرثه إن كانوا جماعة وإن كان واحداً حلفها وحده ، فإن انقسمت الأيمان فى حالة التعدد من غير كسر مثل أن يرث المقتول ابنان أو أخ وزوج حلف كل منهما خمساً وعشرين يميناً ، وإن كان فيها كسر جبر عليهم مثل زوج وابن ، يحلف الزوج ثلاثة عشر يميناً والإبن ثمانية وثلاثين يميناً لأن تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعض اليمين ولا حلف بعضهم لها عن البعض الآخر فوجب تكميل اليمين المنكسرة فى حق كل واحد منهم ، وهناك من يرى أن يحلف كل وارث

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٩ .

خمسین یمیناً سواء تساوا في الميراث أو اختلفوا فيه لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى^(١) .

نابيهما : - أن يحلف من العصبة خمسون رجلاً كل واحد یمیناً وهو قول مالك ، وعلى هذا يحلف الوارثون من العصبة ، فإن لم يبلغوا خمسین تمموا من سائر العصبة الأقرب منهم فالأقرب^(٢) .

٤٦٥ - ويفرق مالك بين حالة الخطأ وحالة العمد ، ففي الخطأ يحلف أيمان القسامة من يرث القتل ، وإن كان واحداً ولو أخاً لأم أو امرأة ، وإذا تعدد الورثة حلف كل وارث على قدر إرثه فإن كان وارث واحد حلف الأيمان كلها وتجبر اليمين عند الكسر على أكثر كسرها ، ولو كان صاحب الكسر الأكبر أقل نصيباً في الميراث كابن وبنت ، على الابن ثلاثة وثلاثون یمیناً وثلث ، وعلى البنت ستة عشر یمیناً وثلثان ، فتحلف البنت سبعة عشر یمیناً والابن ثلاثة وثلاثين .

أما في العمد فلا يحلف إلا العصبة ، ولا يحلف في العمد أقل من رجلين من العصبة ويستوى أن يكون العاصب وارثاً أم غير وارث ولا تحلف النساء في العمد ، وللولي إن كان واحداً أن يستعين بعاصبه هو ولو لم يكن عاصباً للقتيل كأمراة مقتولة ليس لها عصبة غير ابنها وله إخوة من أبيه فله أن يستعين بهم^(٣)

٤٦٦ - ويرى أبو حنيفة أن القسامة لا تجب إلا على الرجال فلا تجب على صبي ولا مجنون ولو وجد القتل في ملك أحدهما ، لأن القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين ولأن القسامة تجب على من هو من أهل النصرة وهما ليسا من أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما إذا وجد القتل في ملكهما وهناك خلاف في هذا المذهب على ما إذا كانا يدخلان في الدية مع العاقاة ، فيرى

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٢ ، ٣٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٤١ ، ٤٠ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٦ ، ٥٧ .

البعض دخولها لأنهما مؤخذان بالضمان إلى لأفما لها وهو الرأي الراجح ، أما إذا وجد القاتل في ملك غيرها فمن المتفق عليه أنهما لا يدخلان في الدية مع العاقلة. ولا تدخل المرأة في القسامة والدية في قاتل وجد في غير ملكها لأن وجوبها بطريق النصرة وهي ليست من أهلها وإن وجد في دارها أو في قرية لها لا يكون بها غيرها فعليها القسامة فتستحلف ويكرر عليها الأيمان على الرأي الراجح^(١) .

ما يجب بالقسامة : - تجب الدية بالقسامة في الخطأ وشبه العمد وهذا متفق عليه .

٤٦٧ - أما في العمد فيرى مالك أن القصاص يجب بالقسامة إذا كان المتهم واحداً ، فإذا تعدد المتهمون وجب القصاص بالقسامة على واحد فقط بينهما أولياء القاتل ويحلفون أنه مات من ضربه أو جرحه ، ويرى ابن رشد أنه يجوز أن يقتص بالقسامة من أكثر من واحد إذا اختلفت الأفعال التي أدت للقتل كمن يمسك شخصاً لآخر ثم يقول له اضربه اقتله فيفعل ذلك ، فإنهما يقتلان معاً بالقسامة لأن الموت كان نتيجة لفعالتهما معاً .

ولأن فعل كل منهما يخالف فعل الآخر ، أما إذا اتحد الفعل المؤدى للموت فلا يقتص إلا من واحد^(٢) .

٤٦٨ - ورأى الشافعي القديم جواز القصاص بالقسامة في العمد ولكن رأيه الآخر أنه لا تجب بالقسامة إلا الدية سواء كان الفعل عمداً أو شبه عمد أو خطأ والرأي الأول قائم على قول الرسول صلى الله عليه وسلم « تستحقون دم صاحبكم » . والرأي الثاني قائم على قوله « إما أن يدوا صاحبكم ، أو يؤذنوا بحرب من الله ورسوله » وقد فسرت عبارة دم صاحبكم ببذل دم صاحبكم جمعاً بين الدليلين^(٣) ويرى أبو حنيفة أنه لا يجب بعد القسامة إلا الدية في العمد وغير العمد لأن القسامة جملة لحقن دماء المدعى عليهم .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٩ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٥ .

ويرى أحمد أن يقتص بالقسامة في العمد ما لم يمنع شرعى من القصاص^(١).

٤٦٩ — شروط القسامة : — لا تجب القسامة إلا إذا توفرت الشروط الآتية :

أولاً : أن يثبت أن الموت نتيجة القتل ، فإن كان مات حتف أنفه أو تساوى احتمال موته حتف أنفه بموته قتيلاً فلا قسامة .

ثانياً : أن يكون لوث طبقاً لما يراه مالك والشافعى وأحمد وقد بينا معنى اللوث فإن لم يكن لوث فلا قسامة . أما أبو حنيفة فلا يشترط إلا أن توجد الجثة في محله وبها أثر القتل ، فإن لم توجد الجثة على هذا الوجه فلا قسامة ، وإذا أصيب القتيلى بجرح في محلة فحمل إلى أهله مات من تلك الجراحة وجبت القسامة والدية عند أبى حنيفة ولا يراها أبو يوسف بحجة أنه أصيب في المحلة ولم يمت فيها ولا قسامة فيما دون النفس . ويرد عليه بأن القتيلى مات من الجراحة فكان الجراحة وقعت قتلاً من وقت حدوثها .

ويشترط الحنفيون أن يوجد من القتيلى أكثر بدنه فإن وجد ففيه القسامة والدية لأن للأكثر حكم الكل فيسمى قتيلاً ، أما إذا وجد عضو من أعضائه فلا قسامة فيه ولادية ، وإن وجد النصف الذى فيه الرأس ففيه القسامة والدية وإن وجد الرأس وحده فلا قسامة ولادية . ولا يشترط بقية الأئمة هذه الشروط فالقسامة واجبة سواء وجد كل الجثة أم وجد بعضها^(٢) .

ثالثاً : أن لا يعلم القاتل عند أبى حنيفة فإن علم فلا قسامة . أما عند مالك والشافعى وأحمد فيشترط للقسامة تعين القاتل ، فإذا لم يعين فلا قسامة .

رابعاً : أن يتقدم أولياء القتيلى بدعواهم أى باتهامهم لأن الدعوى لا تسمع على غير معين عند مالك والشافعى وأحمد ، ولأن القسامة يمين مقصود به دفع التهمة عند أبى حنيفة ولا تجب اليمين قبل الدعوى والاتهام^(٣) .

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٨ .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٠ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٩ — الإقناع ج ٤ ص

٢٤٠ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٨ .

خامساً : أن لا يكون هناك ادعاء متناقض كأن يكون الأولياء قد ادعوا على شخص أنه انفراد بالقتل ثم عادوا فادعوا على آخر بأنه هو القاتل أو كأن يدعى بعض الأولياء أن شخصاً هو القاتل ويبرئه البعض الآخر من القتل أو يدعوه على غيره ، فإذا وجد مثل هذا التناقض امتنعت القسامة ، ويشترط في التناقض المانع من القسامة أن يكون بحيث ينفي الاتهام عن المتهم .

سادساً : أن ينكر المدعى عليهم القتل فإذا اعترفوا به فلا قسامة .

سابعاً : ويشترط أبو حنيفة المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعى ، وحق المدعى يوفى بطلبه ولذا كان الاختيار في حال القسامة لأولياء القتل لأن الأيمان حقهم فلهم أن يختاروا من يتهمونهم ويستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذباً ، وإذا طولب من عليه القسامة باليمين فنسكل عنها حبس حتى يحلف أو يقر لأن اليمين حق مقصود لنفسه وليست وسيلة للدية إذ الدية مفروضة مع اليمين ويرى أبو يوسف أن لا يحبس الفاعل ويحكم بالدية^(١) .

ثامناً : ويشترط أبو حنيفة أيضاً أن يكون الموضع الذى وجدت فيه الجثة ملكاً لأحد وفى يد أحد ، فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا فى يد أحد فلا قسامة ولا دية .

وإذا وجدت الجثة فى مكان عام التصرف فيه للعامة لا لجماعة محصورين لاتبج القسامة وتجب الدية من بيت المال .

٤٧٠ - وإذا وجد القتيل فى فلاة لا يملكها أحد فلا قسامة ولا دية إذا كانت بحيث لا يسمع الصوت فى القرى والأمصار القريبة ، فإذا كانت بحيث يسمع الصوت وجبت القسامة والدية على أقرب الموضع إلى الجثة ، وإذا كان المكان قريباً من عدة قرى وجبت القسامة والدية على أقرب القرى إليه ، وإن كان المكان قريباً من المصر فعلى أقرب أحياء المصر الدية والقسامة وهذا هو قضاء عمر بن الخطاب .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ .

ولا قسامة في قتل وجد في المسجد الجامع ولا في الشوارع أو الجسور أو الطرق العامة لأنها محلات عامة بمعنى الكلمة وتجب الدية في بيت المال .
ولا قسامة في قتل وجد في سوق عامة إلا إذا كان السوق ملكا لفرد أو أفراد أو مستأجرا لهم .
واختلف في قتل السجن فرأى البعض القسامة على المسجونين ولم يرها البعض الآخر ^(١) .

القرائن

٤٧١ — عرفت الشريعة الإسلامية القرائن من يوم وجودها ، وبني الكثير من أحكام الشريعة على أساس القرائن ، من ذلك أن القسامة تقوم على أساس القرينة سواء وجد لوث أم لم يوجد فأساس القسامة عند من لا يشترطون اللوث وجود القتل في محلة المتهمين لأن وجود الجثة في المحلة قرينة على أن القتل حدث من سكانها ، وأساس القسامة عند من يشترطون اللوث أن وجود اللوث قرينة على أن المتهم هو القاتل ، فروية شخص على مقربة من الجثة ملوث بالدماء لوث وهذا اللوث قرينة على أن هذا الشخص هو القاتل . ومن ذلك النكول عند من يرى أن النكول يؤدي إلى إثبات الجريمة ، فإن ثبوت الجريمة عن طريق النكول إثبات بالقرينة إذ النكول ليس إلا قرينة على أن الاتهام الموجه للمتهم صحيح ^(٢)

ومن ذلك إثبات الزنا بالجل ، فإن الجل قرينة على الوطاء المحرم المعتبرزنا ^(٣) .
ومن ذلك إثبات شرب الخمر بانبعاث رائحتها من فم المتهم ، فإن ثبوت الجريمة أساسه القرينة المستفادة من انبعاث رائحة الخمر من فم المتهم والتي تفيد أنه شرب الخمر ^(٤) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٦ - المغني ج ١٠ ص ٦ شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٧ طرق الاثبات الشرعية ص ٤٣٨ وما بعدها .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ المغني ج ١٠ ص ١٩٢ .

(٤) المغني ج ١٠ ص ٣٢٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - الطرق الحسكية ص ٦

ومن ذلك ثبوت السرقة على من يوجد في حيازته المال المسروق وأساس الثبوت هنا هو القرينة المستفادة من وجود المال في حيازة المتهم والتي تدل غالباً على أنه هو الذى سرقه^(١) .

ومن ذلك جواز دفع اللقطة لمن يصفها بـمميزاتها وكذلك الوديعة ، والمسروقات مادام صاحب اللقطة أو الوديعة أو المال المسروق مجهولاً وأساس هذا الحكم القرينة المستفادة من بيان صفات ومميزات الشيء والتي تدل على أن من وصفه هو صاحبه^(٢) .

وليس يخلو مذهب فقهي من المذاهب الإسلامية من الاعتماد على القرائن في استنباط الأحكام الفرعية ، كما أن كثيراً من الأحكام الأساسية ، أقامتها الشريعة على أساس القرائن كقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » فإن قيام الزوجية جعل دليلاً على أن من تلده المرأة يكون ابناً للزوج .

ولقد جرى كثير من الخلفاء والولاة والقضاة من وقت نزول الشريعة الإسلامية على الأخذ بالقرائن باعتبارها دليلاً لإثبات الدعاوى الجنائية والمدنية ولهم في ذلك آثار مشهورة^(٣) .

و بالرغم من إقامة كثير من أحكام الشريعة على القرائن واتجاه القضاء من وقت نزول الشريعة إلى الأخذ بالقرائن ، فإن جمهور الفقهاء لا يسلم باعتبار القرائن دليلاً عاماً من أدلة الإثبات في الجرائم اللهم إلا فيما نص عليه بنص خاص كالقسامة ولعل عذرهم في ذلك أن القرائن في أغلب الأحوال قرائن غير قاطعة وأنها تحمل أكثر من وجه ، فإذا اعتمد عليها كدليل لإثبات الجريمة فقد اعتمد على دليل مشكوك فيه لا يمكن التسليم مقدماً بصحته .

أما أقلية الفقهاء فيرون الأخذ بالقرائن في إثبات الجرائم مع الاعتدال ومن

(١) طرق الحكمية ص ٦ .

(٢) طرق الإثبات الشرعية ص ٥١٨ .

(٣) الطرق الإثبات الشرعية ص ٦٦-٣ .

هؤلاء ابن القيم فإنه يرى أن الحاكم إذا أهمل الحكم بالقرائن أضعافاً كثيراً وأقام باطلاً كبيراً ، وإنه إن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد ^(١) .

النكول عن اليمين وردّها

٤٧٢ - اختلف الفقهاء في اعتبار النكول عن اليمين طريقاً من طرق الإثبات ، فرأى بعضهم أن المدعى إذا لم يقيم بينة على ما ادعاه ولم يقر المدعى عليه كان على المدعى عليه أن يحلف على نفي المدعى به ، فإن نكل عن الحلف قضى للمدعى بما يدعيه بنكول المدعى عليه وهذا هو رأى أبى حنيفة والمشهور من مذهب أحمد . ورأى البعض أن نكول المدعى عليه لا يكفي وحده لثبوت المدعى به ، بل ترد اليمين على المدعى فإن حلف اليمين المردودة قضى له بما يدعيه وهذا هو مذهب مالك والشافعي وقد صوبه أحمد فقال ما هو ببعيد يحلف ويستحق ، وعلى هذا لا تكون الدعوى ثابتة بالنكول وإنما باليمين المردودة ^(٢) .

٤٧٣ - واختلف الفقهاء بعد ذلك فيما إذا كان يمكن الحكم بالنكول واليمين المردودة في الجرائم فرأى مالك أنه لا يجوز الحكم باليمين المردودة في الجرائم سواء كانت حدوداً أو قصاصاً أو تعازيراً ، وسواء أوجبت عقوبة بدنية أو عقوبة مالية ، وعلى هذا فإذا لم تكن بينة ونكل المتهم عن الحلف فلا ترد اليمين على المدعى لأن حلفها ليس له أثر ^(٣) .

٤٧٤ - ويرى الشافعي أنه يحكم باليمين المردودة في الجرائم المتعلقة بحقوق الأدميين كالقتل والضرب والشم سواء كانت العقوبة قصاصاً أو دية أو تعزيراً ، وكذلك في جرائم التعازير المتعلقة بالأموال العامة كطرح الحجارة في الطريق

(١) الطرق الحكيمة ص ٣ ، ٤ .

(٢) المغني ج ١٢ ص ١٢٤ - الطرق الحكيمة ص ٨٤ وما بعدها - طرق الإثبات الشرعية ص ٤٣٨ ، ٤٥٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٤ وما بعدها ، تبصرة الحكم ج ١ ص ١٦٩ .
(٣) تبصرة الحكم ج ١ ص ١٧٤ وما بعدها .

وإفساد الآبار ، أما في جرائم الحدود فالقاعدة ألا يحكم فيها باليمين المردودة إلا في بعض الحالات الاستثنائية^(١) .

٤٧٥ - ويرى أبو حنيفة وصاحبه القضاء بالنكول ولكنهم اختلفوا في تفسير النكول فقال أبو حنيفة إنه بذل من جهة المدعى عليه ، وقال الصحابان إنه إقرار وقد أدى هذا الخلاف إلى اختلافهم في بعض المسائل ، ويمكن تلخيص رأى الأحناف فيما يختص بالقضاء بالنكول في الجرائم فيما يأتي :-

١ - في جرائم الحدود واللعان لا يستحلف المنكر اتفاقاً ، إما على قوله فلأن البذل لا يصح في شيء منها ، وإما على قولهما فلأن النكول إقرار فيه شبهة لأنه هو في نفسه سكوت أو تصريح بالامتناع عن اليمين والحدود تدرأ بالشبهات ، واللعان في معنى الحد لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة .

٢ - في جرائم القصاص والدية :- إذا كانت الجريمة توجب المال صح التحليف فيها والحكم بالنكول اتفاقاً لأن الأموال يصح فيها البذل من جهة ، وتثبت بالإقرار مطلقاً من جهة أخرى .

أما إذا كانت الجريمة مما يوجب القصاص استحلف المدعى عليه بانفاق غير أنه إذا نكل عن اليمين لزمه القصاص على قول أبي حنيفة لأنه بذل ، وبذل ما دون النفس جائز كما تقدم . وأما على قولهما فلا قصاص بل يلزمه الأرض لأن النكول عندها إقرار فيه شبهة .

٤٧٦ - وإذا كان النكول عن اليمين في الجناية على النفس حبس حتى يحلف أو يقر على قول أبي حنيفة لمتعذر القضاء بالنكول ، إذ النفس لا يصح فيها البذل وعلى قولهما يحكم عليه بالدية بنكوله لأن النكول إقرار فيه شبهة^(٢)

٣ - في جرائم التعازير . يصح طبقاً لرأى الصحابين الحكم فيها بالنكول

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٣ ، ٤٠٦ - ونفس المرجع ص ١٠٤ - المفتي ج ١٠ ص ٧

(٢) طرق الاثبات الشرعية ص ٤٣٨ ، ٤٤٣ .

لأن النكول إقرار لا شبهة فيه في التعازير إذ الإقرار فيها لا يجوز العدول عنه ، ويصح طبقاً لرأى أبى حنيفة الحكم في هذه الجرائم بالنكول إذا أوجبت عقوبة مالية لأن المال مما يصح بذله أما إذا أوجبت عقوبة بدنية فلا يصح الحكم بالنكول ، وهذا هو قياس رأى أبى حنيفة وصاحبيه .

وفي مذهب أحد رأيان : أولهما أنه لا يقضى بالنكول إلا في المال ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول ^(١) .

ومقتضى هذا الرأى أن لا يحكم بالنكول في جرائم الحدود ولا في جرائم التعازير التي لا توجب المال ، ويحكم في جرائم القصاص والدية بالنكول على أن تكون العقوبة مالية .

والرأى الثاني يرى الحكم بالقصاص على الناكل إذا كان القصاص فيما دون النفس ^(٢)

مسائل عامة

عن الحدود

٤٧٧ - تعريف الحد : - الحد لغة : هو المنع واصطلاحاً : هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى ^(٣) .

ويطلق لفظ الحد عادة على جرائم الحدود وعلى عقوباتها فيقال ارتكب الجاني حداً ويقال عقوبته حد ، وإذا أطلق لفظ الحد على الجريمة فإنما يقصد تعريف الجريمة بعقوبتها ، أى بأنها جريمة ذات عقوبة مقدرة شرعاً ، فتسمية الجريمة بالحد تسمية مجازية .

ويرى بعض الفقهاء أن الحد هو العقوبة المقدرة شرعاً ^(٤) .

(١) اللغى ج ١٢ ص ١٢٦ .

(٢) نفس المراجع السابقة ، والإقناع ج ٤ ص ٤٥٣ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٥ - الإقناع

ج ٤ ص ٢٤٤ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٣ - المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١١٨ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ .

ويدخل تحت الحد بهذا المعنى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لأن عقوباتها جميعاً مقدرة شرعاً.

والمشهور هو تخصيص لفظ الحد لجرائم الحدود وعقوباتها دون غيرها ^(١) وتعريف عقوبة الحد بأنها العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى يؤدي إلى هذا التخصيص ، وبهذا التعريف تخرج العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، لأن هذه العقوبات وإن كانت مقدرة شرعاً إلا أنها مقررة حقاً للأفراد ، كذلك تخرج عقوبات جرائم التعازير لأنها جميعاً عقوبات غير مقدرة . ومعنى أن العقوبة مقدرة أن الشارع عين نوعها وحدد مقدارها ولم يترك اختيارها أو تقديرها لولى الأمر أو القاضي .

ومعنى أن العقوبة مقررة حقاً لله تعالى أنها مقررة لصالح الجماعة وحماية نظامها والفقهاء حينما ينسبون العقوبة لله جل شأنه ، ويقولون إنها حق لله يemon بذلك أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة .

وتعتبر العقوبة حقاً لله تعالى كلما استوجبته المصلحة العامة ، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم ، فكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها إليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تأكيذاً لتحصيل المنفعة ودفع الضرر والفساد ، لأن اعتبار العقوبة لله يؤدي إلى عدم إسقاطها بإسقاط الأفراد والجماعة لها ^(٢) .

٤٧٨ - المحر والجنابة: ويعبر بعض الفقهاء عن جريمة الحد بلفظ الجنابة ، ويكتبون عن جرائم الحدود تحت عنوان الجنابات ^(٣) والجنابة لغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه في الاصطلاح الفقهي اسم لفعل محرم شرعاً ، ولفظ الجنابة مرادف اصطلاحاً للفظ الجريمة ، ولما كانت الحدود جرائم فقد صح أن

(١) المرجع السابق

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٦ .

(٣) ألوجيز للفرز ج ٢ ص ١٦٤ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٠ .

تسمى بالجنايات ، ولا يغير من ذلك أن عقوباتها مقدرة لأن تسمية الجريمة بالحد إنما هي تسمية مجازية كما قلنا من قبل .

ويبقى بعد ذلك أن نعرف أنه إذا كان كل حد جنائية ، فإن كل جنائية ليست حداً ، لأن من الجنايات جرائم التمايز وعقوباتها غير مقدرة ، وإذا لم تكن عقوبة الجريمة مقدرة فالجريمة ليست حداً بل إنها لا تكون حداً إلا إذا كانت عقوباتها مقررّة حقاً لله تعالى على الرأي المشهور .

٤٧٩ - جرائم الحدود : جرائم الحدود سبع وهي :-

(١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحاربة أو المحاربة (٦) الردة (٧) البغى

وهذا ما يراه جمهور الفقهاء ، ولكن ابن حزم يخرج البغى من جرائم الحدود ويدخل جريمة جحد العارية^(١) .

وسنخصص لكل جريمة من هذه الجرائم كتاباً ، أما جريمة جحد العارية فسنتناولها أثناء الكلام على جريمة السرقة إذ أن ما يعتبره ابن حزم جحداً للعارية يعتبره جمهور الفقهاء سرقة .

(١) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١١٨ ، ٣٧٣ .

الكتاب الأول

في الزنا

تمهيد

٤٨٠ — الزنا في الشريعة والقانونه : تختلف جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية عنها في القوانين الوضعية ، فالشريعة الإسلامية تعتبر كل وطء محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج ، أما القوانين الوضعية فلا تعتبر كل وطء محرم زنا ، وأغلبها يعاقب بصفة خاصة على الزنا الحاصل من الزوجين فقط كالقانون المصري والقانون الفرنسي ، ولا تعتبر ما عدا ذلك زنا وإنما تعتبره وقاعاً أو هتك عرض .

ولا يعاقب القانون المصري على الوقاع إلا في حالة الاغتصاب ، فإن كان بالتراضي فلا عقاب عليه ما لم يكن الرضا معيباً .

ويعتبر القانون المصري الرضا معيباً إذا لم يبلغ المفعول به ثمانية عشر عاماً كاملة - ولو وقعت الجريمة بناء على طلبه هو - فإن بلغها اعتبر رضاه صحيحاً ، والعقوبة في حالة الرضا المعيب بسيطة لأن الفعل يعتبر جنحة .

ويدخل اللواط في هتك العرض طبقاً لقانون العقوبات المصري سواء لاط الفاعل بامرأة أو برجل .

ويعاقب القانون المصري الرجل والمرأة معاً في حالة الزنا ، أما في الوقاع وهتك العرض فلا يعاقب القانون إلا طرفاً واحداً هو الفاعل سواء أتى المفعول به في القبل أو في الدبر ، وعلة ذلك أن القانون يبيح الفعل طالما كان مصحوباً برضاء المفعول به ، فإن كان رضاه منعدماً أو معيباً اعتبر مجنياً عليه لا جانياً .

٤٨١ - أساس عقوبة الزنا في الشريعة والقانون : وتعاقب الشريعة الإسلامية على الزنا باعتباره مأساً بكيان الجماعة وسلامتها ، إذ أنه اعتداء شديد على نظام الأسرة ، والأسرة هي الأساس الذي تقوم عليه الجماعة ، ولأن في إباحة الزنا إشاعة للفاحشة وهذا يؤدي إلى هدم الأسرة ثم إلى فساد المجتمع وانحلاله ، والشريعة تحرص أشد الحرص على بقاء الجماعة متماسكة قوية .

أما العقوبة في القوانين الوضعية فأساسها أن الزنا من الأمور الشخصية التي تمس علاقات الأفراد ولا تمس صوالح الجماعة ، فلا معنى للعقوبة عليه مادام عن تراض ، إلا إذا كان أحد الطرفين زوجاً ففي هذه الحالة يعاقب على الفعل صيانة لحرمة الزوجية .

٤٨٢ - الواقع بشهر للشريعة : ولعل ما حدث في أوروبا والبلاد الغربية عامة يؤيد نظرية الشريعة فقد تحللت الجماعات الأوروبية وتصدعت وحدتهم وذهب ريحهم — وما لذلك من سبب إلا شيوع الفاحشة والفساد الخلقي والإباحية التي لا تعرف حداً تنتهى إليه ، وما أشاع الفاحشة وأفسد الأخلاق ونشر الإباحية إلا إباحة الزنا وترك الأفراد لشهواتهم واعتبار الزنا من الأمور الشخصية التي لا تمس صالح الجماعة .

ولعل أشد ما تواجهه البلاد غير الإسلامية اليوم من أزمات اجتماعية وسياسية يرجع إلى إباحة الزنا ، فقد قل النسل في بعض الدول قلة ظاهرة تنذر بفناء هذه الدول أو توقف نموها ، وترجع قلة النسل أولاً وأخيراً إلى امتناع الكثيرين عن الزواج ، وإلى العقم الذي انتشر بين الأزواج .

ولا يتمتع الرجل عن الزواج إلا لأنه يستطيع أن ينال من المرأة ما يشاء في غير حاجة إلى الزواج ، ولأنه لا يثق في أن المرأة ستكون له وحده بعد الزواج ، وقد اعتاد أن يجدها مشاعاً بينه وبين الغير قبل الزواج .

والمرأة التي كانت أمنيتها الأولى الزواج ، ووظيفتها التي خلقت من أجلها إدارة البيت وتربية الأولاد ، هذه المرأة أصبحت في كثير من الأحوال تنفر من

الزواج ولا ترضى أن تستأمر لرجل تنال ما عنده ، بينما هي تستطيع أن تنال ما عند عشرات الرجال دون أن تنقل نفسها بالقيود والأغلال .

وقد أدى شيوع الزنا إلى مقاومة الحمل من جهة وانتشار الأمراض السرية من جهة أخرى ، وإذا كانت مقاومة الحمل تؤدي في كثير من الأحوال إلى عقم النساء ، فإن انتشار الأمراض السرية يؤدي في الغالب إلى عقم الرجال والنساء على السواء .

وكانت المرأة تعيش في كنف الرجل في ظل الزواج ، فلما أضرب الرجال عن الزواج كان لابد للمرأة من أن تعيش ، فاضطرت إلى مزاحمة الرجل في ميدان العمل لتنال قوتها ، فأدى هذا إلى تفشى البطالة وشيوع المبادئ الهدامة والتي بشعوب أوروبا في بحر لجي يزخر بالفوضى والاضطراب .

ويستطيع الإنسان أن يرتب على هذه المفاصل الاجتماعية نتائجها الخطيرة دون أن يخطئ الحساب ، ولو تدبر هذه النتائج القائلون بأن الزنا علاقة شخصية لعلموا أن الزنا من أخطر الجرائم الاجتماعية ، وأن مصالحة الجماعة تقتضي تحريمه في كل الصور ، والمعاقبة عليه أشد العقاب ، وعلى هذا الأساس حرمت الشريعة الإسلامية الزنا لتجنب الوصول إلى تلك النتائج الخيفة ، وقررت أشد العقوبات للزناة حتى أنها اعتبرت من يزني بعد إحصانه غير صالح للبقاء لأنه مثل سيء وليس للمثل السيء في الشريعة حق البقاء .

ولقد كانت البلاد الإسلامية على العموم أكثر البلاد إقبالا على الزواج وبعداً عن الإباحية ولكن إباحة الزنا فيها على الطريقة الأوروبية نقل إليها نفس الأمراض التي يشكو منها المجتمع الأوروبي ، فقد أصبح الرجال يعرضون عن الزواج لأنهم يبالغون حاجتهم من المرأة دون زواج ، وبدأت المرأة لا تهتم بالاتصال بالرجل كزوج لأنها تستطيع أن تتصل به كما تشاء من غير طريق الزواج ، وقد صعب الإعراض عن الزواج قلة النسل والعقم وتفشى الأمراض السرية وبدأ النساء يتطلعن إلى مساواتهن بالرجال ، ويزاحمنهم في شتى الأعمال ، وانحط مستوى الأخلاق

والآداب العامة، وغاض الحياء من الوجوه والنفوس، ولا علاج لهذا كله إلا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وتطبيق أحكامها ونبذ القوانين الوضعية والمبادئ الواهية التي تقوم عليها .

الفصل الأول

في أركان جريمة الزنا

٤٨٣ - تعريف الزنا : يعرف الزنا عند المالكيين بأنه وطء مكلف فرج آدمى لا ملك له فيه باتفاق تعمداً^(١) .

ويعرفه الحنفيون بأنه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك^(٢) ويعرفه الشافعيون بأنه إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة مشتهى طبعاً^(٣) .

ويعرفه الحنابلة بأنه فعل الفاحشة في قبل أو دبر^(٤) .

ويعرفه الظاهريون بأنه وطء من لا يحل النظر إلى مجردها مع العلم بالتحريم أو هو وطء محرمة العين^(٥) .

ويعرفه الزيديون بأنه إيلاج فرج في فرج حى محرم قبل أو دبر بلا شبهة^(٦)

٤٨٤ - أركان جريمة الزنا : - ظاهر مما سبق أن الفقهاء يختلفون في

تعريف الزنا ، ولكنهم مع هذا الاختلاف يتفقون في أن الزنا هو الوطء المحرم المتعمد ومؤدى هذا أنهم متفقون على أن الجريمة الزنا ركنين : أولها الوطء المحرم، وثانيهما : تعمد الوطء أو القصد الجنائي .

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٧٤ ، ٧٥ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٠ حاشية المدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٣ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٨ - الزيلعي ج ٣ ص ١٦٣ - البحر الرائق ج ٥ ص ٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ - شرح البجيرى على المنهاج ج ٤ ص ٢٠٩ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٠ - المعنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ .

(٥) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٢٥٦ .

(٦) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

وسنتناول أثناء الكلام على هذين الركنين وجوه الخلاف بين الفقهاء .

الركن الأول

الوطء المحرم

٤٨٥ - الوطء المعتبر زناً : هو الوطء في الفرج ، بحيث يكون الذكر في الفرج كالميل في المكحلة والرشاء في البئر ، ويكفي لاعتبار الوطء زناً أن تغيب الحشفة على الأقل في الفرج أو مثلها إن لم يكن للذكر حشفة ولا يشترط على الرأي الراجح أن يكون الذكر منتشراً .

وإدخال الحشفة أو قدرها يعتبر زناً ولو دخل الذكر في هواء الفرج ولم يمس جدره ، كما أنه يعتبر زناً سواء حدث إنزال أم لم يحدث .

ويعتبر الوطء زناً ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج مادام هذا الحائل خفيفاً لا يمنع الحس واللذة^(١) .

والقاعدة أن الوطء المحرم المعتبر زناً هو الذي يحدث في غير ملك ، فكل وطء من هذا القبيل زناً عقوبته الحد ما لم يكن هناك مانع شرعى من هذه العقوبة . أما إذا حدث الوطء أثناء قيام الملك فلا يعتبر الفعل زناً ولو كان الوطء محرماً ، لأن التحريم في هذه الحالة عارض ، فوطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المَحْرَمَة أو التي ظاهر منها أو آلى منها كل ذلك محرم ولكنه لا يعتبر زناً^(٢) .

(١) راجع في كل ما سبق شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٢ المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٣٩١ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥٤ - أسنى المطالب ج ٥ ص ١٢٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٠١ - المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

وإذا لم يكن الوطاء على الصفة السابقة فلا يعتبر زنا يعاقب عليه شرعاً بالحد وإنما يعتبر معصية يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ملائمة^(١) ، ولو كانت المعصية في ذاتها مقدمة من مقدمات الزنا كالمفاخضة أى الإيلاج بين الفخذين ، وكالمباشرة خارج الفرج ، كذلك يعزر على كل ما يعتبر معصية ولو لم يكن وطأ في ذاته كالقبلة والعناق والخلوة بالمرأة الأجنبية والنوم معها في فراش واحد لأن هذه جميعاً أفعال محرمة كما أنها من مقدمات الزنا^(٢) .

والأصل في الشريعة الإسلامية أن من حرمت مباشرته في الفرج لاعتباره زانياً أو لائطاً حرمت مباشرته فيما دون الفرج باعتباره عاصياً لقوله تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾^(٣) .

وتحرم الشريعة الخلوة بامرأة غير محرم وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان»^(٤) فإذا حرمت الخلوة بها فلأن تحرم المباشرة أولى .

ومن القواعد الأصولية في الشريعة قاعدة أن ما أدى للحرام فهو حرام ، فإن فعل الجاني ما لا يوجب الحد فعقوبته التعزير سواء كان ما فعله وطئاً لم تتم شروطه كالإيلاج بين الفخذين أو في الفم ، أو كان ما فعله ليس وطئاً كالخلوة بالمرأة الأجنبية ، وكالعناق والقبلة والنوم معها في فراش واحد ، لأن هذه جميعاً أفعال محرمة فضلاً عن أنها من مقدمات الزنا وتؤدي إليه .

(١) راجع ما كتبه عن المعاصي والحدود والتعازير في الجزء الأول من التشريع الجنائي الإسلامي ص ٧٨ ، ١٢٦ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - الأحكام السلطانية المأوردى ص ٢٠٦ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٦٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٩

(٣) المؤمنون ٥ - ٧

(٤) رواه أحمد

وإذا استطعنا بتطبيق القواعد السابقة أن نعرف الأفعال المحرمة فمن السهل أن نعرف بعد ذلك ما يعتبر منها وطئاً وما يعتبر من هذا الوطء زناً .
ويلاحظ أن الشريعة إذا كانت تفرق بين الوطء وما دونه وتعاقب على الأول بعقوبة الحد وعلى الثاني بعقوبة تقييرية ، فإن الشريعة مع هذا تعتبر الفعل في الحالين جريمة تامة ، ولا تعتبر الوطء جريمة تامة وما دون الوطء شروعاً في الجريمة كما هو الحال في القوانين الوضعية ^(١) .

٤٨٦ - الوطء في الدبر : ويستوى عند مالك والشافعي وأحمد والشيعة والزيدية أن يكون الوطء المحرم في قبل أو دبر من أنثى أو رجل ، ويشار إليهم في هذا الرأي محمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة ^(٢) وحجتهم في التسمية أن الوطء في الدبر مشارك للزنا في المعنى الذي يستدعي الحد وهو الوطء المحرم ، فهو داخل تحت الزنا دلالة فضلاً عن أن القرآن سوى بينهما فقال جل شأنه والخطاب موجه لقوم لوط ﴿ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ ﴾ ^(٣) وقال ﴿ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ ﴾ ^(٤) وقال ﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ ﴾ ^(٥) وقال ﴿ وَالَّذَانِ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا ﴾ ^(٦) فجعل الوطء في الدبر فاحشة ، والوطء في القبل فاحشة فسمى أحدهما بما سمي به الآخر ، روى أبو موسى الأشعري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ^(٧)

(١) فصلنا الكلام عن هذه الملاحظة في الجزء الأول من التشریع الجنائی الإسلامی

ص ٣٤٣ ، ٣٤٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المغني ج ١٠ ص ١٦٠

شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٣٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ .

(٣) العنكبوت ٢٨ (٤) الأعراف ٨١ (٥) النساء ١٥

(٦) النساء ١٦

(٧) أخرجه البيهقي وفي استناده محمد بن عبد الرحمن ، وقال لا أعرفه والحديث منكر بهذا الإسناد ورواه أبو الفتح الأزدي في الضعفاء والطبراني في الكبير من وجه آخر وفيه المفضل البجلي وهو مجهول وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده عنه « يراجع » في كل ما سبق نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠ .

ويرى أبو حنيفة أن الوطء في الدبر لا يعتبر زنا سواء أكان الموطوء ذكراً أم أنثى ، وحجته أن الإتيان في القبل يسمى زنا والإتيان في الدبر يسمى لواطاً واختلاف الأسماء دليل على اختلاف المعاني ، ولو كان اللواط زنا ما اختلف أصحاب الرسول في شأنه ، فضلاً عن أن الزنا يؤدي إلى اشتباه الأنساب وتضييع الأولاد وليس الأمر كذلك في اللواط كما أن العقوبة تشرع دائماً لما يغلب وجوده والزنا وحده هو الغالب لأن الشهوة المركبة في الرجل والمرأة تدعو إليه ، أما اللواط فليس في طبيعة المحل ما يدعوا إليه ^(١) .

أما الظاهريون فلا يرون اللواط زنا وإنما يرونه معصية فيها التعزير وحجتهم أن اللواط غير الزنا وأنه لم يرد نص ولا أثر صحيح يعطى اللواط حكم الزنا ^(٢) .

٤٨٧ — وطء الزوجة في دبرها : ومن المتفق عليه أن إتيان الزوجة في دبرها لا يعاقب عليه بعقوبة الحد لأن الزوجة محل للوطء ولأن الرجل يملك وطء زوجته . ولكن الفقهاء اختلفوا في تكييف الفعل فيرى أحمد ، وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة أن الفعل زنا يعاقب عليه أصلاً بعقوبة الحد ، ولكن هذه العقوبة تدرأ لشبهة الملك والاختلاف في حلية الفعل ^(٣) ومن ثم يعاقب على الفعل بعقوبة تعزيرية .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٣ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٨٠ ، ٣٨٥ .

(٣) يعتبر الفقهاء القائلون بالشبهة أن الاختلاف على حل الفعل وحرمة يعتبر بذاته شبهة تدرأ الحد ويرجع الخلاف في الحكم إلى اختلافهم في تفسير قوله تعالى (ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين . نسأؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم واتقوا الله وأعلموا أنكم ملائكة وبشر المؤمنين) فقد روى عن ابن عمر أنه لا يرى بأساً من إتيان الزوجة في دبرها وروى جواز ذلك عن الشافعي ومالك ، وكذبت الرواية عن ابن عمر وعن الشافعي ، وقيل إن الشافعي قال بذلك في القديم وبعض أصحاب مالك لا يروون عنه هذه الرواية ، وقد أفتى متأخرو أصحابه بالتحريم أما جمهور الفقهاء فيرون تحريم إتيان الزوجة في الدبر مستدلين بنص القرآن وما ورد في التحريم من أحاديث ضعيفة يقوى بعضها بعضاً * يرجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٠ وما بعدها والمحلى ج ١٠ ص ٦٩ ، ٧٠ .

ويرى المالكيون والشافعيون والشيعة الزيدية أن الفعل لا يعتبر زنا لأن الزوجة محل لوطء الزوج وللزوج أن يستمتع بها، ولكن المالكيين والزيديين يرون أن الفعل مع ذلك محرم ويعاقب عليه بعقوبة تعزيرية أما الشافعيون فلا يرون التعزير على الفعل إلا عند العودة له بعد نهى الحاكم عنه، فالجريمة عندهم جريمة اعتياد ولا تقع إلا بعد النهى عنها، فإذا لم يكن نهى فلا عقاب لأن الفعل قبل النهى مختلف في إباحته، على أن بعضهم يرى العقوبة على تكرار الفعل ولا يصرح باشتراط النهى عن الفعل ومعنى ذلك أن الفعل عندهم محرم، لاشك في تحريمه فلا حاجة لأن ينهى عنه الحاكم. ويرى أبو حنيفة أن الفعل لا يعتبر زنا للأسباب التي سبق بيانها ولكنه معصية يعاقب عليها بالتعزير.

وكذلك الأمر عند الظاهريين فهم لا يعتبرون الإتيان في الدبر بصفة عامة زنا ولكنهم يرونه معصية يعزر عليها^(١).

٤٨٨ — وطء الأصوات : — وطء المرأة الأجنبية الميتة لا يعتبر زنا عند أبي حنيفة، وكذلك استدخال المرأة ذكر الأجنبي الميت في فرجها، وهذا القول رأى في مذهب الشافعي وأحمد.

والقائلون بذلك يوجبون التعزير في الفعل، وحجتهم أن الوطء في الميتة ومن الميت كلاً وطء لأن عضو الميت مستهلك، ولأنه عمل تعافه النفس ولا يشتهي عادة، فلا حاجة إلى الزجر عن الفعل، والحد إنما يجب للزجر، وعلى هذا الرأي الشيعة الزيدية^(٢).

والرأي الثاني في مذهبي الشافعي وأحمد يقوم على أن الفعل يعتبر زنا يجب فيه الحد إذا لم يكن بين زوجين لأنه وطء محرم بل هو أعظم من الزنا وأكثر

(١) يراجع في كل ما سبق مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩١ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ — المغني ج ١٠ ص ١٦٢ — المحلى ج ١١ ص ٣٨٠ و ج ١٠ ص ٦٩ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — المغني ج ١٠ ص ١٥٢ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

إنما ، حيث انضم إلى الفاحشة هتك حرمة الميت ^(١) وأصول الظاهرين تقتضى أن يكون رأيهم متفقاً مع هذا رأى .

ويرى مالك أن من أتى ميتة في قبلها أو دبرها حال كونها غير زوج له فإنه يعتبر زانياً ويعاقب بعقوبة الزنا لالتذاه بذلك الفعل ، بخلاف من وطأ زوجته الميتة فإنه لا حد عليه وبخلاف إدخال المرأة ذكر ميت غير زوج في فرجها فإنها تعزر ولا تحد فيما يظهر لعدم اللذة ^(٢) .

٤٨٩ — وطء البهائم . — ووطء البهائم والحيوانات على العموم لا يعتبر زنا عند مالك وأبي حنيفة ولكنه معصية فيها التعزير ، وفي حكمه أن تمكن المرأة من نفسها حيواناً كقرد مثلاً ، ولا يرون الفعل زناً لأن اعتباره كذلك يوجب فيه عقوبة الحد وهي مشروعة للزجر ، وإنما يحتاج للزجر فيما طريقه مفتوح سالك ، وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق ، فالفعل إذن لا يفتقر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه ^(٣) .

وللشافعي وأحد رأيان أرجحهما يتفق مع رأى أبي حنيفة ومالك ، والرأى الثانى يعتبر الفعل زناً ولكنه يعاقب عليه بالقتل فى كل الأحوال وسند هذا الرأى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومن أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » وهو حديث لا يصححه الكثيرون ^(٤) .

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زناً قياساً على إتيان الرجل المرأة ويجعلون عقوبة الحصن الرجم وعقوبة غير الحصن الجلد والتعذيب ^(٥) وهذا الذى يراه بعض الشافعيين هو الرأى الراجح فى مذهب الشيعة الزيدية وإن كان بعضهم يرى ما يراه مالك وأبو حنيفة ^(٦) .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — المفنى ج ١٠ ص ١٥٢

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٦

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢

(٤) المفنى ج ١٠ ص ١٦٣ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٥) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٠٥

(٦) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

والشافعيون والحنابلة يرون أن المرأة التي تمسكن من نفسها حيواناً ، عليها ما على واطيء البهيمة^(١) على أن بعض الشافعيين يصرحون بأن ليس على المرأة إلا التعزير^(٢) .

ويرى الحنابلة في كل الأحوال قتل البهيمة المأتية سواء عزر الواطيء أو قتل ومن يرى من الشافعيين قتل الواطيء يرى أيضاً قتل البهيمة ، أما الزيدون فيكرهون لحمها وشرب لبنها ولا يرون قتلها^(٣) .

ويرى الظاهريون أن واطيء البهيمة ليس زانيا ، لأن فعله ليس زناً ، ولم يرد نص بإلحاقه بالزنا ، ولكن لما كان وطء البهيمة محرماً أصلاً ففاعل ذلك فاعل منكراً ومرتكب معصية عقوبتها التعزير وليس في فعله ما يبيح قتل البهيمة أو ذبحها^(٤) .

٤٩٠ - وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية : - لآحد على الصغير أو المجنون في وطء المرأة الأجنبية لعدم أهليتهما ، إذ الصغير لا يؤخذ بالحد إلا بعد بلوغه ، والمجنون لا يؤخذ به إلا في حال إفاقته ؛ على أن الصغير يعزر على الفعل إن كان نميزاً .

وقد اختلف في حكم المرأة التي يطؤها الصبي أو المجنون ، فرأى أبو حنيفة أن المرأة التي يطؤها الصبي أو المجنون لآحد عليها ولو كانت مطاوعة وإنما عليها التعزير ، وحجته أن الحد يجب على المرأة ليس لأنها زانية فإن فعل الزنا لا يتحقق منها إذ هي موطوءة وليست بواطئة ، وتسميتها في القرآن زانية مجاز لآحقيقة إنما يجب عليها الحد لكونها مزنياً بها ، ولما كان فعل الصبي والمجنون لا يعتبر زناً عند أبي حنيفة فلا تكون مزنياً بها^(٥) .

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - الملف ج ١٠ ص ١٦٤ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤

ويرى مالك رأى أبى حنيفة فى حالة ما إذا كان الواطىء صبيًا ، ولكنه يرى حد المرأة إذا طاوعت المجنون ، وحجته فى هذه التفرقة أن المرأة تنال لذة من المجنون ولا تنال من الصبي ^(١) .

أما الشافعى فيرى أن تحد المرأة فى الحالتين ولو لم يعاقب الصبي والمجنون ، لأن العقاب امتنع عن الصبي والمجنون لمعنى يخصه هو ، فليس للمرأة - وقد ارتكبت الجريمة - أن تستفيد من ظروف شريكها الخاصة ، وعلى هذا رأى الظاهريون والزيديون ^(٢) .

ويرى زفر من أصحاب أبى حنيفة رأى الشافعى ، وهو رواية عن أبى يوسف وحجتهما أن كلا من الزانى والزانية مؤاخذ بفعله ، وقد فعلت المرأة ماهى به زانية ، لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد ذلك ^(٣) .

وفى مذهب أحمد رأيان أرجحهما يتفق مع مذهب الشافعى ، والثانى يفرق كمذهب مالك بين ما إذا كان الواطىء صبيًا أو مجنونًا ، ويرى أصحاب هذا رأى الثانى أن تحد المرأة إذا طاوعت المجنون ولا تحد إذا وطئها صبي لم يبلغ سنه عشر سنوات ، فإذا بلغ هذه السن حدثت . ويؤخذ على هذا رأى أنه قائم على تحديد السن ، والتحديد إنما يكون بالتوقيف أى بنص ، ولا توقيف فى هذا الأمر ^(٤) .

٤٩١ - وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة : واختلف أيضًا فى وطء

العاقل البالغ لصغيرة أو مجنونة ، فيرى مالك أن الواطىء يحد لإتيان المجنونة الكبيرة ، ويحد كذلك لإتيان الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة كلما أمكنه وطؤها ولو كان الوطء غير ممكن لغيره ، فإذا لم يكن وطء الصغيرة ممكنًا للواطىء فلا حد وإنما يعزر على الفعل ^(٥) .

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٢٨

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ - المحلى ج ١١ ص ١٤٦ شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٣٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٦ (٤) المغنى ج ١ ص ١٥٢

(٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٦

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة يجمع مثلها وجب عليه الحد لأن فعله زنا ، ولأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها^(١) .

ويختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة في أن مالكا يجعل الحد منوطاً بإمكان الجاني وطء الصغيرة ولو كان مثلها لا يجمع ، أو لو كان الوطء غير ممكن لغيره ، بينما يجعله أبو حنيفة منوطاً بصلاحيه الصغيرة للجماع بصفة عامة .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة في هذه الناحية^(٢) . ويرى الشافعيون حد العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة مادام الوطء قد حدث فعلاً ولا يقيدون العقوبة بأى قيد^(٣) وعلى هذا مذهب الظاهريين^(٤) .

وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعى ، أما الثانى فيخالفه في حالة وطء الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة ، ويفرق أصحاب هذا الرأى بين ما إذا كانت الصغيرة يمكن وطؤها أو لا يمكن ، فإن كان الوطء ممكناً فهو زنا يوجب الحد لأنها كالكبيرة في ذلك ، وإن كانت الصغيرة لاتصلح للوطء فلا حد على من وطئها وإنما عليه التعزير ، وبعض أصحاب هذا الرأى يحدد سن الصغيرة التى لاتصلح للوطء بتسع سنوات ؛ وحجته أن الصغيرة لاتستهى في هذه السن ، وأن وطأها يشبه مالو أدخل إصبعه في فرجها^(٥) .

والقائلون بحد المرأة إذا وطئها صبي أو مجنون وبحد الرجل إذا وطئ مجنونة أو صبية يتفق رأيهم مع نص المادة (٣٩) من قانون العقوبات المصرى وهى تقضى بأن الظروف الخاصة بأحد الفاعلين لا يتعدى أثرها إلى غيره منهم .

على أن القائلين بالرأى المضاد لا يخالفون هذا المبدأ لذاته ، ولكنهم يطبقون

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ .

(٢) شرح الأزهار ج ٢ ص ٣٣٨ .

(٣) أسنى المطالب ج ٢ ص ١٢٨ .

(٤) المحلى ج ١٠ ص ٤٧١ ، ج ١١ ص ٢٥٦ .

(٥) المغنى ج ١٠ ص ١٥٢ .

قاعدة درء الحدود بالشبهات ، إذ يرون أن الجريمة لا تقع إلا من اثنين بطبيعة الحال ولا يمكن أن تتم إلا باجتماعهما ، ويرون في إعفاء أحدهما من العقوبة شبهة في حق الآخر تدعو إلى درء الحد عنه والاكتفاء بتعزيره .

٤٩٢ - الوطاء بشبهة : - لا يصحح الظاهريون ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله « ادرؤوا الحدود بالشبهات »^(١) ولذلك فهم يرون أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد ، فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام »^(٢) وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة ،^(٣) أقول الله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾^(٤) .

أما باقي الفقهاء فيصححون حديث « ادرؤوا الحدود بالشبهات » وهم متفقون على أن الوطاء بشبهة لاحد فيه ، ولكنهم اختلفوا فيما يعتبر شبهة ، وأساس الخلاف في اعتبار الشبهة هو الاختلاف في التقدير فيرى البعض أن حالة معينة تعتبر شبهة ، ويرى البعض أنها لا تعتبر كذلك .

(١) حديث ادرؤوا الحدود بالشبهات ، روى عن علي مرفوعاً وفيه المختار بن نافع وقال عنه البخاري إنه منكر الحديث ، وأصح ما جاء فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود قال « ادرؤوا الحدود بالشبهات . ادفعوا اقتل عن المسلمين ما استطعتم » وروى عن عقبة بن عامر ومعاذ أيضاً موقوفاً وروى منقطعاً وموقوفاً على عمر ، ورواه ابن حزم في كتاب الايصال عن عمر موقوفاً عليه ، وروى من طرق أخر أثبتها مؤلف نيل الأوطار ج ٧ ص ١٩ - وبعض ذلك الحديث المروي عن أبي هريرة « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً » رواه ابن ماجه والحديث المروي عن عائشة « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج نخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » رواه الترمذي والحاكم والبيهقي .

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما .

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٥٣ (٤) البقرة ٢٢٩

والشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت وقد اهتم الحنفيون والشافعيون بتقسيم الشبهة وتفويعها بينما لم يهتم غيرهم من الفقهاء بهذا الأمر، واكتفوا بإيراد ما يعتبر شبهة وعلّة اعتباره شبهة ، على أن الشبهات عند الجميع لا يمكن حصرها لأن أساسها في الغالب الوقائع وهي لا تحصر .

ويقسم الشافعيون الشبهة ثلاثة أقسام :^(١)

١ - شبهة في المحل : كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة أو إتيان الزوجة في دبرها ، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم ، لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، وإذا لم يكن له أن يباشرها وهي حائض أو صائمة أو أن يأتيها في الدبر . إلا أن ملك الزوج للمحل وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل بمحل الفعل أو بحرمة ، لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ - شبهة في الفاعل : كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته . وأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرماً ، فقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد أما إذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ - شبهة في المجرى أو الطريق : ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمة ، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على حله أو جوازه كان الاختلاف فيه شبهة يدرأ بها الحد ، فمثلاً يحيز أبو حنيفة النكاح بلا ولي ، ويحيز مالك النكاح بلا شهود ، ويحيز ابن عباس نكاح المتعة ، ولا يحيز جمهور الفقهاء هذه الأنكحة ، ونتيجة هذا الخلاف أن لحد على الوطء في تلك الأنكحة المختلف عليها ، لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ،

ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل ، لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر مادام الفقهاء مختلفين على الحل والحرمة .

ويقسم الحنفيون الشبهة قسمين :

الأول : - الشبهة في الفعل ^(١) : ويسمونها شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ،

وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه . وثبتت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمى يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلاً ، كمن يظاً زوجته المطلقة ثلاثاً أو بائناً على مال في عدتها وتعليل ذلك أن النكاح إذا كان قد زال في حق الحل أصلاً لوجود المبطّل الحل الحلية وهو الطلاق ، فإن النكاح قد بقي في حق الفراش والحرمة على الأزواج فقط ، ومثل هذا الوطاء حرام فهو زنا يوجب الحد إلا إذا ادعى الواطئ الاشتباه وظن الحل ، لأنه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح في حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقي في حق الحل أيضاً ، وهذا وإن لم يصحح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً اعتبر في حقه درعاً لما يندريء بالشبهات .

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلاً ، وأن يعتقد الجاني الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلاً ، وإذا ثبت أن الجاني كان يعلم بحرمة الفعل وجب عليه الحد ^(٢) .

الثاني : الشبهة في المحل : - ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك وتقوم

(١) يحصر الحنفيون شبهة الفعل في جريمة الزنا في ثمانية مواضع منها وطاء المطلقة ثلاثاً في العدة أو بائناً على مال وكذا المختلعة - أما بقية المواضع فخاصة بالجوارى ولا محل للتعرض لها بعد إبطال الرق .

وبقية الفقهاء يخالفون الحنفيين في ذلك ولا يرون شبهة في هذه المواضع الثمانية ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل في جريمة الزنا - راجع شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٧ - ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ - وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - والمغنى ج ١٠ ص ١٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٦ .

هذه الشبهة على الاشتباه في حكم الشرع بحل الحل ، فيشترط في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، وهي تتحقق بقيام دليل شرعى ينفي الحرمة ، ولا عبرة بظن الفاعل ، فيستوى أن يعتقد الفاعل الحل أو يعلم الحرمة ، لأن الشبهة ثابتة بقيام الدليل الشرعى لا بالعلم وعدمه .

ويحصر الحنفيون شبهة الحل في جريمة الزنا في ستة مواضع أحدها وطء المطلقة طلاقاً بائناً بالكنائيات ، وبقية المواضع خاصة بوطء الجوارى ولا محل للتعرض لها بعد إبطال الرق ، ويعال الحنفيون قيام الشبهة في وطء المطلقة بائناً بالكنائيات بأن زوال الملك بالإبانة وسائر الكنائيات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، والمعروف عن عمر أنه كان يقول في الكنائيات إنها رواجع ، والطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، فاختلفهم أورث شبهة ^(١) .

والشافعيون والحنابلة من رأى الحنفيين في وطء المطلقة بائناً بالكنائيات ، أما المالكيون فيرى بعضهم الرأى السابق بينما يرى البعض الآخر أن لا شبهة في هذا الوطء ^(٢) .

قسم ثالث : ويرى أبو حنيفة أن الشبهة تثبت أيضاً بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريره وكان الفاعل عالماً بالتحرير وبالاتفاق عليه كما هو الحال في نكاح المحارم .

فالشبهة إذن على رأى أبى حنيفة ثلاثة أنواع : شبهة في الفعل ، وشبهة في الحل ، وشبهة في العقد .

ولكن أصحاب أبى حنيفة لا يقولون بشبهة العقد وهم في ذلك متفقون مع ما يراه جمهور الفقهاء ^(٣) .

(١) نفس المرجعين السابقين .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - المغنى ج ١٠

ص ١٥٤ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٤ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ .

٤٩٣ - وطء المحارم :- ووطء المحارم زنا يجب فيه الحد ، فإذا تزوج شخص ذات محرم منه فالنكاح باطل اتفاقاً ، فإن وطئها فعليه الحد في قول مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والزيديين وفي قول أبي يوسف ومحمد من أصحاب أبي حنيفة .

ولكن أبا حنيفة نفسه يرى أن من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها كأمه أو ابنته أو عمته أو خالته فوطئها لم يجب عليه الحد ولو اعترف بأنه يعلم بأنها محرمة عليه وإنما يعاقب على فعله بعقوبة تعزيرية .

ويسقط أبو حنيفة الحد في هذه الحالة للشبهة ، وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة ، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة ، بقيت صورته شبهة دائرة للحد الذي يندرى بالشبهات .

ويرد على أبي حنيفة بأن الوطء حدث في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطء من أهل الحد عالم بالتحريم فلا عذر له ويلزمه الحد ، أما العقد فهو باطل ولا أثر له مطلقاً فهو كأن لم يوجد وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة^(١) .

٤٩٤ - الوطء في نظام باطل :- وكل نكاح مجمع على بطلانه - كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً آخر - إذا وطئ فيه فهو زنا موجب للحد ، ولا عبرة بوجود العقد ولا أثر له ، وبذلك قال مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والزيديون ، وهو ما قال به أبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة^(٢)

(١) راجع في كل ما سبق شرح الزرقاني ج ١ ص ٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ المنقح ج ١٠ ص ١٥٢ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٦ ، ٧٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - المنقح ج ١٠ ص ١٥٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ ، ٢٤٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

ولكن أبا حنيفة يرى أن وجود العقد شبهة تدرأ الحد ، ومن ثم فقوبة الوطء عنده هي التمييز ^(١) .

٤٩٥ - الوطء في نظام مختلف عليه : - ولا يجب الحد في نكاح مختلف على صحته ، كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي أو شهود ونكاح الأخت في عدة أختها البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن ، لأن الاختلاف بين الفقهاء على صحة النكاح يعتبر شبهة في الوطء والحدود تدرأ بالشبهات إلا عند الظاهريين ولذلك فهم يرون الحد في كل وطء قام على نكاح باطل أو فاسد ^(٢) .

٤٩٦ - الوطء بالإكراه : - ومن المتفق عليه أنه لا حد على مكرهة على زنا لقوله تعالى ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ ^(٣) ولقوله ﴿ فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ ^(٤) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ^(٥) ولأن الإكراه يعتبر شبهة عند القائلين بالشبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

ومن المتفق عليه أنه لا فرق بين الإكراه بالإلجاء وهو أن يغلها على نفسها ، وبين الإكراه بالتهديد فقد استكرهت امرأة على عهد الرسول فدرأ عنها الحد ^(٦) ، وأتى عمر بإماء من إماء الإمارة استكرههن غلمان من غلمان الإمارة فضرب الغلمان ولم يضرب الإماء ، كما جاءته امرأة استسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٨

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٨ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٢٦ - المنى ج ١٠ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨

(٣) الأنعام : ١١٠

(٤) البقرة : ١٧٣

(٥) ابن حزم ج ٧ ص ٣٣٤

(٦) رواه الترمذى وراجع التاج ج ٣ ص ٣٦

أن تمكنه من نفسها ففعلت ، فقال لعلى ماترى فيها ؟ قال إنها مضطرة ، فأعطاهما شيئاً وتركها .

وإذا أكره الرجل على الزنا فعليه الحد وهو الرأى المرجوح فى مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن المرأة تكرهه لأن وظيفة التمكن أما الرجل فلا يكره ما دام ينتشر ، لأن الانتشار دليل الطواعية ، ومقتضى هذا الرأى أنه إذا لم يكن انتشار وثبت الإكراه فلا حد .

والرأى الراجح فى هذه المذاهب جميعاً أنه لا حد على الرجل إذا أكرهه لأن الإكراه يتساوى أمامه الرجل والمرأة ، فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه ، ولأن الانتشار قد يكون طبعاً وهو دليل على الفجولية أكثر مما هو دليل على الطواعية ، ولأن القول بأن التخويف ينافى الانتشار غير صحيح ، لأن المسكره يخوف عند ترك الفعل لا عند إتيانه ، والفعل فى ذاته لا يخاف منه ، وفضلاً عن ذلك فإن الإكراه شبهة ، والحدود تدرأ عنهم بالشبهات ^(١) .

ويرى الظاهريون أنه لا حد على مكرهه أو مكره ، فلا أمسكت امرأة حتى زنى بها ، أو أمسك رجل فأدخل إحايله فى فرج امرأة فلا شئ عليه ولا عليها سواء انتشر أو لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هى أو لم تنزل ، لأنهما لم يفعلوا شيئاً أصلاً ، والانتشار والإمناء فعل الطبيعة الذى خلقه الله تعالى فى المراء أحب أم كره لا اختيار له فى ذلك ^(٢) .

وإذا مكنت المرأة مكرها من نفسها دون أن يقع عليها إكراه فعليها الحد دونه ، لأن فعلها زنا ، ولأنها ليست مكرهه ، ولا عبرة بإعفاء الرجل من العقاب

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ، ١٦٦ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٤ - المنقى ج ١٠ ص ١٥٨ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٣١ .

فإنه أعنى لإكراهه على الفعل ، وليس لها أن تستفيد من ظرف الرجل وهو ظرف خاص به ، وهذا مسلم به في جميع المذاهب .

٤٩٧ - الخطأ في الوطء : - الخطأ إما خطأ في وطء مباح ، وإما خطأ في

وطء محرم .

فالخطأ في الوطء المباح لا عقوبة عليه لانعدام القصد ولقوله تعالى ﴿ ولعلكم عليكم جناح فيما أخطأتم به وما تعمدت قلوبكم ﴾ ^(١) ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ثم هو بعد ذلك شبهة تدرأ الحد عند القائلين بالشبهة ، فمن زفت إليه غير زوجته وقيل هذه زوجتك فوطئها يعتقد أنها زوجته فلا حد عليه باتفاق ، وكذلك الحكم إذا لم يقل له هذه زوجتك ، أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته فوطئها ، أو دعا زوجته فجاءته غيرها فظنها المدعوة فوطئها ، لا حد عليه في كل ذلك عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والزيديين وحجتهم أنه وطء اعتقد الفاعل إباحته بما يعذر مثله فيه ، وأنه أشبه بوطء من زفت إليه غير زوجته .

ولكن أبا حنيفة يرى الحد على من وجد امرأة في فراشه فوطئها ، لأن المسقط هو شبهة الحل ، ولا شبهة ههنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه ، ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دلائل الحل ليستند الظن إليه ؛ هذا لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة من صديقاتها وقريباتها ، فلم يستند الظن إلى ما يصلح دليل حل ، وكذلك الحكم إذا كان أعمى ، إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك ، وهذا إذا لم تطل الصحبة وتشابهت النفات ولم يستطع التمييز .

أما الخطأ في الوطء المحرم فلا يعنى من العقوبة ، وليس شبهة باتفاق ، فمن دعا محرمة عليه فأجابته غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد ، فإن دعا

محرمة عليه فأجابته زوجته فوطئها يظنها الأجنبية التي دعاها فلا حد عليه ،
لانتفاء حرمة الفرج لعينه ، وإن أتم باعتبار ظنه^(١) .

٤٩٨ - الرضاء بالوطء: - والرضاء بالوطء لا يعتبر شبهة باتفاق ،
فمن وطئ امرأة أجنبية أباحت نفسها له فهو زان ، ولو كان ذلك بإذن وليها
أو زوجها ، لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة ، وليس لأحد أن يحل
ما حرم الله ، فإن أحلت امرأة نفسها فأحلالها نفسها باطل وفعلها زنا محض .
ولو أن امرأة دلست نفسها أو غيرها لأجنبي فوطئها يظن أنها امرأته فلا حد
على الرجل والمرأة الموطوءة زانية ، أما المدلوسة فلا تعتبر زانية وعليها التعزير^(٢) .

٤٩٩ - الزواج المرموم: - والزواج اللاحق بالمزني بها يعتبر شبهة
تدراً الحد في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، فمن زنا بامرأة ثم تزوجها لا يحد
طبقاً لهذه الرواية لأن المرأة تصير مملوكة للزوج بالفكاح في حق الاستمتاع فحصل
الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة تدراً الحد .

وفي رواية الحسن ومحمد أن الزواج العارض بعد الزنا لا يعتبر شبهة ، لأن
الوطء وقع زنا محضاً لمصادفته محلاً غير مملوك للواطئ ، ولأن الزواج ليس له أثر
رجعي فلا يمتد أثره لوقت الوطء .

والرواية الأخيرة تتفق مع ما يراه جمهور الفقهاء ، فهم يرون أن من زنا
بامرأة ثم تزوجها فلا أثر لزواجه على الجريمة التي ارتكبها ولا على العقوبة المقررة
لها ، لأن الحد قد وجب بالزنا السابق فلا يسقطه الزواج اللاحق^(٣) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ - نهاية المحتاج ج ٧
ص ٤٠٤ - المغني ج ١٠ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨
(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٦ - المغني ج ١٠ ص ١٥٦
المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٩ - المغني ج ١٠
ص ١٩٤ - محلى ج ١١ ص ٢٥٢ .

٥٠٠ - وطء من وجب عليها القصاص : ومن وجب له القصاص على امرأة فوطئها وجب عليه الحد ، ولا يعتبر استحقاقه القصاص عليها شبهة تدرأ الحد ، لأن حق القصاص إذا أباح له قتلها ، فإنه لا يبيح له فرجها أو الاستمتاع بها^(١) .

٥٠١ - المساقطة : - وتسمى السحق والتدالك ، وهي إتيان المرأة المرأة ، والفعل متفق على تحريمه لقول الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ . فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾^(٢) . ولما كانت المرأة لا تحل للملك يمينها وكان منها إذا محرم ، فإذا أباحت المرأة فرجها لغير زوجها من امرأة أو رجل فهي لم تحفظه وهي من العادين . ويروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الباب قوله «لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة ، ولا يفيض الرجل إلى الرجل في ثوب واحد ولا تفيض المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد»^(٣) وهذا النص صريح في تحريم السحاق لأنه إفضاء المرأة إلى المرأة .

ويستبدل البعض بما رواه أبو موسى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيتان وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان»^(٤) .

ومن المتفق عليه أن لا حد في الفعل وأن عقوبته التعزير لأنه معصية لا حد فيها ، وإذا كان حديث أبي موسى - على فرض صحته - قد وصف الفعل بأنه زنا فإن ذلك لا يلحقه بالزنا المعاقب عليه بالحد ، لأن السحاق مباشرة دون إيلاج

(١) الفتي ج ١٠ ص ١٩٥ .

(٢) المؤمنون : ٦٥ .

(٣) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي ، وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦ .

(٤) راجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠ .

والزنا المعاقب عليه بالحد يقتضى الإبلاج ، فكان السحاق مما يجب فيه التعزير
لألحد كما لو باشر الرجل المرأة دون الفرج أى دون إبلاج^(١) .

٥٠٢ - الاستمنا : - واستمنا الرجل بيد امرأة أجنبية لا يعتبر زنا ،
وكذلك إدخال الرجل الأجنبي أصبعه فى فرج امرأة ولكن كلا الفعلين معصية
فيه التعزير على الرجل والمرأة سواء حدث إنزال أو لم يحدث .

أما استمنا الرجل بيده ويسمى بالخضخضة وجلد عميرة فمختلف فيه . فالملكيون
والشافعيون يحرمونه مستدلين على ذلك بقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ
حَافِظُونَ ، إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ، فَمَنْ ابْتَغَى
وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾^(٢) فالرجل المسلم مطالب بحفظ فرجه إلا على
اثنين زوجه وملك يمينه ، فإن التمس لفرجه منكحاً سوى زوجته وملك
يمينه فهو من العادين أى المجاوزين ما أحل الله لهم إلى ما حرمه عليهم ، وعلى
هذا مذهب الزيديين .

ويحرم الحنفيون الاستمنا إذا كان لاستتلاب الشهوة ، أما إذا غلبت
الشهوة الرجل ولم يكن له زوجة ولا أمة فاستمنى بقصد تسكينها فالرجاء أنه
لا وبال عليه ، ويجب الاستمنا عندهم إذا خيف الوقوع فى الزنا بدونه

والحنابلة لا يرون شيئاً على من استمنى بيده خوفاً من الزنا أو خوفاً على
بدنه أى صحته إذا لم يكن له زوجة أو أمة ولم يقدر على الزواج وإلا حرم الاستمنا .
ويرى ابن حزم أن الاستمنا مكروه ولا إثم فيه لأن مس الرجل ذكره
بشماله مباح بإجماع الأمة كلها ، فإذا هو مباح فليس هنالك زيادة على المباح

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ - نهاية المحتاج ج ٧
ص ٤٠٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٦ - المغنى ج ١٠ ص ١٦٢ - المحلى ج ١١ ص ٣٩٠
شرح الأنهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

(٢) المؤمنون : ٥ ، ٦

إلا التعمد لنزول المنى فليس ذلك حراماً أصلاً لقول الله تعالى ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾ وليس هذا ما فصل لنا تحريمه فهو حلال لقوله تعالى ﴿خلق لكم ما فى الأرض جميعاً﴾ .

ويقول ابن حزم إنه يكره الاستمناء لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا من الفضائل . وروى لنا أن الناس تكلموا فى الاستمناء فكرهته طائفة وأباحته أخرى ، ومن كرهه ابن عمر وعطاء ومن أباحه ابن عباس والحسن وبعض كبار التابعين وقال الحسن كانوا يفعلونه فى المغازى وقال مجاهد كان من مضى بأمرون شبابهم بالاستمناء يستعفون بذلك .

وما قيل فى استمناء الرجل يقال عن المرأة إذا عرضت فرجها شيئاً دون أن تدخله حتى ينزل أو مست فرجها بشمالها حتى ينزل ، والحكم فى ذلك هو حكم الاستمناء فى المذاهب المختلفة^(١) .

٥٠٣ — العجز عن ادعاء الشبهة : — ويرى أبو حنيفة أن عجز الجانى عن ادعاء الشبهة يعتبر بذاته شبهة دائمة للحد فالزانى الأخرس والزانية الخرساء لا يحدان ولو ثبت الزنا ضدها بشهادة الشهود ، لأنهما يعجزان عن ادعاء الشبهة ، ومن المحتمل أن يدعيها لو استطاعا النطق ، وكذلك الشأن فى المجنون الذى زنا حال إفاقته ، بل يذهب أبو حنيفة إلى أن الأخرس لا يحد بإقراره إذا أقر كتابة أو إشارة ، لأن الإقرار المعتبر عنده هو الإقرار بالخطاب والعبارة ، دون الكتابة والإشارة ، فلو كتب الأخرس الإقرار فى كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة فإنه لا حد عليه ، لأن الشرع

(١) راجع فى كل ما سبق حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٢١٥ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٦ — الأحكام السلطانية لماوردى ص ٢٠٦ — الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ — المحلى ج ١١ ص ٢٩٣ — شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٣٦ والجزء الثانى ص ١٩٧ — وراجع أيضاً تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٣٩ — وتفسير المحيط لأبى حيان ج ٦ ص ٣٩٧ — وتفسير الألوسى ج ٥ ص ٤٨٦ وتفسير روح البيان ج ٤ ص ٦١ — وتفسير القرطبي ج ١٢ ص ١٠٥ — وتفسير الطبري ج ١٨ ص ٦ .

علق وجوب الحد على البيان المتناهي ، والبيان لا يتناهى إلا بالصريح وهو الخطاب
والعبارة ، ولا يتناهى بالكتابة والإشارة^(١) .

ويرى الزيدون ما يراه أبو حنيفة من أن الخرس والجنون شبهة تدرأ الحد
ولكنهم يرون أن إقرار الأخرس صحيح إذا فهمت إشارته أو كان إقراره كتابة^(٢)
وعند المالكيين والشافعيين والحنابلة أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة لا يعتبر
شبهة ، ويقولون بحد الأخرس والجنون إذا ثبتت الزنا بالبيئة ، كذلك يقبلون
إقرار الأخرس بالكتابة وإقراره بالإشارة كلما أمكن فهم إشارته دون شك فيها^(٣)
ويرى الظاهريون أنه إذا كانت البيئة فلا معنى للإنكار ولا للإقرار^(٤) . وهم
فوق هذا لا يعترفون بالشبهة ولا يرون درء الحدود بالشبهات ، ومقتضى هذين
المبدئين أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة لا أثر له على الحد .

٥٠٤ — إنظار أصر السرائين : ويرى أبو حنيفة أن إنكار أحد الزانيين يعتبر
شبهة إذا أقر الآخر ولم يكن دليل غير الإقرار ، فلا يعاقب المنكر لأنه لا دليل
عليه إلا إقرار المتهم الآخر والإقرار حجة قاصرة على المقر . ولا يحد المقر لأننا صدقنا
المنكر في إنكاره فصار المقر محكوماً بكذبه ، وتعليل ذلك أن الحد اتقى في حق
المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر ، إذ الزنا فعل
واحد لا يقع إلا من شخصين فإن تمكنت فيه الشبهة نفذت إلى طرفيه ، وهذا لأن
المقر بالزنا ما أقر بالزنا مطلقاً وإنما أقر بالزنا مع آخر منكر فإذا درأ الشرع عن هذا
الآخر عين ما أقر به المقر فيندريء الفعل عن المقر ضرورة .

ولكن أبا يوسف ومحمد يريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد والزيدون .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٥٩ ، ٣٥٠ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٠ — تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٧١ — المغني ج ١٠ ص ١٧١ .

(٤) المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ .

من أن المقر يجد بإقراره ، ولا يؤثر على عقوبته إنكار الطرف الآخر ، لأن الإقرار حجة في حق المقر ، وعدم ثبوت الزنا في حق المنكر لا يورث شبهة العدم في حق المقر .

أما الظاهريون فعندهم أن إنكار أحد الزائنين لا يؤثر على عقوبة المقر ، لأنهم لا يسقطون الحد بالشبهة ، ولأن القاعدة عندهم أن من أقر إقراراً تاماً بحق في مال أو دم أو بشرة ، وكان عاقلاً بالغاً غير مكروه ولم يصل إقراره بما يفسده ، فقد لزمه إقراره ولا رجوع له بعد ذلك ، فإن رجع لم ينتفع برجوعه ، وقد لزمه ما أقربه على نفسه من دم أو حد أو مال^(١) .

٥٠٥ — ادعاء أحد الطرفين الزوجية : وإذا أقر أحد الطرفين بالزنا فادعى الطرف الآخر الزوجية ، فيرى أبو حنيفة وأحمد أن لا يحد منهما لأن دعوى النكاح تحتل الصدق ، وبتقدير صدق مدعى النكاح منهما يكون ادعاء النكاح شبهة ، ويسقط الحد لاحتمال صدق دعوى النكاح .

ويرى مالك والشافعي حد المقر مالم يثبت قيام الزوجية ، وأصول الظاهريين والزيديين تقتضي الأخذ بهذا الرأي^(٢) .

وإذا ضبط شخص يظاً امرأة فادعى الرجل والمرأة الزوجية فالقول قولها على ما يرى جمهور الفقهاء مالم يشهد الشهود بزناها ، إلا أن مالكا يوجب عليهما أن يثبتا الزوجية .

فإذا شهد الشهود بزناهم فلا يسقط ادعاء الزوجية الحد إلا إذا أقاما البينة .

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٥٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — المغني ج ١٠ ص ١٦٨ — المعلى ج ٨ ص ٥٢٠ وج ١١ ص ١٥٣ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ — المغني ج ١٠ ص ١٥٨ — المرفقة ج ١٦ ص ٣ ، ٤١ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٤ .

على النكاح ، لأن الشهادة بالزنا تنفى كونهما زوجين فلا تبطل ؛ مجرد قولهما ، ويرى البعض إسقاط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية عنه لأن ما ادعياه محتمل فيكون ذلك شبهة^(١) .

ويرى ابن حزم التفريق بين ما إذا كانا غريبين أو معروفين ، فإن كانا غريبين أولاً يعرفان فلا شيء عليهما ، ولا يعرض لهما ولو قامت البينة على الوطء ، ولا يكلفان إقامة البينة على النكاح . وإن كانت المرأة معروفة ومعروف أن لزوج لها فإن أمكن ما يقول الواطئ فلا شيء عليهما ، لأن أصل دمائهما وأبشارهما على التحريم يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام »^(٢) فلا يجوز إباحة ما حرم الله إلا بتعيين لاشك فيه ، وإن كان كذبهما متيقناً فالحد واجب عليهما^(٣) .

٥٠٦ — بقاء البطارة : وعدم زوال البكارة يعتبر شبهة في حق المشهود عليها بالزنا عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية ، فإذا شهد أربعة على امرأة بالزنا ، وشهد ثقات من النساء بأنها عذراء فلا حد عليها للشبهة ولا حد على الشهود .

ولكن مالكا يرى الحد على المرأة ، لأن المثبت مقدم عن الناقى ولأن من المحتمل أن يحصل الوطء دون أن يترتب عليه إزالة البكارة ، ولزفر صاحب أبي حنيفة رأى مماثل ، هو أيضاً رأى الظاهريين ، ولكن ابن حزم الظاهري يرى أن الحكم يختلف بحسب ما يقرر النساء على ضعة عذرتها ، فإن قلن إنها عذرة يبطلها إيلاج الحشفة ولا بد وأنه صفاق عند باب الفرج فقد أيقنا بكذب الشهود وأنهم وهموا ، فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم ، وإن قلن إنها عذرة واغلة في داخل الفرج لا يبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٨ - المغنى ج ١٠ ص ١٦٢

(٢) رواه البخارى ومسلم وغيرهما .

(٣) المعلى ج ١١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٤ .

بإبلاج الحشفة يجب الحد في مقام الحد عليها ، لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم^(١)
وسواء سقط الحد بالشبهة أو باليقين من أن الإبلاج يزيل البكارة فإنه يبقى
بعد ذلك أن الفعل الذي شهد عليه الشهود معصية يجب فيها التعزير .

الركن الثاني

تعمد الوطء

٥٠٧ — يشترط في جريمة الزنا أن يتوفر لدى الزانى أو الزانية نية الممد
أو القصد الجنائى ، ويعتبر القصد الجنائى متوفراً إذا ارتكب الزانى الفعل وهو
عالم أنه يوطأ امرأة محرمة عليه أو إذا مكنت الزانية من نفسها وهى تعلم أن
من يوطأها محرم عليها .

فإن أتى أحدهما الفعل متعمداً وهو لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه ، كمن زفت
إليه غير زوجته فوطئها على أنها زوجته ، أو كمن زفت إلى غير زوجها فكنته
معتقدة على أنه زوجها ، وكن وجد في فراشه امرأة فوطئها معتقداً أنها
زوجه ، أو كمن وجدت في فراشها رجلاً فكنته معتقدة أنه زوجها . وكن
تزوجت ولها زوج آخر كتمته عن زوجها الأخير فلا مسؤولية على الزوج الأخير
مادام لا يعلم بالزواج الأول ، وكن مكنت مطلقها طلاقاً بائناً وهى لاتعلم أنه طلقها
ويشترط أن يعاصر القصد الجنائى إتيان الفعل المحرم ، فمن قصد أن يزنى
بامرأة ثم تصادف أن وجدها في فراشه فأناها على أنها امرأته لا يعتبر زانياً لانعدام
القصد الجنائى وقت الفعل كذلك لو قصد إتيان امرأة أجنبية فأخطأها وأتى
امرأته فإنه لا يعتبر زانياً ولو كان يعتقد أنه يأتى الأجنبية لأن الوطء الذى
حدث غير محرم .

والأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا يحتج في دار الإسلام بجمل الأحكام^(٢)

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٠ — أسنى المطالب .
ج ٤ ص ١٣٢ — المغنى ج ١٠ ص ١٨٩ — المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٠ .
(٢) راجع مبحث « أثر الجهل على المسؤولية » في الجزء الأول من كتاب التفسير
الجنائى ص ٤٣٠ وما بعدها .

فلا يقبل من أحد أن يحتج بجهل تحريم الزنا ، وبالتالى انعدام القصد الجنائى ،
ولكن الفقهاء يبيحون استثناء الاحتجاج بجهل الأحكام بمن لم تيسر له ظروفه
العلم بالأحكام كمسلم قريب عهد بالإسلام لم ينشأ فى دار الإسلام وتحتل ظروفه
أن بجهل التحريم ، أو كجنون أفاق وزنا قبل أن يعلم بتحريم الزنا فى هاتين
الحالتين وأمثالهما يكون الجهل بالأحكام علة لانعدام القصد الجنائى ^(١) .

وإذا ادعى الجانى الجهل بفساد نوع من أنواع النكاح أو بطلانه مما يعتبر
الوطء فيه زنا ، يرى البعض أن لا يقبل احتجاجه بجهل الحكم ، لأن فتح هذا
الباب يؤدى إلى إسقاط الحد ، ولأن المفروض فى كل فرد أن يعلم ما حرم عليه
ويرى البعض قبول الاحتجاج لأن معرفة الحكم تحتاج لفقه وتخفى على غير أهل
العلم ، وأصحاب هذا رأى الأخير يجعلون الجهل بالحكم شبهة تدرأ الحد عن
الجانى ولا تغنيهم من عقوبة التعزير ، ومما يؤثر من قضاء الصحابة فى هذاب الباب أن
امراة تزوجت فى عدتها فى عهد عمر رضى الله عنه فلما عرض عليه الأمر قال هل
علمتا ؟ فقالا : لا . فقال لو علمتا لرجعتكما ، فجلدها أسواطاً ثم فرق بينهما . وأتت
امراة إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فقالت إن زوجى زنا بجارية . فقال
الزوج صدقت هى ومالها لى حل ، فدرأ على عن الرجل الحد بادعاء الجمالة ^(٢) .
ويلاحظ أن هناك فرقاً بين قول الاحتجاج بجهل تحريم الزنا وقبول
الاحتجاج بجهل فساد النكاح أو بطلانه ، فقبول الاحتجاج الأول يؤدى إلى
إعفاء الجانى من العقوبة على أساس انعدام قصده الجنائى ، وقبول الاحتجاج
الثانى عند من يقبله لا يعلم القصد الجنائى وإنما يقوم الاحتجاج شبهة تؤدى إلى
درء الحد ولاتنفع من عقوبة التعزير .

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٦ - المذهب ج ٢
ص ٣٨٤ - المغنى ج ١٠ ص ١٥٦ - المحلى ج ١١ ص ١٧٨ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٤٨
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٥ - المغنى ج ١٠ ص ١٥٦
المحلى ج ١١ ص ١٨٨ .

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

٥٠٨ - النطور الشرعي لعقوبة الزنا : — كانت عقوبة الزنا في صدر الإسلام الحبس في البيوت ، والإيذاء بالتعمير أو الضرب ، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ واللّاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوها فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها إن الله كان تواباً رحيماً ﴾ (١) .

وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين ، فرأى البعض أن النص الأول جاء بحكم النساء فقط وليس فيه حكم الرجال ، وأن النص الثانى عطف على النص الأول عطفاً متصلاً بقوله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم ﴾ فكان هذا حكماً زائداً للرجال مضافاً إلى ما قبله من حكم النساء ، وعلى هذا فحكم النساء الزواني كان الحبس في البيوت حتى يمتن أو يجعل الله لهن سبيلاً بحكم آخر ، وحكم الرجال الزناة كان الأذى (٢)

ورأى البعض أن النص الأول مبين لعقوبة الثيب ، وأن النص الثانى يبين عقوبة البكر وحجتهم أن المراد بقوله تعالى ﴿ من نسائكم ﴾ الثيب ، لأن قوله من نسائكم إضافة زوجية كقوله ﴿ للذين يؤلون من نسائهم ﴾ ولا فائدة نعلمها في إضافته ههنا إلا اعتبار الثبوبة ، كذلك فإن النصين قد جاءا بعقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى فكانت الأغلظ للثيب والأخرى للأبكار كالرجم والجلد (٣)

(١) النساء : ١٥ ، ١٦ . (٢) المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ وما بعدها .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١١٩ .

وهناك فريق ثالث رأى أن النص الثانى وهو قوله ﴿واللذان يأتيناها منكم﴾ ناسخ لقوله تعالى ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نساءكم﴾ والقائلون بهذا رأى يحملون قوله عز وجل ﴿واللذان يأتيناها منكم﴾ على أن المراد به الزانى والزانية^(١).

ومن المتفق عليه أن هذين النصين نسخا بقوله تعالى ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾^(٢) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»^(٣).

وقد استقر الحكم بعد ذلك على جلد غير المحصن وتغريبه - مع خلاف في التعذيب - وعلى رجم المحصن دون جلده مع خلاف في الجلد ، وسنتعرض لهذه الخلافات فيما بعد .

وعقوبة الرجم مسلم بها من جميع المسلمين ، ولا ينكرها إلا طائفة الأزارقة من الخوارج ، لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حد التواتر ، على أن الرجم ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقول والفعل :

فأما قوله فهو : أ - ما ذكرنا « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا .. الخ » ب - ما رواه أبو هريرة وزيد بن خالد قالا : « إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أنشدك الله إلاقضيت لى بكتب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أفاقه منه نعم فاقض بيننا بكتاب الله واذن لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل ، قال إن ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وإنى أخبرت أن على ابني لرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ (٢) النور : ٢

(٣) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

صلى الله عليه وسلم ، والذي نفسى بيده لأقضي بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغداً يا أنيس - لرجل من أسلم - إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، قال فعدا عليها فاعترفت بأمرها فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت ^(١) .

ح - ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ألا إله إلا الله وإني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس ، والثيب الزانى ، والمفارق لدينه التارك للجماعة ^(٢) » .

وأما فعله فقد أمر صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية كما أمر برجم يهوديين زنيا وذلك كله ثابت مما روى عنه صلى الله عليه وسلم :

أ - فقد روى أبو هريرة قال : أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فناداه فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون ؟ قال : لا ، قال فهل أحصنت ؟ قال : نعم . فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه قال ابن شهاب فأخبرني من سمع من جابر بن عبد الله ، قال : كنت فيمن رجمه ، فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة فرجمناه ^(٣) .

ب - وروى سليمان ابن بريدة عن أبيه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة من غامد من الأزد فقالت : يا رسول الله طهرني ، فقال ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبى إليه ، فقالت : أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك ، قال : وماذا ذاك ؟ قالت إنها حبلى من الزنا ، قال : أنت ؟ قالت نعم ، فقال لها حتى تضعي مافي بطنك ، قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال : فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : إذن لا ترجمها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : إلى رضاعه يأنى الله ، قال فرجمها ^(٤) .

(١) رواه الجماعة (٢) رواه الجماعة (٣) متفق عليه

(٤) رواه مسلم والدارقطني

ح - ورو : ابن عمر أن اليهود أتوا النبي صلى الله عليه وآله وسلم برجل وامرأة منهم قد زنيا ، فقال : ما تجدون في كتابكم ، فقالوا نسخم وجوههم ما ويخزيان ، قال كذبتم إن فيها الرجم ، فاتوا بالتوراة فأنزلوها إن كنتم صادقين فجاءوا بالتوراة ، وجاءوا بقار لهم ، فقرأ حتى إذا انتهى إلى موضع وضع يده عليه ، فقبل له ارفع يدك ، فرفع يده فإذا هي تلوح ، فقال أو قالوا : يا محمد فيها الرجم ولكننا كنا نتكاثمه فيما بيننا ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فرجا ، قال : فلقد رأيته يحنأ عليها يقبها الحجارة بنفسه ^(١) .

وإذا كان الشارع قد فرق في العقوبة بين المحسن وغير المحسن ، فذلك لأن المحسن إذا زنا بعد أن توفرت مواقع الزنا لديه كان زناه في غاية القبح ، ووجب أن تكون عقوبته في غاية الشدة .

ونخلص مما سبق إلى أن عقوبة الزنا نوعان (١) عقوبة البكر (٢) عقوبة المحسن

المبحث الأول

في عقوبة البكر

٥٠٩ - عقاب البكر الزاني : - إذا زنا البكر سواء كان رجلاً أو

امراً عوقب بعقوبتين : أولاً الجلد ، والثانية التغريب ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » ^(٢) .

ويلاحظ أن الشريعة تفرق بين عقوبة الأحرار وعقوبة الأرقاء في الزنا ، فتخفف عقوبة الرقيق وتشدد عقوبة الحر ، مراعية في ذلك ظروف كل منهما ، ولكننا لن نتعرض هنا إلا للعقوبة المقررة للأحرار ناظرين في ذلك إلى أن الرق أنى في كل أنحاء العالم ، وأن لاجابة تدعو إلى بيان عقوبة الرقيق

٥١٠ - أول - عقوبة الجلمر : - إذا زنا البكر عوقب بالجلد مائة جلدة

(١) الحديث متفق عليه (٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي .

لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ^(١) ونقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » ^(٢).

وعقوبة الجلد حدٌّ ، أى عقوبة مقدرة ، فليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها لأى سبب من الأسباب ، أو ظرف من الظروف ، وليس له أن يوقف تنفيذها أو أن يستبدل بها غيرها ، كما أن ولي الأمر لا يملك شيئاً من ذلك ، ولا يملك العفو عنها كلها أو بعضها .

وسنتكلم عن طريقة الجلد وشروطه عند الكلام على تنفيذ العقوبة .

٥١١ - ثانياً - التغريب : إذا زنا البكر جلد مائة جلدة وغرب عاماً

والتغريب هو العقوبة الثانية للزاني ، ولكن الفقهاء يختلفون في وجوبها فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن التغريب ليس واجباً ، ولكنهم يميزون للإمام أن يجمع بين الجلد والتغريب إن رأى في ذلك مصلحة ، فعقوبة التغريب عندهم ليست حداً كالجلد وإنما هي عقوبة تعزيرية ، ومن هذا رأى الشيعة الزيدية ^(٣) ويرى مالك والشافعي وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب ، ويمتدرون التغريب حداً كالجلد وحجتهم حديث الرسول « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وماروى عن عمر وعلى أنهما جلدا وغربا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فصار عملهما إجماعاً ^(٤) .

ومن هذا رأى الظاهريون فإنهم يرون التغريب حداً ثابتاً بصریح النص ^(٥)

٥١٢ - تغريب المرأة : ويرى مالك أن التغريب جعل للرجل دون المرأة ، لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ولأن الأمر لا يخلو إن غربت أن تغرب ومعها محرم

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

(١) النور : ٢

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٦ شرح

الازهار ج ٤ ص ٣٤٩

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٤ - الفقه ج ١٠ ص ١٣٣

(٥) المحلى ج ١١ ص ١٨٣ - ١٨٨

أو أن تغرب دون محرم . والأصل أنه لا يجوز أن تغرب دون محرم ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم » ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور ، وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزان ، ونفى من لا ذنب له ، وإن كلفت بحمل أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد به الشرع ، وبما لا يمكن أن يحدث مثله للرجل .

ولهذا يخص المالكين الخبر الوارد في التغريب ، ويجعلونه في حق الرجل دون المرأة ، إذ يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة المذكورة فيه ، ووجوب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك ، وفضلاً عما سبق فإن العمل بعموم النص يؤدي إلى فوات حكمته لأن الحد وجب زجراً عن الزنا ، وفي تغريبها إغراء به وتمكين منه^(١) . ويرى الشافعي وأحمد والظاهرية أن التغريب عقوبة واجبة على كل من الرجل والمرأة^(٢) .

٥١٣ - ماهية التغريب : - اختلف الفقهاء في ماهية التغريب ، فقال مالك وأبو حنيفة إن التغريب معناه الحبس ، فيحبس المغرب في البلد الذي يغرب إليه مدة لا تزيد على سنة فالتغريب عند المالكيين والحنفيين معناه الحبس في بلد غير البلد الذي وقعت فيه الجريمة ، ومن هذا الرأي الزيدون^(٣) .

ويرى الشافعي وأحمد أن التغريب معناه النفي من البلد الذي حدث فيه الزنا إلى بلد آخر ، على أن يراقب المغرب بحيث يحفظ بالمراقبة في البلد الذي غرب إليه ، ولا يحبس فيه ، فالتغريب عند الشافعيين والحنابلة هو الوضع تحت المراقبة

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ - المغني ج ١٠ ص ١٣٣ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - المغني ج ١٠ ص ١٣٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٣٢

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠ - حاشية ابن عابدين

ج ٣ ص ٢٠٣ شرح الأزهاري ج ٤ .

في بلد آخر^(١) ومن هذا الرأي الظاهريون^(٢) .

ويشترط بعض الفقهاء في التغريب أن يكون لمسافة لا تقل عن مسافة القصر^(٣) . ويرى البعض أن يكون النفي من عمل الحاكم إلى عمل غيره دون التقييد بمسافة معينة ، فلو نفى إلى قرية تبعد عن محل الحادث ميلاً لسكنى ، كما يجوز أن ينفي من مصر إلى مصر لأن النفي ورد مطلقاً فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم^(٤) والمقصود من المراقبة أن يمنع الزاني من العودة إلى بلده قبل انتهاء المدة ، أو إلى مادرن مسافة القصر على رأى البعض ، ويرى البعض أن المراقبة مقصود بها إلزام المغرب بالإقامة في البلد المغرب إليه ، فلا يمكن من الضرب في الأرض^(٥) وإذا كانت القاعدة عند الشافعيين أن التغريب معناه النفي إلا أنهم يميزون حبس المغرب إذا خيف رجوعه إلى البلد الذي غرب منه^(٦) .

ويرى الشافعيون إعادة تغريب المغرب إذا رجع إلى البلد الذي غرب منه ، على أن تستأنف المدة من جديد ليتوالى الإيحاش وحتى لا تفرق السنة^(٧) أما المناظرة فيرون إعادة التغريب في حالة الرجوع عن أن يبنى على مدة التغريب السابقة بحيث يعاد تغريبه ليكمل ما بقى من الحول لالبيدأ حولاً جديداً^(٨) .

وإذا زنا المغرب في البلد الذي غرب إليه جلد ، وغرب إلى بلد آخر ، ودخلت المدة الباقية من التغريب الأول في مدة التغريب الثانية لتجانس الحدين . وهذا متفق عليه في مذهب مالك والشافعى وأحمد ، ولـكن الظاهريين يرون أن

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ - المفتى ج ١٠ ص ١٣٦ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٢

(٣) مسافة القصر مختلف عليها فذهب مالك والشافعى وأحمد وآخرون إلى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط وقال أبو حنيفة والكوفيون أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وقال الظاهريون إن المسافة ميل فأكثر - بداية المجتهد ج ١ ص ١٣١ المحلى ج ٥ ص وما بعدها

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٨ - المفتى ج ١٠ ص ١٣٦

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ (٦) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠

(٧) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ (٨) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٢

تستتم مدة التفريب الأولى ثم تبدأ في الثانية^(١) لأن القاعدة عندهم أن ماوجب من حد لايجزى عنه حد آخر .

وإذا زنا الغريب غرب إلى غير بلده ، وإذا زنا في البلد الذي غرب إليه غرب إلى بلد آخر غير الذي غرب منه ، ويرى بعض المالكيين أن سجن الغريب في البلدة التي زنا فيها يعتبر تغريباً له ولكن الشافعيين والحنابلة يشترطون أن يغرب عنها^(٢) .

المبحث الثاني

في عقوبة المحصن

٥١٤ - تشرير عقوبة المحصن : - فرقت الشريعة بين المحصن والبكر في عقوبة الزنا ، وخففت عقوبة البكر وشدت عقوبة المحصن ، وجعلت عقوبة البكر الجلد والتفريب وعقوبة المحصن الجلد والرجم ، ومعنى الرجم القتل رمياً بالحجارة وما أشبهه

وعلة التخفيف على البكر هي علة التشديد على المحصن ، فالشريعة الإسلامية تقوم على الفضيلة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوث والاختلاط ، وتوجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج ، كما توجب عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يمرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوة فمقابله أن يجلد مائة جلدة ويغرب سنة ، وشفيعه في هذه العقوبة لخفيفة تأخيره في الزواج الذي أدى به إلى الجريمة . أما إذا تزوج فأحصن ثم أتى الجريمة فعقوبته الجلد والرجم ، لأن الإحصان يسد الباب على الجريمة ولأن الشريعة لم تجعل له بعد الإحصان سبيلاً إلى الجريمة ، فلم تجعل الزواج أبدياً حتى لا يقع

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٠ - الإقناع ج ٤

ص ٢٥٢ - المحلى ج ١١ ص ١٣٤ (٢) المراجع السابقة .

في الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة في يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار وأباحت للزوج الطلاق في كل وقت ، وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهم ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن أبواب الحلال ، وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلاً وقد انقطعت الأسباب التي تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع أن تنقطع المآذير التي تدعو لتخفيف العقاب ، وأن يؤخذ الحصن بعقوبة الاستئصال التي لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

٥١٥ - الرجم : فأما الرجم فعقوبة معترف بها من جميع الفقهاء إلا طائفة الأزارقة من الخوارج لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حد التواتر ، وعندهم أن عقوبة المحصن وغير المحصن هي الجلد مستندين لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ .

والرجم هو قتل الزاني رمياً بالحجارة وما أشبهها .

والأصل في الرجم كما بينا ^(١) هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله فالرجم إذاً سنة قولية وسنة فعلية في وقت واحد .

٥١٦ - الجلد : - والجلد هي العقوبة الثانية للزاني المحصن طبقاً للنصوص « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ^(٢) .

لكن الفقهاء يختلفون على ما إذا كانت عقوبة المحصن هي الرجم وحده ، أو هي الرجم والجلد معاً .

وحجة القائلين بالجلد مع الرجم أن القرآن جعل الجلد عقوبة أساسية للزنا ، وذلك قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ^(٣) ثم جاءت السنة بالرجم في حق الثيب ، والتغريب في حق البكر فوجب الجمع

(١) تراجع الفقرة ٥٠٨ وما كتبناه عن التطور التشريعي لعقوبة الزنا .

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي (٣) النور: ٢

بينهما ، وقد فعل ذلك على بن أبي طالب حيث جلد شراحة يوم الخميس ، ورجمها يوم الجمعة ، وقال جلدها بكتاب الله ، ورجمها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديث الرسول صريح في الجمع بين الجلد والرجم « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله ، وإذا كان نص الحديث قد جعل للبكر عقوبتين الجلد والتغريب ، وجعل للمحصن عقوبتين الجلد والرجم وقد سلمنا بعقوبتي البكر ، فقد وجب التسليم بعقوبتي الثيب ، فيجلد أولاً ثم يرجم ثانياً . وبهذا الرأي قال بعض الفقهاء ، منهم الحسن وإسحق وابن المنذر وعليه مذهب الظاهريين ، والشيعية الزيدية ، وهو رواية في مذهب أحمد^(١) .

وحجة القائلين بأن العقوبة هي الرجم دون الجلد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ما عزا والغامدية ورجم يهوديين . ولم يرد عنه أنه جلد واحداً منهم وأن الرسول في حادث العسيف قال « أغدياً أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »^(٢) ولم يأمر بجلدها . وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله فوجب تقديمه . هذا من جهة النصوص . أما من جهة المعنى فإن القاعدة العامة أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر . لأن الحد إنما وضع للزجر . ولاتأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وأصحاب هذا الرأي هم جمهور الفقهاء . وهم يسمون بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم . ولكنهم يعتبرون الجلد منسوخاً أو داخل في الرجم ، ومن أصحاب هذا الرأي مالك وأبو حنيفة والشافعي وهو رواية عن أحمد^(٣) .

وهناك رأي ثالث يرى أصحابه أن الثيب إن كان شيخاً جلد ورجم فإن كان شاباً رجم ولم يجلد لما روى عن أبي ذر قال « الشيخان يجلدان ويرجمان ، والثيبان يرجمان والبكران يجلدان وينفيان »^(٤) وعن أبي ابن كعب ومسروق مثل

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ - المغني ج ١٠ ص ١٢٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٣٣ وما بعدها - شرح الأزهري ج ٤ ص ٢٤٤ (٢) رواه الجماعة .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ - المغني ج ١٠ ص ١٢٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٢٣٤

هذا^(١) . ولعل أساس هذا الرأي أن زنا الشيخ مذموم ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكهم ، ولهم عذاب أليم : شيخ زان وملك كذاب وعامل مستكبر »^(٢) .

٥١٧ - **مارات مختلف على عقوبتها** : وهناك حالات بعينها مختلف على العقوبة الواجبة فيها ، ويرجع هذا إما إلى الاختلاف على تكيف هذه الحالات وإما إلى الاختلاف على النصوص التي تحكمها ، وسنتكلم على هذه الحالات فيما يلي :

٥١٨ - **هات اللواط** : يترتب على اعتبار اللواط زنا أن يعاقب عليه بمقوبة زنا ، ولكن القائلين باعتبار اللواط زنا اختلفوا في عقوبته : فقال مالك : إن عقوبة اللواط الرجم مطلقاً سواء كان الفاعل والمفعول به محصنين أو غير محصنين^(٣) . وفي مذهب الشافعي وأحمد ثلاثة آراء^(٤) :

أولها : أن اللواط حكمه حكم الزنا ، فيعاقب اللواط والملوط به بمقوبة الزنا ، فمن كان محصناً رجم ومن لم يكن محصناً جلد وغرب وحجة أصحاب هذا الرأي مارواه أبو موسى الأشعري عن النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان »^(٥) ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب .

وثانيها : أن اللواط هو الذي يرمم أما الملوط به فلا يرمم وإنما يجلد ويغرب في كل الأحوال سواء كان ذكراً أو أنثى محصناً أو غير محصن لأن الإحصان

(١) الحلبي ج ١١ ص ٢٣٤ (٢) رواه مسلم والنسائي .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٦

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٣ ، ٤٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المذهب

ج ٢ ص ٢٨٥ - المغني ج ١٠ ص ١٦١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣

(٥) أخرجه البيهقي وأبو داود والطحاوي وراجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠

جعل للقبيل وهو يؤتى في الدبر ولا يتصور في الدبر إحسان . وعلى هذا فالملوط به إذا اعتبر فعله زنا فهو زنا من غير محصن مادام الإحصان لم يجعل للدبر .
 وثالثها : أن عقوبة اللواط والملوط به القتل في كل حال ، أى سواء كان محصناً أو غير محصن . وفي قتله رأيان : رأى يرى القتل رجماً . ورأى يرى القتل بالسيف . وحجة القائلين بالقتل مارواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به »^(١) وقد كان إطلاق القتل في الحديث حجة لمن قال بأن القتل يكون بالسيف في كل حال . وفسر آخرون القتل بالرجم لأنه وطء يجب به الحد . فكان القتل بالرجم كما هو الحال في الزنا .

ويرى أبو حنيفة أن اللواط ليس زنا فلا يعاقب عليه بعقوبة الزنا وإنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية . ولأمانع عند أبي حنيفة من أن يحبس حتى يموت أو يتوب . وإذا اعتاد اللواط يقتل سياسة لا حداً ، أما أبو يوسف ومحمد فيريان للواط زنا يعاقب عليه بعقوبة الزنا فيجلد من لم يحصن ويرجم المحصن^(٢) .

وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان : أحدهما أن حكم اللواط هو حكم الزنا . فيرجم المحصن ويجلد من لم يحصن . والثاني أن يقتل الفاعل والمفعول به في كل حال^(٣) . أما الظاهريون فيرون اللواط شيئاً آخر غير الزنا فهو معصية يعزر عليها^(٤) .

٥١٩ - حانة وطء المحارم : يرى جمهور الفقهاء أن من وطئ محرماً عوقب بعقوبة الزاني فيرجم المحصن ويجلد غير المحصن ويفرب . ولكن بعضهم يرى - وهو رأى لأحمد -^(٥) أن من وطئ ذات محرمة حده القتل في كل حال

(١) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ - بدائم الصنائع ج ٧ ص ٢٤

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ (٤) المحلى ج ١١ ص ٢٨٥

(٥) المغنى ج ١٠ ص ١٥٣ .

لما رواه البراء قال : « نقيت عمى ومعه الراية فقلت إلى أين تريد ؟ قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل ينكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وأخذ ماله »^(١) ولما رواه الجورجاني وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من وقع على ذات محرم فاقتلوه »^(٢) .

ويرى الظاهريون أن من وقع على امرأة أبيه بعقد أو بغير عقد فإنه يقتل محصناً كان أو غير محصن ، ويخمس ماله . وسواء كانت أمه أو غير أمه . دخل بها أبوه أو لم يدخل . وأما من وقع على غير امرأة أبيه من سائر ذوات محارمه بصهر أو رضاع فهو زان وعليه حد الزنا فقط^(٣) وعلة ذلك أن امرأة الأب ورد فيها نص صريح هو حديث البراء . أما من عداها من المحارم فلم يصح في شأنهن نص خاص . فن وقع على واحدة منهن كان زانياً طبقاً للنصوص العامة .

٥٢٠ - ماله وطء البهائم : لا يعتبر وطء البهائم والحيوانات على العموم زنا عند مالك وأبي حنيفة والظاهريين . وإنما هو معصية فيها التعزير . وكذلك الحكم في تمكين المرأة حيواناً من نفسها . وعلى هذا الرأي الراجح في مذهب الشافعي وأحمد^(٤) .

أما الرأي المرجوح في مذهب الشافعي وأحمد فيرى أصحابه أن الفعل يعتبر زنا ولكنه يعاقب عليه بالقتل في كل الأحوال^(٥) لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة »^(٦) .

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زناً قياساً على إتيان الرجل المرأة . ويجعلون

(١) رواه الخمسة (نيل الأوطار ج ٧ ، ص ٢٨)

(٢) راجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣١

(٣) المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ (٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير

ج ٤ ص ١٥٢ - المحلى ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨ .

(٥) المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٢٦

(٦) رواه أحمد وأبو داود والترمذي .

عقوبة المحسن الرجم وعقوبة غير المحسن الجلد والتغريب^(١) وهذا الذى يراه بعض الشافعيين هو رأى الراجح فى مذهب الشيعة الزيدية . وإن كان بعضهم يرى ما يراه مالك وأبو حنيفة^(٢) .

وبرى الشافعيون والحنابلة أن المرأة التى تمكن من نفسها حيواناً عليها ما على واطىء البهيمة^(٣) وإن كان بعض الشافعيين يصرحون بأنه ليس على للمرأة إلا التعزير^(٤) .

المبحث الثالث

فى الإحصان

٥٢١ — **الإحصان شرط الرجم** : رأينا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية تفرق فى العقوبة بين المحسن وغير المحسن ، وتعاقب الأول بالرجم دون الثانى ، ومعنى هذا أن الشريعة تجعل الإحصان شرطاً للرجم ، فإذا انعدم الإحصان امتنع الرجم .

وإذا كان الإحصان شرطاً فى الرجم ، فإن الإحصان فى نفس الوقت مجموعة شروط تكون هيئة واحدة أو مجموعة أجزاء لعدة واحدة ، وكل واحد من هذه المجموعة يعتبر بذاته شرطاً أو عدة لوجوب الرجم .

٥٢٢ — **معنى الإحصان** . الإحصان لغة : معناه الدخول فى الحصن أو النع قال تعالى ﴿ لتحصنكم من بأسكم ﴾ ويقال أحصن إذا دخل فى الحصن . وللاحصان فى القرآن أكثر من معنى فقد جاء بمعنى التزويج فى قوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾^(٥) وجاء بمعنى الحرية فى

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ . (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٢٦

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٤) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٠٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٥) النساء : ٢٤

قوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ماملكت أيما نكح من فتياتكم المؤمنات ﴾^(١) وجاء بمعنى العفة في قوله تعالى ﴿ ومريم ابنة عمران التي أحصنت فرجها ﴾^(٢) وقوله ﴿ اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾^(٣) وجاء بمعنى الإسلام والزواج في قوله تعالى ﴿ فإذا أحصن فإن أتبن بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات ﴾^(٤) وجاء بمعنى الحرية والبلوغ والعفة في قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾^(٥) .

٥٢٣ - أنواع الإحصان : الإحصان في الجرائم على نوعين : إحصان الرجم ، وإحصان القذف ، وسنتكلم هنا على إحصان الرجم ، أما إحصان القذف فحل الكلام عليه جريمة القذف .

وإحصان الرجم شرعاً : هو عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشارع لوجوب الرجم ، أو هو مجموعة من الشروط إذا توفرت في الزاني كان عقابه الرجم بدلا من الجلد .

٥٢٤ - شروط الإحصان : اتفق الفقهاء على بعض شروط الإحصان في جريمة الزنا ، واختلفوا على البعض الآخر ، وسنبين فيما يلي شروط الإحصان سواء منها ما اتفق عليه وما اختلف فيه :

أول - الوطء في نكاح صحيح : يشترط لقيام الإحصان أن يكون هناك وطء في نكاح صحيح ، وأن يكون الوطء في القبل لفعله عليه السلام « والثيب بالثيب الجلد والرجم » والثيباة تحصل بالوطء في القبل^(٦) .

(١) النساء : ٢٥ (٢) التحريم : ١٢

(٣) المائدة : ٥ (٤) النساء : ٢٥

(٥) النور : ٤

(٦) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧ - المغني ج ١٠

ص ١٢٦ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

ولا خلاف في أن عقد النكاح الخالي من الوطء لا يحصل به إحصان ، ولو حصلت فيه خلوة صحيحة^(١) أو وطء فيما دون الفرج ، أو وطء في الدبر ، لأن كل هذا لا تعتبر به المرأة ثيباً ولا تخرج عن حد الأبكار الذين حدهم جلد مائة وتغريب عام .

والوطء الذي يؤدي إلى الثيابة هو الإيلاج في القبل على وجه يوجب النسل ، أو هو تغيب الحشفة أو مثلها في القبل سواء أنزل أو لم ينزل ، ولا يكفي مثل هذا الوطء وحده لوجود الإحصان بل يجب أن يكون الوطء في نكاح ، لأن النكاح هو الإحصان لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ يعني للزوجات ، فإن كان الوطء في غير نكاح كالزنا ووطء الشبهة فلا يصير به الواطء محصناً دون خلاف .

ويشترط في النكاح أن يكون صحيحاً ، فإن كان فاسداً فإن الوطء فيه لا يحصن كما يرى جمهور الفقهاء^(٢) .

ويشترط إذا كان الوطء في نكاح صحيح أن لا يكون وطئاً محوماً كالوطء في الحيض أو الإحرام ، فإن الوطء الذي يحرمه الشارع لا يحصن ولو كان في نكاح صحيح^(٣) .

ثانياً — البلوغ والعقل : وهما شرطا الأهلية للعقوبة ، كما أنهما لازمان في كل جريمة ، ويجب توفرهما في الحصن وغير الحصن وقت ارتكاب الجريمة طبقاً للقواعد العامة ، إلا أنهما اشترطا أيضاً في الإحصان لأن اشتراطهما وقت ارتكاب الجريمة لا يغني عن اشتراطهما في الإحصان ، فيشترط إذن أن يكون

(١) يرى الهادي من فقهاء الزيدية اعتبار الإحصان بالخلوة ، وليكنهم يتأولون رأيه ويقولون إنه أراد الخلوة مع الدخول — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

(٢) المغني ج ١٠ ص ١٢٦ — الإقناع ج ٤ ص ٣٥٠ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٣

أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٨ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ،

١٣٣ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٣) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٨ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢

الوطء الذى يحصن حاصلًا من بالغ عاقل ، فإذا حصل الوطء من صبي أو مجنون ثم بلغ وعقل بعد الوطء لم يكن بالوطء السابق محصنًا ، وإذا زنا عوقب على أنه غير محصن (١) .

على أن بعض أصحاب الشافعى يرون - ورأيهم هو المرجوح فى المذهب - أن الواطئ يصير محصنًا بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون ، فلو بلغ أو أفاق فرزنا رجم دون حاجة إلى حصول وطء جديد بعد البلوغ والإفاقة ، وحجتهم أن الوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون وطء مباح ، فيجب أن يثبت به الإحصان لأنه إذا صح النكاح قبل البلوغ وأثناء الجنون فإن الوطء يصح تبعًا له .

ويرد على ذلك بأن الرجم عقوبة الثيب ولو اعتبرت الثبوبة حاصلة بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون لوجب رجم الصغير والمجنون ، وهذا ما لا يقول به أحد ، كذلك فإن هناك فرقًا بين الإحصان والإحلال ، وكل إحلال لا يترتب عليه إحصان ، كما أن الإحصان شرط عقوبة الرجم ولو كان الإحلال يقوم مقام الإحصان لما كان ثمة ما يدعى لاشتراط الإحصان (٢) .

ثالثًا - وجود الكمال فى الطرفين حال الوطء : أو بتعبير آخر ، ينبغى أن تتوفر شروط الإحصان فى الواطئ والموطوءة حال الوطء الذى يترتب عليه الإحصان ، فبطأ مثلًا الرجل العاقل امرأة عاقلة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فى أحدهما فهما معًا غير محصنين . فإذا كان الجانى متزوجًا ودخل بزوجه فى نكاح صحيح ولكنها مجنونة أو صغيرة ، فالجانى غير محصن ولو كان هو نفسه بالغًا عاقلًا ، هذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد (٣) .

ولكن مالكا لا يشترط توفر شروط الإحصان فى الزوجين لإحصانهما معًا ،

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ المغنى ج ١٠ ص ١٢٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٨٣ - المغنى ج ١٠ ص ١٢٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣٣ - المغنى ج ١١ ص ١٢٨

وعنده أنه يكفي أن تتوفر شروط الإحصان في أحد الزوجين ليكون محصناً بفض النظر مما إذا كان الزوج الآخر تتوفر فيه هذه الشروط أم لا ، فشرط تحصين الذكر عنده أن تتوفر فيه شروط الإحصان مع إطاقة موطوءته له ولو كانت صغيرة أو مجنونة ، وتتحصن الأنثى عند مالك بتوفر الإحصان فيها وببلوغ واطئها ولو كان مجنوناً^(١).

وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما يتفق مع رأى أبي حنيفة وأحمد ، وثانيهما يتفق مع مذهب مالك^(٢).

وفي مذهب الشيعة الزيدية نفس الرأيين ، ثم رأى ثالث يرى أن المجنون لا يحصن العاقل بأى حال^(٣)، وإن أحصن البالغ من لم يبلغ .

والذين يشترطون اجتماع شروط الإحصان في الزوجين يعملون ذلك بأن اجتماع هذه الصفات في الزوجين يشعر بكمال حالهما وبكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين ، ويرن أن تخلف أحد هذه الشروط أو بعضها يشعر بالنقص ، فاقضاء الشهوة من المجنونة والصغيرة قاصر ولا يبلغ بالرجل حد الكمال، والمحصن لا تغلظ له العقوبة إلا على أساس أنه في حال الكمال تغنيه عن التفكير في الحرام^(٤).

رابعا - الإسلام : ويجعل أبو حنيفة ومالك الإسلام شرطاً من شروط الإحصان وحجتهم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لما استشاره حذيفة في زواج كتابية « دعها فإنها لا تحصنك » . ولكن الشافعي وأحمد لا يريان الإسلام شرطاً من شروط الإحصان، ويوافقهما أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة، وحجتهم أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين ، وكان الإسلام شرطاً في الإحصان لما رجمهما ، فضلاً عن أن الأديان عامة تحرم الزنا كما يحرمه

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٨٣ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ .

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ الملفي ج ١٠ ص ١٢٨ .

الإسلام ، ويتفق المذهب الظاهري مع مذهب الشافعي وأحمد في هذه الوجهة ، أما المذهب الزيدي ففيه الرأي وأرجحهما ما يقول به الشافعي وأحمد^(١) .

ويترب على هذا الخلاف أن المسلم المتزوج من كتابية إذا زنا لا يرحم في رأى أبي حنيفة لأنه لا يعتبر محصناً ، إذ الكتابية لا تحصن المسلم ، وكان يجب أن يكون هذا هو الحكم عند مالك لولا أنه لا يشترط الكمال في الزوجين ، ومن ثم فإن الكتابية في رأيه تحصن المسلم ، فإذا زنا المسلم المتزوج من كتابية رجم عند مالك ، كما يرحم عند الشافعي وأحمد والظاهرين وبعض الزيديين لأن هؤلاء لا يعتبرون الإسلام شرطاً من شروط الإحصان .

٥٢٥ زنا المحصن بغير محصن : بينا فيما سبق شروط الإحصان ما اتفق عايه

منها وما اختلف فيه ، وإذا كان بعض الفقهاء يوجب توفر هذه الشروط في كل من الزوجين لاعتبار أحدهما محصناً ، فإن الفقهاء جميعاً لا يشترطون إحصان كل من الزانين لوجوب الرجم على أحدهما ، ويرون رجم من توفرت فيه شروط الإحصان من الزانين ، فإذا كان أحد الزانين محصناً والثاني غير محصن رجم المحصن ، وجلد غير المحصن .

* * *

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ - المغنى ج ١٠ ص ١٢٩ - المحلى ج ١١ ص ١٥٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٤ .

الفصل الثالث

في الأدلة على الزنا

٥٢٦ - الأدلة المثبتة للزنا : - لا تثبت جريمة الزنا المعاقب عليها بالحد إلا بأدلة خاصة هي :

(١) الشهادة (٢) الإفراء (٣) القرائن (٤) اللعان

وسنتكلم عن هذه الأدلة واحداً بعد الآخر مع ملاحظة أن الإثبات بالقرائن يختلف عليه .

المبحث الأول

في الشهادة

٥٢٧ - عدد شهود الزنا : من المتفق عليه أن الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة شهود ، وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم لقوله تعالى ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾^(١) وقوله ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾^(٢) وقوله ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾^(٣) .
ولقد جاءت السفة مؤكدة لنصوص القرآن ، ومن ذلك أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت لو وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله

(٢) النور : ٤

(١) النساء : ١٥

(٣) النور : ١٣

حتى آتى بأربعة شهداء « فقال النبي صلى الله عليه وسلم « نعم » وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لهلال بن أمية لما قذف بامرأته شريك ابن شحاء « البينة وإلا حد في ظهرك »^(١) وروى عنه أنه قال « أربعة شهداء وإلا حد في ظهرك »^(٢).

وليس لكل إنسان أن يشهد فتقبل شهادته ، وإنما الشاهد الذى تقبل شهادته هو من توفرت فيه شروط معينة ، بعضها عام يجب توفره فى كل شهادة ، وبعضها خاص يجب توفره فى الشهادة على الزنا .

٥٢٨ - الشروط العامة للشهادة : - للشهادة شروط عامة ، يجب أن تتوفر فى كل شهادة أيا كان موضوعها وهذه الشروط هى : -

٥٢٩ - أولاً : البلوغ :- يشترط فى الشاهد أن يكون بالغاً ، فإذا لم يكن كذلك فلا تقبل شهادته ، ولو كان فى حالة تمكنه من أن يعي الشهادة ويؤديها ، ولو كان حاله حال أهل العدالة ، وذلك لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾^(٣) والصبي ليس من الرجال ، وليس ممن ترضى شهادته ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »^(٤) ولأن الصبي لا يؤتمن على حفظ أمواله فأولى أن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره ، وإذا كانت شهادة الصبي لا تقبل فى الأموال فلا أن لا تقبل فى الجرائم أولى وفيها عقوبة متلفة للنفس أو للمضو^(٥).

وإذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لا تقبل شهادة من هو دون البلوغ

(١) رواء الجماعة لإسلام والنسائي

(٢) رواء النسائي (٣) البقرة : ٢٨٢

(٤) أخرجه ابن ماجة وابن حبان والدارقطنى والطبرانى والحاكم فى المستدرک وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦٠

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ - وحاشية ابن عابدين

ج ١ ص ٥١٣ ، ٥٢٥ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٢ - الاقناع ج ٤ ص ٤٣٦ - المحلى ج ٩

ص ٤٢٠ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٩٣

فإن مالك يرى استثناءً من هذه القاعدة ، قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء بشروط خاصة أهمها : أن يكون الشاهد مميزاً ، أى من يعقل الشهادة وأن لا يحضر الحادث كبير . وقد أجاز مالك شهادة الصبيان في هذه الحالة للضرورة ^(١) .

وما يراه مالك هو رواية مذهب أحمد ، حيث يرى قبول شهادة الصبيان في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لاحتمال أن يلقنوا . وروى عن أحمد رواية ثالثة : تلخص في أن شهادة الصبي تقبل إن كان ابن عشر ، ولكن البعض يخص هذه الرواية بغير الحدود والقصاص ^(٢) .

وفي مذهب الزيدية رأى مرجوح يرى أصحابه جواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ، في الشجاج ما لم يتفرقوا ، ويتأول بعضهم هذا الرأي فيقول : إن الشهادة تقبل للتأديب لا للحكم ^(٣) .

٥٣٠ - ثانياً - العقل : يشترط في الشاهد أن يكون عاقلاً . والعقل من عرف الواجب عقلاً ، الضروري وغيره ، والممكن والمتنع ، وما يضره وما ينفعه غالباً ، فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه ، ولكن تقبل الشهادة ممن يحسن أحياناً في حالة إفاقته إذا كان يفيل إفاقة يعقل معها الشهادة ، ولا تقبل شهادة المجنون لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » كما أن شهادة المجنون لا تقبل للمعنى المانع من قبول شهادة الصبي ^(٤) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٧

(٢) المغني ج ١٢ ص ٢٧ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٣

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٢ - أسنى المطالب ج ٤

ص ٣٣٩ - الإقناع ج ٤ ص ٤٣٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ - البحر الرائق ج ٧

ص ٨٥ - المحلى ج ٩ ص ٤٢٩

٥٣١ - ثالثاً - المفظ : ويشترط في الشاهد أن يكون قادراً على حفظ الشهادة ، وفهم ما وقع بصره عليه ، مأموناً على ما يقول ، فإن كان مغفلاً لم تقبل شهادته . ويلحق بالغفلة كثرة الغلط والنسيان ، ولكن تقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط ، لأن أحداً لا ينفك من الغلط .

والعلة في عدم قبول شهادة المغفل - ولو كان عدلاً - أنه لا يؤمن على ما يقول ولا تمنع عدالته من أن يغفل ، فيشهد على الرجل مثلاً ولا يعرفه ، يتسمى له بغير اسمه ، كما أنه يخشى عليه أن يلحق فيأخذ بما ألقى إليه . لكن إذا لم يكن في الشهادة ما يدعو إلى التلبس تقبل شهادة المغفل نحو قوله : رأيت هذا الشخص قتل هذا الشخص ، أو رأيت فلاناً يطأ فلانة .^(١)

على أن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة يؤثر عنه أنه كان يحيز شهادة المغفل ولا يحيز تعديله ، لأن التعديل يحتاج إلى الرأي والتدبير ، والمغفل لا يستقصى في ذلك ، بينما كان محمد يرد شهادة الصوام القوام المغفل ويقول : إنه شر من الفاسق في الشهادة^(٢) والزيدون يردون شهادة من غلب عليه السهو والنسيان ، فإن تساوى ضبطه ونسيانه فالأكثر لا يصححون شهادته ، والأقلون يجعلونها موضع اجتهاد^(٣)

٥٣٢ - رابعاً : الكلام : يشترط في الشاهد أن يكون قادراً على الكلام فإن كان أخرس فقد اختلف في قبول شهادته : ففي مذهب مالك يقبلون شهادة الأخرس إذا عرفت إشارته وفي مذهب أحمد لا يقبلون شهادة الأخرس ولو فهمت إشارته ، إلا إذا كان يستطيع الكتابة فأدى الشهادة بخطه ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٥٣ - الإقناع ج ٤ ص ٤٣٧
(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٨٥
(٣) شرح الأزهري ج ٤ ص ١٩٧

وفي مذهب أبي حنيفة لا يقبلون شهادة الأخرس سواء كانت بالإشارة أو بالكتابة، وفي مذهب الشافعي خلاف على قبول شهادة الأخرس، منهم من قال : تقبل لأن إشارته كمباراة الناطق في نكاحه وطلاقه ، فكذلك في الشهادة ، ومنهم من قال : لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة في موضع الضرورة ، وقد قبلت في النكاح والطلاق للضرورة لأنهما لا يستفادان إلا من جهته ، ولا ضرورة تدعو لقبول إشارته في الشهادة لأنها تصح من غيره بالنطق ، ومن ثم لا تجوز إشارته ، وفي مذهب الزيدية رأيان أحدهما أن شهادة الأخرس لا تصح إطلاقاً ، والثاني أنها تصح .^(١)

٥٣٣ - خامساً : الرؤية : ويشترط في الشاهد أن يرى ما يشهد به ، فإن كان الشاهد أعمى فقد اختلف في قبول شهادته ، فالحنفيون لا يقبلون شهادة الأعمى ، لأن أداء الشهادة يحتاج إلى أن يشير الشاهد إلى الشهود له والشهود عليه ، ولأن الأعمى لا يميز إلا بالنغمة وفي تمييزه شبهة ، وهم لا يقبلون شهادة من كان أعمى وقت أداء الشهادة ولو كان بصيراً وقت تحمل الشهادة ، بل إنهم يرون شهادة البصير الذي عمى بعد أداء الشهادة وقبل القضاء ، لأنهم يشترطون الأهلية في الشاهد وقت القضاء لتكون شهادته حجة .

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن شهادة الأعمى لا تقبل سواء فيما كان طريقه الرؤية ، وما كان طريقه السماع والشهرة والتسامع . ولكن أبا يوسف يجيز شهادة الأعمى فيما طريقه السماع مطلقاً ، ويميزها فيما طريقه الرؤية إذا كان بصيراً وقت التحمل أعمى عند الأداء ، إذا كان يعرف الخصوم بأسمائهم وأنسابهم ويرى زفر أن شهادة الأعمى تجوز فقط في غير الحدود والقصاص فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت ، وهذا القول رواية عن أبي حنيفة .^(٢)

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ - الإقناع ج ٤ ص ٤٣٦ - البحر الرائق ج ٧

ص ٨٥ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٢ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٢

(٢) البحر الرائق وحاشية منحة الخالق ج ٧ ص ٨٤ ، ٨٥ - طرق الإنابات

ويقبل المالكيون شهادة الأعمى في الأقوال ، ولو كان قد تحملها بعد العمى مادام فطنا لاتشتبه عليه الأصوات ويتيقن المشهود له والمشهود عليه ، فإن شك في شيء من ذلك لم تجز شهادته ، أما شهادة الأعمى في المراثيات فلا تقبل إلا أن يكون تحملها بصيراً ثم عمى وهو يتيقن عين المشهود له أو يعرفه باسمه ونسبه^(١) .

ويجيز الشافعيون شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة كالنسب والموت لأن طريق العلم به السماع ، والأعمى كالبصير في السماع ، ولا يميزون أن يكون شاهداً في الأفعال كالقتل والغصب ، لأن طريق العلم بها البصر ، ولا شاهداً في الأموال كالبيع والإقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجاً عن يده لأن شهادته ستقوم على العلم بالصوت وحده ، والصوت يشبه الصوت ، فأما إذا كان المشهود عليه في يده كرجل أقر ويد الأعمى على رأسه فشهد وهو في يده لم يفارقه فتقبل الشهادة لأنها عن علم و يقين . وإذا تحمل الشهادة وهو بصير قبلت شهادته إذا كان الخصوم معروفين له بالاسم والنسب ، أو إذا كان المشهود عليه في يده لم يفارقه بعد العمى . ويرى بعض فقهاء المذهب قبول شهادة الأعمى مطلقاً في الأقوال إذا عرف الصوت^(٢) .

وفي مذهب أحمد يميزون شهادة الأعمى كلما تيقن الصوت : أى أنهم يميزون شهادته في الأقوال مطلقاً . أما في الأفعال فيميزون شهادته في كل ما حملة قبل العمى إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه^(٣) .

ومذهب الزيديين لا يكاد يختلف عن مذهب الشافعى ، فالقاعدة عندهم أن شهادة الأعمى لاتصح فيما يفتقر إلى الرؤية عند الأداء ، فإذا شهد بما يحتاج إلى المعاينة عند أداء الشهادة لاتقبل شهادته إلا أن يكون المشهود عليه في يده من

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٣٥٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٦١ .

(٣) المغنى ج ١٢ ص ٦١ ، ٦٢ .

قبل ذهاب بصره كثوب متنازع عليه فإذا لم تكن المعاينة لازمة عند الأداء قبلت شهادة الأعمى فيما يثبت بطريق الاستفاضة كالنسب والكناح، فإن كان مما لا يثبت بطريق الاستفاضة قبلت شهادته فقط فيما تحمله قبل ذهاب بصره ، لأن الشهادة على الصوت وحده لا تصح ، على أن البعض يرى قبول الشهادة كلما عرف الأعمى الصوت على وجه اليقين^(١) .

أما الظاهريون فيقبلون شهادة الأعمى مطلقاً في الأقوال والأفعال ، وفيما تحمله قبل العمى وفيما تحمله بعده ، ويردون على من يقولون إن الأصوات تشبهه بأن الصور أيضاً تشبهه ، وما يجوز لمبصر أو أعمى أن يشهد إلا بما يوقن ولا يشك فيه ، وأن الأعمى لو لم يقطع بصحة اليقين على من يكلمه لما حل له أن يطاء أمراته إذ لعلها أجنبية ، ولا يعطى أحداً ديناً عليه إذ لعله غيره ، ولا أن يبيع من أحد ولا أن يشتري ، وأن الله جل شأنه أمر بقبول البيعة ولم يشترط أعمى من مبصر وما كان ربك نسياً^(٢) .

٥٣٤ - سادساً - العدة : ولا خلاف في اشتراط العدالة في سائر الشهادات ، فيجب أن يكون الشاهد عدلاً لقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ ولقوله ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ فأمر جل شأنه بقبول شهادة العدل وبالتوقف في نبأ الفاسق ، والشهادة نبأ .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع^(٣) لأهل البيت »^(٤)

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٩ ، ٢٠٠

(٢) المحلى ج ٩ ص ٤٣٣

(٣) القانع : هو التابع الذى ينفق عليه أهل البيت

(٤) رواه أحمد وأبو داود والترمذى

وفي رواية أخرى « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر^(١) على أخيه^(٢) » .

ويفسر بعض الفقهاء الخيانة بحيث تشمل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره ، ولا يخصها بأمانات الناس ، ويؤيد هذا التفسير بقوله تعالى ﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ﴾^(٣) والعدالة كما يعرفها المالكيون هي المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقى الصفائر ، وأداء الأمانة وحسن المعاملة ، وليست العدالة أن يمحض الإنسان الطاعة حتى لا تشوبها معصية إذ ذلك متعذر لا يقدر عليه إلا الأولياء والصديقون لكن من كانت الطاعة أكثر حالة وأغلبها عليه ، وهو محتجب للكبائر يحافظ على ترك الصفائر فهو العدل^(٤) .

ويعرف الحنفيون العدالة بأنها الاستقامة على أمر الإسلام ، واعتدال العقل ومعارضة الهوى ، وليس لكمالها حد يدرك ، فيكتفى لقبولها بأدنى حدودها وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة ، وعندهم أن العدل هو من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج ، وهو من يكون محتجباً للكبائر غير مصر على الصفائر ، ومن يكون صلاحه أكثر من فساد ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومن تكون مروءته ظاهرة^(٥) .

ويعرف الشافعيون العدالة بأنها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصفائر فمن تجنب الكبائر والصفائر فهو عدل ، ومن تجنب الكبائر وترك الصفائر وكان ذلك نادراً من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته لأنه لا يوجد من يمحض الطاعة ولا يخطئها بمعصية ، وإن كان ذلك غالباً في أفعاله فسق وردت شهادته

(١) ذى الحقد والأحنة

(٢) رواه أبو داود

(٣) سورة الأحزاب : ٧٢

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠

(٥) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٤ حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٥

لأنه من استجاز إلا كثار من الصفات استجاز أن يشهد بالزور ، فالحكم معلق على الغالب من أفعاله ^(١) .

ويعرف الحنابلة العدالة بأنها استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله ، ويعتبر لها شيان . أولهما : الصلاح في الدين وهو من وجه أداء الفرائض بسننها الراتبة ، فلا تقبل الشهادة ممن داوم على تركها لفسقه ، ومن وجه آخر اجتناب المحرم فلا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة . وثانيهما : استعمال المروءة وهو الإتيان بما يحمله ويزينه ، وترك ما يندسه ويشينه ^(٢) .

ويلاحظ أن فقهاء المذاهب السابقة يلحقون المروءة بشرط العدالة ، لأن ترك المروءة يدل على عدم المحافظة الدينية وهي لازم العدالة .

والمروءة عند المالكيين هي المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الدم عرفاً ، كترك الملىء الانتماء في بلد يستقبح فيه مشى مثله حافياً ، وعلى ترك ما فعله مباح يوجب دمه عرفاً . كالأكل في السوق . وفي حانوت الطباخ لغير الغريب ، ولا يراد بالمروءة نظافة الثوب . وفراة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة بل المراد التصون والسمت الحسن . وحفظ اللسان . وتجنب المجون والسخف . والارتفاع عن كل خلق ردى يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن في نفسه حرمه ^(٣) .

والمروءة عند الحنفيين أن لا يأتى الإنسان بما يعتذر منه مما يبغضه عن مرتبته عند أهل الفضل ، وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنى . والمروءة عند محمد هي الدين والصلاح ^(٤) .

والمروءة عند الشافعيين هي الإنسانية . وهي مشتقة من المرء . وعندهم أن من ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد الزور . لأن من لا يستحي من الناس في

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٤٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٤٣٧ - المغنى ج ١٢ ص ٣٢

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٢ (٤) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٠

ترك المروءة لم يبال بما يصنع^(١) ويستدلون على ذلك بما روى أبو مسعود البدرى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت » .

والمروءة عند المناوبة هي تمسك الإنسان بما يحمله ويزينه وترك ما يشينه، أو هي اجتناب الأمور الدنيئة المزرية بالإنسان من فعل أو قول أو عمل^(٢) .

والعدل في المذهب الزيدى هو من كان منزها عن محظورات دينه . فالعدالة عندهم إذن هي التنزه عن المحظورات الدينية^(٣) ويعرفها بعضهم بأنها ملازمة التقوى والمروءة .

والعدل عند الظاهريين هو من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة . والكبيرة هي ما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم كبيرة . أو ما جاء فيه الوعيد . والصغيرة ما لم يأت فيه وعيد . وهم لا يشترطون المروءة لتحقيق العدالة ويرون الاكتفاء بالطاعة واجتناب المعصية ، لأنه إذا كانت المروءة من الطاعة فالطاعة تغني عنها ، وإن لم تكن من الطاعة فلا يجوز اشتراطها في أمور الديانة إذ لم يأت بذلك قرآن ولا سنة^(٤) .

واختلف الفقهاء في ثبوت العدالة فرأى أبو حنيفة والظاهرية أن العدالة تفتقض في الشاهد حتى يثبت جرحه ، بمعنى أنه إذا لم يجرح المشهود عليه الشاهد قبلت الشهادة دون أن يكون على القاضى أن يتجرى عن عدالة الشاهد ، وحجة أبو حنيفة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الناس عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف » وما جاء في كتاب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرياً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد أو ظنيناً في ولاء أو قرابة » وحجة الظاهريين أن فاعل الكبيرة فاسق وأن من عده عدل لقوله تعالى : ﴿ أَنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرَ عَنْكُمْ

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٤٣

(٢) المنقذ ج ١٢ ص ٣٣ - الاقتناع ج ٤ ص ٤٣٧

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٤ - البحر الرخاير ج ٥ ص ٥٠

(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٣ ، ٣٩٥

سَيِّئَاتِكُمْ ﴿١﴾ وما كفره الله وأسقطه لأجل لأحد أن يذم به صاحبه ولا أن يصفه به ﴿٢﴾

ويرى المالكيون والشافعيون والحنابلة والزيديون ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، أن يتحرى القاضى عن عدالة الشهود ولو لم يجرحهم المشهود عليه لأن القضاء قائم على شهادة العدل فوجب أن يتأكد القاضى من توفر صفة العدالة فى الشاهد ليقبل شهادته ﴿٣﴾ .

٥٣٥ - سابعاً : الإسلام : ويشترط فى الشاهد أن يكون مسلماً ، فلا تقبل شهادة غير المسلم سواء كانت الشهادة على مسلم أو غير مسلم . وهذا هو الأصل الذى يسلم به جميع الفقهاء ، وهو مأخوذ من قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ﴿٤﴾ وقوله ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ ﴿٥﴾ ولكن هذا الأصل المتفق عليه له استثناءات مختلفة عليها :

الاستثناء الأول : شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض :

يرى الحنفيون قبول شهادة الذميين على مثلهم والحريين على مثلهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ، ولأنهم من أهل الولاية على أنفسهم وأولادهم ، فيكونون من أهل الشهادة على جنسهم ﴿٦﴾ .

ويرى الزيدون قبول شهادة غير المسلم على ملته دون غيرهم من الملل ، فلا تجوز شهادة اليهود على النصارى ولا شهادة النصارى على اليهود ﴿٧﴾ .

ويرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض

(١) سورة النساء : ٣٠ (٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٦٩ - المحلى ج ٩ ص ٣٩٣

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣١٢ - الاقناع ج ٤

ص ٤٠٠ - البحر الرائق ج ٧ ص ٦٩ - المحلى ج ٩ ص ٣٩٣ ، ٣٩٤

(٤) سورة البقرة : ٢٨٢ (٥) سورة الطلاق : ٢

(٦) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٢ ، ١٠٤

(٧) شرح الازهار ج ٤ ص ١٩٣

تحقيقاً المصلحة العامة وتحقيقاً للعدالة ، وهما بذلك يرجحان رواية ضعيفة عن أحمد بجواز قبول الشهادة^(١) .

ولا يقبل المالكيون والشافعيون شهادة غير المسلمين ، وهذا يتفق مع الرواية المشهورة في مذهب أحمد - وهى الرواية المعمول بها - كما يتفق مع المذهب الظاهرى^(٢) .

الاستثناء الثاني : شهادة غير المسلمين على المسلمين فى الوصية حال السفر : يرى الحنابلة أنه إذا شهد بوصية المسافر الذى مات فى سفره شهود من غير المسلمين قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهم لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابكم مصيبة الموت ﴾^(٣) . ويتفق رأى الظاهريين مع رأى الحنابلة فى قبول شهادة غير المسلم إذا لم يوجد غيرهم .

أما المالكيون والحنفيون والزيديون فلا يقبلون شهادة غير المسلم فى هذه الحالة ، وحجتهم أن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل فى الوصية كالفاسق ، ولأن الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا فى تأويل الآية : فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال المراد بقوله ﴿ من غيركم ﴾ أى من غير عشيرتكم ، ومنهم من قال معنى الشهادة فى الآية هو اليمين^(٤) .

الاستثناء الثالث : شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة :

يرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلم على المسلم فى كل

(١) الطرق الحكمية ص ١٥٧ ، ١٦٣

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩ - المغنى ج ١٢

(٣) سورة المائدة ١٠٦

ص ٥٣ - المحلى ج ٩ ص ٤٠٦

(٤) المغنى ج ١٢ ص ٥١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤

ص ٣٣٩ - المحلى ج ٩ ص ٤٠٦ - الطرق الحكمية ص ١٦٣ ، ١٧١

ضرورة حضراً وسفراً في كل شيء عدم فيه المسلمون قياساً على قبول شهادتهم في الوصية ، لأن شهادتهم قبلت في الوصية للضرورة فتقبل في كل ضرورة .

وفي مذهب أحمد رواية بقبول شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه وهذا للضرورة .

ويميز مالك شهادة الطبيب غير المسلم حتى على المسلم للحاجة استثناءً واحداً في مذهبه أما بقية الفقهاء فلا يقبلون شهادة غير المسلم ^(١) .

٥٣٦ - ثانياً : انتفاء موانع الشهادة : ويشترط في الشاهد أن لا يقوم به

مانع يمنع شرعاً من قبول شهادته ، والموانع التي تمنع من قبول الشهادة هي :

أ - القرابة : تمنع القرابة من قبول الشهادة عند مالك : من ذلك أنه لا يقبل شهادة الأبوين لأولادهما ، ولا شهادة الأولاد لأبويهما ، ولا يقبل شهادة الزوجين أحدهما للآخر ^(٢) .

ويمنع أبو حنيفة من قبول شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله وأحد الزوجين للآخر ^(٣)

وفي مذهب الشافعي لا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ، على أن بعض فقهاء المذهب يرى قبولها . أما شهادة أحد الزوجين للآخر فلا مانع منها عند الشافعيين ^(٤) .

وفي مذهب أحمد لا تقبل شهادة عمودي النسب بعضهم لبعض من والد وإن علا ولو من جهة الأم ، وولد وإن سفل من ولد البنين والبنات . كذلك لا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه ^(٥) .

وحجة من يمنع الشهادة للقرابة ما رواه ابن عمر عن رسول الله صلى الله

(١) المراجع السابقة والفتي ج ١٢ ص ٥٤ والطرق الحسكية ١٥٩ ، ١٧١ ، ١٧٤

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤

(٣) البحر الرائق ج ٧ ص ٨٧ ، ٨٩ (٤) المذهب ج ٢ ص ٣٤٧

(٥) الإقناع ج ٤ ص ٤٢١

عليه وسلم أنه قال « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى حنة » والظنين المتهم ، والقريب منهم بمحابة قريبه .

ويرى الظاهريون والزيدون أن القرابة لا تمنع من قبول الشهادة ما دام الشاهد عدلاً ، فكل عدل مقبول لكل أحد وعليه ^(١) .

ب - العداوة : وجهور الفقهاء لا يقبلون شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة من الشاهد والمشهد عليه في أمر الدنيا كالأموال والموارث والتجارة ونحوها . أما إذا كانت غضباً لله لفسقه وجراءته على الله لغير ذلك لم تسقط . ولذلك تجوز شهادة المسلم على غير المسلم لأن عداوة الدين عامة . والمعتبر في عدم قبول الشهادة العداوة الخاصة ، وعلى هذا مذهب مالك والشافعي وأحمد والمذهب الزيدى ^(٢) .

وفي مذهب أبي حنيفة يرى المتأخرون أن شهادة العدو لا تقبل على عدوه إن كانت العداوة دنيوية . لأن المعادة لأجل الدنيا حرام فمن عادى لأجل الدنيا لا يؤمن منه القول على عدوه . أما إذا كانت العداوة لأجل الدين فإنها لا تمنع من قبول الشهادة ، لأنها تدل على كمال دين الشاهد وعدالته . وهذا لأن المعادة قد تكون واجبة كأن رأى فيه منكراً ولم ينته بنهييه .

أما المتقدمون من فقهاء المذهب فيرون أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع من الشهادة ما لم يفسق الشاهد بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة . ويرى أبو حنيفة نفسه أن شهادة العدو على عدوه تقبل إن كان عدلاً ولكن المتأخرين خالفوا رأيه لما رواه أبو داود مرفوعاً « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه » . والغمر هو الحقد ^(٣) .

(١) المحلى ج ٩ ص ٤١٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٥٢ - المذهب ج

ص ٣٤٨ - المغنى ج ١٢ ص ٥٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٧

(٣) البحر الرائق ج ٧ ص ٩٣ ، ٩٤

ويرى الظاهريون أن الحكم يتعلق بنفس الشاهد فإن كانت عداوته للمشهدود له تخرجه إلى مالا يحل فهي جرحه فيه ترد شهادته لكل أحد وفي كل شيء، وإن كانت العداوة لا تخرج الشاهد إلى مالا يحل فهو عدل مقبول الشهادة .
ويرد الظاهريون الحديث السابق من كل طرقة ، لأن في رواته مجهولين أو لأنه مرسل ، ويحتجون بقوله تعالى : ﴿ ولا يجرمكم شأن قوم على أن لا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾^(١) ويرون أن الله أمرنا بالعدل على أعدائنا فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو صديقه أو لهما أو شهد وهو عدل على عدوه أو صديقه أو لهما فشهادته مقبولة وحكمه نافذ^(٢) .

ج — التهمة : وهي أن يكون بين الشاهد والمشهدود له ما يبعث على الظن بأن الشاهد يحابي المشهدود له بشهادته ، أو أن يكون للشاهد مصلحة تعود عليه من أداء الشهادة ، ويدخل تحت التهمة شهادة القريب لقريبه والعدو على عدوه ، ولكننا رأينا أن نخص القرابة والعداوة بالكلام على حدة لما لها من أهمية خاصة .
والشهادات التي يتهم فيها الشاهد كثيرة ، من ذلك شهادة الشريك لشريكه وشهادة الأجير لمن يستأجره ، وشهادة الخادم لمخدومه ، وشهادة السائل ، وشهادة الوكيل لموكله ، وشهادة من يدفع بالشهادة عن نفسه ضرراً أو يجبر لنفسه نفعاً .
والأصل في عدم قبول الشهادة للتهمة قوله تعالى ﴿ وأدنى ألا ترتابوا ﴾^(٣) وما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة ظنين » وأنه قال « لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة » والظنة التهمة والحنة العداوة .

والفقهاء لم يتفقوا على كل الحالات التي ترد فيها الشهادة للتهمة ، فبعضهم يرد الشهادات في كل الحالات التي سبق ذكرها ، وبعضهم يردها في حالات دون حالات أو من وجه دون وجه ، ومنشأ ذلك اختلاف وجهات النظر عند التطبيق .
ويمكن القول بأن جمهور الفقهاء في مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي

(١) سورة المائدة : ٨ (٢) المحلى ج ٩ ص ٤٩٨ ، ٤٢٠

(٢) سورة البقرة : ٢٨٢ .

وأحمد وزيد لا يقبلون الشهادة للتهمة على اختلاف بينهم في التطبيق . أما الظاهريون فلا يرون الشهادة للتهمة ، ويرون قبول الشهادة مادام الشاهد عدلاً^(١) .

٥٣٧ - الشروط الخاصة للشهادة على الزنا : - يشترط أن تتوفر في شاهد

الزنا - بعد الشروط العامة التي ذكرناها - شروط خاصة هي : -

أولاً : الذكورة : يشترط جمهور الفقهاء في شهود الزنا أن يكونوا رجالاً كلهم ، ولا يقبلون في الزنا شهادة النساء ، ذلك أن النصوص قاطعة في أن عدد الشهود لا يقل عن أربعة^(٢) وأن شهادة الرجل تعادل شهادة امرأتين $\frac{1}{2}$ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداها فتذكر إحداها الأخرى $\frac{1}{2}$ ^(٣) وإذا كان لفظ الأربعة اسم لعدد الشهود فإن ذلك يقتضي الاكتفاء بشهادة أربعة ، ولا شك في أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم إذ أن أقل ما يجزى في هذه الحالة خمسة على فرض أن فيهم امرأة واحدة ، وهذا مخالف للنص كذلك فإن في شهادة النساء شبهة لتطرق الضلال إليهن والقاعدة عند جمهور الفقهاء أن الحدود تدرأ بالشبهات .

ومذاهب الفقهاء الأربعة^(٤) تقوم على اشتراط الذكورة في الشاهد وكذلك مذهب الشيعة الزيدية^(٥) على أن اشتراط الذكورة إذا كان له محل في شهادة الإثبات فلا محل لاشتراطه في شهادة النفي ومن ثم يجوز أن يكون شهود النفي من النساء .

(١) المحلى ج ٩ ص ٤١٢ ، ٤٢٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ ، ١٧٧ البحر الرائق ج ٧ ص ٨٦ ، ١٠٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٤٩ ، ٣٥٤ - المغنى ج ١٢ ص ٤٩ ، ٦٠ . شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٥ ، ١٩٩ .

(٢) راجع الفقرة ٥١ (٣) سورة البقرة : ٢٨٢

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٨٠ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ . المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ - المغنى ج ١٠ ص ١٧٥ .

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٨٥ ، ١٨٦

وقد روى عن عطاء وحامد أنهما قبلتا شهادة ثلاثة رجال وامرأتين في الزنا^(١)
ويرى ابن حزم أنه يجوز أن يقبل في الزنا امرأتان مسلمتان عدلتان مكان
كل رجل فيكون الشهود ثلاثة رجال وامرأتين أو رجلين وأربع نسوة أو رجلاً
واحداً وست نسوة أو ثمان نسوة فقط لارجال معهم^(٢).

هل يصح أنه يكون الزوج شاهداً؟ لا يجوز مالك والشافعي وأحمد أن
يكون الزوج أحد الشهود على زوجته الزانية، لأن الزوج يقذف الزوجة بالزنا،
أو لأنه متهم بدعواه أن الزوجة خائنة^(٣).

ويرى أبو حنيفة أن يكون الزوج أحد الشهود الأربعة، وأنه غير متهم في
شهادته لأن التهمة ماتوجب جر نفع، والزوج ملحق على نفسه بهذه
الشهادة لحوق العار وخلو الفراش خصوصاً إذا كان له منها أولاد صغار^(٤) وعلى
هذا مذهب الزيديين^(٥).

ويفرق ابن حزم بين ما إذا جاء الزوج قاذفاً وبين مجيئه شاهداً، فإن جاء
الزوج قاذفاً فلا بد من أربعة شهود سواء وإلا حداً أو يلاعن، فإن لم يكن
قاذفاً لکن جاء شاهداً فإن كان عدلاً ومعه ثلاثة عدول فهي شهادة تامة وعلى
المشهود عليها حد الزنا^(٦).

ثانياً: الأصول: ويشترط أبو حنيفة الأصالة في الشهود، أى أن يكونوا
شهدوا الحادث بأنفسهم، فلا تقبل عنده شهادة الشاهد على الشاهد^(٧) أى الشهادة
السماعية، كما أنه لا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى، أى أنه لا يقبل شهادة شهود
الإببات أمام قاض غير القاضى الذى ينظر الدعوى ويفصل فيها إذا شهدوا كلهم

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٧٥ (٢) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٨ - المذهب ج ٢ ص ٣٨٤ الاقتناع ج ٤ ص ٤٤٢

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ (٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧

(٦) المحلى ج ١١ ص ٢٦١، ٢٦٣

(٧) تسمى شهادة الشاهد السماعية وتسمى أيضاً بالارعاء لأن الأصل يستترعى السامع
ليسمع شهادته.

أو بعضهم أمام الأول فأرسل شهادتهم إلى الأخير ، لأن كتاب القاضى يعتبر بذاته شهادة على شهادة .

والعلة فى منع الشهادة على الشهادة قيام الشبهة فى صحة الشهادة المنقولة ، ذلك أن الاحتياط واجب فى الحدود ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات فلا تقبل الشهادة للشبهة فى صحتها .

ويرتب أبو حنيفة على عدم قبول شهادة الفروع ^(١) أنه إذا جاء الأصول بعد رد شهادة الفروع فشهدوا بأنهم عاينوا الحادث وذكروا نفس ما شهد به الفروع من الزنا ، فلا تقبل شهادة الأصول أيضاً لأن شهادتهم قد رددها الشرع من وجه برد شهادة الفروع فى عين الحادثة التى شهد بها الأصول إذ هم قائمون مقامهم فيصار ذلك شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه بالزنا ^(٢) .

والأصل عند أبى حنيفة هو قبول الشهادة على الشهادة ، ولكنه لا يقبلها استثناء فى الحدود والقصاص ^(٣) .

والأصل عند الشافعى أن الشهادة على الشهادة تجوز فى حقوق الأدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى ، لأن الحاجة تدعو لذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة ، أما الحدود المقررة حقاً خالصاً لله تعالى وهى حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر ففيها قولان : أحدهما أنه يجوز فيها الشهادة على الشهادة لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الأدميين . والثانى : أنه لا يجوز لأن حدود الله تعالى مبنية على الدراء والإسقاط فلا تثبت إلا بما يؤكدها ويوثقها ، والشهادة على الشهادة فيهما من الشبهة ما يمنع من التأكيذ والتوثيق ، وهذا هو رأى الراجح فى المذهب ^(٤)

(١) تسمى شهادة من عاين الحادث شهادة الأصول ، وتسمى شهادة الناقلين عن الأصول بشهادة الفروع .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧١ (٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤٤

(٤) المذهب ج ٢ ص ٣٥٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٧٧ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٥١

والقاعدة عند الشافعي أن ما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى ، وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى ، لأن الكتاب لا يثبت إلا بتحمل القاضى الذى كتبه الشهادة فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة^(١).

ويرى أحمد أن الشهادة على الشهادة لا تقبل إلا فى حق يقبل فيه كتاب القاضى إلى القاضى ، وترد فيما يرد فيه^(٢) ولا يقبل كتاب القاضى عند أحمد فى حد لله تعالى كالزنا ، ويقبل فى كل حق آدمى من المال وما يقصد به المال كالدية والقصاص والقتل . ويعملون التسوية بين كتاب القاضى والشهادة على الشهادة بأن كتاب القاضى ليس إلا شهادة على شهادة^(٣).

ولا يقبل الزيدون الشهادة على الشهادة فى الزنا ، لأن القاعدة عندهم أن الشهادة على الشهادة (أو الارعاء) تجوز فى جميع الحقوق إلا الحد والقصاص^(٤) ولا يشترط مالك الأصالة فى الشهود ، فتجوز عنده الشهادة على الشهادة فى الحدود وغير الحدود كما يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود وغير الحدود . ويشترط فى مذهب مالك أن ينقل عن كل شاهد أصيل شاهدان ، ويجوز أن ينقل الشاهدان عن شاهد واحد أو عن أكثر من شاهد ، ولكن لا يجوز بحال أن ينقل شاهد واحد عن شاهد أصيل ولو مع يمين المدعى ، ويشترط فى الشاهدين الناقلين أن لا يكون أحدهما شاهداً أصيلاً ، كأن يشهد شخص على معاينة الجريمة ، ويشهد مع غيره على شهادة آخر عاين الجريمة^(٥).

وفى الزنا يجوز أن يشهد أربعة على شهادة أربعة ويشهد كل اثنين على شهادة واحد أو شهادة اثنين ، أو يشهد ثلاثة على شهادة ثلاثة ويشهد اثنان على شهادة الرابع

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٥ (٢) الإقناع ج ٤ ص ٤٤٧

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٤٠٦ (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٨٦ ، ٢٠٥

(٥) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٥

أما إذا شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة الأربعة فلا تقبل الشهادة ، لأنهم يوجبون أن لا يكون عدد الشهود السماعيين أقل من عدد الشهود الأصليين^(١) .

وإذا شهد اثنان على شهادة ثلاثة وشهد اثنان على شهادة الرابع لم تصح الشهادة ، لأنه لا يصح أن يكون عدد الشهود السماعيين أقل من عدد الأصليين وكذلك الحكم لو أدى الرابع الشهادة بنفسه أو نقل ثلاثة عن ثلاثة وواحد عن كل الأربعة إذ الرابع لم ينقل عنه اثنان^(٢) .

ويجوز عند مالك أن تجتمع شهادة النقل بشهادة الأصل ويلفق منهما شهادة واحدة في الزنا وغيره كأن يشهد اثنان على رؤية الزنا وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين ، أو يشهد ثلاثة بالرؤية وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين ، أو يشهد ثلاثة بالرؤية وينقل اثنان عن الرابع ، فتم الشهادة في هاتين الصورتين وتعتبر شهادة مقبولة ، لكن إذا نقل اثنان عن ثلاثة وشهد الرابع بنفسه فلا تقبل الشهادة لأن النقل غير صحيح إذ الاثنين لا ينقلان عن ثلاثة^(٣) .

وعند الظاهريين تقبل الشهادة على الشهادة في كل شيء . ويقبل في ذلك واحد على واحد ، لأن الله تعالى أمرنا بقبول شهادة العدول ، والشهادة على الشهادة شهادة عدول فقبولها واجب ، ولا فرق بين واحد وبين اثنين في تبين الحق خصوصاً وأن ما ينقله شاهد السماع خبر والخبر يؤخذ من الواحد الثقة^(٤) .

والقاعدة عند جمهور الفقهاء^(٥) أن الشهادة على الشهادة لا يجوز الحكم بها إلا عند تعذر حضور الشهود الأصلاء كأن يموت الشاهد الأصيل ، أو يمرض

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٢) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٥ ، ١٩٦

(٣) شرح الزرقاني ص ١٩٦

(٤) المحلى ج ٩ ص ٤٣٨ وما بعدها

(٥) يرى أبو يوسف ومحمد بن الحسن قبول الشهادة على شهادة الحاضر في المصر وإن كان صحيحاً ويرى مثل ذلك ابن حزم وحجته أنه لم يجد لمن منع من قبول الشهادة على شهادة الحاضر حجة أصلاً لا من قرآن ولا من سنة ولا من قول أحد سلف ولا قياس ولا معقول المحلى ج ٩ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩

مرضاً يمنعه من الانتقال ، أو أن يكون غائباً . أو مجهول المكان فإذا كان حضور الأصل ممكناً لم تقبل الشهادة على الشهادة ، لأن شهادة الأصل أقوى لكونها مثبتة لنفس الحق أما الشهادة على الشهادة فنثبت شهادة الشاهد الأصل^(١) ورأى أبو حنيفة والشافعي وأحمد في كتاب القاضي إلى القاضي يتفق مع قاعدة القانون المصري في المسائل الجنائية ، إذ يوجب أن يسمع الشهود القاضي الذي يحكم في القضية . أما رأى مالك والظاهرين فيتفق مع قاعدة القانون المصري في المسائل المدنية ، إذ يحيز في المسائل المدنية أن يسمع الشهود قاض غير الذي يحكم في القضية ثم يرسل بالشهادة مكتوبة إلى زميله الذي ينظر موضوع القضية .

ثالثاً : أنه لا يتقدم المرد : - يشترط أبو حنيفة لقبول الشهادة أن لا يكون حادث الزنا قد تقدم ، والأصل في مذهب أبي حنيفة أن شهادة الشهود بحد متقدم لا تقبل إلا في حد القذف خاصة ، وعلة التفرقة بين القذف وغيره من الحدود أن الشاهد لا يستطيع أن يتقدم بشهادته في القذف إلا بعد رفع الدعوى ، ولا يحرك الدعوى إلا المقتذوف فإذا تأخر الشاهد حتى رفعت الدعوى فلا تهمة ، أما بقية الحدود فيجوز للشاهد فيها أن يتقدم لشهادته دون حاجة لشكوى من المجنى عليه .

ويحتج الحنفيون لفكرة التقدم بأن الشاهد طبقاً لقواعد الشريعة مخير إذا شهد الحادث بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾^(٢) وبين أن يستتر على الحادث لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الحادث حتى قدم عليه العهد دل بذلك على اختيار جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فهو دليل على أن الضعيفة هي التي حملته على الشهادة ، ومثل هذا لا تقبل شهادته للتهمة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٩٨ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٥ - الاقناع ج ٤ ص ٤٤٧

(٢) سورة الطلاق : ٢

حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٤

والضفينة ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضعف ولا شهادة لهم ، ولم ينقل أن أحدا أنكر عليه هذا القول فيكون إجماعاً ، والمستفاد من قول عمر إن الشهادة المتأخرة تورث التهمة ولا شهادة لمتهم طبقاً لقواعد الشريعة العامة ^(١) .

ومع أن أبا حنيفة يقول بالتقادم على الوجه السابق ، فإنه يرد الشهادة المتقدمة ، ويقبل الإقرار بما سوى الشرب ويؤيده في هذا أبو يوسف ولكن محمداً بن الحسن يرى رد الشهادة المتقدمة ويقبل الإقرار مطلقاً حتى بالشرب القديم ^(٢) .

ويستخلص مما سبق أن الحنفيين لا يجعلون للتقادم أثراً على الجريمة ، فالجريمة قائمة مهما تقادم عليها العهد ومن الواجب أن يعاقب مرتكبها ، ولكنهم يجعلون للتقادم أثراً على الشهادة بحيث إذا تأخرت الشهادة عن الوقت المناسب ردت للتهمة ، ورد الشهادة يؤثر من طريق غير مباشر على الجريمة إذ لا يعاقب الجاني عليها لانعدام الأدلة .

وهناك رأى آخر نقل عن ابن أبي ليلى وخلاصته أن لا تقبل الشهادة ولا الإقرار أيضاً إذا تقادما ^(٣) .

ولا يمنع التقادم عند أبي حنيفة من قول الشهادة إلا إذا كان تأخر الشاهد في التقدم بشهادته لغير عذر ظاهر ، فإن كان التأخر في الشهادة لعذر ظاهر قبلت الشهادة ، كبعد المسافة عن محل القاضى أو كمرض الشاهد أو غير ذلك من الموانع الحسية ^(٤) .

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً ، وفوض الأمر للقاضى يقدره طبقاً

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٥

نظروف كل حالة لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً، ولكن بعض فقهاء المذهب قدروا التقادم بشهر وقدره البعض الآخر بستة أشهر^(١).

أما مالك والشافعي وأصحابهما ومعهم الزيدون والظاهرية فلا يعترفون بالتقادم ويقبلون الشهادة المتأخرة والإقرار بجرعة قديمة ولا يردونهما لقدمهما^(٢).

وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع رأي أبي حنيفة والثاني يتفق مع رأي مالك والشافعي وهو الرأي المعمول به في المذهب^(٣).

رابعا - أنه تكون الشهادة في مجلس واحد : ويشترط عند مالك وأبي حنيفة وأحمد أن يتقدم شهود الزنا بشهادتهم في مجلس قضائي واحد ، وليس من الضروري عند أحمد أن يأتي الشهود مجتمعين ، فيصح أن يأتوا متفرقين مادام مجلس القضاء منمقداً ، فإذا انقضى المجلس فلا تقبل شهادة المتأخر منهم ، واعتبر من أدى الشهادة قاذفاً مادام أن عددهم أقل من أربعة ، أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان تجمع الشهود عند بدء الشهادة ، فإن جاءوا متفرقين يشهدون واحداً بعد الآخر لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا ، فالشرط إذن اجتماعهم في مجلس واحد وقت أداء الشهادة ، أما إذا جاء بعضهم فجلس في أما كن الشهود فلما بدأت المحكمة سماع الشهود لم يكن عددهم متكاملاً فلما سئل أحدهم جاء الثاني ولما سئل الثاني حضر الثالث وهكذا فإن شهادتهم لا تقبل ويعتبرون قذفة^(٤).

ولا يشترط الشافعية والزيدون والظاهرية هذا الشرط ويستوى عندهم أن يأتي الشهود متفرقين أو مجتمعين وأن تؤدي الشهادة في مجلس واحد أو أكثر

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٥

(٢) المغني ج ١٠ ص ١٨٧ - المحلى ج ١١ ص ١٤٤ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٩

(٣) المغني ج ١٠ ص ١٨٧

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٧٦ وج ٨ ص ٨١

شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨ - المغني ج ١٠ ص ١٧٩، ١٧٨

(٢٧ - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

من مجلس ، وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ﴾ فذكر الشهود ولم يذكر المجلس ، وقال ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت ﴾ ولأن كل شهادة مقبولة ، تقبل إن اتفقت ولو تفرقت في مجلس كسائر الشهادات^(١) .

ويحتاج أصحاب الرأي المضاد بعمل عمر رضى الله عنه فقد شهد على المغيرة ابن شعبة ثلاثة وهم أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد ولم يشهد زياد فخذ عمر الثلاثة ولو كان المجلس غير مشروط لم يحز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر ، ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكانت شهادتهم . وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط ولهذا لم تذكر العدالة وصفة الزنا مثلاً ، ولأن قوله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ﴾ لا يخلو من أن يكون مطلقاً في الزمان كله أو مقيداً ، ولا يصح أن يكون مطلقاً لأنه يمنع من جواز جلدهم ، لأنه ما من زمن ألا يجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء أو يكملهم إن كان قد شهد بعضهم فيمتنع جلدهم للمأمور به ، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد به المجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة^(٢) .

فهاما : أنه يكوره عمر الشهود أربعة : - إذا شهد على الزنا أقل من أربعة شهود لم تقبل شهادتهم وحدوا حد القذف عند مالك وأبي حنيفة والزيديين^(٣) لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾^(٤)

والرأي الراجح في مذهب الشافعي ومذهب أحمد يتفق مع رأي مالك وأبي حنيفة ، أما الرأي المرجوح فيرى أصحابه أن لا يحيد الشهود إذا نقص عددهم

(١) المغني ج ١٠ ص ١٨٧ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٩

(٢) المغني ج ١٠ ص ١٧٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٠ - شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٧ - المغني ج ١٠

ص ١٧٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨ هامش (٤) سورة النور : ٤

عن أربعة ما دام أنهم قد جاءوا بحجىء الشهود أى تقدموا لأداء الشهادة حسبة لله تعالى ، ولم يكن ثمة ما يدفعهم للشهادة غير ذلك ، ولأن الشهادة على الزنا أمر جائز والجائز لا عقاب عليه ، ولأن إيجاب العقاب يؤدي إلى الامتناع عن الشهادة خشية أن يتوقف أحد الشهود عن الشهادة^(١).

ويرى الظاهريون أن الشاهد بالزنا لا يحد أصلاً سواء كان معه غيره أم لم يكن إذ الحد شرع للقاذف الراعى ولم يشرع للشهداء أو البينة ، وقد فرق القرآن والسنة بين الشاهد من البينة وبين القاذف الراعى فلا يحل البتة أن يكون لأحدهما حكم الآخر^(٢).

ويرد أصحاب الراى المخالف بأن الثابت من قضاء عمر أنه حد الشهود الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بن شعبه حينما لم يكمل الرابع الشهادة وكان ذلك بحضور من الصحابة فلم ينكره أحد .

وإذا تبين أن الشهود الأربعة ليس لكلهم أولبعضهم أهلية الشهادة كأن كان أحدهم فاسقاً أو محدوداً في قذف ، فيرى مالك سقوط الشهادة وأن على الشهود جميعاً الحد ، لأنها شهادة لم تسكمل ، هذا إذا تبين انعدام الأهلية قبل الحكم ، أما إذا كان ذلك بعد الحكم فلاحد على واحد منهم ، لأن الشهادة تمت باجتهاد القاضى^(٣).

ويرى أبو حنيفة^(٤) حد الشهود سواء تبين انعدام الأهلية قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل التنفيذ ، أما إذا كان العلم بانعدام الأهلية بعد التنفيذ فإن كان الحد جلدًا فكذلك يحد الشهود ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة ، وعند محمد وأبي يوسف يجب الأرش في بيت المال . وإن كان الحد رجماً فلا يحد الشهود لأنه تبين أن كلامهم وقع قذفاً ، ومن قذف حيا ثم مات

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ — المغنى ج ١٠ ص ١٧٩
(٢) المحلى ج ١١ ص ٢٦٠
(٣) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٨

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨

المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال إذ يعتبر الخطأ حاصلًا من القاضي ، وخطأ القاضي في بيت المال ، لأنه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مالهم .
ويفرقون في مذهب أبي حنيفة بين الشهود باعتبار أهليتهم للتحمل والأداء فمنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل ومنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومنهم من ليس أهلاً للتحمل ولا للأداء كالصبيان والمجانين والكفار ، ومنهم من هو أهل للتحمل دون الأداء كالمحدودين في قذف العميان ، والنوع الأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها ، والثاني يجب التوقف في شهادته حتى يظهر صدقه ، والثالث لا شهادة له أصلاً ، والرابع تصح شهادته متحملاً ولا تقبل منه مؤدياً .

ويرتبون على هذه التفرقة أن من فقد أهلية التحمل أو الأداء أوهما معا يعتبر قاذفاً بشهادته فإذا شهد أربعة عميان أو كفار أو محدودون في قذف ، حدوا حد القذف ، وإذا شهد أربعة بالزنا أحدهم أعمى أو كافر أو محدود في قذف وجب على الأربعة حد القذف الأول لانعدام أهليته والثلاثة لأن الشهادة لم تكمل أما إذا شهد بالزنا أربعة فساق فإن الحد يسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت إذ أنهم أهل للشهادة على وجه القصور وكذلك الحال إذا شهد أربعة أحدهم فاسق^(١) .

وعند الشافعي أنه إذا شهد أربعة بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم فإن كان الرد بسبب ظاهر بأن كان أحدهم عبداً أو كافراً أو متظاهراً بالفسق كان الأمر كما لو لم يتم العدد ، لأن وجود هذا الشاهد كعدمه فلا يكمل العدد ، وإن كان الرد بسبب خفي كالفسق الباطن فقيه وجهان : أن حكمه حكم ما لو نقص العدد لأن عدم العدالة كعدم الوجود ، والوجه الثاني : أنهم لا يحدون قولاً واحداً لأنه إذا كان الرد بسبب باطن لم يكن من جهتهم تفريط في الشهادة فهم معذورون

فلا حد عليهم ، وإن كان الرد بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب الحد عليهم^(١) وفي مذهب أحمد ثلاث روايات إن كان الشهود غير مرضيين كلهم أو أحدهم الأولى : عليهم الحد لأنها شهادة لم تسكل فوجب الحد على الشهود كما لو كانوا ثلاثة ، والثانية لاحد عليهم لأنهم جاءوا أربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية لأن عددهم كمن ورد الشهادة لمعنى غير تفریطهم ، فأشبه ما لو شهد أربعة مستورون ولم تثبت عدالتهم أو فسقهم ، الثالثة : إذا كانوا فساقاً فلا حد عليهم وإن لم يكونوا كذلك وكانوا غير مرضي الشهادة كالكفار والعميان فعليهم الحد^(٢) .

ويلاحظ بهذه المناسبة ما سبق أن قلناه من أن في مذهب الشافعي وأحمد رأى يرى أصحابه أن لا يحسد الشهود إذا نقص عددهم مادام أنهم قد جاءوا بحجى الشهود .

ومذهب الزيديين على أنه إذا كمل عدد الشهود سقط حد القذف عنهم ولو لم تسكل عدالتهم لكن إذا لم يكونوا عدولا لم يحسد المقتوف ، وكذلك لو كان أحد الشهود غير أهل للشهادة كالأعمى والمجنون فإن الحد يسقط عن الشهود وعن المقتوف^(٣) ومعنى ما سبق أن الشهود لا يحسدون إلا في حالة واحدة هي أن لا يكمل عددهم أربعة .

أما الظاهريون فقد رأينا من قبل أنهم لا يرون حد الشاهد سواء كان وحده أو كان معه غيره ، ذلك أن الحد جعل للقاذف لا للشاهد .

ومن المتفق عليه أن شاهد السماع لاحد عليه إذا لم تقبل شهادته أو لم يكمل عدد الشهود ، لأن شهادته لا تعتبر قذفاً إذ أنه ينقل عن غيره والمفروض أنه حسن النية^(٤) فإذا شهد ثلاثة بأنهم رأوا الزنا وشهد الرابع بأنه سمع من آخر بأنه رأى الزنا لم تسكل الشهادة وحد شهود الرؤية عند من يرى حد الشهود إذا لم

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٨١

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠

(٣) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨

تكمل الشهادة^(١) ولم يحذ شاهد السماع . أما إذا شهد اثنان بالسماع وشهد ثلاثة بالرؤية فتقبل الشهادة وتعتبر كاملة عند مالك والظاهرين ولا تقبل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والزيديين ويحد الشهود الثلاثة عند أبي حنيفة والزيديين وعلى الرأي الراجح في مذهب الشافعي وأحمد .

وتقبل شهادة الشهود ولو اعترفوا بأنهم تعدوا النظر إلى فرج المرأة ولا تبطل شهادتهم بذلك لأن أداء الشهادة في الزنا يقتضي النظر إلى عين الفرج فيكون النظر مباحاً للشهود بقصد إقامة الشهادة ، كما يباح للطبيب بقصد علاج المرض^(٢) .

وإذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم ، فيرى مالك أن يحذ الشهود الراجعون عن شهادتهم حد القذف إذا كان الرجوع بعد الحكم سواء كان قبل الاستيفاء أو بعده ، أما إذا كان الرجوع قبل الحكم فيحد جميع الشهود ولو كان الرجوع من أحدهم فقط لأن الشهادة لم تكمل^(٣) .

والأصل عند مالك أن الرجوع عن الشهادة قبل الحكم يسقط الشهادة لاعتراف الشهود بأنهم كانوا على وهم أو شك أو كانوا غير عادلين . أما إذا كان الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء فالشهادة لا تسقط ولكن ينقض الحكم إذا تبين كذب الشهادة ، كأن يتبين أن المتهم بالزنا محبوب أو يظهر الشخص المدعى بقتله ، وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلا تسقط الشهادة ولا ينقض الحكم ولكن يعاقب الشهود^(٤) .

(١) يحذ الشهود في هذه الحالة طبقاً لمذهب مالك وأبي حنيفة وزيد وعلى الرأي الراجح في مذهب الشافعي ومذهب أحمد ولكنهم لا يحذون طبقاً لمذهب الظاهريين لأنهم يميزون شهادة السماع ويميزون أن ينقل الواحد عن واحد .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٦ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٢ - المفتي ج ١٠ ص ١٧٧
شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٧٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٨٨ (٣) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٧ (٤) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٦

ويرى أبو حنيفة أنه إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ، فإذا رجع أحدهم بعد الإمضاء فعليه ربع الدية وعليه حد القذف ، ويرى زفر أن لا يحد ، فإذا لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى يرجع أحدهم أى أن الرجوع يكون بعد القضاء وقبل الإمضاء فإن الشهود يحدون جميعاً ، وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، وإذا رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً ، وقال زفر يحد الراجع وحده^(١) .

والقاعدة عند الشافعى أنه إذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل إما أن يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء ، فإن كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لأنه يحتتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع ، ويحتتمل أن يكونوا صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة ، ولا حكم مع الشك ، فإن رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان في حد أو قصاص لم يحز الاستيفاء لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة ظاهرة ، وإن رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم .

ويترتب على هذه القواعد أنه إذا شهد أربعة بالزنا فرجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف وفي فقهاء المذهب من لا يرى حده لأنه أضاف الزنا للمشهود عليه بلفظ الشهادة دون قصد القذف وهو رأى مرجوح وأما الثلاثة فلا حد عليهم قولاً واحداً لأنه ليس من جهتهم تفریط ولأنهم شهدوا والعدد تام ورجوع الراجع لا يمكنهم الاحتراز منه ، فإن رجعوا كلهم وقالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد .

أما إذا رجعوا كلهم أو بعضهم بعد الحكم وقبل التنفيذ حد الراجع دون من لم يرجع . وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد التنفيذ فكذلك الحكم إلا إذا كانت العقوبة الرجم فعلى الشهود القود إذا تعمدوا في شهادتهم ما يوجب القتل ، وعليهم الضمان في حالة الخطأ^(٢) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٢

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ ، ٣٥٨ - المغنى ج ١٠ ص ١٨٢

وعند أحمد إذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحذف
أصح الروايتين ، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة والثانية يحد الثلاثة دون الراجع
لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم فيسقط عنه الحد ولأن
في درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذي تحصل به مصلحة الشهود عليه
وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحد^(١) .

والمذهب الزيدى على أن رجوع الشهود قبل الحكم يبطل الشهادة وكذلك
الحال في الرجوع بعد الحكم وقبل التنفيذ^(٢) ، ولذلك يحد الشهود حد القذف
إذا رجعوا قبل تنفيذ الحكم ويجب عليهم الأرش أو القصاص إذا كان الرجوع
بعد تنفيذ الحكم^(٣) .

والقاعدة عند الظاهريين أن رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم مبطل
للاشهادة وأن رجوعه عنها بعد الحكم مؤد لفسخ الحكم^(٤) وقد رأينا فيما سبق
أنهم لا يرون حد الشاهد بالزنا أصلاً كان معه غيره أو لم يكن^(٥) ويترتب على
ذلك أنه إذا رجع أحد الشهود أو كلهم فلا حد على أحد منهم لأن الحد على
القاذف لا على الشاهد

وتقبل الشهادة على الخصى والعنين لتصور حصول الزنا منهما وإمكان انتشار
الآلة بخلاف المحبوب فلا تقبل الشهادة عليه إذ لا يتصور منه الوطء .

وإذا شهد الشهود بحصول الزنا فدفعت المرأة الشهادة بأنها عذراء عرضت
على امرأة أو أكثر فإذا شهدن بأنها كذلك درى الحد عنها وتكفى شهادة
امرأة واحدة إذا لم يوجد غيرها وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد ، لأن شهادة
المرأة الواحدة مقبولة عندهما فيما لا يطلع عليه الرجال ، وعلى هذا المذهب الزيدى

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٨٢ (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٢١٥

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٣٤٨

(٤) المحلى ج ٩ ص ٤٢٩ (٥) المحلى ج ١١ ص ٢٦٠

أيضاً^(١) وأساس درء الحد احتمال كذب شهود الإثبات أو وهمهم واعتبار ذلك شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .

ويشترط الشافعي شهادة أربع نسوة ، فإذا شهدن بأنها بكر لم يجب عليها الحد ، لأنه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تنزل ، ويحتمل أن تكون عائدة لأن البكارة تعود إذا لم يبالغ في الجماع ، فلا يجب الحد مع الاحتمال ، ولا يجب الحد أيضاً على الشهود لأنه إذا درى الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية والشهود كاذبون ، وجب أن يدرأ الحد عن الشهود لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون^(٢) .

ويشترط ابن حزم شهادة أربع نسوة لدراء الحد^(٣) ولكنه لا يكتفي بأن يقرر النساء أنها عذراء ويوجب أن يصفن عذرتها فإن قلن إنها عذرة يبطلها إيلاج الحشفة ولا بد ، وأنه صفاق عند باب الفرج فقد أيقنا بكذب الشهود وأنهم وهموا فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم ، وإن قلن إنها عذرة واغلة في داخل الفرج لا يبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ بإيلاج الحشفة يجب الحد فيقام الحد عليها حينئذ لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم^(٤) . ولا يدرأ ابن حزم الحد بالشبهة لأن المذهب الظاهري لا يعترف بالشبهة كما قدمنا .

ورأى ابن حزم في قبول شهادة النساء في حالة ادعاء البكارة مخالف لفقهاء المذهب الظاهري الذين يرون إهمال شهادة النفي والأخذ بشهادة الإثبات^(٥) أما مالك فلا يدرأ الحد ولو شهد أربع نسوة بأن المتهمة بالزنا عذراء ، وحجته أن شهود الإثبات عاينوا الزنا ، وأن الإيلاج ممكن مع بقاء البكارة ، كما أن المثبت مقدم على النافي^(٦) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ - المغني ج ١٠ ص ١٨٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٠

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥١ (٣) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ ، ٤٠٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤

(٥) المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ (٦) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١

شهود الإحصان : ويرى مالك والشافعي وأحمد أنه يكفي في إثبات الإحصان شهادة رجلين ، لأنه حالة في الشخص لا علاقة لها بواقعة الزنا ، فلا يشترط أن يشهد بالإحصان أربعة رجال كما هو الحال في الزنا ^(١).

وفي مذهب أبي حنيفة يكفي أيضاً رجلان لإثبات الإحصان ، ولكن فقهاء المذهب يرون أن الإحصان يثبت برجلين أو برجل وامرأتين ، عدا زفر فيشترط أن يثبت برجلين ^(٢).

والمذهب الزيدي على أنه يكفي في إثبات الإحصان عدلين ولو رجل وامرأتين ^(٣).

أما المذهب الظاهري فلا يفرق فيه الفقهاء بين إثبات الزنا وإثبات الإحصان وعدم التفرقة معناه أن الزنا والإحصان معاً يثبتان بأربعة شهود ^(٤).

وكل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه أقل من أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له ^(٥) والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ^(٥) ويدخل في ذلك اللواط ووطء المرأة في دبرها ووطء البهائم عند من يعطى هذه الأفعال حكم الزنا ، أما من يعتبرها جرائم تعزيرية فيـكفي في إثباتها بما يثبت به التعزير وهو يثبت بشاهدين كما يرى البعض ^(٦) ، ويثبت برجل وامرأتين وبأربع نسوة وبرجل واحد أو امرأتان مع عيّن الطالب ، كما يثبت النكول والإقرار ^(٧).

ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي ومذهب أحمد أن كل وطء لا يوجب الحد ويوجب التعزير لا يثبت إلا بأربعة شهود لأنه فاحشة ولأنه إيلاج في فرج

(١) شرح للزرقاني ج ٧ ص ١٩٧ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٩ - الاقتناع ج ٤ ص ٤٥١

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٦ (٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٢٤٣

(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ (٥) سورة النور : ٤

(٦) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ - المغنى ج ١٠ ص ١٩٠ ، ١٩١

(٧) المحلى ج ٩ ص ٣٩٦ - مدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - حاشية ابن عابدين ج :

ص ٥١٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٨٠ وما بعدها

محرم ، فإن لم يكن الفعل وطئاً كالإبشارة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين^(١)
 سادساً : أنه يقتنع القاضي بشهادة الشهود : ولا يستلزم أداء الشهود للشهادة
 أن يحدلثهم بالزنا ما لم يقتنع القاضي بصحة الشهادة فإذا اختلفت الشهود في وصف
 الفعل أو في زمانه أو مكانه اختلافاً يبنىء بكذبهم أو كذب بعضهم رفضت
 شهادتهم ، وهناك خلاف على حد الشهود في هذه الحالة بين من يرون حد الشهود
 إذا لم تكمل الشهادة أو لم تقبل ، فيرى البعض حدهم لأنهم شهدوا على وقائع
 مختلفة ليس على واقعة منها أربعة شهود فهم قذفة ، ويرى البعض أن لا يحدوا وقد
 أدوا الشهادة ، ويرى البعض أن يترك الأمر للقاضي ليقدر كل حالة بظروفها
 واحتمال أن تكون شبهة تدراً الحد عن الشهود .

ويحاول الفقهاء في كتبهم أن يأتوا على أهم وجوه الاختلاف بين الشهود :
 من ذلك أن يشهد اثنان أنه زنى بها في هذا البيت ، ويشهد اثنان أنه زنى بهافي
 بيت آخر ، أو أن يشهد اثنان بأنه زنى بها في بلد غير البلد الذي شهد صاحباهما ،
 أو أن يختلفوا على اليوم أو الشهر أو السنة التي وقع فيها الزنا ، فإن كان هذا
 الخلاف فالجميع قذفة عند مالك وعند بعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد وعند زفر
 من فقهاء المذهب الحنفي ، بينما يرى أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد
 أن لا حد على الشهود لأنهم كلوا أربعة^(٢) .

ويرى ابن الماجشون من فقهاء المالكية أن شهادة الشهود تصح ولو اختلفوا
 إذا كان الخلاف فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه^(٣)
 وإذا شهد اثنان أنه زنى بهافي زاوية بيت ، وشهد اثنان أنه زنى بهافي زاوية
 أخرى منه وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول في البيتين ،
 وإن كانتا متقاربتين كملت شهادتهما وحد المشهود عليه في رأى أبو حنيفة وأحمد

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ - المغني ج ١٠ ص ١٩٠ ، ١٩١

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ - المذهب ج ٢

ص ٣٥٧ - المغني ج ١٠ ص ١٨٣

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩

وعند الشافعي ومالك وزفر لاحد على المشهد عليه لأن الشهادة لم تكمل ^(١) وإن شهد اثنان بأنه زنى بها مكرهه ، وشهد اثنان بأنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها إجماعاً لأن الشهادة لم تكمل على فعل موجب لحد المرأة ، أما الرجل فقد اختلفوا فيه ، فرأى البعض أن لاحد عليه لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهه ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ، ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين ، وذلك يمنع من قبول الشهادة أو يكون شبهة في درء الحد ، ولا يخرج الأمر عن أن يكون قول واحد منهما مكذباً للآخر ، ولا يصح هذا إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة في أحدهما ومكرهه في الآخر ، وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد ، ولأن شاهدي المطاوعة قاذقان لها ولم تكمل البينة فلا تقبل شهادتهما على غيرها وهذا هو رأى مالك وأبي حنيفة وأحد الوجهين في مذهبي الشافعي وأحمد .

ورأى البعض أن الحد واجب على الرجل لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه بعد أن أجمع الشهود على أنه أتى الفعل ، واختلاف الشهود إنما هو في فعل المرأة لا في فعل الرجل ، فلا يمنع هذا الاختلاف من كمال الشهادة عليه وهذا هو رأى أبي يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية ووجه في مذهبي الشافعي وأحمد .

أما الشهود فقيمهم ثلاثة أوجه : أحدها : لاحد عليهم وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم . وثانيها : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم . والثالث : يجب الحد على شاهدي المطاوعة لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولم تكمل شهادتهم عليها أما شاهدا الإكراه فلا يجب الحد عليهما لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما اتفق عنه الحد للشبهة ^(٢) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ - المذهب ج ٢

ص ٣٥٧ - المغني ج ١٠ ص ١٨٣

(٢) يراجع في كل ما سبق مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤

ص ١٦٦ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٧ - المغني ج ١٠ ص ١٨٥

ويرى الزيدون أن الاختلاف لا أهمية له إلا إذا كان على حقيقة الفعل وهو الإيلاج أو مكان الفعل أو وقته أو كيفيته من اضطجاع أو قيام أو غير ذلك ، فإن اتفقت شهادة الشهود على ذلك لزم الحد ، وإن اختلفت في شيء منه أو أجهلوا ولم يفصلوا لم تصح شهادتهم ولا حد عليهم لكمال البينة ^(١) .

والقاعدة عند الظاهريين أن مالاتم الشهادة إلا به فإن الاختلاف فيه مفسد للشهادة ، وعندهم أن الشهادة تتم في الزنا إذا كانت على حصول الزنا من رجل بامرأ. أجنبية عنه ، وكان الشهود على يقين من ذلك فإذا اختلف الشهود بعدها في المكان أو في الزمان أو في وصف المزنى بها فلا عبرة باختلافهم ، لأن ذكر ذلك والسكوت عنه سواء ومن ثم تكون الشهادة تامة والحد واجب مع الاختلاف في هذه المسائل ^(٢) .

ومن المتفق عليه أن الشهادة على الزنا لا تستلزم قيام دعوى سابقة على الشهادة فيجوز أن يتقدم الشهود بالشهادة دون قيام دعوى الزنا ويترتب على تقدمهم بالشهادة قيام الدعوى ، ويحتج الفقهاء في هذا الوجه بقضية أبي بكر حيث شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى ، وبقضية الجارود حيث شهد هو وآخر على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى .

والعلة في عدم اشتراط قيام الدعوى في الزنا أن الحد في الزنا حق لله تعالى فلا فتقر الشهادة به إلى قيام الدعوى ، لأن الدعوى في سائر الحقوق إنما تكون من المستحق ، وهذا لاحق فيه لأحد من الأدمين فيدعيه ، ولو توقفت الشهادة على قيام الدعوى لما أقيمت الشهادة ولا الدعوى ^(٣) .

ويشترط لصحة الشهادة ولتكون مقنعة للقاضي أن تكون مبينة لماهية الزنا وكيفية متى كان وأين وقع وبمن زنا وعلى للقاضي أن يستفصل الشهود في هذا كله ليصل إلى حقيقة الأمر .

(١) شرح الأزهار ح ٤ ص ٣٣٨ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٤٧

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٨٨

فأما عن ماهية الزنا فلا أن الزنا اسم يقع على أنواع لا تنوجب الحد ، فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه» ولا شك أن الحد لا يجب إلا بوطء الفرع بحيث يكون الذكر في الفرع كالليل في المسكحلة .

وأما عن الكيفية فلاحتمال أن يريد الشهود بالزنا الجماع فيما دون الفرع ، لأن ذلك يسمى جماعاً حقيقة أو مجازاً ولكنه لا يوجب الحد .

وأما عن الزمان فلاحتمال أن يشهد بعض الشهود على واقعة غير التي يشهد عليها البعض الآخر ، ولاحتمال أن يشهد الشهود بزنا متقدم ، والتقدم على رأى أبي حنيفة يمنع من قبول الشهادة كما قدمنا ، ولاحتمال أن يشهدوا على زنا وقع منه وهو صغير .

وأما عن المكان فلاحتمال أن يكون الزنا الذى يشهد به البعض وقع في بلد غير البلد الذى يشهد البعض الآخر بحصول الزنا فيه ، أو لاحتمال أن يكون الزنا وقع في دار الحرب أو البغى ومثل هذا الزنا لا يعاقب عليه فى رأى أبي حنيفة وأما عن المبنى بها فلاحتمال أن تكون الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها ، وإذا كان أبو حنيفة يشترط لقبول الشهادة أن يعرف الشهود الرجل والمرأة ، فإن غيره لا يشترط ذلك ويترك لمن ادعى حل الوطء أن يقيم البيئة عليه .

وإذا أنكر المتهم الإحصان وشهد به الشهود فعليه أن يبينوا شروطه وعلى القاضى أن يستفصل منهم ذلك لاحتمال أنهم يجهلون ماهية الإحصان .

وعلى القاضى أن يستفصل كل مسقطات الحد كما عليه أن يستفصل كل ما يثبتته وأن يتحرى عدالة الشهود وصحة عقولهم وأبصارهم وانتفاء العداوة بينهم وبين المشهود عليه وغير ذلك مما ترد به الشهادة حتى يأتي حكمه صحيحاً غير مشوب بعيب (١)

(١) راجع فى كل ماسبق شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٧٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ ، ١٦٥ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٤ - الاقناع ج ٤ ص ٤٣٣ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥١

علم القاضى : وإذا شهد القاضى حادث الزنا وقت وقوعه فليس له أن يقضى بعلمه على ما يراه جمهور الفقهاء وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وهو أحد قولى الشافعى وعليه أكثر الشافعيين وحجتهم قوله تعالى ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ^(١) وقوله ﴿ فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ ^(٢) ولأن القاضى كغيره من الأفراد لا يجوز له أن يتكلم بما شاهده ما لم تكن لديه البينة الكاملة ، ولو رعى القاضى زانياً بما شاهده منه وهو لا يملك على ما يقول البينة الكاملة لكان قاذفاً يلزمه حد القذف ، وإذا كان قد حرم على القاضى النطق بما يعلم فأولى أن يحرم عليه العمل به .

ويستدلون أيضاً بما روى عن أبى بكر رضى الله عنه من قوله « لو رأيت رجلاً على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندى » .

وعندهم أن القاضى إذا كان قد شهد الحادث ومعه ثلاثة غيره فله أن يتنحى عن القضاء ويشهد ، فإذا لم يتنح عن القضاء فليس له أن يعتبر بعلمه متمماً لشهادة الثلاثة ^(٣) .

أما رأى الثانى فى مذهب الشافعى فيقوم على جواز أن يحكم القاضى بعلمه وسند هذا رأى مارواه أبو سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يمنع أحدكم هيئته الناس أن يقول فى حق إذا رآه أو علمه أو سمعه » ويقول أصحاب هذا رأى إنه إذا جاز للقاضى أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن ، فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى ^(٤) .

والمذهب الزيدى لا يميز للقاضى أن يحكم بعلمه فى الحدود إلا فى حد القذف ويميز له أن يحكم بعلمه فيما عدا ذلك فيحكم بعلمه فى القذف والقصاص والأموال سواء علم ذلك قبل قضائه أو بعده ، ويحتجون لذلك بقوله تعالى ﴿ لتحكم بين

(١) النساء : ١٤ (٢) النور : ١٤ (٣) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٥٠

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢ - الفنى ج ١٠ ص ١٩١ - المذهب ج ٢ ص ٣٢٠

(٤) المذهب ج ٢ ص ٣٢٠

الناس بما أراك الله ^(١) ويرون أن علم القاضى أبلغ من الشهادة وأن من حكم بعلمه فقد حكم بما أراه الله ^(٢) .

أما الظاهريون فيرون أنه فرض على القاضى أن يقضى بعلمه فى الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة وحجتهم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ﴾ ^(٣) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه » فصيح أن القاضى عليه أن يقوم بالقسط ، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، وصح أن فرضنا على القاضى أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطى كل ذى حق حقه وإلا فهو ظالم ^(٤) .

المبحث الثانى

الإقرار

٣٥٨ - ثبت الزنا أيضاً بإقرار الزانى ويشترط أبو حنيفة وأحمد أن يقر الزانى بالزنا أربع مرات قياساً على اشتراط الشهود الأربعة ولما رواه أبو هريرة فقال: أتى رجل من الأساهيين (وهو ماعز) رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه حتى ثنا ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أباك جنون » قال لا قال « أحرصنت » قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم « ارجوه » . ولو وجب الحد بالإقرار مرة واحدة لم يعرض عنه رسول الله لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله . وروى نعيم بن هزال هذا الحديث وفيه حتى قالها أربع مرات فقال له رسول الله « إنك قلتها أربع مرات فبمن » قال بفلانته رواه أبو داود وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هي الموجبة . وروى أبو برزة الأسلمى أن أبا بكر الصديق قال لهذا المقر عند النبي صلى الله

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٢٠

(٤) المحلى ج ٩ ص ٤٢٧

(١) النساء : ١٠٤

(٣) النساء : ١٣٤

عليه وسلم إن أقررت أربعاً رجحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا دليل من وجهين ، أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقره على هذا ولم ينكره فكان بمنزلة قوله لأنه لا يقر على الخطأ . والثاني : أن أبا بكر قد علم أن هذا من حكم النبي صلى الله عليه وسلم ولولا ذلك لما تجاسر على قوله بين يديه وعلى هذا يجب أن يتمدد الإقرار وأن يكون أربع مرات فإن قل عنها فلا يعتبر^(١) .

أما مالك والشافعي فمن رأيهما الاكتفاء بالإقرار مرة واحدة لأن الإقرار إخبار والخبر لا يزيد بال تكرار ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « وعدياً أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » فعلق الرجم على مجرد الاعتراف والظاهر الاكتفاء بأقل ما يصدق عليه اللفظ وهو المرة الواحدة أما إعراض الرسول صلى الله عليه وسلم عن ما عر حتى أقر أربع مرات فراجع إلى أن الرسول استنكر عقله ولذا أرسل لقومه مرتين يسألهم عن عقله حتى أخبروه بصحته فأمر برجمه^(٢) ويشترط أبو حنيفة أن تكون الأقاير الأربعة في مجالس مختلفة للمقر نفسه ولو حدثت في مجلس واحد للقاضي^(٣) .

ويستوى عند أحمد أن تكون الأقاير الأربعة في مجلس واحد أو مجالس متفرقة فإذا أقر أربع مرات في مجلس واحد أو في مجالس متفرقة فالإقرار صحيح^(٤) . ويشترط لقبول الإقرار أن يكون مفصلاً مبيناً لحقيقة الفعل بحيث تزول كل شبهة في الإقرار خصوصاً وأن الزنا يعبر به عما لا يوجب الحد كالوطء خارج الفرج والأصل في الاستفصال والتبين هو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد جاءه ما عر يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ - المغني ج ١٠ ص ١٦٥

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣١

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٨

(٤) المغني ج ١٠ ص ١٦٧

أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسره عن الزنا فقال له «لعلك قبلت أو غمرت؟» وفي رواية أخرى «هل ضاجعتها؟» قال نعم قال «فهل باشرتها؟» قال نعم قال «هل جامعتها؟» قال نعم ، وفي حديث ابن عباس «أنسكتها» لا يكن قال نعم ، قال دخل ذلك منك في ذلك منها؟ قال نعم ، قال وكما يغيب المرود في المسكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال تدري ما الزنا؟ قال نعم أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً . قال فما تريد بهذا القول؟ قال تطهرني فأمر به فرجم ، فدل ذلك كله على أنه يجب في الإقرار أن يكون مفصلاً مبيناً لحقيقة الفعل المقر به ^(١) .

ويترتب على هذا أن الزاني إذا أقر فلا يؤخذ بإقراره قضية مسامة وعلى القاضي أن يتحقق من صحة إقراره ليتحقق أولاً من صحة عقله كما فعل الرسول مع ماعز ، قال أبك خبل أم بك جنون؟ وبعث لقومه يسألهم عن حاله ، فإذا عرف القاضي أن الزاني صحيح العقل سأل عن ماهية الزنا وكيفيةه ومكانه وعن المزني بها وعن زمان الزنا فإذا بين ذلك كله على وجه يجعله مسئولاً جنائياً سأله أحصن هو أم لا؟ فإن اعترف بالإحصان سأل عن ماهيته . وسؤال المقر عن زمان الزنا ليس المقصود منه النظر إلى القادم وإنما احتمال أن يكون الزنا وقع قبل البلوغ والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتمدها إلى غيره ، فمن أقر بأنه زنا بامرأة أخذ باعترافه أما المرأة فإن أنكرت فلا مسؤولية عليها وإن اعترفت أيضاً أخذت باعترافها لا باعتراف الرجل وعلى هذا جرت سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود عن سهل بن سعد أن رجلاً جاء الرسول فأقر عنده أنه زنا بامرأة سماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها ^(٢) .

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨ - المغني ج ١٠ ص ١٦٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٥٨ - المغني ج ١٠ ص ١٦٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٥

ولا يشترط حضور شريك المقر في الزنا في مجلس الإقرار كما لا يشترط ذلك في الشهادة ، فلو أقر شخص بأنه زنا بامرأة غائبة أقيم عليه الحد . ويصح الإقرار بالزنا ولو جهل المقر شخصية شريكه في الزنا لأنه بنى إقراره على حقيقة الحال وإذا أقر الرجل أنه زنا بامرأة فكذبه فهو مأخوذ بإقراره وعليه الحد دونها كما يرى مالك والشافعي وأحمد^(١).

لأن الإقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة ما في حق المقر ولكن أبا حنيفة يرى أن لا يحد الرجل المقر لأن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر لأن الزنا فعل واحد يتم بهما فإن تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقاً إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندريء عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنت فإنه وإن احتمل كذبه لكن لا موجب شرعى يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الإنكار ويتفق رأى أبى يوسف ومحمد مع رأى الأئمة الثلاثة^(٢).

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار فيجب أن يكون المقر عاقلاً مختاراً لأن المكره والمجنون لا حكم لكلامهما والظلم مرفوع عنهما وقد روى عن على رضى الله عنه أنه قال «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل» وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» .

٣٥٩ - إقرار زائل العقل: ينقل ما كتب عن ذلك في القتل ويضاف إليه، وإن كان يحن مرة ويفيق مرة أخرى فأقر في إفاقته أنه زنا وهو مفيق فعليه الحد

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - المغنى ج ١٠ ص ١٦٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨

دون خلاف لأن الزنا الموجب للحد وقع منه في حال تكليفه والقلم غير مرفوع عنه وإقراره وجد في حال يعتبر فيها كلامه فإن أقر في إفاقته ولم يضيف الزنا إلى حال الإفاقة ، لم يجب الحد لأنه يحتمل أن الزنا وقع في حال الجنون ولا يجب الحد مع الاحتمال^(١).

٥٤٠ - إقرار النائم : والنائم مرفوع عنه القلم فلو زنا بنائمة أو استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه لأن القلم مرفوع عنه ولو أقر في حال نومه لم يلتفت لإقراره لأن كلامه غير معتبر ولا يدل على صحة مدلوله^(٢) ويشترط أبو حنيفة في المقر أن يكون قادرا على النطق لأن الإقرار عنده يجب أن يكون بالخطاب والعبارة لا بالكتاب والإشارة وعنده أن الأخرس لو أقر في كتاب وأشار إلى صحة صدوره منه إشارة معلومة لم يقبل إقراره لأن الشريعة عاقت الحد على البيان المتناهي والبيان لا يتناهى إلا بالصريح والإشارة والكتابة بمنزلة الكناية ولكن الأئمة الثلاثة يقبلون إقرار الأخرس إذا فهمت إشارته^(٣).

ومن المتفق عليه أن البصر لا يعتبر شرطاً في الإقرار فإقرار الأعشى بالزنا صحيح ولا يقبل الإقرار ممن لا يتصور وقوع الفعل منه كالجنون إذ لا يمكن أن يقع منه الفعل لانعدام الآلة ، ويقبل إقرار الخصى والعنين لتصور الزنا منهما إذ لا يشترط لتحقيق الوطء أكثر من دخول الحشفة في الفرج ولو بغير انتشار^(٤).

٥٤١ - أثر التقادم على الإقرار : ولا أثر للتقادم على الإقرار بالزنا عند من يقول بالتقادم لأن أثر التقادم على الشهادة بني على تمكن التهمة والضعيفة أما الإقرار فلا تهمة فيه لأن المرء لا يهتم فيما يقر به على نفسه^(٥).

(١) المغني ج ١٠ ص ١٧٠ (٢) المغني ج ١٠ ص ١٧٠

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٩ - المغني ج ١٠

ص ١٧١ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١ (٤) المغني ج ١٠ ص ١٧١ - بدائع الصنائع

ج ٧ ص ٥٠ (٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١

٥٤٢ - المتحامل على الإقرار : ولا يصح للقاضي أن يحتال للحصول على الإقرار وليس له أن يشجع المقر على الإقرار ولا بأس من أن يظهر الكراهة للإقرار كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم مع ماعز حيث أعرض عنه عند إقراره وقد كان عمر رضى الله عنه يقول « اضربوا المعترفين » أى بالزنا^(١).

ويشترط أبو حنيفة أن يكون الإقرار فى مجلس القضاء فإن أقر فى غير مجلس القاضي فلا تقبل الشهادة على هذا الإقرار لأنه إما أن يقر وإما أن ينكر فإن أقر كانت الشهادة لغواً وكان الحكم للإقرار لا للشهادة وإن أنكر اعتبر إنكاره رجوعاً عن الإنكار والرجوع عن الإقرار صحيح فى الحدود الخالصة حقا لله كحد الزنا^(٢).

ولا يشترط مالك والشافعى وأحد أن يكون الإقرار فى مجلس القضاء فيجوز أن يكون من المقر فى مجلس القضاء ويجوز أن يحصل فى غير مجلس القضاء ويشهد به الشهود فى مجلس القضاء ولكنهم اختلفوا فى الشهادة بالإقرار فرأى مالك أن الشهادة على الإقرار تقبل فإذا أنكر حصول الإقرار اعتبر إنكاره رجوعاً^(٣). ويرى الشافعى قبول الشهادة على الإقرار فإن أنكر حصول الإقرار منه لم يقبل إنكاره ولا يعتبر عدولا عن الإقرار لأنه تكذيب للشهود والقاضى. أما إن أ كذب نفسه فى إقراره فإن تكذيبه يعتبر رجوعاً عن الإقرار^(٤).

ورأى أحد قبول الشهادة بالإقرار بشرط أن يشهد بالإقرار أربعة فإن أنكر أو صدقهم دون أربع مرات فلا حد عليه لأن إنكاره يعتبر رجوعاً ولأن تصديقهم لا يكفي فيه مرة واحدة لأن الإقرار عند أحد يشترط فيه أن يكون أربع مرات^(٥).

ويلاحظ أن الإقرار يثبت عند مالك والشافعى بشهادة شاهدين فقط .

(١) شرح فتح البدير ج ٤ ص ١٢١ - المنى ج ١٠ ص ١٨٨ - المذهب ج ٢ ص ٣٦٤

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ (٥) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٥

٥٤٣ - الإقرار في مجلس القضاء : وإذا أقر الزاني بالزنا ثم رجع عن إقراره سقط عنه الحد لأنه لا يحتمل أن يكون صادقاً في الرجوع وهو الإنكار ويحتمل أن يكون كاذباً فيه فإن كان صادقاً في الإنكار فهو كاذب في الإقرار وإن كان كاذباً في الإنكار فهو صادق في الإقرار وهذا الاحتمال يورث شبهة في الحد والحدود تدرأ بالشبهات وقد روى أن ماعزاً لما أقر بالزنا بين يدي الرسول صلى الله عليه وسلم لقنه الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها العلك مستهها كذلك قال عليه الصلاة والسلام لامرأة متهمة بالسرقة أسرقت؟ قولي لا ما أخالك سرقت. وليس ذلك إلا تلقيناً للرجوع عن الإقرار ولو لم يكن الحد محتمل السقوط بالرجوع ما كان للتلقين معنى وتلك هي السنة للامام والقاضي إذا أقر عنده أحد بشيء من أسباب الحدود الخالصة أن يعرض له بالرجوع.

٥٤٤ - الرجوع عن الإقرار : ويصح الرجوع عن الإقرار قبل القضاء وبعد القضاء ويصح قبل الإمضاء وأثناء الإمضاء فإذا رجع أثناء الإمضاء أوقف تنفيذ العقوبة والرجوع عن الإقرار قد يكون صريحاً كأن يكذب نفسه في إقراره وقد يكون دلالة كهرب المرجوم أثناء الرجم أو الجلد فإذا هرب لم يؤخذ ثانية للتنفيذ لأن الهرب دلالة الرجوع والأصل في ذلك أنه لما هرب ماعز تبعوه حتى قتلوه ولما ذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم قال « هلا تركتموه » وهذا دليل على أن الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد ويعتبر مالك وأبو حنيفة وأحمد مجرد الهرب وقت التنفيذ رجوعاً دون حاجة إلى التصريح بالرجوع أما الشافعية فيرون أن الهرب ذاته ليس رجوعاً ولكنه يقتضى الكف عنه لاحتمال أنه قصد الرجوع فإذا كف فرجع سقط الحد وإذا لم يرجع تحتم تنفيذ الحد^(١).

وكما يصح الرجوع عن الإقرار بالزنا يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان فإذا أقر شخص بأنه زنى وهو محصن فله أن يرجع عن إقراره بالزنا وله أن يثبت

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - الفنى ج ١٠ ص ١٧٣ ، ١٩٥

على الإقرار بالزنا ويعدل عن الإقرار بالإحصان فإذا فعل سقط حد الرجم ووجب حد الجلد^(١).

وإذا اجتمعت الشهادة مع الإقرار فذهب أبي حنيفة على أن الشهادة تبطل باعتراف المشهود عليه قبل القضاء اتفاقاً أما إذا كان الإقرار بعد القضاء بالحد على أساس الشهادة فيرى أبو يوسف سقوط العقوبة لأن الإمضاء في الحدود من القضاء ولأن شرط الشهادة هو عدم الإقرار أما محمد فلا يسقط العقوبة في هذه الحالة^(٢) وترتب على ما سبق أن من يثبت عليه الزنا بشهادة الشهود ثم أقر فحكم عليه بالعقوبة يسقط عنه الحد إذا رجع عن الإقرار سواء كان رجوعه صريحاً أم دلالة ويرى مالك وأحمد أن الزاني إذا تمت عليه البينة وأقر على نفسه إقراراً صحيحاً ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه لأنه ثابت من وجه آخر بشهادة الشهود^(٣)

وفي مذهب الشافعي يرون أنه إذا ثبت الحد بالبينة ثم أقر المشهود عليه بعد ذلك عدل عن إقراره ، فإن عدوله لا يسقط الحد الثابت بالبينة وإلا كان الإقرار ذريعة لإسقاط العقوبات .

أما إذا أقر بالزنا أولاً ثم قامت بينة بزناه فرجع عن إقراره فهناك آراء مختلفة فالبعض يرى أن الرجوع لا يسقط الحد لبقاء حجة البينة كما لو شهد عليه ثمانية مثلاً فردت شهادة أربعة والبعض يرى سقوط الحد بالرجوع لأنه لا أثر للبينة مع الإقرار وقد بطل الإقرار بالرجوع والبعض يرى أن العبرة بالدليل الذي استند عليه الحكم فإن كان الحكم قد استند إلى البينة والإقرار معاً أو على البينة وحدها فإن الرجوع لا يسقط الحد أما إذا استند الحكم على الإقرار وحده فإن الرجوع يسقط الحد ويرى البعض أنه عند اجتماع الإقرار مع الشهادة يجب

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٤

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٦

أن يستند الحكم على الشهادة فيما يتعلق بحقوق الله لأن البيئة أقوى من الإقرار أما فيما يتعلق بحقوق الآدميين فيجب أن يستند الحكم على الإقرار لأنه أقوى من الشهادة ولأن الإقرار في حقوق الآدميين لا يؤثر على الرجوع ويرى البعض أن الحكم يستند في الحالين إلى الإقرار والشهادة معاً^(١).

وإذا سمع القاضي الإقرار في غير مجلس القضاء فليس له أن يقضى على أساس ماسم^(٢).

وهذا هو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد أما الشافعي ففي مذهبه رأيان أرجحهما يرى أن لا يقضى القاضي على أساس ما رآه أو علمه أو سمعه والثاني يرى أصحابه أن يقضى القاضي بما رآه أو سمعه أو علمه^(٣).

القرائن

٥٤٥ - القرائن : القرينة المعتبرة في الزنا هي ظهور الحمل في امرأة غير متزوجة أو لا يعرف لها زوج ويلحق بغير المتزوجة من تزوجت بصبي لم يبلغ الحلم أو بمحبوب ومن تزوجت بالغا فولدت لأقل من ستة أشهر والأصل في اعتبار قرينة الحمل دليلاً على الزنا قول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وفعلهم : فعمر رضى الله عنه يقول الرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا أقامت بينة أو كان الحبل أو الاعتراف وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه أتى بامرأة ولدت لستة أشهر كاملة فرأى عثمان أن ترجم فقال على ليس لك عليها سبيل قال الله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾.

وروى عن علي رضى الله عنه أنه قال : يا أيها الناس إن الزنا زنيان زنا سر وزنا علانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرى وزنا

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢ - شرح الزرقاني ص ١٥٠ و ج ٧ ، ٨ ص ٨٤

(٣) المذهب ج ٢ ص ٣٢٠

العلانية أن يظهر الحبل والاعتراف ، هذا هو قول الصحابة ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعاً .

والحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا بل هو قرينة تقبل الدليل العكسي فيجوز إثبات أن الحمل حدث من غير زنا ويجب درء الحد عن الحامل كلما قامت شبهة في حصول الزنا أو حصوله طوعاً فإذا كان هناك مثلاً احتمال بأن الحمل كان نتيجة وطء بإكراه أو بخطأ وجب درء الحد وإذا كان هناك احتمال بأن الحمل حدث دون إيلاج لبقاء البكارة امتنع الحد إذ قد تحمل المرأة من غير إيلاج بأن يدخل ماء الرجل في فرجها إما بفعلها أو بفعل غيرها أو نتيجة وطء خارج الفرج ويرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أنه إذا لم يكن دليل على الزنا غير الحمل فادعت المرأة أنها أكرهت أو وطئت بشبهة فلا حد عليها فإذا لم تدع إكراها ولا وطأً بشبهة فلا حد عليها أيضاً ما لم تعترف بالزنا لأن الحد أصلاً لا يجب إلا ببيينة أو بإقرار^(١) .

٥٤٦ - اللعاه : أمامالك فيرى أن ظهور الحمل في غير المتزوجة يوجب عليها الحد دون حاجة لإقرار منها وأن ادعاءها الإكراه والوطء بشبهة لا يكفي وحده لدراء الحد عنها بل عليها أن تقيم دليلاً أو قرينة على صحة دفاعها كأن تثبت أنها بلغت عن أكرهها أو أن أناساً شهدوها متعلقة به تستغيث عقب الإكراه أو أنهم شهدوها تستغيث والدماء تلوث ملابسها بعد أن أزيلت بكارتها^(٢)

تنفيذ العقوبة

٥٤٧ - مقدار الحد : إذا ثبت الزنا دون شبهة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبة الحد وهي رجم المحصن وجلد غير المحصن مائة جلدة وتفريه .

(١) المغني ج ١٠ ص ١٩٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١
(٢) المغني ج ١٠ ص ١٩٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

مقارنة بين الشريعة والقانون عن الأدلة على الزنا

٥٤٨ - التكييف الشرعي لحد الزنا: يكيف الفقهاء حد الزنا بأنه حق لله تعالى والأصل عندهم أن الحد يعتبر حقاً لله تعالى إذا استوجبه المصلحة العامة وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وكل جناية ذات حد يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة عقوبتها تعود عليهم فتعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى تأكيداً لتحقيق النفع ودفع المضرة وحتى لا نسقط العقوبة بإسقاط الأفراد لها

وتمتاز عقوبة الحد عن غيرها من العقوبات بأنها لا تقبل عفو ولا صلاحاً ولا إبراء ولا تخفيفاً ولا استبدالاً .

هذا هو تكييف الفقهاء للحد وهو تكييف ليس بعيداً عن نظرة شراح القوانين الوضعية للعقوبة فهم يعتبرونها حق الجماعة لأن المصلحة العامة تستوجبها وقد يظن أن الاختلاف واقع في الأساس لافي المعاني ولكن الواقع أن الخلاف فيهما معاً فالحد يختلف عن العقوبة في القوانين الوضعية بأنه لا يقبل العفو ولا الاستبدال والعقوبة في القوانين الوضعية تقبلهما ولعل اعتبار الحد حقاً لله هو الذي منع قبول العفو والاستبدال لأن الأفراد والجماعة ليس لهم العفو عما هو حق الله وليس لهم تبديل ما أمر به الله ولو كان الحد حق الجماعة لأمكن أن يعفو عنه ممثل الجماعة أو يستبدل به غيره على أن في الشريعة نوعاً من العقوبات وهو العقوبات التقديرية شرع للمصلحة العامة ويعتبر حق الجماعة ، ولمثل الجماعة أن يعفو عنه وأن يستبدل به غيره من عقوبات التعازير وهذا النوع من العقوبة هو الذي يتفق تمام الاتفاق في التكييف مع العقوبات المقررة في القوانين الوضعية .

٥٤٩ - تعدد العقوبات : وإذا تعددت العقوبات المحكوم بها على الجاني نفذت جميعاً ما لم تتداخل أر يجب بعضها البعض الآخر .

التداخل : معنى التداخل هو أن الجرائم في حالة التعدد تتداخل عقوباتها

بعضها في بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ولا ينفذ على الجاني إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة .
ويحدث التداخل في حالتين :

الأولى : إذا كانت الجرائم جميعها من نوع واحد كالزنا المتعدد والسرقات المتعددة والشرب المتعد . ففي هذه الحالة تتداخل العقوبات المتعددة ويجزى عنها جميعاً عقوبة واحدة فإذا ارتكب الجاني جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامه العقوبة عليه وجبت لهذه الجريمة الأخرى عقوبة ثانية أما إذا ارتكب أى جريمة أخرى من نفس النوع قبل تنفيذ العقوبة عليه فإن عقوبة الجريمة الجديدة تتداخل مع عقوبات الجرائم السابقة مادامت جميعاً من نوع واحد والعبرة في التداخل بتنفيذ العقوبة لا للحكم بها فالعقوبات تتداخل مادامت لم تنفذ ولو تعددت الأحكام الصادرة بها أى أن صدور الحكم بعقوبة ما لا يمنع من تداخلها في عقوبة أخرى .

ويحدث التداخل مادامت الجرائم من نوع واحد ولو اختلفت أركانها وعقوباتها كالزنا من محصن تتداخل عقوبته مع عقوبة الزنا من غير محصن لأن الجريمتين من نوع واحد ولا عبرة باختلاف الأركان ونوع العقوبة ولكن في مثل هذه الحالة تكون العقوبة الأشد هي الواجبة فمن زنا وهو بكر ثم زنا وهو محصن عوقب على الجريمتين بعقوبة واحدة هي عقوبة الرجم .

الثانية : إن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزى عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى لتحقيق غرض واحد كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير فهذه الجرائم قد حرمت لحماية المصلحة الأفراد فإذا أكل شخص ميتة ثم شرب دماً ثم أكل لحم خنزير تداخلت عقوبات هذه الجرائم الثلاث وأجزأ عنها عقوبة واحدة .

الجب : معنى الجب في الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التي يتنعم مع

تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ومن ثم فهي في الشريعة العقوبة الوحيدة التي تجب ماعداها وهناك خلاف على نظرية الجب ومداهما وقد فصلنا القول عن تعدد العقوبات والتداخل والجب في القسم العام ونكتفي هنا بما ذكرنا^(١).

٥٥٠ - من الذي يقبر المحر؟ من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الخيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه . وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرحضوره لازماً فقال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه » .

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم ومما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قوله « أربع إلى الولاية : الحدود والصدقات والجمعات والنفء » والإذن بإقامة الحد إما أن يكون إذناً مؤقتاً يصدر بمناسبة كل حالة وإما أن يكون إذناً دائماً يصدر إلى النواب والحكام بإقامة الحد على المحكوم عليهم بحد^(٢).

وهناك خلاف بين أبي حنيفة من ناحية ومالك والشافعي وأحمد من ناحية على ما إذا كان للسيد أن يقيم الحد على عبده ولم ترداعياً للتعرض لهذا المبحث بعد أن ألغى الرقيق في العالم .

(١) نرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - المغني ج ١٠ ص ١٩٧ - الأقناع ج ٤ ص ٢٤٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧
(٢) المغني ج ١٠ ص ١٤٦ وما بعدها - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٤

٥٥١ — علامة التنفيذ : ويجب أن يقام الحد في علانية لقوله تعالى ﴿ ولا يشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ وتتوفر العلانية دائماً كلما كان الحد رجماً إذ المفروض أن عدد الرماة غير محدود وأنه يجب أن يكون من الكثرة بحيث يقضى على المرجوم بسرعة أما في الجلد فيكفي في إقامة الحد شخص واحد . ولذلك اختلف في عدد من يحضر الجلد ففسر البعض كلمة طائفة بأنها شخص واحد ومقيم الحد وقال البعض إنها شخصان غير مقيم الحد وقال البعض إنها أربعة وقال البعض إنها عشرة (١) .

٥٥٢ — كيفية التنفيذ في الرجم : إذا كان المرجوم رجلاً أقيم قائماً ولم يوثق بشيء ولم يحفر له ولم يمسك أو يربط سواء ثبت الزنا عليه ببينة أو إقرار لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ولا للجهنية ولا لليهوديين قال أبو سعيد لما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا إلى البقيع فوالله ما حفرنا له ولا أوثقناه ولكنه قام لنا ، وإذا هرب المرجوم وكان مقراً لم يتبع وأوقف التنفيذ أما إذا كان مشهوداً عليه اتبع ورجم حتى يموت لكن إذا لم يصبر المرجوم المشهود عليه ولم يمكن إقامة الحد إلا بربطه أما إذا كان المرجوم امرأة فيجيز أبو حنيفة والشافعي الحفر لها إلى صدرها لأن ذلك أستر لها يأخذ بذلك بعض الفقهاء في مذهب أحمد ولكن الرأي الراجح في مذهب أحمد هو عدم الحفر وهو مذهب مالك .

ويرى أبو حنيفة جواز الحفر للمرأة في كل حال أما الشافعية والحنابلة القائلون بالحفر فيرون الحفر في حالة ما إذا كان الحد ثابتاً بالبينة فقط فإن كان ثابتاً بالإقرار فلا حفر لأن ذلك يعطلها عن الهرب والهرب كما قلنا يعتبر رجوعاً عن الإقرار والرجوع عن الإقرار مسقط للحد وإذا رجعت المرأة دون حفر شدت عليها ثيابها لكي لا تنكشف ولأن ذلك أستر لها (٢) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المغني ج ١٠ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المغني ج ١٠ ص ١٣٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣

والسنة أن يحاط بالمرجوم فيرمى من جميع الجوانب ويرى البعض أن يصف الرماة ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا وحجة ما قاله على حين رجم شراحة الهمزانية حيث أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة فقال لهم ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضاً صفوا كصف الصلاة صفاً خلف صف^(١).

ويشترط أبو حنيفة عند ثبوت الزنا بشهادة الشهود أن يبدأ الشهود بالرجم ثم الإمام أو نائبه ثم الناس بحيث لو امتنع الشهود عن البدء سقط الحد عن الشهود عليه ولكن امتناع الشهود لا يترتب عليه حدهم لأن امتناعهم ليس صريحاً في رجوعهم عن الشهادة^(٢).

ولا يشترط الشافعي وأحمد بداءة الشهود ولكنهما يريان ذلك سنة مستحبة وهو رواية عن أبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة حيث يرى أن البداءة مستحبة لامتثقة^(٣) ولكنهما لا يوجبان حضور الشهود والإمام ولا يرتبان على التخلف عن الحضور نتيجة ما .

أما مالك فلا يعرف بداءة الشهود والإمام ولا يعتبرها سنة مستحبة لأن الحديث الوارد فيها لم يصح عنده^(٤).

وحجة أبي حنيفة ما روى عن علي لما أراد أن يرجم شراحة الهمزانية حيث قال : الرجم رجمان رجم سرورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها وتعترف بذلك فيبدأ فيه الإمام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس وقد تم هذا في محضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً . كما أن في الأمر ببداية الشهود احتيال للدرء الحد.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المغني ج ١٠ ص ١٢٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣ - المغني ج ١٠

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ ١٢٤ ، ١٣٨

لأن الشاهد قد يجترىء على الشهادة الكاذبة ولكنه لا يجرؤ على القتل إذا علم أنه شهد كاذباً^(١).

ويرتب أبو حنيفة على رأيه أن الشهود إذا امتنعوا من البداءة أو غابوا فلم يحضروا اليوم المحدد للتنفيذ أو ماتوا قبل يوم التنفيذ فإن ذلك يؤدي إلى امتناع التنفيذ ولكن محمداً من أصحاب أبي حنيفة يرى أنه إذا تعذرت البداءة من الشهود نفذ الحد كأن كانوا مرضى أو مقطوعى الأيدي^(٢).

ويشترط أبو حنيفة أن تبقى للشهود أهلية أداء الشهادة عند التنفيذ فلو بطلت الأهلية بفسق أو ردة أو جنون أو عى أو خرس أو بحد للذف فلا يقام الحد على المشهود عليه وحجة أبي حنيفة أن طرؤه أسباب الجرح على الشهادة وقت التنفيذ بمثابة طرؤها وقت القضاء وأسباب الجرح عند القضاء تبطل الشهادة، ولا يرى الأئمة الثلاثة هذا الشرط والعبرة عندهم بالأهلية وقت القضاء لا بعده ورأيهم يتفق مع قواعد القوانين الجنائية الوضعية ويظهر أن أبا حنيفة مقصود من رأيه درء الحد تطبيقاً للحديث المشهور «ادروا الحدود بالشبهات» ولكن لا يمكن العمل برأيه الآن مادام التنفيذ ليس من اختصاص الهيئة القضائية على أن بعض شراح القوانين الوضعية يرون جمل التنفيذ مكملًا للقضاء وهذا يتفق مع نظرية أبي حنيفة^(٣).

ويقام حد الرجم فى أى وقت فى الصيف وفى الشتاء وفى الصحة والمرض لأنه حد مهلك فلا معنى للتحرز من الهلاك ولكنه لا يقام على الحامل حتى تضع لأن إقامته تؤدى إلى هلاك الولد والحكم لم يصدر ضده وستنكلم عن التنفيذ على الحامل فيما بعد ويستحسن لكل راجم أن يتعمد مقتلاً وأن يتقى الوجه كما يستحسن أن يكون وقف الراى من المرجوم بحيث لا يبعد عنه فيخطئه وجمع بدن المرجوم للرجم ويختار أن يتقى الوجه لأن الرجم حد مهلك فكل ما أسرع بالحكم عليه إلى الهلاك كان أولى.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢، ١٢٣ (٢) المراجع السابقة

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ - النسخ ج ١٠ ص ١٨٧

ولا يقام الحد في المساجد اتفاقاً ويستحسن أن يقام في مكان متسع بعيداً عن المساكن حتى لا يؤدي التنفيذ إلى إصابة أحد غير المرجوم .
ويرمى المرجوم بحجارة معتدلة الحجم وما يقوم مقام الحجارة كالمدر والخزف ففي خبر ماعز أنه رمى بالمعظام والمدر والخزف ولا يرمى المرجوم بالحصىات الخفيفة حتى لا يطول تعذيبه ولا يرمى بالصخرات الكبيرة لئلا تدمغه فيفوت به التفتكيل المقصود واختار أن تكون ملء الكف .

وليس هناك عدد محدد للحجارة التي يرمى بها المرجوم فقد نصيب الحجارة مقاتله فيموت سريعاً بعد أن يرمى بعدد قليل من الحجارة وقد لا تصيب الأحجار مقتلاً إلا بعد وقت فيحتاج الأمر إلى قذفه بعدد كبير من الحجارة والمقصود من الرجم القتل فيرجم المحكوم عليه حتى يقتل ولا يقوم مقام الرجم أى فعل آخر يؤدي للموت كقطع الرقبة بالسيف أو كشنق المرجوم وإذ هلك المرجوم سلمت جثته لأهله ولهم أن يصنعوا بها ما يصنع بسائر الموتي يفسلونه ويكفنونه ويصلون عليه ويدفنونه وبهذا أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بعد رجم ماعز حيث سئل عما يصنع بجثته فقال « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم » .

٥٥٣ كيفة التنفيذ في الجلد : يضرب المحكوم عليه بسوط ضرباً متوسطاً مائة ضربة ويشترط أن لا يكون السوط يابساً لئلا يجرح أو يبرح وأن لا يكون به عقد في طرفه الذي يصيب الجسم لأنها تؤدي إلى ما يؤدي إليه يبس السوط^(١) ويشترط أن لا يكون للسوط أكثر من ذنب واحد فإذا لم يكن لذلك احتسبت الضربة ضربات بعدد ما للسوط من أذنان ، فإن كان للسوط ذنان ، احتسبت الضربة ضربتين وإن كان ثلاثة احتسبت الضربة ثلاث ضربات وهكذا^(٢) ويرى مالك وأبو حنيفة أن تنزع عن الرجل المحدود ثيابه إلا ما يستر عورته^(٣) ويرى الشافعي وأحمد أن لا يجرد المجلود من ثيابه وأن يترك عليه

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ .. الاقناع ج ٤ ص ٢٤٥

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤

القميص والقميصان أما إن كان عليه فروة أو ملابس شتوية أو جبة محشوة نزع^(١).
ويرى مالك ضربه قاعداً ولا يمسك المرجوم ولا يربط وقت الضرب إلا إذا
امتنع فلم يقف أو لم يصبر على الوقوف أو الجلوس فلا بأس في هذه الحالة بربطه
أو إمساكه^(٢).

ويضرب الرجل قائماً غير ممدود عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد . أما المرأة
فتضرب وهي جالسة لأنه أستر لها ، ولا يجمع الضرب في عضو واحد لأنه يفضى
إلى تلف ذلك العضو أو تمزيق جلده وهو غير جائز بل يفرق الضرب على سائر
الأعضاء إلا الوجه والفرج لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « اتق وجهه ومذاكره »
وإلا الرأس لتخوف التلف والهلاك وهذا هو رأى أبي حنيفة وأحمد وإن كان
أبو يوسف يرى ضرب الرأس ضربة واحدة وفي مذهب أحمد يرون اتقاء البطن
أيضاً والمواضع الأخرى القاتلة وهو ما يقول به بعض فقهاء الحنفية^(٣).

ويرى بعض الشافعية رأى أبي حنيفة وأحمد ولكن البعض يرى مع مالك
أن يكون الضرب في الظهر فقط^(٤).

ورأيهما يتفق مع المعمول به في مصر في تنفيذ الأحكام التي تصدر بالجلد على
رجال الجيش والبوليس فإن الضرب قاصر على الظهر فقط . وحده الجلد في الزنا
أشد الحدود ضرباً لقوله تعالى ﴿ ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾ وتفسر
الرأفة بتخفيف الضرب ولكن الفقهاء يشترطون أن يكون الضرب بين
فلا هو بالمبرح ولا بالخفيف وليس للجلاد أن يمد يده بالسوط بعد الضرب لأن
مد السوط في الضرب بمنزلة ضربة أخرى وعليه أن يرفع السوط لأعلى بعد أن
يمس جسم المحدود دون أن يسجن وليس للجلاد أن يرفع يده إلى ما فوق رأسه

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٨٧ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٨ - الاقناع ص ٢٤٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٧

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ ، ١٢٧ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٨٨ - مرجع آخر للشافعي عن ضرب الظهر - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤

(٢٩ - النشرع الجنائي الإسلامي ٢)

ولا يبدى إبطه في رفع يده لأن الضرب يكون شديداً في هذه الحالة يخشى منه الهلاك وتمزيق الجلد^(١).

ويشترط في إقامة حد الجلد أن لا يؤدي إلى هلاك المحدث لأن حد زاجر لاحد مهلك ، فلا يقام في الحر الشديد ولا البرد الشديد إذ أخشى الهلاك ، ولا يقام على المريض حتى يبرأ ولا على النفساء حتى ينقضي النفاس ولا على الحامل حتى تضع . وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد ولكن البعض الآخر يرى أن يؤخر للحمل فقط وأن لا يؤخر الجلد للمرض أو لحر أو لبرد ولكنه يقام بسوط يؤمن معه التلف فإن خشى من السوط أقيم بأطراف الثياب ، وما أشبه مما يحتمله المحدث وعلى هذا فلا خلاف بين الرايين لأن كلاهما ينظر إلى عدم هلاك المحدث وأن يكون التنفيذ بحيث يحتمله^(٢).

٥٥٤ - التفسير على الحامل : من المتفق عليه أن الحد لا يقام على حامل حتى تضع سواء كان الحمل من زنا أو غيره والأصل في ذلك حديث الغامدية فقد روى أن امرأة من بنى غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقررة بالزنا وهي حامل وقالت إنها حبلى من الزنا فقال لها « ارجعي حتى تضعي ما في بطنك » فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال الرسول « إذن لا نرجعها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه » فقام رجل من الأنصار فقال إلى إرضاعه يا نبي الله فرجعها . وقد جرى صحابة الرسول من بعده على هذا فيروى أن امرأة زنت في أيام عمر رضي الله عنه فهم عمر برجعها وهي حامل فقال له معاذ إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عجز النساء أن يلدن مثلك ولم يرجعها . وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال مثل هذا .
والعلة في عدم إقامة الحد على الحامل أن في إقامة الحد عليها في حال حملها

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٨ - الاقتناع ج ٤ ص ٢٤٦ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٨

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٣٣ - الاقتناع ج ٤ ص ٢٤٦ - المغني ج ١٠ ص ١٤٠ ، ١٤١

إتلاقاً لمعصوم وهو الحمل ولا سبيل إليه ، وإذا كانت هي غير معصومة من إقامة الحد فإن من القواعد الأساسية أن لا تزر وازرة وزر أخرى ، وألا تصيب العقوبة غير الجاني والعقوبة التي تصيب الحامل تتعدى إلى حملها وسواء كان الحد رجماً أو جلداً فإنه لا ينفذ على الحامل حتى تضع حملها لأنه لا يؤمن تلف الولد من سرية الجلد وربما سرى الجلد إلى نفس الأم فيفوت الولد بفواتها .

وإذا وضعت الأم حملها فإن كان الحد رجماً لم ترجم حتى تسقيه اللثاً ثم إن كان له من يرضعه أو يتكفل برضاعه رجعت وإلا تركت حتى تقطمه^(١) .

وإذا وضعت الأم حملها وكان الحد جلداً فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد أن لا يقام عليها الحد حتى تشفى من نفاسها وتصبح قوية يؤمن تلفها إن أقيم عليها الحد ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد إقامة الحد في الحال بسوط يؤمن معه التلف فإن خيف عليها من السوط أقيم بالذكول ، يعنى شمر الخ النخل وأطراف الثياب وحجة هذا الفريق الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب المريض الذي زنا فقال «خذوا له مائة شمر أخضر بوء بهاضربة واحدة» . أما حجة القائلين بتأخير الحد ماروى عن علي رضي الله عنه أنه قال إن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرني أن أجلدها فإذا هي حديثة عهد بنفاس نخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد»^(٢) .

وإذا لم يكن الحمل ظاهراً فلا يؤخر الحد ولو كان من المحتمل أن تكون حملت من زنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية والجهينة ولم يسأل عن استبرائهما وقال لأنيس: اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها رجم على شراحة ولم يستبرئها وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد فإذا ادعت المرأة الحمل فيرى أحمد وبعض الشافعية قبول قولها وحبسها حتى يتبين

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٣٨ - المذهب ج ٢ ص ١٩٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٤٠ - المذهب ج ٢ ص ١٩٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧

أمرها دون حاجة إلى التحقق من صحة ادعائها لأن الحمل الحديث وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر إقامة البينة عليه فيقبل قولها فيه^(١).
ويرى بعض الشافعية وأبو حنيفة أن لا يقبل ادعاء المرأة إلا بعد استطلاع من له خبرة من النساء فيقررن أن ادعاءها صحيح وإلا نفذ عليها الحد^(٢).
ويرى مالك أن يؤخر تنفيذ الحد سواء كان جليداً أو رجماً على الزانية المتزوجة إذا مكث ماء الزنا ببطنها أربعين يوماً ولو كان الزوج قد استبرأها وتوخر أيضاً إذا لم يستبرأ الزوج ولو لم يمض على الزنا أربعون يوماً وتوخر المرأة في الحالين الحيضة . أى حتى تحيض مرة واحدة إن أمكن حملها خشية أن يكون بها حمل ويقوم مقام الحيضة . فمن لم تحض بعد مرور ثلاثة أشهر لم تحض فيها بحيث لا يظهر عليها الحمل فإن ظهر عليها الحمل أخرت حتى تضع - أما غير المتزوجة فلا يؤخر تنفيذ الحد عليها إن لم تحض على ماء الزنا أربعون يوماً في بطنها أو مضى عايه هذه المدة ولم يكن في الإمكان حملها فإن كان الحمل ممكناً أخر تنفيذ الحد عليها لحيضة على التفصيل السابق^(٣).

٥٥٥ - التنفيذ على المريض : إذا كان الحد الواجب على المريض هو الرجم فلا يؤخر الحد بل ينفذ في الحال لأن الرجم حد مهلك وهو مستحق القتل . أما إذا كان الحد الواجب هو الجلد فالحكم يختلف باختلاف ما إذا كان المريض يرجى شفاؤه أو لا يرجى شفاؤه .

المريض الذى يرجى شفاؤه : إذا كان المريض يرجى شفاؤه فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد أن لا يجلد حتى يشفى من مرضه لأن إقامة الحد حال المرض قد يؤدي لتلف المريض وحجتهم ما روى من حديث على حين كلف بجلد أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فوجدها حديثه عهد

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ - المغني ج ١٠ ص ١١٤ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٧

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٤

بنفاس فخشى إن جلدها أن يقتلها فعاد إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له « يا علي أفرغت » قال أتيتها ودمها يسيل فقال « دعها حتى يقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد^(١) » .

ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد أن الحد يقام ولا يؤخر لأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة ويحتج هذا الفريق بأن عمر رضي الله عنه أقم الحد على قدامى بن مظعون في مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك في الصحابة فلم ينكروه فكان إجماعاً^(٢) ويعتبر الفقهاء النفاس مرضاً .

المريض الذي لا يرجى شفاؤه: يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن المريض الذي لا يرجى شفاؤه من مرضه يقام عليه الحد في الحال ولا يؤخر ولكنهم يشترطون أن يقام الحد بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير وشمراخ النخل فإن خيف عليه من ذلك جمع ضفت فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة وحجتهم ما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بضرب رجل مرض حتى ضنى ضربة واحدة بمائة شمراخ لأنه زنى ولأن المريض الميؤوس من شفاؤه إما أن يترك لمرضه فلا ينفذ عليه الحد أو ينفذ عليه كاملاً فيفرض ذلك إلى موته فتعين التوسط في الأمر وجلده جلدة واحدة بمائة شمراخ وليس ثمة ما يمنع من أن تقوم الضربة الواحدة بمائة شمراخ مقابل المائة ضربة كما قال الله تعالى ﴿ وخذ بيدك ضغثاً فاضرب ولا تحنث ﴾ فهذا أولى من ترك أو قتل المريض بما لا يوجب القتل^(٣) .

ولكن مالكا لا يأخذ بهذا الرأي ويرى ضرب المريض الذي لا يرجى شفاؤه مائة جلدة ولا يرى في ضربه بالنكال إلا جلدة واحدة .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣ - المغنى ج ١٠ ص ١٤١

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٤١

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٤٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤

موانع التنفيذ

٥٥٦ - يتمتع التنفيذ إذا جد ما يسقط الحد بعد الحكم به ومسقطات

الحد هي :

أولاً : يسقط الحد برجوع المقر عن إقراره إذا كان الزنا ثابتاً بالإقرار سواء كان الإقرار صريحاً أو ضمنياً وقد سبق أن فصلنا الكلام عن الرجوع ومتى يسقط الحد

ثانياً : عرول الشهود : ويسقط الحد بمدول الشهود عن شهادتهم قبل التنفيذ كلهم أو بعضهم مادام عدد الشهود الباقيين على شهادتهم أقل من أربعة .
ثالثاً : تكذيب أحد الزانين للآخر أو ادعاؤه النكاح إذا كان الزنا ثابتاً بإقرار أحدهما وهو مذهب أبي حنيفة أما الأئمة الثلاثة فيرون أن التكذيب لا يسقط الحد وأن ادعاء النكاح لا يسقطه إلا إذا أقام الدليل على وجود النكاح .
رابعاً : بطلان أهلية شهادة الشهود قبل التنفيذ وبعد الحكم وهو مذهب أبي حنيفة ولا يوافقهم عليه الأئمة الثلاثة .

خامساً : موت الشهود قبل الرجم خاصة وهو مذهب أبي حنيفة أيضاً ولا يأخذ به الأئمة الثلاثة .

سادساً : زواج الزانى من المزنى بها والقائل بهذا هو أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة وحجته أن النكاح يورث شبهة تدرأ الحد لأنه يعطى الزوج حق الملك والاستمتاع ولكن فقهاء المذهب لا يوافقونه على هذا الرأي لأن الفعل وقع زنا وكان سابقاً على الزواج^(١)

الكتاب الثاني

القذف

تمهيد

٥٥٧ - تعريف القذف : القذف في الشريعة الإسلامية نوعان : قذف يحد عليه القاذف ، وقذف يعاقب عليه بالتعزير فأما ما يحد فيه القاذف فهو رمى المحصن بالزنا أو نفى نسبه وأما ما فيه التعزير فهو الرمي بغير الزنا ونفى النسب سواء كان من رمى محصناً أو غير محصن ويلحق بهذا النوع السب والشتم ففيهما التعزير أيضاً .

والكلام هنا مقصود به جريمة القذف المعاقب عليها بالحد وإن الكلام على هذا النوع من القذف يشمل القذف والسب الذي يجب فيه التعزير وقد سكت الفقهاء عن بيان الفروق بين القذف بنوعيه وبين السب والشتم ، ولكن الظاهر من تتبع أقوالهم وأمثالهم في أبواب الزنا والقذف والتعزير أنهم يعتبرون القول قذفاً كلما رمى القاذف الجنى عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها كالرمي بالزنا والرشوة ويعتبرون القول سباً إذا كان ماري به الجنى عليه ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة كمن قال لآخر : يا كلب يا حمار أو قال ابصير يا أعمى ! فرمى الإنسان بأنه كلب أو حمار ورمى البصير بأنه أعمى هو قول ظاهر الكذب ولا يقبل بداهة إثبات صحته .

٥٥٨ - قاعدة الشريعة في إثبات القذف والسب : القاعدة في الشريعة

أن من رمى إنساناً بواقعة أو صفة محرمة ما ، وجب عليه أن يثبت صحة مارماه

به فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه العقوبة ، أما من سب إنساناً أو شتمه فعليه العقوبة وليس له الحق في إثبات صحة ما قال لأن ما قاله ظاهر الكذب ولا يمكن إثباته بطبيعة الحال أما من رمى شخصاً بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقدوف والإيذاء محرم في الشريعة ولأن ما قذف به لا تحرمه الشريعة ولا تؤاخذ عليه فلا يصح أن يعزر به .

٥٥٩ - بين الشريعة والقانون : ويختلف قانون العقوبات المصرى عن الشريعة من هذه الوجهة كل الاختلاف فالقاعدة فيه أن ليس لمن قذف إنساناً بشيء أن يثبت صحة ما قذفه به وعليه العقوبة ولو كان الظاهر أن ما قاله صدق لا شك فيه والأساس الذى يقوم عليه القانون المصرى هو حماية حياة الأفراد الخاصة وهو نفس الأساس الذى تقوم عليه القوانين الأوربية لأن مصدرها جميعاً واحد هو القانون الرومانى فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ويعاقب الصادق والكاذب على السواء والمبدأ الأساسى فى هذا القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه فإن فعل عوقب سواء كان صادقاً فيما قال أو مختلقاً لما قال .

وإذا كان هذا المبدأ يحمى البراء من السنة الكاذبين الملققين فإنه يحمى الملوئين والجرمين والفاسقين من السنة الصادقين ، وإذا كان هذا المبدأ قد عنى بحماية حياة الأفراد الخاصة فإنه قد أدى إلى إفساد الأفراد والجماعة على السواء لأن القانون حين يعاقب على الصدق لا يمنع الصادق من قوله الحق فقط وإنما يدفعه إلى الكذب ويشجعه على النفاق والرياء كما أن القانون لا يصلح الفرد المعوج السيرة بحمايته وإنما يشجعه بهذه الحماية على الإمعان فى الفساد بل إنه ليفرى كثيراً من الصالحين بسلوك طريق الفساد ما دام أنهم قد أمنوا من التشنيع والانتقاد وهكذا تفسد الجماعة وتهدر الأخلاق الفاضلة لأن القانون يحمى من لا يستحق الحماية على الأخلاق .

بهذا المبدأ الذى قام عليه القانون ينعدم الفرق بين الخبيث والطيب والسيء والحسن وينعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب فالطيب لا يستطيع أن ينقذ الخبيث ، والخبيث سادر فى غيه ذاهب إلى نهاية طوره لأنه لا يخشى رقيباً ولا حسيباً من الجماهير . ولا يستطيع امرؤ طبقاً لهذا المبدأ القانونى أن يسمى الأسماء بمسمياتها وأن يصف الموصوفات بأوصافها ولا يستطيع أن يقول لمن زنا يازانى ولا يستطيع أن يقول لمن سرق يا سارق ولا يستطيع أن يقول للمفتري يا كاذب فإن قالها باء بالعقوبة وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على ما نسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق ذالكم هو مبدأ القانون فى جرائم القول يحرم على الدس أن يقولوا الحق وأن يتناهاوا عن المنكر وأن يحطوا من قدر السيء ليرفخوا من قدر الحسن والإحسان .

وقد شعر واضعو القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه فاستثنوا منه حالات أربع هى :

١ - حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابة أو مكلف بخدمة عامة فإن الطاعن لا يعاقب على طمئه إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسنده إلى المقدوف (١) .

وقد تقرر هذا الاستثناء بإسقاط الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة إذ أن أعمالهم معرضة للانتقاد فيدعوم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوا .

٢ - حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب : فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات لهذه الأقوال فى الأوقات العادية ، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك

(١) المادة رقم ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنياحة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ - حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤخذون على ما يبدون من الأفكار والآراء فى المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور وقد وضع هذا النص لتسكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاءون دون تخرج أو خوف من المحاكمة والعقاب ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين فى أن القاذف فى الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب إلا إذا كان صادقاً فيما قال أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقاً فيما قال أو مختلقاً لما قال .

٤ - حالة المحاكمة والنقضى : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف والسب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم فى دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم لا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية .

ويلاحظ أن القاذف والساب لا يعاقب جنائياً على قذفه أو سبه سواء كان صادقاً أو كاذباً فيما قال هذا هو مبدأ القانون المصرى فى جرائم القول وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة وهى مستثنيات المبدأ فى مصر وهى لانكاد تختلف كثيراً عما فى معظم القوانين الوضعية .

والعيب الفنى فى نصوص القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد إذ بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة .

وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء إذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معاً ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب . والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة

للجماعة لأن الأفراد هم الذين يكونون الجماعة وإذا صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون ، ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة تؤدي إلى إفساد أخلاقهم وهدم الوازع الأدبي في نفوسهم فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم فإنما يحاول إقامة بيت من لبفات تالفة غير متماسكة ، فلا يكاد ينتهي من بنائه حتى ينجر عليه من السقف أو ينقض من القواعد .

أما المبدأ الأساسي للجرأتم القولية في الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء وإباحة الصدق في كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب في الشريعة على من يقول الحق ولا، واخذة على من يسمى الأشياء بمسمياتها والموصوفات بأوصافها ، ولا عقاب على من يقول للزاني يازاني إذا أثبت أنه زان ولا عقاب على من يقول للشارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول للكاذب إنك كاذب إذ لم يعد قول الحق .

وليس لهذا المبدأ استثناءات فكل إنسان يستطيع أن يطعن في أعمال الموظفين العموميين والنواب والمسكفين بخدمات عامة وينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة في أعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن في حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ، لأن الشريعة لا تحمي النفاق والرياء والكذب ، ولأن الشخص الذي لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة في حياته الخاصة ليس أهلاً في نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس في حياتهم العامة .

وكل إنسان في وقت الانتخابات وفي غير الانتخابات يستطيع طبقاً للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن وللمسيء هذا مسيء مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسيء ، وكل إنسان سواء كان عضواً في البرلمان أو في أي هيئة أخرى أو كان

عاطلا من عضوية الهيئات على الإطلاق له الحق في أن ينسب ما يشاء إلى من شاء مادام يستطيع أن يثبت ما ينسبه إلى هؤلاء ، فليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق في وقت الانتخابات وتحريمه في غير ذلك من الأوقات لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام ولا تحرمه في أى ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان .

وليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق والكذب معاً لأعضاء البرلمان والمتقاضين لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم فلا تجمع في حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأي والشورى فإذا أحل لهم الكذب وأمّنوا العقوبة عليه كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ، وما قيمة الرأي والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون في كل الأحوال ، ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفي تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة .

هذه هي الشريعة الإسلامية تقوم على حماية الحياة العامة من الغش والرياء وحماية الأفراد من مسايرة الأهواء ، وترى الصدق فضيلة تستحق التشجيع والعقاب وترى أن الفرد الفاسد أحق بأن يتحمل وزر عمله وأن لا يتضرر من نتائجه ، ومن ثم أباحت إثبات القذف فإن استطاع القاذف إثبات ما قال فلا عقاب عليه ، وليس المقذوف أن يتضرر من القذف لأنه نتيجة عمله هو لا عمل القاذف ، فإن عجز القاذف عن الإثبات فهو ظالم يستحق العقوبة ، ويجب أن نلاحظ أن في إيقاع العقوبة على القاذف بعد إباحة إثبات القذف له وعجزه عن الإثبات دليل قاطع على عدم صحة القذف ، أما إيقاع العقوبة على القاذف مع منعه من إثبات القذف كما هو الحال في القانون فإنه لا يبرىء مما يقذف به ، ولا يقطع بكذب القاذف ، ومن هذا يتبين أن نظرية الشريعة أكرم وأفضل للمجنى عليه والجاني من نظرية القانون الوضعي .

وإذا كان القاذف لا يعاقب على القذف إذا أثبت صحته فليس معنى ذلك إهدار المقذوف طول حياته بحيث يقذف ولا يعاقب قاذفه وإنما المقذوف أن يستعيد عصمته بتوبته وصلاحه فإن تاب وصلى حاله عوقب قاذفه عقوبة تعزيرية إذا كان يعلم بتوبة المقذوف وانصلاح حاله ، وكان يقصد من القذف إيذائه ^(١) .

بل إن قاذف أي شخص بمعصية يعزر على القذف مادام المقذوف قد عوقب من قبل على معصيته لأن القذف كان مجرد الإيذاء ^(٢) .

٥٦٠ - النصوص الواردة في القذف : الأصل في تحريم القذف الكتاب والسنة فأما الكتاب فقول الله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ﴾ وقوله ﴿ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ﴾ .

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا وما هن يا رسول الله ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » .

المبحث الأول

أركان جريمة القذف

٥٦١ - ذكرنا أن القذف الذي يجب به الحد هورمى الحصن بالزنا أو نفى النسب عنه وظاهر من هذا التعريف أن أركان جريمة القذف التي يجب بها الحد ثلاثة : ١ - الرمي بالزنا أو نفى النسب . ٢ - أن يكون المقذوف محصناً . ٣ - القصد الجنائي .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ ، ٢١٣

الركن الأول الرمي بالزنا أو نفي النسب

٥٦٢ -- يتوفر هذا الركن كلما رمى الجاني الجنى عليه بالزنا أو نفي نسبه مع عجزه عن إثبات مارماه به . والرمي بالزنا قد يكون نفياً لنسب الجنى عليه وقد لا يكون فمن قال لشخص يابن الزنا فقد نفي نسبه ورمى أمه بالزنا ومن قال لشخص يازانى فقد رماه بالزنا ولم ينف نسبه . فالرمي بالزنا يكون نفياً لنسب الجنى عليه إذا تعدى القذف لأمه . أما نفي النسب يقتضى دائماً رمى أم المقتذوف أو أحد أمهاته بالزنا فمن نسب شخصاً إلى غير أبيه أو على غير جده فقد نسب الزنا لأم هذا الشخص أو جدته^(١).

وإذا كان القذف بغير الزنا أو نفي النسب فلا حد فيه كالقذف بالكفر والسرقة والزندقة أو شرب الخمر أو أكل الربا أو خيانة الأمانة إلى غير ذلك ويعاقب على فعل هذا القذف بالتعزير وكذلك يعزر على القذف بالزنا ونفي النسب إذا لم تستوف شروط الحد .

ويعزر أيضاً على كل قذف لا ينسب فيه للمقتذوف معصية ولو كانت وقائع القذف صحيحة .

إذا كان القذف مما يؤلم المقتذوف ويؤذى شعوره كأن ينسب للمقتذوف أنه عنيق أو عقيم أو مجنون أو مريض بالشلل أو السل أو أنه أسود اللون أو بشع الخلق أو أنه من أسرة وضيعة .

والعبرة في تحديد الإيذاء بما جرى عليه العرف أى بما تعارف عليه الناس . ويعاقب القاذف في هذه الحالة بالذات سواء صح مانسب للمقتذوف أو لم يصح لأنه إذا صح مانسبه للمقتذوف فإنه ليس فيه ما يشين ولا ما تحرمه الشريعة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٠ ، ١٩٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٥ ، ٨٦

المغني ج ١٠ ص ٢١٠ ، ٢١٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٩ - ٢٩١

فالقذف ليس إلا إيذاء للمقذوف وإيلاام له دون مبرر . وإذا لم يصح مانسبه للمقذوف فإنه وإن لم يكن فيه مايشين أو ماتحرمه الشريعة إلا أنه افتراء يؤلم المفترى عليه ويؤذيه والشريعة تعتبر الإيذاء دون مبرر شرعى جريمة يعاقب عليها والفرق بين هذه الحالة والحالات السابقة التى يعنى فيها من العقاب أن القاذف يؤذى المقذوف ويؤلمه فى كل الأحوال ولكنه يعنى من العقاب فى الأحوال السابقة لأن للإيذاء مبرراً شرعياً وهو إتيان المقذوف ماتحرمه الشريعة أما عن الحالة الأخيرة فليس هناك مبرر شرعى للإيذاء .

والرمى باللواط عند مالك والشافعى وأحمد حكمه حكم الرمى بالزنا لأنهم يعتبرون اللواط زنا واللائط زانياً سواء كان فاعلاً أو مفعولاً به امرأة أو رجلاً فإذا ثبت أن القاذف أراد من القذف أن المقذوف يعمل عمل قوم لوط فعليه الحد . أما أبو حنيفة لا يرى حد القاذف باللواط ويرى تعزيره لأنه لا يعتبر اللواط زنا ومن ثم لا يعتبر الرمى باللواط رمياً بالزنا^(١) .

وإذا نسب القاذف للمقذوف أنه لوطى وادعى أنه أراد أن المقذوف من قوم لوط فلا عبرة بادعائه ويجب حد القذف عند مالك ويحده أيضاً الشافعى إلا إذا أراد أنه على دين قوم لوط .

أما أحمد فاختلفت عنه الرواية فروى عنه أنه يوجب الحد على القاذف إذا قال للمقذوف يالوطى . وروى عنه أنه فرق بين ما إذا قال القاذف أردت أن دينه دين لوط وفى هذه لا حد عليه وبين ما إذا قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط وفى هذه عليه الحد ووجه الإعفاء من الحد أن القاذف فسر كلامه بما لا يوجب الحد فاعتبر التفسير متصلاً بالقذف والقاعدة أن مثل هذا التفسير لو اتصل بعبارة القذف من وقت القذف لم يجب الحد ، أما الرواية الثالثة فيرى أحمد أن القاذف إذا كان فى غضب فهو أهل لأن يقام عليه الحد لأن الغضب قرينة تدل على

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٠ - المغنى ج ١٠ ص ٢٠٩

شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٩٠

لمرادة القذف بخلاف حال الرضا ، والراجح في المذهب هو الرواية الأولى لأن كلمة لوطى لا يفهم منها الآن إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة في اللواط صراحة لفظ الزانى في الدلالة على الزنا ولأن قوم لوط لم يبق منهم باقية فلا يحتمل أن ينسب إليهم أحد^(١) .

ومن قذف إنساناً بإتيان بهيمة فعليه الحد عند من يعتبر إتيان البهيمة في حكم الزنا وهذا ما يراه بعض الشافعية والحنابلة ولا حد عليه ولكن يعزر عند من لا يعتبرون إتيان البهائم زنا وهم مالك وأبو حنيفة وأبو حنيفة والشافعية والحنابلة^(٢) والقاعدة العامة عند الفقهاء أن كل ما يوجب حد الزنا على فاعله يوجب حد القذف على القاذف به وكل ما لا يوجب حد الزنا بفعله لا يجب الحد على القاذف به فمن قذف إنساناً بالباشرة دون الفرج أو بالوطء بالشبهة فلا حد عليه وإنما عليه التعزير لأنه لم يقذفه بما فيه حد الزنا ومن قذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهه فلا حد عليه ، وإنما عليه التعزير لأنه قذفها بما ليس فيه حد الزنا^(٣) .

هذه هي القاعدة العامة عند الفقهاء ومتفق عليها ولكنهم يختلفون في تطبيقها لاختلافهم فيما يوجب حد الزنا .

ويرى أبو حنيفة والشافعية وأحمد أن الوالد وإن علا إذا قذف ولده وإن نزل لم يجب عليه الحد سواء كان القاذف رجلاً أو امرأة لأن عقوبة القذف وإن كانت حداً إلا أنها متعلقة بحقوق الأفراد ولأن القذف حق لا تستوفي عقوبته إلا بالمطالبة فهو أشبه بالقصاص ولأن الحد يدرباً بالشبهات فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص وإذا كان من المسلم به أن الابن لا يقتص من الأب ولا يقطع في سرقة

(١) تراجع المراجع السابقة .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ - نهاية المحتاج

ج ٧ ص ٤٠٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المغني ج ١٠ ص ١٦٣ ، ٢١٠

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢١٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٦ - شرح فتح القدير

ج ٤ ص ١٩٣ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٩

ماله فأولى أن لا يحد في قذفه ، ويرتب أصحاب هذا الرأي على ما يقولون أن الوالد لو قال لولده من زوجته المتوفاة يا ابن الزانية لم يكن للولد أن يرفع على والده الدعوى لكن إذا كان لها ابن آخر من غيره استطاع أن يرفع دعوى القذف لأن حد القذف يثبت لكل من المستحقين على الانفراد ويترتب على هذا الرأي أيضاً أنه لو قذف الزوج زوجته في حياتها فرفعت دعوى القذف ثم ماتت قبل الحكم فيها ولم يكن لها ورثة غير أولادها من الزوج القاذف فإن الدعوى تسقط حتى عند من لا يسقطون الدعوى بالوفاة . لأن ورثة للمتوفاة أولاد القاذف وليس لهم أن يطالبوه بحد القذف « الدعوى تسقط دائماً عند أبي حنيفة بالوفاة وليس للورثة أن يحلوا محل المقتوف لأن حق القذف ليس من الحقوق المالية التي تورث » (١) .

وفي مذهب مالك رأيان : أحدهما يتفق مع الرأي السابق . وثانيهما : لابن أن يطالب أباه بحد القذف لأن نص القذف عام فيمنطبق على الأب كما ينطبق على غيره . ولأن العقوبة حد والحد حق الله فلا يمنع من إقامتها قرابة الولاد ولكن القائلين بهذا الرأي يسمون بأن الابن يفسق بمطالبة بحد أبيه أي أن عدالة الابن تسقط لمباشرته سبب عقوبة أبيه لأن الله تعالى يقول ﴿ ولا تقل لهم أف ولا تنهرها ﴾ ويقول ﴿ وبالوالدين إحسانا ﴾ (٢) .

ولا يشترط في القذف أن يكون بلغة معينة فيصح أن يكون باللغة العربية ويصح أن يكون بغيرها من اللغات ويشترط في القذف أن يكون صريحاً وصريح القذف ما لا يحتمل غيره فإن احتمل غيره فهو كناية أو تعريض . فمن قال يا زاني أو أنت زان ، فقد جاء بقذف صريح وإن قال أبوك زان أو أمك زانية أو يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية فهو قذف صريح للأم والأب وإن قال يا ابن الزنا أو ياولد الزنا كان قذفاً صريحاً أيضاً لأن معناه أنك مخلوق من ماء الزنا . أما

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٠ - المغني ج ١٠ ص ٢٠٨

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧

(٣٠ - التفسير الجنائي الإسلامي ٢)

إن قال ما أنا بزان وليست أمي بزانية أو قال يا ابن منزلة الركبان أو ذات الراهبة أو قال لامرأة : فضحت زوجك وجعلت له قروناً أو أفسدت فراشه ونكست رأسه فذلك هو التعريض أو الكناية .

ولا خلاف في أن القذف الصريح معاقب عليه بعقوبة الحد أما القذف القائم على التعريض والكناية فمختلف على عقوبته فيرى أبو حنيفة وما يراه رواية من مذهب أحمد : أن لا حد على القذف بالتعريض أو الكناية وإنما فيه التمييز ، وحجة أصحاب هذا الرأي ما روى أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتى ولدت غلاماً أسود يعرض بنفيه فلم يعاقبه الرسول على ذلك القول وأن الله تعالى فرق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض بها من العدة وحرم التصريح فقال جل شأنه ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ فإذا كان الشرع قد فرق بين التعريض والتصريح فيما يعزر عليه فأولى أن يفرق بينهما من أن يعاقب عليه بعقوبة الحد التي تدرأ بالشبهات وفضلاً عن ذلك فإن التعريض والكناية يحتمل غيره والاحتمال شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ^(١) .

والأصل عند الشافعي أن لا حد إلا في القذف الصريح ولكنه يوجب الحد من القذف بالتعريض والكناية إذا ثبت أن القاذف نوى بما قال القذف لأن الكناية مع النية بمنزلة الصريح أما إذا لم ينو بما قاله من تعريض أو كناية القذف لم يجب الحد سواء كان ذلك في حال الخصومة أو غيرها لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يعمل قذفاً من غير نية ^(٢) .

ويرى مالك الحد في القذف بالتعريض أو الكناية إذا فهم منه القذف أو دلت القرائن على أن القاذف قصد القذف ولكنه يستثنى من ذلك الأب فإذا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ - ١٩١ - المغني ج ١٠ ص ٢١٣

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٠

عرض الأب بولده أو قذفه بالكناية فلا حد عليه لبعده عن التهمة في قذف ولده
أما إذا صرح فعليه الحد . ويعتبر مالك الخصام من القرائن على القذف فمن قال
في خصام لآخر ما أنا بزنان فكأنه قال يازاني أو قال أما أنا فلست بلائط فكأنه
قال يالائط أو قال أما أنا فأبي معروف فكأنه قال أبوك ليس بمعروف ^(١) .
وهناك رواية أخرى عن أحمد بأن القاذف تعريضاً أو كناية عليه الحد وحجة
أصحاب هذا الرأي أن النص عام في عقاب القاذف فإذا ثبت القذف فقد وجب
الحد سواء كان القذف صريحاً أو تعريضاً أو كناية وأن هذا هو قضاء عمر
فقد شاور عمر الصحابة فيمن قال لصاحبه ما أنا بزنان ولا أمي بزانية فقالوا قد
مدح أباه وأمه فقال عمر قد عرض بصاحبه وجلده الحد . ومن المشهور عن عمر
أنه كان يجلد الحد في التعريض ، وأنه قضاء عثمان . وروى الأثرم أن عثمان جلد
رجلاً قال لآخر يا ابن شامة الوذر يعرض له بزنا أمه ، والوذرقدر اللحم يعرض به
بقذف الرجال . ولأن الأصل أن الكناية مع القرينة الصادقة إلى أحد محتملاتها
كالصريح الذي لا يحتمل إلا ذلك المعنى . ويرد هذا الفريق على القائلين بأن النبي
صلى الله عليه وسلم لم يعاقب على التعريض بأن العقاب في القذف معلق على الشكوى
من المذدوف ، وأن النبي لم يعاقب من عرض بزوجه لأنها لم تتقدم بالشكوى ^(٢)
ولا يشترط لعقوبة الحد أن يتلفظ القاذف بعبارات القذف بل يكفي
لعقابه أن يصادق عليها ، فمن قال لآخر أمك زانية فقال ثالث صدقت كان
كلاهما قاذفاً .

وإذا قال رجل لآخر أشهد أنك زان أو أنك تنسب لغير أبيك ، فقال
ثالث وأنا أشهد بمثل ما شهدت به كان الأول والثالث قاذفين وعليهما الحد ^(٣)
ولا يعني القاذف من عقوبة الحد إن كان قذفه جاء رداً لقذف وجهه إليه

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠١

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ - المغني ج ١٠ ص ٢١٣

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ - المغني ج ١٠ ص ٢١٥

المقذوف ، فمن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت ، فإنهما يحدان ولا يسقط الحد بتبادل القذف ولا بتكافؤ السيئات ^(١) . .

ولكن القاذف يعفى من الحد إذا صدقه المقذوف ، فمن قال لأجنبية عنه أنت زانية فقالت بك زينت فلا حد عايه وعليها حدان ، حد الزنا لاعترافها به وحد القذف لقذفها الرجل بالزنا . أما إذا صدر هذا القول من الرجل لزوجته فلا حد على أحدهما : لا حد على الرجل لأنها صدقته ، ولا حد عليها لأنه يجوز أن تكون زانية حقيقة ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفى الزنا كما يقول الرجل لغيره سرقت فيقول معك سرقت ويريد أنى لم أسرق كما لم تسرق ولأنه يجوز أن يكون معناه ماوطنى غيرك فإن كان ذلك زنا فقد زينت ، فهذه الاحتمالات معفاها الشبهة فى مؤدى قولها ولا حد مع شبهة ^(٢) .

وإذا استعمل القاذف أفعال التفضيل فى القذف فقال مثلا أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس فعليه الحد عند مالك وأحد ^(٣) .

أما فى مذهب أبى حنيفة فىرى البعض الحد ولا يراه البعض الآخر وحجتهم أن أفعال يستعمل فى الترجيح للعلم فكأنه قال أنت أعلم منى بالزنا وحجة الفريق الأول أن استعمال أفعال التفضيل قذف لأن معناه أن فلانا زان وأنت أزنى منه وأن فى الناس زناة وأنت أزنى منهم ^(٤) .

ويرى الشافعى أنه إذا قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفا من غير نية لأن لفظة أفعال لا تستعمل إلا فى أمر يشتركان فيه ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية .

وما ثبت أن فلانا زان ولأن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم ، وإن قال

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠١ .. نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٧

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٢ . المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ . شرح الزرقانى ج ٨

ص ٩١ .. المفى ج ١٠ ص ٢١٥ ، ٢١٩

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ .. المفى ج ١٠ ص ٢١٦

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ ، ٢١١

فلان زان وأنت أزنى منه وأنت أزنى زناة الناس فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جملة أزنى منه ^(١).

وإذا قال القاذف لشخص أنت أزنى من فلان فهو قاذف لهذا الشخص ولكن هل يكون قاذفًا لفلان أيضًا؟ ... فيه وجهان : أولها : يكون قاذفًا له لأنه أضاف الزنا إليهما وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر فإن لفظة أفعل للتفضيل فيقتضى اشتراك الاثنين في أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه ، ثانيهما : يكون قاذفًا للمخاطب خاصة لأن لفظة أفعل قد تستعمل للمنفرد بالفعل كقول الله تعالى ﴿ أمن يهدى إلى الحق أحق أن يتبع أم من لا يهدى إلا أن يهدى ﴾ وقال تعالى ﴿ فأى الفريقين أحق بالأمن ﴾ وقوله على لسان لوط ﴿ هؤلاء بناتى هن أطهر لكم ﴾ أى من أدبار الرجال ولا طهارة فى أدبار الرجال . ويلاحظ أن الشافعى يشترط لاعتبار القول قذفًا أن يريد القائل القذف وأن بعض الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة لا يمتبرون ذلك قذفًا كما ذكرنا فى الفقرة السابقة ^(٢).

وإذا استعمل القاذف فى القذف ألفاظًا مشتركة تفيد لزنا وتفيد غيره كقوله زنأت فى الجبل بالهمزة ، فىرى البعض أن العبرة بما يفهمه عامة الناس من العبارة وأنه قذف لأن عامة الناس لا يفهمون من العبارة إلا أنها قذف ، وقال البعض إنه قذف إذا كان القاذف عاميًا وكان المعنى العامى يستعمل فى القذف لأنه لا يريد به إلا القذف ، وإن كان من أهل العلم باللغة فهو ليس قذفًا ^(٣).

واستعمال صيغة المبالغة أو صيغة الترخيم لا ينفى وجوب الحد على القاذف فن قال لرجل يازانية أو قال لامرأة يازانى فهو قذف صريح وذلك هو رأى مالك والشافعى وأحمد ^(٤).

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢١٦

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢١٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٠ - المذهب ج ١٠ ص ٢٩١

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٩١ - المغنى ج ١٠ ص ٢١٧

ويرى أبو حنيفة وأصحابه حد القاذف لو قال لامرأة يازانى لأن الترخيم شائع ولا يمكن أن يفهم من هذا اللفظ إلا الرمي بالزنا، أما إذا استعمل القاذف صيغة المبالغة فقال للرجل يازانية فلاحد عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإنما عليه التعمير لأنه رماء بما يستحيل منه إذ الزانية هى المرأة وهى محل للوطء والرجل ليس محلاً له ، ويرى محمد من أصحاب أبي حنيفة حد القاذف بصيغة المبالغة لأن التاء فى الزانية أضيفت للمبالغة وليست للتأنيث ^(١).

وإذا رمى القاذف رجلاً بالزنا وعين المزمى بها كأن قال زنيت بفلانة فهو قاذف للرجل والمرأة ممأً أو قال له يازانى ابن الزانى وكان الأب موجوداً فهو قاذف للأب وابنه أو قال لامرأة يازانية بنت الزانية فهو قاذف للمرأتين ^(٢).

ويشترط فى القذف أن يكون المذوف معلوماً فإن كان مجهولاً فلا حد على القاذف ، فمن قال لجماعة ليس فيكم زان إلا واحد أو قال لرجلين أحدهما زان لم يحد لأن المذوف مجهول وما جعل الحد إلا لدفع العار عن المذوف ^(٣). ويجب أن يكون القذف مطلقاً عن الشرط والإضافة إلى وقت معين ، فإن كان كذلك فلا حد فيه لأن ذكر الشرط والوقت يمنع وقوعه قذفاً للحال فمن قال لآخر إن دخلت هذه الدار فأنت زان فدخلها فلا يعتبر قاذفاً . ومن قال لآخرين من قال عنى كذا وكذا فهو زان فقال رجل أنا قلت ذلك فلا حد ، ومن قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غداً أو رأس الشهر ، فجاء الغد أو رأس الشهر فلا حد عليه .

ولا يعتبر نقل القذف قذفاً من الناقل إذا نقله للمذوف كلف بذلك أم لم يكلف به ، بشرط أن يثبت أنه ناقل وأن تكون الصيغة دالة على أنه مكلف

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢١٨ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٣ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٢

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٠ - بدائع الصنائع ص ٤٢ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٣

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ - المغنى ج ١٠ ص ٢٢٥

بالنقل أو أنه يروى عن غيره ، فن قال لآخر اذهب إلى فلان فقل له يازانى فذهب الآخر وقال ذلك للمقذوف فلا حد عليه أما إذا اقتصر على عبارة القذف فقط فهو قاذف . ويرى كل من أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن الناقل لا يعتبر قاذفاً ولو كذبه المنقول عنه ، ولكن مالكا وبعض أصحاب أحمد يعتبرون الناقل قاذفاً إذا كذبه المنقول عنه حيث لم يثبت أنه ناقل^(١) .

وإذا رمى القاذف بالزنا خصياً أو محبوباً أو مريضاً فعليه الحد عند أحمد وحجته أن نص القذف عام ينطبق على كل قذف وكل مقذوف فيستوى أن يكون المقذوف قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه لأن إمكان الوطء أمر خفى لا يعلمه الكثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد ، ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعى أن لا حد على قاذف أحد هؤلاء مادامت الواقعة المقذوف بها تالية للعجز عن الوطء لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد إنما يجب لنفى العار ولكن امتناع الحد لا يمنع من تعزيز القاذف لأنه آذى المقذوف^(٢) .

ويشترط أبو حنيفة لحد القاذف أن يكون القذف فى دار الإسلام فإن كان القذف فى دار الحرب أو فى دار البنى فلا حد على القاذف لأنه لا ولاية للإمام على دار الحرب ولا على دار البنى وقت العذف^(٣) .

ولكن الأئمة الثلاثة يرون حد القاذف على قذفه ولو وقع فى دار الحرب أو دار البنى مادام أنه يلتزم أحكام الإسلام .

ومن نفى شخصاً عن أبيه كأن قال له لست لأبيك فإنه يحد باتفاق ولكن أبا حنيفة يشترط أن تكون أم المنفى نسبه حرة مسلمة لأن القذف فى الحقيقة قذف للأُم ويفرق بين ما إذا كان المنفى فى حالة الغضب فيوجب الحد وبين ما إذا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٣ - المغنى ج ١٠ ص ٢١٦

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ المغنى ج ١٠

ص ٢٠٣

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٤

كان النفي في غير حالة الغضب فلا يوجب الحد لاحتمال أن يكون المراد بالنفي غير حقيقة كأن يكون المقصود المعاينة على عدم التشبه بالأب في محاسن أخلاقه وعلى هذا يتوقف الحد وعدمه على القرينة ، وهذا يتفق مع رأى بعض الشافعية أما البعض الآخر فهم يرون مع مالك وأحمد الحد سواء نفي النسب في غضب أو غيره ، ويرى أبو حنيفة أيضاً أن من نفي نسب شخص عن جده فقال لست ابن فلان لجده ، فلا حد عليه لأنه صادق في كلامه ، ولأن الإنسان ليس ابن جده . وكذلك إذا نسب شخصاً لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لأن كلا منهم يسمى أباً ، فالعلم يسمى أباً لقوله تعالى ﴿ وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ﴾ وإسماعيل كان عمّاً له ، والخال أب ، ولأن زوج الأم أب للتربية^(١) . ولكن مالكا يرى الحد في كل هذه الحالات^(٢)

ولا يشترط الشافعي وأحمد هذا الشرط ، ويحد القاذف عندهما ولو لم تكن الأم حرة أو مسلمة وقد توقف مالك في حالة ما إذا كانت الأم كافرة أو أمة ورأى ابن القاسم أن يحد من ينفي النسب ولو كانت الأم كافرة أو أمة^(٣) أما من ينفي شخصاً عن أمه فلا حد عليه بالإجماع لأنه لم يقذف أحداً بالزنا^(٤) ومن نفي شخصاً عن قبيلته فعليه الحد عند مالك وأحمد ولا حد عليه عند أبي حنيفة^(٥) وفي مذهب الشافعي قولان ومن نفي شخصاً عن جنسه بأن قال له أنت نبطي أو رومي أو لست عربياً فعليه الحد عند مالك ولا حد عليه عند أبي حنيفة وفي مذهب الشافعي وأحمد قولان : أحدهما عليه الحد لأنه أراد نفي نسبه لأن الله تعالى علق الحد على الرمي بالزنا ، والثاني لا حد عليه لأنه يحتمل غير القذف اجتماعاً لا كثيراً^(٦) أما إذا كان المنفي جنسه غير عربي فلا حد عليه .

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٤ ، ٢٠٠ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠١ ، ٣٠٠

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢١٥ المذهب ج ٢ ص ٢٩١ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣

مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٨ (٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤

(٥) شرح فتح القدير ص ١٩٩ المغني ج ١٠ ص ٢١٥

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٩١ - المغني ج ١٠ ص ٢١٥

وإذا قذف الملاعنة أجنبي فعليه الحد عند مالك والشافعي وأحمد^(١) ويفرق أبو حنيفة بين من لاعنت بولد ومن لاعنت بغير ولد فمن قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد أما من قذف ملاعنة بولد فلا حد عليه سواء كان الولد حياً أو ميتاً وقت القذف^(٢) .

ومن قذف شخصاً بالزنا فحد لقذفه ثم قذفه ثانية بذلك الزنا فلا يحد بالقذف الثاني وإنما عليه التعزير عند الشافعي وأحمد لأن نفي العار عن المقدوف وتكذيب القاذف قد تم بالحد الأول .

ولأن أبا بكره شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضى الله عنه ثم أعاد القذف فأراد أن يجلده ثانية فقال له على إن كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك فترك عمر رضى الله عنه جلده ومعنى عبارة على أنك إن أردت أن تجلده ثانية فقد جعلت شهادته شهادتين وإذا كانت شهادته شهادتين فقد كمل عدد شهود الزنا على المغيرة فوجب عليه الرجم لأن أبا بكره ومن معه حدوا لنقص عدد الشهود واحداً^(٣) أما مالك فيرى أن يحد مرة ثانية إذا كرر قذفه بعد تنفيذ الحد الأول^(٤) .

الركن الثاني

إحصان المقدوف

٥٦٣ — يشترط في المقدوف أن يكون محصناً رجلاً كان أو امرأة والأصل في شرط الإحصان قوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ وقوله ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم﴾ والمقصود

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٢٥ - المهذب ص ٢٩٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٣

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٣٤ - المهذب ج ٢ ص ٩٢٣

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨

بالإحصان في الآية الأولى العفة عن الزنا على رأى^(١) والحرية على رأى^(٢).
ومعنى الإحصان في الآية الثانية الحرية فالحصنات معناها الحرائر والغافلات
معناها العفاف والمؤمنات معناها المسلمات وقد استدل الفقهاء من النصين على
أن الإيمان أى الإسلام والحرية والعفة عن الزنا شروط في الإحصان .

وقد ورد لفظ الحصنات في القرآن بمعان متعددة فوردت بمعنى العفاف على
حسب ما بينا وجاءت بمعنى المتزوجات كقوله تعالى ﴿ وَالْحَصْنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ
إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ وقوله ﴿ مُحْصَنَاتٌ غَيْرُ مُسَافِحَاتٍ ﴾ .

وجاءت بمعنى الحرائر في قوله تعالى ﴿ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ
الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ وفي قوله ﴿ وَالْحَصْنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْحَصْنَاتُ مِنَ الَّذِينَ
أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ وقوله ﴿ فَمَلِيهِنَّ نِصْفَ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ
الْعَذَابِ ﴾ وجاءت بمعنى إسلام في قوله تعالى ﴿ فَإِذَا أَحْصَنَ ﴾ .

ويعتبر الشخص محصناً إذا كان بالغاً عاقلاً حراً مسلماً عفيفاً عن الزنا ، والبلوغ
والعقل شرطان عامان يجب توفرهما في الجاني في كل جريمة ولا يجب توفرهما أصلاً
في المجنى عليه ولكن الفقهاء يشترطون البلوغ والعقل أيضاً في المقتدوف وهو
المجنى عليه لاعتباره محصناً يعاقب على قذفه بالحد وعلة اشتراط البلوغ والعقل في
المقتدوف أنه يرى بالزنا وهو جريمة لا تقع إلا من بالغ عاقل ولأن زنا الصبي
والمجنون لا يجب فيه الحد ولكن الفقهاء مع هذا يختلفون في شرط البلوغ فيرى
أحمد في رواية أن البلوغ شرط في الإحصان لأنه أحد شرطى التكليف فأشبهه
العقل ولأن زنا الصبي لا يوجب حداً فلا يجب الحد بالقذف به ويرى أحمد في
رواية أخرى أن البلوغ ليس شرطاً في الإحصان مادام المقتدوف عاقلاً عفيفاً
يتعبر بالقذف ومادام القذف يمكن صدقه أى من الممكن أن يأتي المقتدوف
الواقعة التي قذف فيها فيستطيع الوطاء إن كان ذكراً ويطبق الوطاء إن كان
أنثى فعلى هذه الرواية يجب أن يكون المقتدوف كبيراً يجمع مثله ولو لم يكن

بالغا ويحددون السن الأدنى للغلام بعشر سنوات والجارية بنسع^(١).
ولا يشترط مالك البلوغ في الأنثى ولكنه يشترطه في الغلام ويعتبر الصبية
محصنة إذا كانت تطيق الوطأ أو كان مثلها يوطأ ولو لم تباغ فعلا^(٢) لأن الحد
جعل لنفي العار ومثل هذه الصبية يلحقها العار أما أبو حنيفة والشافعي فيشترطان
البلوغ من المذدوف ذكرًا كان أم أنثى^(٣).

ومن المتفق عليه أن يكون المذدوف مسلماً رجلاً كان أو امرأة ولكنهم
اختلفوا في حالة نفي النسب إذا كانت أم المنفى نسبه رقيقاً أو غير مسلمة لأن
نفي النسب عن ولدها المسلم ليس إلا رمياً لها بالزنا فاشترط أبو حنيفة في حالة
نفي النسب أن تكون الأم مسلمة وأن تكون حرة فإن لم تكن كذلك فلا
حد على القاذف^(٤).

وفي مذهب مالك لا يشترط في أم المنفى نسبه أن تكون مسلمة أو حرة
ويجب عندهم الحد على القاذف ولو كانت أم المنفى نسبه كافرة أو أمة^(٥) وهو
رأى ابن القاسم أماماً لك فقد توقف في هذه المسألة ورأى الشافعي وأحمد يتفق
مع ما قال به ابن القاسم في مذهب مالك^(٦).

ومعنى العفة عن الزنا عند أبي حنيفة أن لا يكون المذدوف وطئاً في عمره
وطئاً حراماً في غير ملك ولا نكاح أصلاً ولا في نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه
فإن كان قد فعل شيئاً من هذا سقطت عفته سواء كان الوطء زناً موجباً للحد
أم لا وإن كان وطئاً وطئاً حراماً ولكنه في ملك أو في نكاح صحيح أو في
نكاح فاسد فساداً غير مجمع عليه فلا تسقط عفته فإذا وطئ مثلاً امرأة زفت
عليه غير امرأته سقطت عفته للوطء الحرام في غير ملك ولا نكاح ولكنه لا يحد

(١) المنفى ج ١٠ ص ٢٠٢ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٨ ، ٣٠٠ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٨٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٢ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣ .

(٥) (٦) المنفى ج ١٠ ص ٢١٥ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠

على الزنا لقيام دليل ظاهر استباح به الفعل أما إذا وطئ زوجته النفساء أو الحائض أو الصائمة أو المحرمة أو التي ظاهر منها لم تسقط عفته لقيام النكاح حقيقة ولو أن الوطء في ذاته محرم^(١).

والعفة عند مالك هي سلامة المقدوف من فعل الزنا قبل قذفه وبعده ومن ثبوت حده عليه لأن ثبوت الحد يستلزم فعل الزنا^(٢) وعلى هذا يشترط في المقدوف لاعتباره عفيفاً أن لا يكون قد وطئ وطئاً يوجب حد الزنا وأن لا يكون قد ثبت عليه حد الزنا فإن كان قد فعل شيئاً من هذا أو ثبت عليه حد الزنا فهو غير عفيف . وإن كان قد وطئ وطئاً محرماً لا حد فيه فهو عفيف .

ومعنى العفة عند الشافعي هي سلامة المقدوف قبل القذف وبعده عن فعل ما يوجب حد الزنا عليه فإن أتى ما يوجب حد الزنا فهو غير عفيف . أما إن وطئ في غير ملك وطئاً محرماً لا يجب به الحد كمن وطئ امرأة ظنها زوجته أو وطئ في نكاح مختلف في صحته ففيه وجهان أحدهما : أنه وطئ محرم لم يصادف ملكاً فيسقط العفة والإحصان كالزنا ، وثانيهما : أنه وطئ لا يجب به الحد فلا يسقط العفة والإحصان كما لو وطئ زوجته وهي حائض^(٣).

ولا يشترط أحد العفة المطلقة كما يشترطها أبو حنيفة ولا العفة الفعلية عن الزنا كما يشترطها مالك والشافعي وإنما يكفي بالعفة الظاهرة عن الزنا فن لم يثبت عليه الزنا ببيينة أو إقرار ومن لم يحد للزنا فهو عفيف وإن كان تائباً من زنا أو ملاءمة^(٤).

ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعي أن يكون الإحصان متوفراً قبل القذف وبعده حتى تنفذ العقوبة فمن قذف محصناً فلا حد عليه إذا ارتكب المحصن قبل تنفيذ الحكم ما يجعله مثلاً غير عفيف وإنما على القاذف التعزير . ولكن أحد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ (٤) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٠

يرى عليه الحد لأن الإحصان لا يشترط إلا وقت القذف ولا يشترط بعده^(١) وحجة الأئمة الثلاثة أن شروط الإحصان تعتبر إلى حالة إقامة الحد بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقم عليه الحد ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه . أما أحمد فيرى أن الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شروط الوجوب وأن القول باستدامة الشروط قول غير صحيح لأن هذه الشروط للوجوب فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب فقط . أما إذا جن من وجب له الحد فإن الحد لا يسقط وإنما يتأخر استيفاءه لتعذر المطالبة فأشبه ما لو غاب من له الحد ، وإن ارتد من له الحد لم يملك المطالبة لأن حقوقه وأمواله تزول أو تكون موقوفة^(٢) .

وإذا تخلف شرط من شروط الإحصان في المقذوف فلا حد على القاذف وإنما عليه التعزير إذا عجز عن إثبات القذف ، فمن قذف مجنوناً أو كافراً أو رقيقاً فعليه التعزير .

الركن الثالث

القصد الجنائي

٥٦٤ - يعتبر القصد الجنائي متوفراً كلما رمى القاذف المجنى عليه بالزنا أو نفي نسبه وهو يعلم أن مارماه به غير صحيح . ويعتبر عالماً بعدم صحة مارماه به مادام قد عجز عن إثبات صحته ، ويعتبر المعجز عن صحة القذف قرينة لا قبل الدليل على علمه بعدم صحة القذف ، فليس له أن يدعى أنه بنى اعتقاده على صحة القذف على أسباب مقبولة لأنه كان يجب عليه قبل أن يقذف المجنى عليه أن يكون الدليل المثبت للقذف حاضراً في يده ، وهذا هو ما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحمار « آيت

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ . المغني ج ١٠ ص ٢١٩ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤ وما بعدها (٢) المغني ج ١ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ .

بأربعة يشهدون على صدق مقاتلك وإلا فخذ في ظهرك » مع أن هلال شهد واقعة الزنا بنفسه ولم يخلصه من الحد إلا نزول حكم اللعان وهذا هو ما يدل عليه نص القرآن الصريح في قوله تعالى ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ .

ولعل هذا هو الذى جعل جمهور الفقهاء يقولون بمحد شهود الزنا باعتبارهم قذفة إذا كانوا أقل من أربعة ، وإذا كان البعض لا يرى حدم فإنه لا يرى حدم إذا جاءوا بحجىء الشهود أى إذا تقدموا للشهادة خشية لله دون دافع شخصى فأما إن جاءوا بحجىء القذفة فلا خلاف فى حدم .
ولا يشترط بعد ما تقدم أن يقصد القاذف الإضرار بالحجىء عليه ولا عبرة بالبواعث التى حملته على القذف .

هل تشترط العلانية فى القذف ؟

٥٦٥ - لا تشترط الشريعة الإسلامية العلانية فى القذف كما تشترطها القوانين الوضعية ومن ثم تعاقب الشريعة القاذف سواء قذف الحجىء عليه فى محل عام أو محل خاص على مشهد من الناس أو فيما بينهما فقط .
وأساس عدم اتهام الشريعة بالعلانية أنها تزن كرامة الإنسان بميزان واحد وترى أن قيمة الإنسان لا تتغير بتغير الظروف فقيمه أمام نفسه تساوى قيمته أمام الناس ، وحرصه على كرامته فى السر يجب أن لا يقل عن حرصه على كرامته فى العلانية ، والشريعة توجب على المرء أن يكون سره كعلمه وتعيب أناساً بأنهم يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم وقاعدتها الأساسية تحريم الفواحش ماظهر منها وماباطن والإثم والبغى بغير الحق وتدعو الناس أن يذروا ظاهر الإثم وباطنه ولهذا فهى لا تميز بين جريمة ارتكبت فى السر وأخرى فى العلانية لأن الجريمة فى الشريعة محرمة لذاتها لا نظروفها فن ارتكب جريمة فى السر لم يشهدا أحد عوقب عليها كما لو ارتكبتها علانية على ملاء من الناس .

أما القوانين الوضعية فلها شأن آخر إذ تتميز بين أفعال القذف التي ارتكبت علنا وأفعال القذف التي ارتكبت في غير علانية ، وتعاقب على الأولى دون الثانية ، فهي تعاقب إذا عاقبت لأن القذف في الغالب سمعه فريق من الناس ولا تعاقب في غير العلانية لأن القذف لم يصل إلى أسماع الكثيرين من الناس . وهكذا تزن القوانين كرامة الإنسان بميزانين وتجعل له قيمتين ، فتحافظ على كرامته وقيمه إذا مست وانتقصت قيمته أمام الناس وتهدر كرامته وقيمه إذا مست وانتقصت دون أن يشتهر ذلك بين الناس وهكذا تفرض القوانين الوضعية على الناس حياة الرياء والنفاق وتصرفهم عن الجوهر وتغريهم وتجعل منهم أشخاصا لا كرامة لهم ولا عزة فيهم وتعلمهم أن يستحلوا لأنفسهم ما يشاءون في الخفاء وأن يتظاهروا بالبراءة والطهارة وأن لا يفضبوا لكراماتهم ولا يثوروا إذا مست في الخفاء وأن يتظاهروا بالغضب إذا مست في علانية .

والمبدأ الذي أخذت به القوانين الوضعية في العلانية متمم لمبدأ عدم جواز إثبات القذف وكلاهما أساسه فرض حياة الرياء والنفاق على الناس لأن معنى عدم جواز الإثبات هو أن يعاقب الصادق والكاذب على السواء وأن لا يستطيع إنسان أن يقول الحق ويصف الناس والأشياء وصف حق إلا إذا عرض نفسه للعقاب ، فإذا لم يرد أن يكون عرضة للعقاب وجب عليه أن يعيش كاذبا لا يقول الحق ولا يعرف الصراحة .

ومبدأ الشريعة في عدم اشتراط العلانية متمم لمبدأ جواز إثبات القذف ، كلاهما أساسه فرض الحياة الفاضلة على الجمهور وأخذه بالاستقامة والاعتزاز بالكرامة ، وشتان بين توجيه الشريعة وتوجيه القانون ، فالشريعة تعاقب على الجريمة لذاتها لا لظروفها، بينما القانون يعاقب على ظروف الجريمة ولا يهتم بذات الجريمة . والشريعة لا تحمي الفاسقين المفسدين من السنة الصادقين المصلحين بينما تحمي البراءة الغافلين من السنة الكاذبين المدعين . أما القانون فيتكفل بحماية

الفاسقين المفسدين ولو تبين فسقهم وفسادهم يعاقب الصادقين المصلحين ولو ثبت صدقهم وصلاحهم ثم هو بعد ذلك لا يسمح للبراءة الغافلين أن يبرئوا أنفسهم مما ادعاه عليهم الكاذبون ، لأن عقاب القاذف دون أن يسمح له بإثبات قذفه يؤدي إلى منفع المَقْذُوف من إثبات براءته فيعاقب القاذف لجرد القذف سواء كان صحيحاً أم كاذباً ويبقى المَقْذُوف البرى وقد لصقت به الفرية لا يستطيع منها فكاً كالأخلاصا .

المبحث الثاني

في دعوى القذف

٥٦٦ - يشترط في إقامة دعوى القذف مخاصمة المَقْذُوف أى أن يتقدم المَقْذُوف بشكواه فإذا قدمت الشكوى من غيره لم يجوز أن تقام الدعوى على أساس شكوى الغير ؛ كذلك لو تقدم الشهود بشهاداتهم حسبة لله لم تقبل منهم الشهادة لأن الشهادة لا تقبل قبل قيام الدعوى ، والدعوى لا تقوم إلا بشكوى المَقْذُوف .

ومن المسلم به بين الفقهاء أن القذف حد من حدود الله ، والقاعدة العامة في الشريعة أن خصومة المجنى عليه ليست شرطاً في إقامة دعوى متعلقة بحد من الحدود ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة العامة حد القذف ويوجبون في إقامة دعوى القذف خصومة المجنى عليه ناظرين إلى أن الجريمة وإن كانت حداً إلا أنها تمس المَقْذُوف مساساً شديداً وتتصل بسمعته وعرضه اتصالاً وثيقاً ولأن للقاذف حق إثبات قذفه فلو أثبتته أصبح المَقْذُوف مسؤولاً عن جريمة الزنا كلما رمى بهذه الجريمة ووجب عليه عقوبتها ، ولهذا النتائج الخطيرة كان من الحكمة أن يعاقب رفع دعوى القذف على شكوى المَقْذُوف . .

٥٦٧ - من يملك الخصومة . . ؟ يملك المَقْذُوف وحده حق الخصومة

في دعوى القذف إن كان حياً ، فلا تقبل الخصومة من غيره مهما كانت صلته بالمَقْذُوف ولو كان في القذف مساس به اللهم إلا إذا كان القذف يعتبر قذفاً

مباشراً له ، فإذا قذف شخص بأنه زنى بامرأة معينة اعتبر الرجل والمرأة مقذوفين وكان لكل منهما حق الخصومة في دعوى القذف ولكن ليس لغيرها أن يحرك الدعوى فليس لزوج المرأة أو ولدها أو أحد أبويها أن يحرك دعوى القذف ولو أن القذف يمسه لأن القذف لم يمسه إلا عن طريق المرأة المقذوفة وهى صاحبة الحق في الخصومة وليس لأبناء الرجل أو أبويه أو زوجته حق الخصومة في دعوى القذف لنفس السبب .

وإذا حرك المقذوف دعوى القذف ثم مات قبل الفصل في الدعوى سقطت الدعوى بموته في رأى أبى حنيفة ، لأن حق الخصومة في دعوى القذف حق مجرد ليس مالا ولا بمنزاته فلا يورث^(١) .

ولكن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن حق الخصومة يورث فيحل الورثة في الدعوى محل المقذوف . فإذا لم يكن للمقذوف وارث سقطت الدعوى .

وفي مذهب مالك يرون في حالة موت المقذوف دون وارث أن للمقذوف أن يوصى بشخص بأن يقوم مقامه في الدعوى فإذا أوصى على هـ ذا الوجه حل الوصى محله في الدعوى ولم تسقط الدعوى بموت المقذوف^(٢) .

وإذا مات المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى سقط حق الخصومة ولم يكن لورثة المقذوف أو عصباته أن يخاصموا القاذف إلا إذا كان المقذوف قد مات وهو لا يعلم بالقذف^(٣) لأن سكوته عن الشكوى يعنى أنه لا يريد لها أو أنه عفا عن القاذف .

وإذا كان المقذوف ميتاً فجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى من يملك حق الخصومة فإذا لم يكن هناك من يملك هذا الحق امتنع رفع الدعوى إلا عند الشافعى كإقدامنا ولكنهم اختلفوا فيمن يملك حق الخصومة في هذه الحالة فرأى مالك أن أصول المقذوف وفروعه

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٢

(٢) المدونة ج ١٦ ص ٢٠ (٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥

(٣١ - التفسير الجنائى الإسلامى ٢)

الذکور یملكون حق الخاصمة وأن أجداد المقذوف لأمه یملكون هذا الحق، فإن لم یكن أحد من هؤلاء كان حق الخاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات^(١) ویری أبو حنیفة أن الخصومة یملكها ولد المقذوف المیت ذکرأ كان أم أنثی وابن ابنه و بنت ابنه وإن سفلوا، ووالده وإن علا . ویری أبو حنیفة وأبو یوسف أن أولاد البنات یملكون الخصومة أيضاً ولا یری محمد ذلك^(٢) . ویری الشافعی أن حق الخصومة یملكه كل وارث ، وفي مذهب الشافعی رأى أن الخصومة لجميع الورثة إلا من یرث بالزوجية ورأى آخر أن الخصومة للعصبات دون غیرهم^(٣) .

ويعمل الفقهاء إعطاء الورثة حق الخاصمة فی قذف المیت بأن معنی القذف هو إلحاق العار بالمقذوف والمیت لیس محلاً لإلحاق العار به فلم یكن معنی القذف راجعاً إلیه بل إلی أهله الأحياء الذين یلحقهم العار بقذف المیت ، ولما كان أهل المیت یتصلون به بصلة الجزئية وكان قذف الإنسان قذفاً لأجزائه فكأن القذف واقعاً على أهل المیت من حیث المعنی ولذلك تثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم . أما إذا كان المقذوف حیاً وقت القذف فقد أضيف إلیه القذف وقت أن كان محلاً قابلاً للقذف صورة ومعنی فلیحق العار به وانعقد القذف موجباً حق الخصومة له خاصة^(٤) .

ویرجع اختلاف الفقهاء على من یملك حق الخاصمة إلی الاختلاف فی تقدير من یلحقهم عار القذف ، فالبعض یری أنه یلحق كل الورثة والبعض رأى أنه یلحق الورثة إلا من یرث بالزوجية والبعض رأى أنه لا یلحق إلا العصبات ، والبعض رأى أنه لا یلحق إلا من یعتبر القذف نفياً لنسبه . .

(١) المدونة ج ١٦ ص ٢٠ - مواهب الجلیل ج ٦ ص ٣٠٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٥٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٢

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٣٠

ولكن الفقهاء مع هذا متفقون على أن من له حق الخصوصية يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت أى أن الأبعد درجة من الميت يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب^(١). وإذا كان الفقهاء يعللون الخصوصية بأنها تدفع العار عن الخاص من أصول الميت أو فروعه أو ورثته أو عصبائه وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ودفع العار عنهم لا عنه خصوصاً وأن القذف يتعدى دائماً المقتوف إلى غيره . إذ القذف فى الشريعة معناه رمى المقتوف بالزنا أو نفى النسب عنه ، فالمقتوف إذا رمى بالزنا تعداه القذف إلى غيره . ومن رمى امرأة بالزنا تعداها القذف على أقل تقدير إلى أولادها ، والمقتوف إذا قذف بما ينفى نسبه تعداه القذف إلى أصوله وفروعه وورثته .

٥٦٨ - بين الشريعة والقانون : - رأى السائد فى النوازين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات ومن ثم فقتد الميت لاعتقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقتوف أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من الحاكمة والعقاب .

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقتوف أو ورثته كما هو الحال فى القانون المصرى ، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقتوف كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، فإذا مات الجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقتوف وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم .

واتجاه القوانين الوضعية فى قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة . فدعوى القذف فى الشريعة تمس دائماً أسرة المقتوف وأهله ، فإذا

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٢ - شرح فتح القدير

أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين الوضعية للورثة من رفع الدعوى في حالة مساس الفذف بهم لأن القوانين لا تقصر الفذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال في الشريعة، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره، ومن المسلم به أن كثيراً مما يعتبر قذفاً في القوانين لا يمس وريثة المقتوف أو أهله الأحياء، أما نسبة الزنا للمقتوف ونفى النسب عنه فلا شك أنه يمسهم ومن ثم يمكن القول أن القوانين تجيز دائماً دون قيد للورثة المقتوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى في هاتين الحالتين على القاذف .

أما تعليق الدعوى على شكوى المقتوف فقد رأينا بعض القوانين كالقانون الفرنسى يتفق مع الشريعة في هذا المبدأ وأن قوانين أخرى منها القانون المصرى لاتعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف .

٥٦٩ - هل حر القرف حر لله أم هو للعبير ؟؟ - يقسم الفقهاء الحقوق التى تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى وحقوق للأدميين ، ويعتبرون الحق لله كلما كان خالصاً لله أو كان حق الله فيه غالباً ، ويعتبرون الحق للعبد كلما كان خالصاً للعبد أو كان حق العبد غالباً فيه .

وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها ، وأما حقوق الآدميين فتنشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم .

وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أن الحق لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة وتعتبر العقوبة في الشريعة حقاً لله كلما استوجبته المصاحبة العامة وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم فكل جريمة يرجع فسادها للعامة وتعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع الضرر والفساد ، لأن اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدي إلى عدم إسقاطها بإسقاط الجماعة والأفراد لها .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن

الكثيرين منهم يرون بحق أن كل ما يمس حق لجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقاً لله تعالى لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا وأوامره ويحتذوا بنواهيه ويعملوا بشريعته ، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة ، وإذا قيل إن حكماً ما يرتب حقاً مجرداً للفرد فإن هذا القول لا يعتبر صحيحاً على إطلاقه وإنما يصح إذا غلبنا حق العبيد في الأمور الدنيوية ، كذلك فإن ما يعتبر حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصالح الأفراد

وقد ينشأ الحقدان معاً عن الجريمة الواحدة كما هو الحال في جريمة السرقة فإنه ينشأ عنها حق لله تعالى أى حق للجماعة في عقاب الجانى وحق للمجنى عليه في استرداد ماله المسروق أو أخذ مقابله .

وقد ينشأ عن الجريمة حق واحد فقط كما هو الحال في جريمة الردة فإنه لا ينشأ عنها إلا حق واحد هو حق الجماعة في عقاب الجانى .

والأصل في الشريعة أن فض العقوبة واستيفائها حق لله تعالى ولكن استيفاء بعض العقوبات جعلت استثناءاً حقاً للأفراد وهى عقوبات جرائم الاعتداء على حياتهم وأجسامهم أى القتل والجرح والضرب فقد جعلت الشريعة استيفاء عقوبة القصاص وعقوبة الدية حقاً للأفراد ولهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها ، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجانى بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات من حق الأفراد لا يسلب الجماعة حقها في فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى .

ومن المتفق عليه أن جريمة القذف فيها حقان: حق لله تعالى وحق للمقذوف ولكن الفقهاء يختلفون على أى الحقين هو الأقوى ، فأبو حنيفة يغلب حق الله على حق العبد ويحمل الجريمة متعلقة بحق الله تعالى ، وبعض الحنفية يرى أن

حق القذف متعلق بحقوق الآدميين وحقوق الله وأن الحق الغالب فيه هو حق الآدميين^(١).

والشافعي وأحمد يغلبان حق العبد على حق الله ويجعلان الجريمة متعلقة بحقوق الآدميين ، ومالك يغلب حق العبد قبل الشكوى ويغلب حق الله تعالى بعد الشكوى ، فالجريمة عنده متعلقة بحقوق الآدميين قبل الشكوى ومتعلقة بحقوق الله تعالى بعد الشكوى .

ويغلب الشافعي وأحمد حق العبد لأن العبد في حاجة إلى حقه أكثر من حاجة الجماعة إلى حقه ، ويغلب أبو حنيفة حق الجماعة على حق العبد لأن ذلك يؤدي إلى حفظ حق الجماعة وحق العبد معاً بينما تغليب حق العبد يؤدي إلى إهدار حق الجماعة^(٢).

ولأن ولي الأمر يعتبر نائباً عن الأفراد ونائباً عن الجماعة فيستطيع أن يقوم على حق الجماعة وحق الفرد إذا غلب حقه لا يمثل إلا نفسه فلا يستطيع أن يرعى حق الجماعة ، أما مالك فيغلب حق العبد قبل الشكوى باعتبار أن حق الجماعة لا يبدأ في الظهور إلا بعد الشكوى فإذا لم تكن شكوى فلا حق إلا حق الآدمي أما بعد الشكوى فيوجد حق الجماعة ، وإذا وجد حق الجماعة تغلب على حقوق الآدميين^(٣).

٥٧٠ — ويترتب على الاختلاف في تغليب أحد الحقيقتين على الآخر نتائج كثيرة أهمها :

١ — أن تغليب حق الآدميين على حقوق الله يؤدي إلى القول بأن الحقوق الناشئة للمقذوف عن جريمة القذف تورث لأن الإرث يجري في حقوق العباد ، بينما القائلون بتغليب حق الله على حق الآدمي لا يرون الإرث في حق المخاصمة ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

إذ الحد وإن كان مقررًا لمصلحة الآدمي إلا أنه حق لله . والآدمي يرث الآدمي فيما كان مالا أو متصلا بالمال وحق الخاصة ليس شيئًا من هذا^(١) .

٢ — العفو : فمن غلب حق الله على حق الآدميين كأبي حنيفة رأى أن المقدوف ليس له أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه ، فإن عفا كان عفوّه باطلا^(٢) لأن الحد حق من حقوق الله فليس للفرد أو الجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود .

ومن غلب حق العبد على حق الله كالشافعي وأحمد رأى أن المقدوف له أن يعفو عن القاذف إلى وقت إقامة الحد فإن عفا عنه سقط الحد على أنه إذا تعدد المقدوفين وكانت الجريمة محكوما فيها بحد واحد فيشترط لسقوط الحد أن يكون العفو من جميع المقدوفين ، فإذا عفا البعض دون البعض وجب الحد لمن لم يعفو ولم يسقط بعفو من عفا^(٣) .

ولمالك آراء متعددة في العفو أولها : أن العفو يصح إلى ما قبل التبليغ فإذا لم يعف المقدوف وبلغ الحادث فلا عفو بعدها — وثانيها : أن العفو يصح إلى ما قبل سماع الشهود ، فإن أدى الشهود شهادتهم فلا عفو بعدها . ثالثها : أن العفو جائز قبل التبليغ وبعده كلما قصد المقدوف من العفو أن يستتر على نفسه^(٤) .

والقائلون بالعفو يجيرون أن يكون العفو صريحا أو ضمينيا ويرتبون على العفو قبل التبليغ عدم جواز رفع الدعوى لسقوط حق المقدوف في الشكوى بالعفو ..

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٠٤ — المذهب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

المبحث الثالث

فى الأدلة على القذف

يثبت القذف بالطرق الآتية :

١٧٥ — أولاً : شهادة الشهود : ويشترط فى شهود القذف ما يشترط فى شهود الزنا من البلوغ والعقل والحفظ والقدرة على الكلام والعدالة والإسلام وانعدام القرابة وانعدام العداوة وانعدام التهمة ، كذلك يشترط فى شهود القذف الذكورة والأصالة وقد تكلمنا عن هذه الشروط جميعاً بمناسبة الكلام على الشهادة فى الزنا .

عدد الشهود : فيما يختص بإثبات التهمة يكفى لإثبات واقعة القذف على القاذف شهادة شاهدين فقط . أما فيما يختص بنفى التهمة فلمتهم بالقذف أن يتبع إحدى الطرق الآتية :

الأولى : أن ينكر واقعة القذف ثم يستشهد على عدم حصول القذف بمن شاء من الرجال أو النساء دون التقييد بعدد معين .

الثانية : — أن يدعى أن المَقْذُوف اعترف بصحة القذف ويكفى لتأييد هذا الدفاع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين^(١) .

الثالثة : أن يعترف بالقذف ويبدى استعداده لإثبات صحة القذف وفى هذه الحالة يجب عليه أن يستشهد على صحة الواقعة المَقْذُوف بها بأربعة شهود يشترط فيهم ما يشترط فى شهود إثبات جريمة الزنا على أن لا يكون القاذف أحدهم لأنه لا يعتبر شاهداً .

الرابعة : إذا كان زوجاً فاعترف بالقذف فله أن يلاعن الزوجة و يرى أبو حنيفة أن للقاذف أن يثبت صحة القذف بأربعة شهود غيره ، فإن شهدوا بصحة القذف فلا يحد المَقْذُوف حد الزنا إذا كانت الشهادة على زنا متقدم^(٢)

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠ (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠

لأن الأصل عنده أن الشهادة لا تقبل عند التقادم ولكنها قبلت هنا لإسقاط الحد عن القاذف وليس لإيجاب الحد على المَقْذُوف . ويخالف أبا حنيفة في هذا الأئمة الثلاثة ويرون حد المَقْذُوف حد الزنا إذا ثبت لزنا عليه ولو كان متقادماً لأنهم لا يعترفون بالتقادم « إلا على رأى لأحد كما ذكرناه » .

ويرى أبو حنيفة أن لا أثر للتقادم على القذف لأن الدعوى في القذف شرط فلا يمكن التقدم بالشهادة حسبة ولا تقبل مثل هذه الشهادة قبل الدعوى ، ومادامت الدعوى تأخرت لأسباب خاصة بالمَقْذُوف فليس من هذا ما يدعو إلى اتهام الشهود ، وليس فيه ما يفيد معنى الضعيفة والنهمة كما هو الحال في الزنا والشرب مثلاً إذ الدعوى في هاتين الجريمتين ليست شرطاً^(١) .

ويشترط في الشهادة اتحاد المجلس ولا يقبل في القذف كتاب القاضي إلى القاضي ولا الشهادة على الشهادة^(٢) .

٥٧٢ - ثانياً - الإقرار : يثبت القذف بإقرار القاذف أنه قذف المجنى عليه ، ولا يشترط العدد في الإقرار فيمكن أن يقر مرة واحدة في مجلس القضاء^(٣) .

ويرى أبو حنيفة جواز الشهادة على الإقرار في القذف إذا حدث في غير مجلس القضاء لأن إنكار الإقرار بالقذف لا قيمة له ولا يعتبر رجوعاً عن الإقرار^(٤) ولأن الرجوع عن الإقرار في القذف لا أثر له على الحد لأن حد القذف حق العبد من وجه ، وحق العبد لا يحتمل السقوط بالرجوع بعد ثبوته كما هو الحال في القصاص^(٥) ولا يقبل الرجوع عند أحد^(٦) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠ (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١

(٦) الاقناع ج ٤ ص ٢٥٩

ويصح الإقرار في القذف ولو مع السكر كما هو الحال في الخصومة المالية لأن
للايبد حق في القذف^(١).

ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أن للقاضي أن يقضى بعلمه في القذف
على أن يكون العلم في زمان القضاء ومكانه ، ولكنهم اختلفوا على جواز القضاء
بعلمه إذا كان العلم في غير زمان القضاء أو مكانه^(٢).

٥٧٣ - ثالثاً - اليمين: يثبت القذف عند الشافعي باليمين إذا لم يكن لدى
المقذوف دليل آخر فله أن يستحلف القاذف فإن نكل القاذف ثبت القذف
في حقه بالنكول.

ويرى الشافعي أيضاً أن يستحلف القاذف المقذوف إذا لم يكن لدى القاذف
بينة على صحة القذف ، فإن نكل المقذوف عن اليمين اعتبر القذف صحيحاً
ودرى الحد عن القاذف ، ولا يرى الشافعي الاستحلاف في شيء من الحدود
إلا في القذف فقط لأنه حق العبد ولأن الرجوع عن الإقرار في القذف باطل
ولأن النكول عن اليمين بمثابة الإقرار . أما في الحدود الأخرى فلا يرى
الاستحلاف فيها لأنها حق الله من ناحية ولأن الرجوع عن الإقرار فيها صحيح^(٣)
وفي مذهب أبي حنيفة يرى بعضهم الاستحلاف ولا يراه البعض الآخرون
قال بالاستحلاف اعتبر ما في القذف من حق العبد على أن القائلين بالاستحلاف
اختلفوا فمنهم من رأى القضاء بالحد بالنكول ومنهم من رأى القضاء بالتعزير
عند النكول بدلاً من الحد، ومن قال بعدم الحلف اعتبر حق الله سبحانه وتعالى
وأنه هو الحق الغالب فألحقه بسائر حقوق الله تعالى الخالصة وهي لا يقضى بها
باليمين ولا بالنكول^(٤).

ولا يرى مالك وأحمد جواز الإثبات باليمين في القذف فليس للقاذف أو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٢ ، ٤٠٤ يراجع الوجيز

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢

المقذوف أن يستحلف الآخر^(١) .
ولأحمد رأى قديم يجوز القضاء بالنسكول في القذف ، ولكن المذهب أنه لا يقضى بالنسكول في غير المال وما يقصد به المال^(٢) .

المبحث الرابع

عقوبة القذف

٥٧٤ - للفرز عقوبته : الأولى أصلية وهي الجلد . والثانية تبعية وهي عدم قبول الشهادة .

والأصل في العقوبتين قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾

عقوبة الجلد : عقوبة الجلد مقدارها ثمانون جلدة وهي لا تقبل استبدالاً ولا إنقاصاً وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أما المقذوف فله الحق في العفو عنها على رأى البعض وليس العفو على رأى البعض الآخر كما بينا من قبل .
عدم قبول الشهادة : من المتفق عليه أن القاذف يجب عليه مع الحد سقوط شهادته لقوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ .

وقد اختلفوا في سقوط الشهادة مع التوبة فرأى أبو حنيفة أن شهادة القاذف تسقط وإن تاب ، ورأى مالك والشافعي وأحمد أن القذف تقبل شهادته إن تاب وأساس اختلافهم في هذه المسألة هو اختلافهم في تفسير قوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ فمن رأى أن الاستثناء يسود إلى أقرب مذكور في قوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا ﴾ قال التوبة ترفع الفسق ولا تؤثر على عدم قبول

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩١ - تبصرة الحكام ج ١ ص ١٧٤ - الاقناع ج ٤ ص ٢٥٩

(٢) المغني ج ٢٢ ص ١٢٦ .

الشهادة ، ومن رأى أن الاستثناء يعود إلى الجملة السابقة كلها ويتناول الأمرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق وتمنع من رد الشهادة .

ويرى أبو حنيفة ومالك أن شهادة القاذف لا تسقط إلا بالحد أما الشافعي وأحمد فيسقطان شهادة القاذف بثبوت المعصية عليه أى بعجزه عن إثبات صحة القذف ولو لم يجد^(١) .

٥٧٥ - تعدد العقوبات : إذا تعددت العقوبات فيما أن تكون كلها عن جرائم قذف وإما أن تكون عن جرائم قذف وجرائم أخرى وفي الحالتين تتداخل العقوبات على الوجه الآتى :

٥٧٦ - تراضل عقوبات القذف : اختلف في تداخل عقوبات القذف فرأى مالك وأبو حنيفة أن عقوبات القذف تتداخل إلى وقت تنفيذها فمن قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله سواء قذف فرداً واحداً أو أفراداً وسواء كان القذف بكلمة أو بكلمات من يوم واحد أو أيام مختلفة وسواء اتحدت عبارات القذف أم اختلفت طلب بعضهم الحد أم كلهم فإذا أقيم الحد فقذف أحداً بعد ذلك حد له من جديد .

وإذا كان مالك وأبو حنيفة قد اتفقا في هذا فإنهما اختلفا فيما إذا قذف أحداً أثناء تنفيذ العقوبة فرأى مالك أن القذف إذا كان بعد تنفيذ أكثر الحد كمل الحد الأول ووجب للقذف الثانى حد كامل وإن كان بعد تنفيذ أقل الحد وجب للقذف الجديد حد جديد وتداخل في الحد الجديد ما بقى من الحد الأول أو بمعنى آخر لم يضرب للقذف الجديد إلا بقدر ما استوفى من الحد الأول وظاهر مما سبق أن مالك لا يرى التداخل بعد بدء التنفيذ إذا كان قد نفذ أكثر الحد ويرى التداخل بقدر ما بقى من الحد إذا كان قد نفذ أقله أما أبو حنيفة فيرى التداخل مادام لم يتم التنفيذ ولو كان الباقي من الحد سوط واحد فوضرب

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٦ - شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٦٥ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٠ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٨ - المغنى ج ١٢ ص ٧٤ .

القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف قذفاً لا يضرب إلا ذلك السوط الواحد للتداخل^(١).

ويرى الشافعي أنه إذا قذف شخصاً واحداً عدة مرات قبل أن يحد فإن العقوبات تتداخل ويجرى عنها جميعاً حد واحد إذا كان القذف بزناً واحد وكذلك الحكم على الرأي الراجح ولو تذفه كل مرة بزناً آخر لأن العقوبات كلها من جنس واحد لمستحق واحد فتتداخل كما لو زنى ثم زنى ، أما الرأي المرجوح فيرى أصحابه تعدد الحد بتعدد وقائع القذف لأن القذف من حقوق الآدميين ولا تداخل فيها .

وإذا قذف جماعة فوجه لكل واحد منهم القذف على انفراد وجب لكل واحد منهم حد ولا تداخل مهما تعددت الحدود وإن قذفهم بكلمة واحدة فيه قولان ، قال في القديم يجب حد واحد لأن كلمة القذف واحدة فوجب - حد واحد كما لو قذف امرأة واحدة وقال في الجديد يجب لكل واحد منهم حد لأنه الحق العام بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو انفرد بقذف كل واحد منهم وهذا هو الرأي المعمول به في المذهب .

وإذا كانت كلمة عبارة القذف تعتبر قذفاً لشخصين كما لو قذف زوجته برجل ولم يلاعن فيرى البعض أن على القاذف حدين لأنه قذف شخصين ويرى البعض أن على القاذف حداً واحداً لأن القذف بزناً واحد .

أما إذا كانت عبارة القذف تعتبر قذفاً لشخصين وكان القذف بأكثر من زنا واحد فلا خلاف في أن على القاذف حدين ، كما لو قال لزوجته يا زانية بنت الزانية .

وإن وجب عليه حد لاثنتين فإن وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحنا قدم السابق منهما لأن حقه أسبق وإن وجب عليه لهما في حالة واحدة بأن قذفهما معا وتشاحنا أقرع بينهما .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨ ، ٩٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٣ .

وإن وجب حدان فحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الحد الأول لأن الموالاة بين الحدين تؤدي إلى التالف^(١) .

ويرى أحمد أنه إذا قذف رجل شخصاً مرات فلم يحد فحد واحد سواء قذفه بزناً واحد أو بزنيات .. وإذا قذف جماعة بكلمات فلكل واحد منهم حد ولا تتداخل الحدود في هذه الحالة مهما تمددت لأنها من حقوق الآدميين .

وإذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد إذا طالبوا ، أو واحد منهم .
«وهناك رواية عن أحمد أنه يلزمه لكل واحد منهم حد كامل» وإذا طالبوا الحد جملة حد لهم فإن طلبه أحدهم أقيم الحد لأن الحق ثابت لهم على سبيل البدل فأيهم طالب به استوفاه وسقط باستيفائه فلم يكن لغيره أن يطالب به وإن أسقطه أحدهم كان لغيره أن يطالب به ويستوفيه .

وروى عن أحمد رواية أخرى أنهم إذا طلبوه دفعة واحدة فحد واحد وكذلك إن طلبوه واحداً بعد واحد إلا أنه لم ينفذ حتى طلبه الكل فحد واحد وإن طلبه واحد فأقيم له ثم طلبه آخر أقيم له وكذلك جميعهم لأهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاءه بجميعهم وإذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاءه له وحده فلا يسقط حق الباقيين بغير استيفائهم أو إسقاطهم .

وإذا قال لرجل يا ابن الزاني فهو قاذف لها بكلمة واحدة فإن كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب إلا حد واحد وإن قال يا زاني ابن الزاني فهو قذف لها بكلمتين فإن كان أبوه حياً فلكل واحد منهما حد وكذلك لو قال يا زاني ابن الزانية وكانت أمه على قيد الحياة وإن كانت ميتة فالقذفان جميعاً له وإن قال زنت بفلاة فهو قرف لها بكلمة واحدة^(٢) .

٥٧٧ - هل تترافل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى ؟
يرى مالك أن حد القذف يتداخل مع حد الشرب لانحد للموجب أى أن

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣١ ، ٣٣٤ .

موجب كل من الحدين ثمانون جلدة فإذا أقيم على أحدهما سقط عنه الآخر ولو لم يقصد عند إقامته الحد إلا واحدا فقط ثم ثبت أنه شرب أو قذف فإنه يكفي بما ضرب له عما ثبت وكذلك الحكم لو سرق لأول مرة وقطع يمين آخر فإن الحدين يتداخلان لاتحاد الموجب ^(١).

ولا يرى الأئمة الثلاثة ما يراه مالك من التداخل بين حد القذف وحد الشرب وفيما عدا ما سبق فإن من المتفق عليه أن حد القذف لا يتداخل مع أية عقوبة أخرى ولو كانت القتل سواء كان القتل حقا لله كرجم الزاني المحصن أو حقا للعبد كالفصاحص فحد القذف ينفذ مع القتل ومع غيره ويقدم على القتل لأنه فيه حق الآدمي وحقوق الآدميين لا يتسامح فيها كما يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد ولأن حد القذف جعل لدفع العار فلا يجبه القتل لثلاثي يقال للمقذوف مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية ^(٢).

كيفية تنفيذ العقوبة :- راجع ما كتب عن الجلد في الزنا وما كتب خاصة عن القذف .

٥٧٨ - سقطات العقوبة :- ١ - رجوع الشهود عن شهادتهم
٢ - تصديق المقذوف للقاذف ٣ - تكذيب المجنى عليه لشهوده وهذا عند أبي حنيفة خاصة - ويرى مالك أنه إذا كذب شهوده قبل سماعهم لم تسمع شهادتهم فإذا كذبهم بعد الشهادة لم يلتفت لقوله ٤ - بطلان أهلية الشهود قبل التنفيذ وهو شرط خاص بأبي حنيفة لأن القاعدة عنده أن الإمضاء من القضاء .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨

(٢) المدونة ج ١٦ ص ١٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ - المهذب ج ٢ ص ٣٠٥ - المغني ج ١٠ ص ٣٢١ وما بعدها

الكتاب الثالث

في

الشرب

٥٧٩ - حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريمًا قاطعًا لأنها تعتبر الخمر أم الخبائث وتراها مضيعة للنفس والعقل والصحة والمال . وقد حرصت الشريعة على أن تبين للناس من أول يوم أن منافع الخمر مهما يقال في منافعها ضئيلة لا تتعادل مع أضرارها الجسيمة وذلك قوله تعالى ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ .

ولقد حرمت الشريعة الإسلامية الخمر من ثلاثة عشر قرناً ووضع التحريم موضع التنفيذ من يوم نزول النصوص المحرمة وظل العالم الإسلامي يحرم الخمر حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن العشرين حيث بدأت البلاد الإسلامية تطبق القوانين الوضعية وتعطل الشريعة الإسلامية فأصبحت الخمر مباحة لشاربيها كما هو الحال في مصر ولا عقاب على شربها أو السكر منها اللهم إلا إذا وجد شاربيها في حالة سكر بين في محل عام فإن كان السكر بينا وكان السكر في محل خاص فلا عقاب عليه أى أن العقوبة التي يقررها القانون المصري ليست على شرب الخمر ولا على السكر وإنما على وجود السكران في محل عام .

وفي الوقت الذي يستبيح فيه المسلمون الخمر بالرغم من تحريم الإسلام لها تنفشر الدعوة إلى تحريم الخمر في كل البلاد غير الإسلامية فلا تجد بلداً ليس فيه جماعة أو جماعات تدعو إلى تحريم الخمر وتبين بكل الوسائل أضرارها العظيمة التي تعود على شاربيها بصفة خاصة وعلى الشعوب بصفة عامة ،

وقد اندفعت هذه الجماعات إلى المفاداة بتحريم الخمر بعد ما أثبتته العلم من أن شرب الخمر مضر بالصحة وأنه يضمف الجسم والعقل بصفة عامة ويؤدى إلى الجنون فى كثير من الأحوال كما يؤدى إلى المقم فإذا لم يؤد إلى المقم فإنه يؤدى إلى قلة النسل وانحطاطه من الناحيتين الجسمانية والعقلية وكذلك ثبت أن شرب الخمر يؤدى إلى ضعف الإنتاج وهذا الذى أثبتته العلم الحديث يؤيد تأييداً مطلقاً نظرية الشريعة الإسلامية .

وقد ترتب على الدعوة القوية لتحريم الخمر أن ابتدأت الدول غير الإسلامية تضع فكرة تحريم الخمر موضع التنفيذ من القرن الحالى . فالولايات المتحدة الاميريكية أصدرت من عدة سنين قانوناً يحرم الخمر تحريماً تاماً وقد أصدرت الهند من سنيتين قانوناً مماثلاً ، وهاتان هما الدولتان الكبيرتان اللتان حرمتا الخمر أما كثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر وتناولها فى المحلات العامة فى أوقات معينة من النهار أو أيام معينة من العام ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سنّاً معينة .

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم غير الإسلامى أصبح اليوم مهيماً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً وأن الدعوة إلى التحريم تأخذ طريقها وبشدة ساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين كل تمعّيد ؛ وأن اليوم الذى تحرم فيه كل الدول الخمر تحريماً قاطعاً لم يعد بعيداً ، وأن العالم غير الإسلامى قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يستجيب .

ولقد كان هذا حرياً أن يدفع البلاد الإسلامية إلى المسارعة بتحريم الخمر وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ولكن المسلمين لا يزالون يغطون فى نومهم عاجزين عن الشعور بما حولهم ، بل عاجزين عن الشعور بأنفسهم وسيأتى قريباً اليوم الذى يصبح فيه تحريم الخمر عاماً فى كل الدول فتتم معجزة الشريعة الإسلامية (٣٣ - التشريع الجنائى الإسلامى ٢)

ويتحقق ما نادت به من ثلاثة عشر قرناً على أيدي أناس لا ينتمون للإسلام ولا يعرفون من حقائقه شيئاً .

٥٨٠ — النصوص الخاصة بالخمر : الأصل في التحريم القرآن والسنة على أن نصوص القرآن لم تحرم الخمر دفعة واحدة بل جاء التحريم تدريجياً وأول نصوص التحريم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ ثم جاء القرآن بعد ذلك بتأنيث شاربها في قوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ ثم نزل التحريم القاطع في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ .

أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » عن ابن عمر ، وقوله « ما أسكر كثيره فقليله حرام » عن جابر ، وعن عائشة قوله « كل مسكر حرام وما أسكر منه الغرف فملء الكف منه حرام » وعن عبد الله بن عمر « لعن الله الخمر وشاربها وساقبها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والحاملة إليه ، وقوله « من شرب الخمر فاجلدوه » .

٥٨١ — معنى الثمر عند الفقهاء : اختلف الفقهاء في تحديد معنى الشرب فهو عند مالك والشافعي وأحمد شرب المسكر سواء سمي خمرًا أم لم يسم خمرًا وسواء كان عصيراً للعنب أو لأي مادة أخرى كالبلح والزبيب والقمح والشعير والأرز وسواء أسكر قليله أو أسكر كثيره ^(١) .

أما أبو حنيفة فالشرب عنده قاصر على شرب الخمر فقط سواء كان ما شرب كثيراً أو قليلاً والخمر عنده اسم لما يأتي :

(١) ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وعند أبي يوسف ومحمد ماء العنب إذا غلا واشتد فقد صار خمرًا قذف بالزبد أو لم يقذف به .

(٢) ماء العنب إذا طبخ فذهب أقل من ثلثيه وصار مسكراً (٣) نقيع البلح والزبيب

(١) — شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ — المغني ج ١ ص ٣٢٦

إذا غلا واشتد وقذف بالزبد على رأى أبى حنيفة أو إذا غلا واشتد ولو لم يقذف بالزبد على رأى أبى يوسف ومحمد ويستوى أن يكون البلح رطباً أو بساً أو تمرأ . وماعدا هذه الأنواع الثلاثة لا يعتبر خمرأ عند أبى حنيفة فمصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه ونقيع البلح والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وغير ذلك من المواد نقيعأ كان أو مطبوخأ كل ذلك لا يعتبر خمرأ وشربه حلال إلا ما بلغ السكر فإذا أسكر فلا يعاقب على شربه وإنما يعاقب على السكر منه وحجة أبى حنيفة فى هذا الرأى ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أشار إلى النخلة والسكرمة وقال « الخمر من هاتين الشجرتين » وما روى عنه من قوله « حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب » (١) .

فأبو حنيفة إذن يفرق بين الخمر والمسكر ويحرم شرب الخمر قليلا كان أو كثيراً أما ماعدا الخمر من المواد المسكرة فيسميه مسكراً لا خمرأ والمسكر عنده لا يعاقب على شربه كالخمر وإنما يعاقب على السكر منه لأن المسكر ليس حرامأ فى ذاته وإنما الحرام هو الكمية الأخيرة منه التى تؤدى للسكر فلو شرب شخص ثلاثة أقداح ولم يسكر ثم شرب الرابع فسكر فالخمر هو القدر الرابع .

ولقد أدت التفرقة بين الخمر والمسكر إلى أن يفرق أبو حنيفة بين عقوبة الشرب وعقوبة السكر وأن يقول بأن الحد حدان : حد الشرب وهو قاصر على شرب الخمر سواء سكر الشارب أم لم يسكر ، قل ماشر به أو كثر . وحد السكر وهو لمن يسكر فعلا من أى شراب مسكر غير الخمر فإذا شرب منه ولم يسكر فلا عقاب عليه . . أما باقى الأئمة فالحد عندهم واحد هو حد الشرب ويجب على كل من شرب مسكراً سواء سمي خمرأ أو سمي باسم آخر وسواء سكر الشارب أم لم يسكر مادام أن الكثير من الشراب يسكر لأن القاعدة عندهم أن ما أسكر كثيره فقليله حرام .

ورأى الأئمة الثلاثة هو الرأى المتبع فى العالم الإسلامى إلا أننا رأينا أن

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ وما بعدها - المغنى ج ١٠ ص ٣٢٧ .

تسكلم على حد الشرب وحد السكر معاً ببيان رأى الحنفيين ولأن بعض الفقهاء يرى حد غير المسلم إذا سكر^(١) فكان الكلام على حد السكر واجباً من هذين الوجهين على أن البعض الآخر يرى تعزيز الذمى على السكر^(٢).

والقاعدة عند فقهاء الشريعة أن الخمر مباح لغير المسلمين ما دام دينهم لا يجرمها تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أمرنا بتركهم وما يدينون » ولكن لما كان السكر مما تحرمه الأديان جميعاً فقد رأى بعض الفقهاء حد غير المسلم على السكر ورأى البعض تعزيزه ولا خلاف في أن غير المسلم يعزر على التظاهر بالشرب ولو لم يسكر ولو أن الشرب مباح له . على أنه ليس في قواعد الشريعة ما يمنع من تطبيق حد الشرب على غير المسلمين إذا تبين أن السماح لهم بشرب الخمر يؤدي إلى الفساد الاجتماعى ولاشك أن عدم تحريم الشرب عليهم يؤدي هذا إلى الفساد لأن السماح لهم بالشرب يقتضى وجود الخمر في البلاد ويشجع المسلمين على شرب الخمر وهذا وحده يؤدي إلى هدم قواعد التحريم وإذا كانت الدول المسيحية والبوذية تحرم الخمر على رعاياها مسيحيين وبوذيين ومسلمين فأولى بالدول الإسلامية أن تحرم الخمر على رعاياها أيا كانت ديانتهم ومذاهبهم .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٣
(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ .

المبحث الأول

في

أركان الجريمة

لجريمة الشرب ركنان : الأول : الشرب . الثاني : القصد الجنائي

الركن الأول

الشرب

٥٨٢ — يتوفر هذا الركن عند مالك والشافعي وأحمد كلما شرب الجاني شيئاً مسكراً ولا عبرة باسم المشروب ولا بالمادة التي استخرج منها فيستوى أن يكون المشروب مستخرجاً من العنب أو البالح أو القمح أو الشعير أو القصب أو التفاح أو أى مادة أخرى ، كذلك لا عبرة بقوة الإسكار في المشروب فما أسكر كثيره فقليله حرام ولو كان لا يؤدي فعلاً للإسكار فإذا كان المشروب لا يسكر منه الإنسان عادة إلا إذا شرب عشرة أقداح أو أكثر ، فالقدح الواحد محرم ولو أنه لا يسكر فعلاً وبعض القدح محرم كذلك فيتوفر ركن الشرب بشرب القليل أو الكثير ما دام الكثير من المشروب يؤدي إلى الإسكار فإذا كان الكثير من الشراب لا يؤدي للسكر فهو غير محرم^(١) .

ولا يتوفر ركن الشرب عند أبي حنيفة إلا إذا كان المشروب خمرًا وقد علمنا فيما سبق معنى الخمر عنده فإن لم يكن المشروب خمرًا لم يتوفر ركن الشرب ولو كان الشرب مسكراً ولو أدى للسكر فعلاً^(٢) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغني ج ١٠

ص ٣٢٨ .

(٢) بدائيم الصنائع ج ٥ ص ١١٢ ، ١١٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨١ وما بعدها

ومن المتفق عليه أنه لا يشترط لتوفر ركن الشرب أن يؤدي الشرب للسكر فيكفي لقيام الجريمة بمجرد الشرب ولو كان من المستحيل أن تؤدي الكمية التي شربت للسكر لأن الشرب محرم لعينه^(١).

ولا عقاب إذا لم يكن المشروب مسكراً أصلاً ولو شرب على أنه مسكر وإن كان الشارب يأثم فيما بينه وبين ربه .

ويشترط أن تكون المادة المسكرة مشروباً فإن لم تكن كذلك فلا حد فيها وإنما فيها التعزير كالخشيش والداتورة^(٢).

ويحد على الشرب ولو أن المادة المسكرة دخلت الفم أو الجوف على غير هيئة الشراب ، نخلط المسكر بالطعام أو عجنه به^(٣).

وتعتبر المادة مسكرة ولو خلطت بماء ما دامت مميزاتها محفوظة من رائحة ولون وطعم وتأثير فإن خلطت بماء حتى زالت كل مميزاتها زوالاً تاماً فلا يعتبر الخليط مسكراً وإنما هو ماء عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد^(٤).

والراجح في مذهب مالك تحريم الخلوط ولو استهلك فيه المسكر^(٥).

ويكفي لاعتبار الجاني شارباً أن يصل المشروب إلى حلقه ومن باب أولى إلى جوفه فإن لم يصل المشروب إلى الحلق كأن تغمض به ثم نجه فلا يعتبر شارباً^(٦).

ويشترط المالكية والحنفية أن تصل الخمر إلى الجوف عن طريق الفم فإن وصلت عن غير هذا الطريق كالأنف أو الشرج مثلاً درى الحد للشبهة على أن

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغني ج ١٠ ص ٣٢٨ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٩ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٠ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٩ - المغني ج ١٠ ص ٣٢٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٩ - الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧ .

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤ (٦) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧ - المغني ج ١٠ .

ص ٢٣٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ .

درء الحد لا يمنع من التعزير^(١) . وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء أحدها كراهي المالكية والثاني يحد ولو لم تصل الخمر للجوف عن طريق الفم كما لو استعط أو احتقن والثالث يحد في السعوط دون الحقنة^(٢) ..

وفي مذهب أحمد رأيان : إن ما وصل عن طريق الحلق فيه الحد كالشرب والاستعاط ، وما وصل عن طريق الشرج فلا حد فيه والرأي الثاني يوجب الحد في الحالين^(٣) .

ويعتبر شاربا من شرب الخمر أو المسكر لدفع العطش وهو يستطيع استعمال الماء ، ولكن من يشرب مضطرا لدفع غصته لا حد عليه للاضطرار لقوله تعالى ﴿ فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ وكذلك حكم من أكره على الشرب سواء كان الإكراه ماديا أو أدبيا لقول النبي عليه الصلاة والسلام « عني لأمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، واختلف فيمن شرب لدفع عطش مهلك فذهب أبى حنيفة وهو يتفق مع الرأي الراجح في مذهب مالك والشافعي أن لا حد على الشارب^(٤) .

أما أحمد فيفرق بين ما إذا شربها الشارب صرفاً أو ممزوجة بشيء يسير لا يروى من العطش ففي هذه الحالة على الشارب الحد ، أما إذا شربها ممزوجة بما يروى من العطش أبيح الشرب لدفع الضرورة^(٥) .

وفي التداوى بالخمر خلاف ، فالرأي الراجح في مذهب مالك والشافعي أن التداوى بالخمر فيه الحد إذا شربها المريض أما إذا استعمالها لاطلاء جسمه فلا حد لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تداوى بالخمر فلا شفاه الله »

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٠

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١١

(٣) المغني ج ١٠ ص ٣٢٩

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ ، ١١٤ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٤

نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٢

(٥) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧ - المغني ج ١٠ ص ٣٣٠

« إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها »^(١) . ويرى أبو حنيفة إباحة الشرب للتداوى ، أما أحمد فيحرمه ويرى في الشرب للتداوى الحد^(٢) .

السكر

٥٨٣ - لا وجود لحد السكر إلا إذا كان الشرب مباحاً والسكر هو الحرام كما هو الحال عند غير المسلمين أو كما يقول أبو حنيفة وأصحابه في غير الخمر ، فإن كان الشرب غير مباح فالحد حد الشرب لا حد السكر ولو أدى الشرب إلى السكر فعلا .

فالسكر إذاً درجة تأتي بعد الشرب وهي نتيجة له ولذلك يجب أن تتوفر في جريمة السكر أركان جريمة الشرب وأن يؤدي الشرب بعد ذلك إلى السكر ، فإن لم يؤدي للسكر فلا حد على الشرب ولا على السكر ولو قصد الجاني أن يشرب ليسكر .

ويحد الجاني على السكر إذا شرب المادة المسكرة وهو عالم بأن كثرتها مسكر ولو شرب منها قليلاً مادام أن الشرب قد أدى فعلاً للسكر ، ويحد كذلك ، ولو لم يقصد من الشرب السكر مادام قد سكر وذلك أخذاً بقصده الاحتمالي إذ كان عليه أن يتوقع أن الشرب ربما أدى للسكر^(٣) . واختلف في بيان السكر المستوجب للحد فرأى أبو حنيفة أن السكران هو من فقد عقله فلم يعد يعقل قليلاً ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة^(٤) .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان وحجتهم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾^(٥) . فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ورأيهما يتفق مع رأى بقية الأئمة^(٦) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٢ - أسنى المطالب ص ١٩٥

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣٠ (٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨

(٥) المغني ج ١٠ ص ٣٣٥

(٦) النساء : ٣٤

الركن الثاني

القصد الجنائي

٥٨٤ — يتوفر القصد الجنائي عند الفاعل كلما أقدم على الشرب علماً أنه يشرب خمراً أو مسكراً فإن شرب المادة المسكرة وهو لا يعلم أن كثيرها مسكر فلا حد عليه ولو سكر فعلاً . كذلك لا حد إذا شرب مادة مسكرة وهو يظنها مادة أخرى لا تسكر ولا عقاب على الفاعل في هذه الحالة ولو تبين أن الشرب كان نتيجة لخطأ جسيم أو لعدم الاحتياط لأن الجريمة عمدية فيشترط فيها تعمد الفعل . .

ويعتبر القصد الجنائي غير متوفر إذا كان الجنائي يجهل بتحريم الشرب ، ولو كان يعلم أن المشروب مسكر ولكن لا يقبل الجهل ممن نشأ في بلاد المسلمين لأن نشأته بينهم تجعل العلم بالتحريم مفروضاً فيه ، أما من نشأ في بلاد غير إسلامية فيقبل منه الادعاء بالجهل إذا ثبت أنه يجهل حقيقة تحريم الشرب ، ويرى مالك جواز الاحتجاج بجهل العقوبة ^(١) .

ويقبل الادعاء بجهل التحريم لكن لا يقبل منه الادعاء بجهل العقوبة ^(٢) .

عقوبة الشرب

٥٨٥ — يعاقب على الشرب بالجلد ثمانين جلدة عند مالك وأبي حنيفة وهو رواية عن أحمد ويرى الشافعي وقوله رواية أخرى عن أحمد أن الحد أربعون جلدة فقط ولكن لا بأس عنده من ضرب الحدود ثمانين جلدة إذا رأى الإمام ذلك . فيكون الحد أربعين ومازاد عليه تعزير ، ويعاقب على السكر عند أبي حنيفة بنفس عقوبة الشرب ، فالحد عنده مقرر للسكر والشرب معاً .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - المغني ج ١٠ ص ٣٣١ - الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧

وسبب اختلاف الفقهاء في مقدار الحد أن القرآن لم يحدد العقوبة وأن الروايات لا تقطع بإجماع الصحابة على رأى في حد الخمر ، فالقرآن وإن كان قد حرم الخمر كما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعين للخمر حداً فكان يضرب فيها القليل والكثير ولكنه لم يزد عن أربعين وجاء أبو بكر وضرب في الخمر أربعين وروى عن أبي بكر أنه سأل أصحاب الرسول كم بلغ ضربه لشرب الخمر فقدروه بأربعين وروى عن أبي سعيد الخدري وعن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين . فلما جاء زمن عمر رضى الله عنه تحير أمر الناس على شرب الخمر فاستشار عمر الصحابة في حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ، اجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب به إلى خالد وأبي عبيدة بالشام ، وروى أن علياً رضى الله عنه قال : في المشورة نرى أن نجلده ثمانين فإنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون . وقد روى عن معاوية بن حصين بن المنذر الرقاش أنه قال شهدت عثمان رضى الله عنه وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب الخمر وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فقال على لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده ، وعلى يعد إلى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى

كذلك روى عن علي رضى الله عنه أنه قال ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً إلا صاحب الخمر ولو مات ودبته لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسنه لنا .

فمن رأى من الفقهاء أن حد الخمر ثمانون اعتبر أن الصحابة أجمعوا على هذا والإجماع مصدر من المصادر التشريعية ومن رأى أن الحد أربعون احتج بما فعله على من جلد الوليد بن عقبة أربعين جلدة وقوله جلد النبي أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى ويرى أصحاب هذا رأى

أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم حجة لا يجوز تركه بفعل غيره وأن الإجماع لا ينعقد على ما يخالف فعل النبي وأبي بكر وعلى ويحملون الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز إذا رآه الإمام^(١).

والأصل في الحدود أنها لا تقبل عفواً ولا صلحاً ولا إسقاطاً إذا كانت من حقوق الله الخالصة ، ولما كان حد الشرب من حقوق الله الخالصة فليس للأفراد أو الجماعة إسقاطه أو العفو عنه ، على أننا إذا اعتبرنا رأى الشافى في أن الحد أربعون جلدة فقط وأن ما زاد على ذلك تعزير فإنه يجوز لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة المعتبرة تعزيراً كلها أو بعضها لأن الشريعة تجعل لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة عن العقوبة في جرائم التعزير . أما الجزء المعتبر حداً فلا يمكن إسقاطه ولا العفو عنه .

ومن المتفق عليه أن العقوبة لا تنفذ على السكران حتى يفىق لأن العقوبة جعلت للتأديب والزجر والسكران لا يشعر تماماً بما يحدث له^(٢).

ويرى البعض أنه إذا جلد قبل الإفاقة أجزأ واعتد به ويرى البعض أن يعاد الحد ولا يقيد بالتنفيذ الحادث وقت السكر ، ويفرق البعض بين ما إذا كان عنده ميز أم لا ، فإن كان عنده ميز وقت الجلد اعتد بالجلد ولو كان قبل صحوه وأما إن كان طافحاً أعيد عليه الحد وإن لم يحس في أوله وأحس في أثنائه حسب له من أول إحساسه بالضرب^(٣).

٥٨٦ - التفاضل : إذا تعددت جرائم الشرب والسكر قبل تنفيذ الحكم في إحداها تداخلت عقوبات هذه الجرائم سواء حكم بها أو لم يحكم بها مادامت

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٢٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ - المغنى ج ١٠ ص ٣٣٥

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠

كلها قد وقعت، قبل تنفيذ إحدى العقوبات واكتفى فيها بتنفيذ عقوبة واحدة فإذا وقعت جريمة أخرى بعد تنفيذ العقوبة وجبت لها عقوبة خاصة .

والتداخل يكون من ثلاثة وجوه : أولاً : - تتداخل عقوبات الشرب كما تتداخل عقوبات السكر المتعدد إلى الوقت الذي تنفذ فيه إحداها . ثانياً : تتداخل عقوبة السكر مع عقوبة الشرب ، فلو سكر ذى ثم أسلم قبل تنفيذ العقوبة وشرب تداخل حد السكر مع حد الشرب وكذلك الحال عند الحنفية فإن حد السكر يتداخل مع حد الشرب فلو سكر شخص ثم شرب قبل تنفيذ عقوبة السكر اكتفى بتنفيذ عقوبة واحدة . . ثالثاً : يتداخل حد الشرب مع حد القتل سواء كان القتل من حدود الله أو حقاً لآدمي كما لو شرب وزنا وهو محصن أو شرب وقتل شخصاً فلا تنفذ إلا عقوبة القتل التي تجب عقوبة الشرب لأن كل عقوبة يقصد بها التأديب والزجر ولا حاجة مع القتل للزجر ولا فائدة في تنفيذ مادون القتل ، وإذا انعدمت الفائدة التي شرع الحد من أجلها أصبح تنفيذه غير مشروع وهذا هو رأى مالك وأبي حنيفة وأحمد^(١) .

أما الشافعي فيرى أن عقوبة القتل لا تجب مادونها ويجب تنفيذ العقوبات كلها فمثلاً إذا شرب شخص وسرق وزنا وهو محصن جلد للشرب وقطع للسرقة ثم قتل بعد ذلك^(٢) .

ولا يتداخل حد الشرب عند أبي حنيفة وأحمد مع أى عقوبة أخرى إلا مع عقوبة القتل ولكن مالكا يرى أن حد الشرب يتداخل مع القذف لأن موجبها واحد والقاعدة عنده تتداخل الحدود كلما اتحدت موجباتها^(٣) .

٥٨٧ - كيفية تنفيذ الجلد : - ينفذ الحد على الوجه الذي سبق ذكره

في تنفيذ الجلد في الزنا ويرى البعض أن الحدود في الزنا لا يجرى من ملابسه لأن

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ - المفق ج ١٠ ص ٣٢١ وما بعدها .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ (٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨

حد الخمر من أخف الحدود فوجب إبقاء ملابسه عليه إظهاراً للتخفيف ولكن
الرأى الراجح هو أن لا فرق في التنفيذ بين حد الخمر وغيره وأن الشارع أظهر
التخفيف في نقصان عدد الجلدات^(١).

ويرى البعض أنه إذا اجتمعت حدود لله من أجناس مختلفة آخر حد الشرب
عنها جميعاً لأنه ثابت بما لا يتلى^(٢). وهو رأى أبى حنيفة ولكن البعض يرى
تقديم حد الشرب على غيره على أنه إذا تأخر فليس للتأخير أثر ما وقع الموقع^(٣)
وهذا هو رأى الشافعى وأحمد لأنهما يريان تقديم الأخف على الخفيف أما مالك
فيسوى عنده أن يقدم الأخف أو الأشد ولولى الأمر أن يبدأ بأيهما أراد^(٤).

المبحث الثانى

الأدلة على الشرب

٥٨٨ - أولاً : شهادة الشهود : يثبت الشرب والسكر بشهادة الشهود

ويشترط أن لا يقل عدد الشهود عن رجلين تتوفر فيهما شروط الشهادة التى سبق
ذكرها بمناسبة الكلام عن الزنا

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن تكون الرائحة قائمة وقت الشهادة أى
رائحة الخمر أو المسكر ، فالشهادة عندهما مقيدة بوجود الرائحة ولا يشترط أن
توجد الرائحة فعلاً وقت التحقيق ويكفى أن يشهد بها الشاهدان فيجوز أن يشهد
الشاهدان بالشرب أو السكر فيشم المحقق رائحة الخمر أو المسكر ويجوز أن
يشهد الشهود على الشرب أو على السكر وعلى وجود الرائحة وقت أخذ الجانى
أما محمد فلا يشترط وجود الرائحة مع الشهادة بالشرب أو السكر ، وحجة أبى

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٦

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩

(٣) الاقناع ج ٤ ص ٢٤٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧

(٤) المدونة ج ١٦ ص ٤٨

حنيفة وأبي يوسف أن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة وأن ابن مسعود كان يشترط وجود الرائحة ولا إجماع إلا برأيه^(١).

ويشترط أبو حنيفة وأصحابه لقبول الشهادة عدم التقادم أى مضى زمن على وقوع الجريمة وقد تكلمنا عن التقادم عن الكلام على الزنا ولكن أبا حنيفة وأبا يوسف يجعلان مدة التقادم فى الشرب والسكر مقدرة بزوال الرائحة فإذا سكّت الشهود عن الحادث حتى زالت الرائحة ، فقد تقادمت الشهادة وامتنع قبولها . .

ولكن محمداً يقدر مدة التقادم بشهر^(٢) . « على أنه من المسلم به لدى الجميع أنه لا تقادم إذا أخذ الشهود الجانى وريحها توجد فيه أو سكران من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا به إلى الإمام فى مكان بعيد فانقطع الريح قبل أن ينتهوا به لأن التأخير ليس أساسه سكوت الشهود على الجريمة وإنما يرجع لبعد المسافة فلا تهمة فى هذا التأخير وما يؤثر فى ذلك أن قوماً شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمل إلى المدينة فأقام عليه الحد ولا شك أن الرائحة كانت قد زالت عندما وصل الشهود إلى المدينة ولكن التقادم لم يعتبر لأن التأخر كان بعذر وهو بعد المسافة عن الإمام^(٣) .

ولا يسلّم بقية الأئمة بنظرية أبى حنيفة فى عدم قبول الشهادة بالتقادم وإن كان هناك رأى لأحمد يتفق مع رأى أبى حنيفة ولكنه غير معمول به فى المذهب وقد سبق أن بينا ذلك عند الكلام على الزنا .

٥٨٩ - ثانياً . . الإقرار :- تثبت الجريمة بإقرار الجانى ويكفى فى

الإقرار مرة واحدة فى المذاهب الأربعة وإن كان أبو يوسف يرى أن كل إقرار يسقط بالرجوع فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود^(٤) . . ويسرى على

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨١ (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ .

الإقرار هنا ما يسرى على الإقرار في الزنا . وإذا أقر الجاني وهو سكران فحكم إقراره (يراجع ما كتب في القتل عن إقرار السكران) .

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن لا يكون الإقرار قد تقدم ، فإذا كان قد تقدم لم يقبل من المقر ، وحد التقدم عندهما هو ذهاب الرائحة ، فن أقر بشرب الخمر أو السكر بعد ذهاب الرائحة لم يقبل إقراره ولكن محمداً لا يرى بطلان الإقرار بالتقدم لأن عدم القبول للتقدم سببه التهمة والإنسان لا يتهم على نفسه فإذا أقر أخذ بإقراره مهما مضى على الحادث^(١) .

٥٩٠ : الرائحة : يرى مالك أن الرائحة وحدها تعتبر دليلاً على الشرب ولو لم يشهد أحد برؤية الجاني وهو يشرب ، فإن شهد شخصان بقيام الرائحة في فم الشارب أو شهد أحدهما برؤيته يشرب وشهد الثاني بأنه شم من فيه رائحة الخمر فعلى الجاني الحد وهذا الرأي رواية عن أحمد . ولكن أبا حنيفة والشافعي ورأيهما الرواية الراجحة لأحمد يريان أن الرائحة لا تعتبر وحدها دليلاً على الشرب ، ويرى أبو حنيفة كما قدمنا أن الرائحة يجب أن يثبت وجودها مع الشهادة بالشرب وهو يخالف في هذا الشافعي وأحمد والقائلون بالحد بالرائحة يحتجون بأن ابن مسعود جلد رجلاً وجد فيه رائحة الخمر وبما روى عن عمر أنه قال إني وجدت من عبید الله ريح شراب فأقر أنه شرب الطلا فقال عمر إني سائل عنه فإن كان مسكراً جلدته ويحتجون بأن الرائحة تدل على الشرب فجري مجرى الإقرار أما الذين لا يقبلون الرائحة دليلاً فيرون أن الرائحة يجوز أن تكون من غير الشرب فيحتمل أنه تدمض بها أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجها أو أكل نباتا أو شرب شراب التفاح فإنه يكون منه كرائحة الخمر وإذا احتمل ذلك لم يجب الحد لأن الحد يدرأ بالشبهات^(٢) .

٥٩١ - السكر : يعتبر أبو حنيفة وجود الشخص في حالة سكر دليلاً

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٠ ، ١٨١

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣٢ - شرح الزرقاني ص ١١٣ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤

شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٤

على أنه سكر من غير الخمر فإذا شهد اثنان على شخص بأنهما وجداه في حالة سكر ووجدت فيه رائحة المسكر عند هذا الشخص أو شهد الشاهدان بأنهما اشتما رائحة المسكر وجب عليه حد السكر^(١) .. ولا يرى الشافعي في السكر دليلاً على الشرب لاحتمال أنه احتقن أو استعط أو أنه شربها لعذر من غلط أو إكراه^(٢) ورأى الشافعي رواية في مذهب أحمد^(٣) .

وإذا كان مالك يرى الحد لجرد الرائحة كما يراه أحمد في أحد رأيه فإن الحد يجب عندهما لوجود الشخص في حالة سكر من باب أولى لأن السكر لا يكون إلا بعد الشرب^(٤) .

٥٩٢ - القىء : لا يعتبر القىء وحده دليلاً عند أبي حنيفة لكن إذا ثبت من القىء وجود رائحة الخمر وكان الجاني قد أخذ في حالة سكر أو شهد عليه شاهدان بالشرب فإن الجريمة تثبت عليه لأن أبا حنيفة كما ذكرنا يشترط مع الشرب ومع السكر الرائحة^(٥) .

أما الشافعي فلا يرى القىء دليلاً على الشرب لما سبق ذكره وهذا رأى لأحمد . أما مالك وهو يوجب الحد بالرائحة كما يوجب أحمد في أحد رأيه فيجب أن يكون القىء عندهما دليلاً يثبت به الحد من باب أولى لأنه لا يتقياً إلا بعد الشرب . ومن يثبت الحد بالقىء يحتج بما حدث في محاكمة قدامة والوليد بن عقبة فقد شهد علقمة الخفي على قدامة فقال أشهد أني رأيته يتقيأ فقال عمر من قاءها فقد شربها وضر به الحد .

أما ما حدث في محاكمة الوليد بن عقبة فقد شهد عليه رجلان فشهد أحدهما أنه رآه يشربها ، وشهد آخر أنه رآه يتقيأ فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها وكان ذلك كله بحضور من الصحابة فلم ينكره أحد فكان إجماعاً^(٦) أما من

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ وما بعدها

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤ (٣) المغني ج ١٠ ص ٣٣٢

(٤) المغني ج ١٠ ص ٣٣٢ (٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ ، ١٨٤

(٦) المغني ج ١٠ ص ٣٣٢

لا يرى القىء دليلاً على الشرب فيرى أن هذا من عمر وعثمان اجتهد وليس فيه إجماع^(١) .

٥٩٣ - هل يقضى القاضى بـهـم ؟ : وليس للقاضى أن يقضى بـهـم فى الشرب والسكر ولو عاين الحادث بنفسه أو أقر له به الجانى مادام ذلك فى غير مجلس القضا

٥٩٤ - امتناع التنفيذ : يمتنع التنفيذ كلما سقطت العقوبة ، وهى تسقط بما يأتى :

- ١ - الرجوع عن الإقرار إذا لم يكن دليل إلا هو .
- ٢ - رجوع الشهود عن شهادتهم إذا لم يكن دليل إلا الشهادة .
- ٣ - بطلان أهلية الشهود للشهادة بعد الحكم وقبل التنفيذ وهو شرط أبى حنيفة خاصة .

* * *

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤ .

الكتاب الرابع

السرقه

٥٩٥ - أنواع السرقة : - السرقة في الشريعة الإسلامية نوعان :
 (١) سرقة عقوبتها حد . (٢) سرقة عقوبتها التعزير . والسرقة المعاقب عليها بالحد نوعان : - أ - سرقة صغرى ، ب - سرقة كبرى . فأما السرقة الصغرى فهي أخذ مال الغير خفية أى على سبيل الاستخفاء^(١) . . أما السرقة الكبرى فهي أخذ مال الغير على سبيل المغالبة وتسمى السرقة الكبرى حراة وسنفصل القول فيها فيما بعد ، والفرق بين السرقة الصغرى والسرقة الكبرى هو أن السرقة الصغرى يؤخذ فيها المال دون علم الجنى عليه ودون رضاه ولا بد لوجود السرقة الصغرى من توفر هذين الشرطين معاً فإن لم يتوفر أحدهما فلا يعتبر الفعل سرقة صغرى ، فمن سرق من دار متاعاً على مشهد من صاحب الدار دون استعمال القوة والمغالبة لا يعتبر فعله سرقة صغرى وإنما يعتبر فعله اختلاساً ومن خطف مالا من آخر لا يعتبر فعله سرقة صغرى وإنما يعتبر فعله خطفاً أو نهبا ، والاختلاس والغصب والنهب كلها صور من صور السرقة ولكن لا أحد فيها ، ومن أخذ متاعاً من دار برضاء صاحبها وفي غير حضوره لا يعتبر سارقاً . أما السرقة الكبرى فيؤخذ فيها المال بعلم الجنى عليه

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ - الروض النضير ج ٤ ص ٢٢٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٨ أسنى المطالب ج ١٤ ص ١٣٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٣٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

ولكن بغير رضاه وعلى سبيل المغالبة . فإن لم تكن مغالبة فالفعل اختلاس أو غصب أو نهب مادام الرضاء غير متوفر .

٥٩٦ - السرقة المعاقب عليها بالتعزير :- هي نوعان : - أولها يدخل فيه كل سرقة ذات حد لم تتوفر شروط الحد فيها أو درىء فيها الحد للشبهة كإخذ مال الابن وأخذ المال المشترك ويستوى أن تكون السرقة في الأصل صغرى أو كبرى . . وثانيهما : هو أخذ مال الغير دون استخفاء أى بعلم المجنى عليه وبدون رضاه وبغير مغالبة ويدخل تحت هذا النوع الاختلاس والغصب والنهب مثل أن يأخذ السارق ملابس آخر خلعها ووضعها بجواره ثم يهرب بها على مرأى من المجنى عليه ، ومثل أن يخطف شخص من آخر ورقة مالية كان يمسكها بين أصابعه . وهذا النوع من السرقة لاحد فيه أى لا قطع فيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع على نباح ولا منتهب ولا خائن » ولا تخرج السرقات في الشريعة الإسلامية عن هذه الأنواع الأربعة ويطلق الفقهاء عادة لفظ السرقة دون تمييز على السرقة الصغرى وإذا تكلموا عن السرقة وأحكامها فإنما يقصدون السرقة الصغرى بينما يسمون السرقة الكبرى الحراية أو قطع الطريق ، أما ما عدا ذلك من نهب وغصب واختلاس فيطلقون عليه لفظ الاختلاس بصفة عامة . والسبب الذي دعا الفقهاء إلى إطلاق لفظ السرقة على السرقة الصغرى دون تمييز أن عقوبتها قطع اليد وأن أكثر السرقات تقع على سبيل الاستخفاء أى تقع سرقة صغرى . والقاعدة العامة التي يسير عليها الفقهاء أنهم يعنون عناية تامة بالجرائم المعاقب عليها بحد أو قصاص فيبينون أركانها وشروطها ويفصلون أحكامها ولا يتركون صغيرة ولا كبيرة إلا يبنوا حكمها . أما الجرائم المعاقب عليها بالتعزير فلا يعنون بها تلك العناية ولا يتعرضون إلا للمهم منها ، وما يتعرضون له يكتفون ببيان أحكامه مجملته وإن كانوا قد عنوا بالتعازير عامة فيما يختص بأنواع العقوبات وحد كل عقوبة وسلطة القاضي وولى الأمر . ولعل عذر الفقهاء في أخذهم بهذه الطريقة أن أكثر جرائم التعزير يترك لأولى الأمر تحديد الأفعال المكونة لها

والعقوبات التي تقع على مرتكبيها وأن هذه الجرائم يختلف النظر إليها باختلاف البلدان ونوع الحكومات فكان من المعقول أن لا يهتم بتفصيل أحكام الجرائم التعزيرية كما تفصل أحكام الجرائم الثابتة وهي جرائم الحدود والقصاص خصوصاً وأن فكرة تجميع الأحكام التشريعية والأفعال المحرمة في مجامع تنشر على الناس لم تكن ظهرت بعد . .

ويجب أن نلاحظ أن الفقهاء حين يتكلمون على السرقة الصغرى يتناول كلامهم بالضرورة السرقة المعاقب عليها بالتعزير بنوعيتها إذ النوع الأول ليس إلا سرقة فيها الحد ، تخلف فيها شرط من شروط الحد ولأن النوع الثاني وهو ما يطلق عليه الاختلاس لا يختلف عن السرقة الصغرى إلا في بعض الشروط التي يجب توفرها في السرقة دون الاختلاس فكان الكلام على السرقة شاملاً للاختلاس فكل سرقة صغرى إذا انتفت بعض شروطها تصبح اختلاساً .

ويمكننا أن نحصر أوجه الخلاف بين السرقة الصغرى والاختلاس فيما يأتي:

- ١ - عقوبة السرقة القطع وعقوبة الاختلاس التعزير .
- ٢ - الركن المادي في السرقة الأخذ على سبيل الاستخفاء ، وفي الاختلاس الأخذ دون استخفاء . .

٣ - يشترط في السرقة أن يكون المسروق في حرز ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

٤ - يشترط في السرقة أن يبلغ المسروق نصاباً معيناً ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

ونستطيع بعد معرفة الفرق بين السرقة والاختلاس أن نقول بأن أحكام الاختلاس في الشريعة تكاد تكون نفس أحكام القانون المصري في السرقات المعتبرة جنحاً وإذا كان ثمة فرق بين الشريعة والقانون في بعض الحالات كما في حالة اعتبار القانون للاختلاس الحاصل من متعهد النقل سرقة وعدم اعتباره خيانة أمانة كما هو الحال في الشريعة فإن القانون يجب اتباعه في هذه الحالة لأن الجريمة من الجرائم التعزيرية وهي محرمة اعتبرت في تكليفها سرقة أو خيانة أمانة ولولى

الأمر سلطة كبرى فى تحديد عقوبات الجرائم التعزيرية فإذا عاقب عليها بعقوبة السرقة فإن أمره يجب أن يطاع .

وإذا قارنا الشريعة الإسلامية بالقانون المصرى فيما يختص بالسرقات وجدنا أن الشريعة تعاقب على نفس الأفعال التى يعاقب عليها القانون باعتبارها سرقة ، فالشريعة تعاقب على أخذ المال خفية (السرقة الصغرى) وعلى أخذه مغالبة أى بإكراه وتهديد فى الطرق العامة وغيرها (السرقة الكبرى أو الحراقة) وعلى أخذه بغير استخفاء وبغير مغالبة (الاختلاس) وكذلك القانون يعاقب على اختلاس المال سواء كان الاختلاس به لم الجنى عليه أو بغير علمه ، أى سواء أخذ خفية أو غير خفية ، مادام ذلك دون رضاه وبغير إكراه ويعتبر القانون الأفعال التى من هذا النوع جنحاً ، كذلك يعاقب القانون على الاختلاس مغالبة أى بإكراه أو تهديد فى الطرق العمومية وغيرها وتعتبر الأفعال التى من هذا النوع جنايات .

ولقد كانت القوانين الوضعية تعاقب حتى الثورة الفرنسية على اختلاس منفعلة الشيء وعلى اختلاس حق حيازته ، على اعتبار أن اختلاس المنفعة واختلاس الحيازة سرقة كذلك كانت هذه القوانين تخلط بين السرقة والتبديد والغصب وتعتبرها جميعاً سرقة متأثرة فى ذلك بأحكام القانون الرومانى الذى أخذت عنه ، أما الشريعة الإسلامية فإنها على قدمها وقد وجدت من أكثر من ثلاثة عشر قرناً لم تخلط بين سرقة الشيء والانتفاع به أو استرداد حيازته ولم تخلط بين السرقة وبين الجرائم الأخرى الواقعة على الأموال كالغصب والتبديد . وسنرى عندما نستعرض الأفعال المكونة لجريمة السرقة على وجه التفصيل أنها لا تختلف شيئاً عما وصلت إليه أرقى القوانين الوضعية الحديثة ، ولست أريد من هذا أن أبين للناس مدى دقة فقه الشريعة وصفاته وإنما أريد أن أبين للناس أن القانون الوضعى حين يتطور مرة بعد مرة إنما يسير فى أثر الشريعة ويأخذ بمبادئها . وحين يقال إنه وصل إلى السكال يكون قدأوشك أن

يبلغ فقط بعض ما بلغتة الشريعة وأن اليوم الذى تأخذ فيه القوانين الوضعية عن الشريعة قد أصبح قريباً جداً وأقرب مما يظن أكثر الناس .

المبحث الأول

في أركان السرقة

٥٩٧ - عرفنا السرقة فيما سبق بأنها أخذ مال الغير خفية . وظاهر من هذا التعريف أن أركان السرقة أربعة : (١) - الأخذ خفية . (٢) - أن يكون المأخوذ مالا . (٣) - أن يكون المال مملوكا للغير . (٤) - القصد الجنائى

الركن الأول

الأخذ خفية

٥٩٨ - معنى الأخذ خفية هو أن يؤخذ الشيء دون علم المجنى عليه ودون رضاه كمن يسرق أمتعة شخص من داره فى غيبته أو أثناء نومه أو من يسرق حاصلات من جرن فى غيبة صاحبها أو أثناء نومه ، فإن كان الأخذ فى حضور المجنى عليه ودون مغالبة فالفعل اختلاس لاسرقة ، وإن كان الأخذ دون علم المجنى عليه ولكن برضاه فالفعل لا يعتبر جريمة .

ويجب فى الأخذ أن يكون تاماً فلا يكفى لتكوين الجريمة أن تصل يد الجانى للشيء المسروق بل لابد أن يكون الأخذ بحيث تتوفر فيه ثلاثة شروط :
أولها : أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه المعد لحفظه ، ثانيها : أن يخرج الشيء المسروق فى حيازة المجنى عليه ، ثالثها : أن يدخل الشيء المسروق فى حيازة السارق ، فإذا لم يتوفر أحد هذه الشروط اعتبر الأخذ غير تام ، وكانت عقوبته التعزير لا القلع . فمن تسور داراً ليسرق منها فاضبط قبل أن يصل إلى شيء مما فى الدار أو ضبط وهو يجمع المتاع ، ومن دخل زريبة ليسرق

منها دابة ففك قيدها أو اعتلى ظهرها ثم ضبط قبل أن يخرج بها ، ومن دخل جرننا ليسرق منه قمحاً في غرارة مثلاً فضبط وهو يملأ الغرارة أو ضبط بعد ملئها وهو يحاول أن يحملها أو ضبط بعد أن حملها وقبل أن يخرج بها من الجرن فكل هؤلاء لا يعتبر أحدهم أخذاً خفية لأن ما أتاه من الأفعال لم يخرج الشيء المراد سرقة من حرزه أى الحل المعد لحفظه ومادام المال لم يخرج من حرزه فهو لم يخرج من حيازة المجنى عليه ولم يدخل في حيازة الجاني^(١) .

ويترتب على اشتراط الأخذ التام أن لا يقطع في سرقة لم تتم فكل ما نعتبره اليوم شروعاً في سرقة يعاقب عليه بالتعزير ولا يعاقب عليه بالقطع .

ولسكن أصحاب المذهب الظاهري يوجبون القطع في الشروع كلما وضع السارق يده على الشيء المسروق ولو لم يخرج به من حرزه ، فن أخذ وهو يجمع المتاع من منزل المجنى عليه وقبل أن يحمله ويخرج به أو أخذ وهو يحمله وقبل أن يخرج به قطع مادام قد بدأ فعل السرقة لأن ما وقع منه يجمع له سارقاً ولأن الظاهريين لا يشترطون الحرز في السرقة ولهذا فهم يعتبرون الأخذ تاماً بمجرد تناول الشيء المسروق بقصد سرقة ولو لم يخرج الشيء من حيازة المجنى عليه ويدخل في حيازة الجاني حيازة فعلية ونهائية^(٢) وإن كانوا يفرقون بين السرقة والاختلاس ويرون القطع في السرقة دون الاختلاس .

وعبارة الأخذ خفية في الشريعة يقابلها لفظ الاختلاس في القوانين الوضعية ، ويشترط ليكون الاختلاس تاماً في القانونين المصري والفرنسي أن يخرج الشيء من حيازة المجنى عليه وأن يدخل في حيازة الجاني ، ومعنى هذا أن الشريعة

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٩ - نهاية المحتاج - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٤١ وما بعدها شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ - المدونة ج ١٦ ص ٧٢ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ .

(٢) المحلى ص ٣١٩ ، ٣٣٧ .

تستلزم زيادة على ما تشترطه القوانين الوضعية أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه ، وهذه الزيادة شرط لا بد من توفره في كل سرقة معاقب عليها بالقطع عند أصحاب المذاهب الأربعة والشيعة الزيدية ، أما الظاهريون فلا يشترطون الإخراج من الحرز كما قدمنا بل إنهم لا يشترطون للقطع إخراج الشيء من حيازة المجنى عليه وإدخاله في حيازة الجاني ، ويكتفون بأن يتناول الجاني الشيء بقصد سرقة لا اعتباره آخذاً له خفية ومستحقاً لعقوبة القطع .

وتتفق المذاهب الأربعة والشيعة عدا مذهب الظاهريين ، وتتفق الشريعة مع القانون المصري والفرنسي إذا كانت السرقة واقعة على مال غير محرز . فهذه السرقة لا قطع فيها وعقوبتها ويكفي فيها لاعتبار الأخذ تاماً أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه ويدخل في حيازة السارق ، فمثلاً إذا سرق الجاني دابة المجنى عليه أثناء سيرها في الطريق دون حارس فإن مجرد ركوبه للدابة يعتبر أخذاً تاماً لها لأنه يدخلها في حيازة الجاني ويخرجها من حيازة المجنى عليه . وتتفق الشريعة أيضاً مع القانون المصري والفرنسي إذا كان الفعل الحاصل من الجاني مما يعتبر في الشريعة اختلاساً فإن الاختلاس عقوبته التعزير لا القطع ، ويكفي في حالة الاختلاس لاعتبار الفعل تاماً أن يخرج الشيء المختلس من حيازة المجنى عليه ويدخل في حيازة المختلس ، فمن خالس المجنى عليه وخطف من يده ورقة مالية أو أخذ ثوبه من جواره فإن الاختلاس يعتبر تاماً بمجرد دخول الورقة المالية أو الثوب في حيازة المختلس ولو لم يبرح محل الاختلاس .

وإخراج الشيء المسروق من حرزه يتبعه دائماً إخراج هذا الشيء من حيازة المجنى عليه ، فمن سرق من زريبة أو منزل أو دكان يعتبر أنه أخرج المسروق من حيازة المجنى عليه بمجرد إخراج المسروقات من الزريبة أو المنزل أو الدكان ، وكذلك من يسرق من جيب إنسان يعتبر أنه أخرج المسروقات من حيازة المجنى عليه بمجرد إخراج المسروقات من الجيب لأن الجاني في هذه الأحوال جميعاً يزيل عن المسروقات يد المجنى عليه .

وإخراج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه لا يتوقف دائماً على خروج السارق به من الحرز ، فقد يخرج المسروق من حيازة المجنى عليه مع بقاء الجاني في الحرز ومع عدم خروج المسروق من الحرز ومثال ذلك أن يبتلع السارق المسروقات في الحرز إذا كانت مما لا يفسد بالابتلاع كجواهر أو نقود ابتلاعها السارق داخل الحرز ففي هذه الحالات وأشباهاها تدخل المسروقات في حيازة السارق وتخرج من حيازة المجنى عليه قبل أن يخرج السارق من الحرز وقبل أن يعتبر الأخذ تاماً لأنه لا يتم إلا بالخروج من الحرز^(١) .

أما إذا كان الشيء الذي ابتلع في الحرز مما يفسد بالابتلاع كاللبن أو الحلوى وما أشبهه فالفعل لا يعتبر سرقة في الشريعة وإنما هو إتلاف ، والقاعدة في الشريعة أن كل ما استهلك في محل الحادث فهو متلف لا مسروق سواء استهلك بواسطة أكله أو شربه أو تمزيقه أو تحريقه إلى غير ذلك^(٢) .

ويرى أبو حنيفة أن إخراج الشيء المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه لا يستتبعه حتما دخوله في حيازة الجاني ومثل ذلك أن يأخذ السارق متاعاً ويلقى به إلى خارج المنزل ثم يخرج لياخذه فيجد أن غيره عثر عليه وأخذه أو أن يسرق اللص دابة حتى يخرجها من الزريبة فإذا خرجت تلقاها لص آخر فأخذها . ففي هاتين الحالتين وأمثالهما . يرى أبو حنيفة أن المسروق لم يدخل في حيازة السارق لأنه لا يدخل في حيازة السارق إلا إذا خرج من حيازة المجنى عليه ويد الآخر تظل قائمة على الشيء حتى يخرج من حرزه فبالإخراج تزول يد المالك^(٣) .

فإذا أخرج اللص الشيء من الحرز زالت عنه يد المالك فإذا عثر عليه لص

(١) المغني ج ١٠ ص ٢١٦ - شرح الأزهر - ج ٤ ص ٣٦٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - كشف القناع ج ٢ ص ٧٩ ، ٨٠ - مواهب اجليل ج ٦ ص ٣١٨

(٢) تراجع نفس المراجع السابقة .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١

آخر فأخذه فقد اعترضت يد اللص الأخير يد اللص الأول الذى أخرج المسروق ولم يدخل المسروق فى حيازة السارق وإنما دخل فى حيازة اللص الثانى ويسمى أبو حنيفة هذه النظرية بنظرية اليد المعترضة ويرتب عليها عدم قطع يد السارق ولو أنه أخرج المسروق من الحرز ويرى أن العقوبة هى التعزير^(١).

وإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز ثم ضبط قبل أن يخرج ليأخذه فلا يعتبر أن المسروق دخل فى حيازته لأن يده لم تكن ثابتة عليه وقت إخراجه ولو بقى الشيء فى خارج الحرز لم يأخذه أحد حتى ضبط السارق^(٢) أما إذا رمى بالشيء خارج الحرز ثم خرج فأخذه فعليه القطع.

ولكن زفر يرى أن لا يقطع السارق فى هذه الحالة وحجته أن الأخذ من الحرز لا يتم إلا بالإخراج منه، والرمى ليس بإخراج، والأخذ من الخارج ليس أخذاً من الحرز، ورد عليه بأن المال بالقائه فى الخارج أصبح فى حكم يد السارق وإن كانت يده غير ثابتة عليه فإذا خرج فأخذه فقد ثبتت يده عليه وأن الرمى ليس إلا الأخذ من الحرز^(٣) ولكن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن المسروق يدخل فى حيازة السارق حكماً بمجرد خروجه من حيازة الجنى عليه ولو لم يضع السارق يده عليه وضعا مادياً وإذن فاليد المعترضة لا يحتاز المسروق إلا بعد دخوله فى حيازة السارق^(٤).

ومن ثم تتم شروط الأخذ خفية وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(٥) فهم يرون أنه يكفى لقطع السارق أن يخرج المسروق بأى وسيلة وأن يكون الإخراج بفعله حملاً أو رمياً أو جراً أو إكراهاً أو تدليسا سواء أخذه بعد إخراجه أو تركه أو أخذه غيره ويعتبر الأخذ تاماً عندهم بالإخراج ولو رد الجانى المسروق لحزبه بعد إخراجه.

(١) تراجع نفس المراجع (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ .

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٤٧ - مواهب الجليل

ج ٦ ص ٣٠٨ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ - المدونة ج ١٦ ص ٧١ .

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ .

والأخذ خفية على نوعين فهو إما أن يكون أخذاً مباشراً وإما أن يكون أخذاً بالتسبب . فأما الأخذ المباشر فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه ، أو أن يؤدي فعله مباشرة إلى إخراجه كأن يدخل الحرز فيحمل المسروق أو يلقي به إلى خارج الحرز ، أو أن يدخل يده في الحرز فيأخذ المسروق أو يلتقطه بمحجن أو أن يبظر جيياً فيسقط منه المال أو ينقب حرزاً فيه طعام أو حب فينثاله منه إلى الخارج ، إلا أن بعض الفقهاء يجعل لهذه القاعدة استثناءات سنتحدث عنها فيما بعد ، وإذا حمل السارق المسروق إلى خارج الحرز أو ألقى بالمسروق إلى خارج الحرز أو أدى فعله المباشر إلى إخراج المسروق من الحرز فإن شروط الأخذ خفية تكون تامة ويقطع السارق بسرقة (١) .

أما إذا ضبط قبل أن يخرج المسروق من الحرز أو قبل أن يؤدي فعله إلى إخراجه فلا قطع عليه إلا في رأى الظاهريين وحدهم لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول الجاني للشيء المسروق ولأنهم لا يعتبرون الحرز . وعند باقي الفقهاء على الجاني التعزير ولا قطع عليه لأن شروط الأخذ حقيقة لن تتم وقد سبق الكلام في هذه النقطة .

وإذا ضبط السارق بعد إلقاء المتاع المسروق خارج الحرز وقبل أن يخرج إلى الحرز لأخذه فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن المسروق وإن كان قد أخرج من الحرز ومن حيازة الجاني عليه إلا أنه لم يدخل في حيازة السارق الفعلية أو لأن يد السارق لم تثبت على المسروق فلا يعتبر في حيازته (٢) فعلا وإن كان الخفية يعتبرون الشيء في حيازة السارق حكماً بإلقائه ما لم تكن هناك يد معترضة أى شخص يضع يده على الشيء (٣) وهم متفقون على قطع السارق فيما ألقاه خارج الحرز ثم خرج فأخذه ولا يخالفهم في هذا إلا زفر وقد بينا من قبل سبب خلافه .

(١) مهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩

فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ - الررقاني ج ٨ ص ٩٧ .

(٢) بدائى الصنائع ج ٧ ص ٦٥ . (٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤

ويرى بقية الأئمة ومعهم الشيعة الزيدية أن الشيء المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد إلقائه إلى خارج الحرز وأن الحيازة الحكيمة تكفي لاعتبار الأخذ تاماً كالحيازة الفعلية سواء بسواء فإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز فقد تمت السرقة سواء خرج السارق فأخذه أو وجد أن غيره قد استولى عليه سواء ضبط السارق قبل خروجه من الحرز أم لم يضبط . إلا أن الإمام مالك تردد في اعتبار السرقة تامة في حالة ضبط السارق داخل الحرز بعد إلقاء المسروقات في خارجه ولكن المذهب على اعتبار السرقة تامة^(١) وإذا أخرج السارق المتاع المسروق من بعض الدار إلى ساحتها فلا يعتبر الأخذ تاماً لأن الدار جميعها حرز واحد ولأن المتاع لم يخرج بعد من الحرز ولا يخالف هذا إلا الظاهريون لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول السارق للشيء المسروق ولو لم يبرح مكانه . أما إذا كانت الدار مكونة من بيوت أو غرف مستقلة يعتبر كل منها مسكناً مستقلاً فالأخذ من أحد البيوت أو الغرف يعتبر تاماً إذا أخرج السارق المتاع المسروق إلى ساحة الدار المشتركة أو ضبط فيها ومعه المسروقات لأن كل بيت أو غرفة حرز مستقل وليس له علاقة بساحة الدار فإذا أخرج السارق المسروقات إلى ساحة الدار فقد أخرج المسروق من حرزه^(٢) .

وإذا استهلك الجاني الشيء أو ألقاه داخل الحرز فهو متلف للشيء لا سارق له فأما إذا خرج بشيء منه بعد إتلافه فهو سارق لما خرج به إذا بلغ نصيباً وتقدر قيمة المسروق بما خرج به لا بما ألقاه وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد^(٣)

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٧
المغني ج ١٠ ص ٢٥٩ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٧
(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٣٩ - المغني ج ١٠ ص ٢٦٠ - مذهب ج ٢ ص ٢٩٧
كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣
شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ .
(٣) المغني ج ١٠ ص ٢٦١ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨
مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ .

وبهذا الرأي تأخذ الشيعة الزيدية ^(١).

وهذا ما يراه أبو حنيفة ومحمد إلا أن أبا يوسف يرى أن من أتلف الشيء داخل الحرز ثم خرج بالمكلف وقيمتة نصابا فإنه لا يقطع لأنه بالإتلاف ضمن قيمة الشيء والمضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمن السارق قيمة المسروق للملكه من وقت الأخذ فلو قطع لقطع في ملك نفسه ^(٢).

وإذا ابتلع الجاني المسروق داخل الحرز فيفترقون بين ما يفسد بالابتلاع كالطعام والشراب وما لا يفسد به كالجواهر والنقود، فأما ما يفسد بالابتلاع فلا يعتبر ابتلاعه أخذاً أى سرقة وإنما يعتبر إتلافاً ويعاقب عليه بعقوبة التعزير وأما ما لا يفسد بالابتلاع ففيه آراء أولها : الابتلاع يعتبر استهلاكاً للشيء فهو إتلاف لا سرقة وتظهر وجهة هذا الرأي في حالة ما إذا لم يخرج الشيء من جوف الجاني وبقي به وثانيها : أن الابتلاع يعتبر أخذاً كما لو خرج الشيء في وعاء وتظهر وجهة هذا الرأي في حالة خروج المسروق من جوف الجاني وعلى هذا الرأي المالكية وبعض الشافعية ^(٣).

وثالثها : يفرق بين خروج المسروق بعد ابتلاعه وعدم خروجه فإن خرج فالفعل سرقة وإن لم يخرج فالفعل إتلاف ^(٤) ورابعها : وهو للحنابلة فبعضهم يعتبر الفعل إتلافاً في كل حال وبعضهم يعتبره سرقة إذا خرج الشيء الذي بلمع فإذا لم يخرج فهو إتلاف ^(٥).

وإذا استهلك الجاني أو ابتلع بعض الشيء ثم خرج ببعضه الباقي فهو متلف لما استهلك أو ابتلع إن كان يفسد بالابتلاع وسارق لما خرج به من الحرز إذا تمت فيه شروط الأخذ خفية مع مراعاة وجود الخلاف والآراء المختلفة التي سبق

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ ، ٧٠ ، ٧١ .

(٣) شرح الزرقاني ص ٩٩ (٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٤ - مهذب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٥) المغني ج ١٠ ص ٢٦١

عرضها وإذا كان للإخراج من الحرز أهمية في بيان الأخذ التام من غيره فإن له أهمية قصوى في حالة تعدد الجناة لأن القاعدة في الشريعة أن عقوبة القطع على من أخرج الشيء المسروق من حرزه فقط أما من لم يخرج به فعليه التعزير .

٥٩٩ - نظرية الرهنك المتكامل : وإذا كان السارق واحداً فنقب الحرز

كما لو كان منزلاً مثلاً وأدخل يده في النقب وأخذ المتاع أو مد قصبة أو محجناً فأخذه به فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن السارق لم يدخل الحرز وهتك الحرز هتكاً متكاملاً شرط لتكامل الجنابة ولا يتصور تكامل الهتك فيما يمكن الدخول منه إلا بالدخول فعلاً أما مثل الصندوق والغرارة فلا يمكن الدخول فيهما فالأخذ التام منهما باليد دون دخول يعتبر هتكاً متكاملاً وتسمى هذه النظرية بنظرية الهتك المتكامل^(١) ولكن الأئمة الثلاثة ومعهم أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة والشيعة الزيدية يرون الأخذ تاماً سواء دخل السارق الحرز أو لم يدخله لأن ركن السرقة الأخذ من الحرز وليس دخول الحرز فكل ما أمكن الأخذ من الحرز دون دخوله فهو أخذ تام^(٢) .

٦٠٠ - تعدد الجناة - : وإذا اشترك في السرقة اثنان فدخل أحدهما

الحرز وبقي الثاني في خارجه وناول الداخل للخارج المسروق من وراء الجدار أو من فتحة الباب أو من نقب في الحائط فيرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام بالنسبة للداخل والخارج معاً فأما بالنسبة للداخل فلائنه وإن كان قد أخرج المتاع بفعله من الحرز ومن حيازة المخني عليه إلا أن المتاع لم يدخل في حيازة الداخل وإنما دخل في حيازة زميله الذي كان في الخارج ومن ثم فالأخذ غير تام بالنسبة للداخل ورأى أبي حنيفة في هذه المسألة تطبيقاً لنظرية اليد المعترضة التي سبق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٩ -

كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ .

بيانها ، أما بالنسبة للخارج فإن كان المسروق قد دخل في حيازته فإنه لم يخرج المسروق من حرزه ومن حيازة الجنى عليه ومن ثم كانت شروط الأخذ غير تامة بالنسبة له .

ويتفق الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة على اعتبار الأخذ تاماً بالنسبة للداخل ويرون أن المتاع المسروق يدخل في حيازة الداخل الذي أقام زميله الخارج مقامه بتسليم المسروقات إليه ولكنهم إذا خالفوا رأى أبي حنيفة بالنسبة للداخل فإنهم يرون رأيه بالنسبة للخارج^(١) .

والمفروض في المسألة السابقة أن الداخل أخرج يده بالمسروقات إلى خارج الحرز فناولها زميله الخارج ، أما إذا أدخل الخارج يده في الحرز فأخذ المتاع المسروق من يد زميله الموجود داخل الحرز فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة لأيهما ، فأما الخارج فلا أنه لم يدخل الحرز فيه تكملاً ، وهذا تطبيق لنظرية الممتلك المتكامل ، وأما الداخل فلا أنه لم يخرج المسروق من الحرز ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبو يوسف صاحب أبي حنيفة يرون أن الأخذ يعتبر تاماً بالنسبة للخارج لأنه أخرج المتاع المسروق من الحرز ومن حيازة الجنى عليه وأدخله في حيازة نفسه ولأن ركن السرقة هو الأخذ وقد أخذ المسروق وليس ركن السرقة الدخول في الحرز أما بالنسبة للداخل فيتفق رأى هؤلاء الفقهاء مع رأى أبي حنيفة^(٢) .

وإذا وضع الداخل المسروقات في وسط النقب فد الخارج يده لأخذها بحيث اجتمعت أيديهما في النقب بموضع لم يخرج به الداخل من الحرز ولم يخرج به الخارج من الحرز فتعاونوا معا على إخراجه وأخرجاه من الحرز فالأخذ تام

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٠ - الزرقاني ج ٨ ص ١٠٤ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ - المغني ج ١٠ ص ٢٩٩ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٨
(٢) تراجع المراجع السابقة .

بالنسبة لـ كليهما في رأى مالك^(١)، وهو كذلك عند أحمد وأبي يوسف من فقهاء الحنفية^(٢)، ولكن الشافعى يرى أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة للداخل والخارج معاً لأن الداخل لم يخرج من تمام الحرز ولأن الخارج لم يأخذه من داخل الحرز^(٣).

أما عند أبي حنيفة فلا يعتبر أحدهما آخذاً لأن الخارج لم يدخل الحرز وبهتكه هتكاً متكاملاً ولأن الداخل لم يخرج من الحرز وعلى فرض أنه أخرجه فإن بداً أخرى اعترضت يده.

وإن دخل أحدهما إلى الدار فربط المسروقات بجبل وكان طرف الجبل مع آخر في الخارج فجر المسروقات حتى أخرجها من الحرز فالأخذ تام بالنسبة للخارج عند الشافعى وأحمد وأبي يوسف والشيعة الزيدية وليس تاماً بالنسبة للداخل. أما عند أبي حنيفة فالأخذ ليس تاماً أيضاً بالنسبة للخارج تطبيقاً لنظرية الهتك المتكامل^(٤).

وإذا دخلا معاً في الحرز فصعد أحدهما إلى سطح المنزل وجمع الثانى المتاع المسروق فربطه بجبل فجره على السطح وألقى به إلى الخارج فالأخذ تام بالنسبة لكليهما عند مالك وأبي حنيفة وأحمد وليس تاماً عند الشافعى إلا بالنسبة لمن ألقى به إلى الخارج^(٥)، فأما الشافعى فيرى أن الأخذ تام لمن أخرج المسروق أما من لم يخرج فلا يعتبر الأخذ تاماً له وهو يسير في هذا على القاعدة العامة، أما من اعتبروا الرابطة مخرجاً للمتاع فإنهم يعتبرونه كذلك على أسس مختلفة فمالك يعتبره مخرجاً لأن فعل الربط جاء مصاحباً لفعل الإخراج وهو يعتبر الشخصين مخرجين كلياً تصاحب فعلهما حال الإخراج وأبو حنيفة وأحمد

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧٣.

(٢) كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦.

(٤) للراجع السابقة.

(٥) المدونة ج ١٦ ص ٧٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - المغنى ج ١٠ ص ٢٩٨.

شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤، ٢٤٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨.

يعتبران من يدخل الحرز مخرجاً للمسروق ولو لم يحمل من المسروق شيئاً مادام شريكه أو شركاؤه قد احتملوه^(١) .

وستنكلم على هذه القاعدة بتوسع عند الكلام على الإعانة ، وتأخذ الشيعة الزيدية بهذه القاعدة^(٢) على أن فيهم من يأخذ برأى الشافعى .

وإذا بطل الحرز قبل إخراج المسروقات منه فلا تتم شروط الأخذ خفية لأن شروط الإخراج من الحرز يتقدم وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ولاقطع فيها وإنما فيها التعزير ، ومثل ذلك أن يؤذن للسارق بدخول الحرز لأن الإذن يبطل الحرز في حق المأذون له وكذلك الحارس على الشيء المسروق في حالة ما إذا كان المال محرزاً بحارس . أما إذا بطل الحرز بعد إخراج المسروقات فإن ذلك لا يؤثر على السرقة التي تمت بتام شروط الأخذ خفية .

وستنكلم على ما يبطل الحرز عند الكلام عن الحرز . ويبطل الحرز عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية بفتح الباب والثقب ولكنه لا يبطل بهما عند مالك وأبى حنيفة فإذا ثقب شخص حرزاً أو فتح بابه ولم يسرق شيئاً لجاء آخر ودخل الحرز وسرق منه متاعاً فلا قطع على أحدهما عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية لأن الأول لم يأخذ شيئاً فلا يسأل عن السرقة وإنما يسأل عن إتلاف الخاطئ ولأن الثانى أخذ المتاع من غير حرز والسرقة من غير حرز لاقطع فيها . أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الأخذ تام بالنسبة للثانى الذى دخل الحرز وأخذ المتاع لأن الثقب لم يخرج المكان عن كونه حرزاً^(٣) .

ويرتب الحفابة على القول بأن الثقب يبطل الحرز أن الجانى لو ثقب فى ليلة ولم يأخذ شيئاً فعلم المالك بهتك الحرز وأهمله ثم جاء الناقب فى ليلة تالية قبل إعادة الحرز فسرقت مافى المنزل أو جاء فى نفس الليلة من إحداث الثقب فسرقت فإن الأخذ لا يعتبر تاماً لأن السرقة من غير حرز وكذلك الشأن عند الحفابة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٧ ، ٢٩٨ كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٣) شرح الأزهار ج ٧ ص ٣٧٠ - المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ شرح الزرقانى ص ١٠٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ وما بعدها .

(٣٤ - التفسير الجناثى الإسلامى ٢)

في حالة الإخراج على دفعات فإذا نقب الجاني الحرز فأخرج مادون النصاب ثم دخل فأخرج ما يتم به النصاب فإن كان ذلك في وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة والأولى دون النصاب هي والثانية . وكذلك إن كانا في ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة أما إذا تقاربا فهما سرقة واحدة لبناء الفعلين أحدهما على الآخر وإذا بنى فعل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعل الواحد بعضه على بعض أولى^(١) . أما إذا علم المالك بهتك الحرز وأهمله فكل أخذ يعتبر مستقلاً مهما تقاربت المدة بين الأخذين والأخذ بعد العلم أخذ من غير حرز^(٢) . ويلاحظ أن الحرز لا يبطل بالنسبة لحدث النقب إلا بعلم المالك أو باستشهار هتكه أما بالنسبة للغير فيبطل في الحال . ويرتب الشافعية على القول بأن النقب يبطل الحرز بأن الجاني لو نقب في ليلة وسرق في أخرى كان أخذه تاماً موجباً للقطع إلا إذا كان النقب ظاهراً يراه الطارقون والمارة أو علم المالك به بعد الحرز^(٣) .

أما الشأن عندهم في حالة الإخراج على دفعات فلم يتفقوا عليه . فإذا نقب شخص حرزاً ثم أخرج منه نصاباً على دفعات فبعضهم يرى الأخذ تاماً ولو أن الإخراج على دفعات لأن بعض فعله ينبئ على البعض الآخر . والبعض يرى أن ما أخذه بعد الدفعة الأولى لا يعتبر أخذاً تاماً لأنه أخذ من حرز مهتوك والبعض يرى أن ما أخذه قبل اشتهار هتك الحرز أو علم المالك به يعتبر أخذاً تاماً وما أخذ بعده لا يعتبر كذلك^(٤) .

ويتفق رأي الشيعة الزيدية مع ما يراه الحنابلة^(٥) .

ويلاحظ أن الحرز يبطل في الحال بالنسبة للغير أما بالنسبة للناقب فلا يبطل

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٦٢ .

(٢) كشف القناع ج ٤ ص ٨١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٩٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٢٠

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٨ .

إلا على الوجه الذى سبق بيانه وطبقاً للآراء المختلفة التى عرضناها فلو نقب شخص حرزاً لجاء آخر وسرق ما فى داخل الحرز فلا يعتبر أخذه تاماً لأنه أخذ من غير حرز . أما الإخراج على دفعات عند مالك وهو لا يرى بطلان الحرز بالنقب ولافتح الباب فحكمه أن العبرة بقصد الجانى ، فإن قصد الجانى ابتداء أخذ المسروق ولكنه أخرجه على دفعات فالأفعال كلها سرقة واحدة ويستدل على قصد الجانى بإقراره أو القرائن سواء كان يستطيع أن يخرج المسروق كله مرة واحدة ولكنه لم يخرج أو كان لا يستطيع أن يخرج إلا على دفعات أما إذا قصد الأخذ فى كل دفعة قصداً مستقلاً فكل دفعة تعتبر سرقة مستقلة فإن أخرج فيها نصاباً قطع وإلا لم يقطع^(١) .

أما أبو حنيفة فيرى فى حالة الإخراج على دفعات اعتبار كل دفعة وحدها فإن بلغت النصاب وحدها استحق المخرج القطع وإلا فلا ولو أن المخرج قصد أن لا يخرج فى كل مرة نصاباً تحايلاً منه^(٢) .

والإخراج من الأحرار يختلف باختلاف نوع الحرز فإذا كان الحرز حرزاً بالمكان كالمنزل أو الدكان فيجب أن يخرج السارق بالسرقة من جميع الحرز حتى يعتبر الأخذ تاماً ، فمن سرق متاعاً من منزل يجب أن يخرج به إلى الخارج من المنزل ، فإن نقله من غرفة إلى أخرى فلا يعتبر الأخذ تاماً ما لم تكن الغرفة التى نقل إليها المتاع المسروق حرزاً مستقلاً عن الغرفة التى كان فيها ، وإذا نقله إلى ساحة المنزل فلا يعتبر الأخذ تاماً إلا إذا كان المنزل مكوناً من مساكن مختلفة والساحة مشتركة للجميع ففي هذه الحالة يعتبر الأخذ تاماً . أما إذا كان الحرز حرزاً بالحفاظ فإنه يكفي لاعتبار الأخذ تاماً أن يفصل بالمسروق عن مكانه أو يفصل به عن الحارس ، فالنشال يعتبر أخذه تاماً بمجرد أخذه النقود من جيب المحنى عليه وبمجرد شق الجيب وسقوط النقود منه ولو على الأرض .

٦٠١ - التعاون على الإخراج : الأصل أنه لا يقطع فى السرقة إلا

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ، ٧٨

الشخص الذى يخرج المسروق من الحرز سواء حمله إلى خارج الحرز أو رماه إلى الخارج ولكن الكثيرين من الفقهاء جروا على قطع كل من تعاونوا على إخراج المسروق وإن كان بعضهم لم يحمل بالذات شيئاً لأن الحمل والإخراج يعتبر حاصلًا منهم معنى لامادة .

وفى اصطلاح هؤلاء الفقهاء أن المعين على إخراج المسروق هو من يعين السارق على إخراج الشيء المسروق من الحرز سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية ، وهم يلحقون المعين على السرقة بمن يباشر السرقة ويعطونه حكمه لأن السارق وحده غالباً وإنما يتعاون مع غيره فلو جعل القطع على المباشر وحده لانفتح باب السرقة وانسد باب القطع^(١) .

والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر متفقون على أن القطع على من يعين فقط فى إخراج الشيء المسروق من الحرز لأنه يعتبر نخرجاً له فإن كان العون فى غير ذلك كاشتراك فى النقب أو كسر الباب أو فتحه بمفتاح مصطنع أو مساعدة على تساق الحائط للدخول فى الحرز أو مساعدة فى حمل المسروقات بعد إخراجها من الحرز لم يقطع المعين على كل ذلك وأشباهه فلو اتفق اثنان مثلاً على سرقة منزل وتعاونوا على نقب الحائط ثم دخل أحدهما وبقي الآخر فى الخارج يرقب الطريق وأخرج الداخل المسروقات من الحرز مرة بعد أخرى دون أن يستعين بزميله وبعد إخراجها تعاونوا على حملها فالقطع على الداخل وحده ، وعلى الخارج التعزير لأنه لا يعتبر معيناً على الإخراج مادام لم يتعاون مع المباشر فى إخراج الشيء المسروق من الحرز .

ومع أن الفقهاء متفقون على ما سبق إلا أنهم اختلفوا فى الأفعال التى تعتبر إعانة بحيث لا يتفق مذهب مع آخر فى تحديد هذه الأفعال وسنستعرض فيما يلى آراء المذاهب المختلفة فىمن يعتبر معيناً على إخراج المسروق .

فالك يرى أن المعين على الإخراج قد تحدث منه الإعانة وهو فى خارج

الحرز وقد تحدث منه الإعانة وهو في داخل الحرز . فأما الإعانة من خارج الحرز فمثله أن يضع الداخل المتاع المسروق في وسط النقب ويمد الخارج يده لأخذه فتجتمع أيديهما في النقب بموضع لم يخرج به الداخل من الحرز ولم يخرج به الخارج من الحرز وإنما هو بين بين ، فإذا تناول الخارج المتاع على هذا الوجه فهو معين على إخراجه لأن فعل كل منهما لم يستقل بإخراج المسروق ولأن فعل كل منهما جاء مصاحباً لفعل الآخر . ومثل ذلك أن يربط الداخل المتاع بحبل يحجره من في الخارج فإذا فعل فهو معين على الإخراج فالقاعدة إذن عند مالك أن الخارج يعتبر معيناً على الإخراج إذا كان فعل الداخل لا يجعله مستقلاً بالإخراج وإذا تصاحب فعلاهما في حال الإخراج ^(١) .

أما الإعانة من داخل الحرز فتكون بالتعاون في حمل المسروق إلى خارج الحرز أو بالتعاون في حمله على أحد السارقين أو بعضهم أو في حمله على دابة وبشرط أن يكون هذا التعاون ضرورياً كأن يكون المسروق ثقيلًا فلا يستطيع إخراجه إلا كثيرون أو لا يستطيع حمله شخص واحد إلا أن يضعه عليه اثنان أو ثلاثة أو أكثر فإذا كان المسروق خفيفاً فحمله واحد فخرج به وهم معه أو أعانوه على حمله وهو يستطيع حمله دون إعانة كالثوب والعرة فلا إعانة لأن التعاون على الإخراج ليس ضرورياً ولا قطع إلا على من حمل المسروق فأخرجه . وإذا اقتضى إخراج المسروق التعاون في حمله لإخراجه فالحاملون جميعاً مباشرون للسرقة مادام أنهم قد حملوه حتى أخرجوه من الحرز فإذا حملوه فوضعوه على شخص منهم أو على دابة فالمباشر هو الخرج والباقون معينون وفي هاتين الحالتين يكفي لقطع المباشرين والمعينين أن تبلغ قيمة المسروق نصيباً واحداً . وإذا اشترك كثيرون في إخراج المسروقات من الحرز ولم تكن هناك ضرورة للتعاون وإنما أخرج كل منهم شيئاً يحمله وهم شركاء في كل ما أخرجوه فالخروجون جميعاً مباشرون ولا يقطع منهم إلا من بلغت قيمة ما أخرجته نصيباً .

ويعزر من أخرج دون النصاب ولا يعتبر معيناً عند مالك من يدخل الحرز أو يبقى في خارجه دون أن يأتي عملاً مادياً يشترك به في إخراج المسروقات على الوجه الذي سبق بيانه ، فمن وقف داخل الحرز ليحمي حامل المسروقات أو لمنع السكان من الحركة أو الاستغاثة أو ليرشد اللصوص على مكان النقود فإنه لا يعتبر مباشراً ولا معيناً ولا قطع عليه وإنما عليه التعزير^(١) .

ويشترط أبو حنيفة لاعتبار الشخص معيناً أن يدخل الحرز فإن لم يدخل الحرز فلا يعتبر معيناً ولو ساعد فعله على إخراج المسروقات من الحرز ورأيه هذا تطبيق آخر لنظريته في هتك الحرز هتكاً متكاملاً .

والمعين في مذهب أبي حنيفة هو من دخل الحرز مطاقاً سواء أتى عملاً مادياً عاون به على إخراج المسروقات كأن وضعها على ظهر آخر فأخرجها الآخر أو أتى عملاً معنوياً يساعد على إخراج المسروقات من الحرز كوقوفه للحراسة أو لمنع الغوث أو للإشراف على نقل المسروقات من الحرز ، ويعتبر مجرد وجوده داخل الحرز إغاثة معنوية على إخراج المسروقات من الحرز ولو كانت الحالة لا تقتضي وجود المعين^(٢) . على أن الإغاثة لا يجب فيها القطع في مذهب أبي حنيفة إلا إذا خص كل مباشر وكل معين نصاب فإذا كانت قيمة ما أخرج لا تسكني ليصيب كل منهم نصاباً فلا قطع وإنما التعزير^(٣) . وإذا اشترك جماعة في سرقة فخرج كل منهم ببعض المسروقات وبعضهم يحمل ما قيمته نصاباً فأكثر وبعضهم يحمل أقل من نصاب فعليهم القطع جميعاً إذا كانت قيمة المسروقات في مجموعها تسكني لأن يصيب كل منهم نصاباً^(٤) . وفي هذا يختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة .

(١) المدونة ج ١٦ ص ٦٨ ، ٦٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٥ .

(٤) المراجع السابقة .

أما مذهب أحمد فيتفق أولاً مع مذهب مالك في أن الإعانة قد تحدث من شخص خارج الحرز وقد تحدث ممن في داخله كذلك يتفق المذهبان في تحديد الإعانة من الخارج ولكنهما يختلفان في الإعانة ممن في الداخل .

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب أبي حنيفة في الإعانة من الداخل فيعتبر معيناً عند أحمد كل من يدخل الحرز سواء أتى عملاً مادياً كإعانة غيره على حل السرقات أم أتى عملاً معنوياً تتمتع القوثة أو لم يأت عملاً ما .

وفي مذهب أحمد يقطع المباشر والمعين إذا بلغت قيمة ما أخرج نصاباً واحداً وإذا اشترك جماعة في السرقة فليس من الضروري أن يبلغ ما حمله كل منهم نصاباً بل يكفي أن يبلغ كل ما أخرجوه من الحرز نصاباً واحداً لا غير ليقطعوا به هم ومن أعانهم على الإخراج سواء من الداخل أو من الخارج وفي هذا يخالف مذهب أحمد مذهبي مالك وأبي حنيفة^(١) .

أما في مذهب الشافعي فلا يعترفون بالإعانة من خارج الحرز ولا بالإعانة من داخله والمعين في كل الأحوال عليه التعزير ولا قطع عليه ويقطع الشافعي المشتركين في السرقة بشرطين أولهما : أن يشترك السارق في إخراج السرقة من الحرز كأن يكون شيئاً ثقيلاً فيتعاون السارقون على حمله لخارج الحرز أو أشياء متعددة فيحمل كل منهم شيئاً . فمن أخرج منهم شيئاً خارج الحرز فهو سارق ثانياً : أن يختص كل من السارقين نصاباً إذا وزعت عليهم قيمة كل ما أخرجوه بغض النظر عما أخرجه كل منهم فقد يخرج أحدهم نصاباً أو أكثر وقد يخرج أقل من نصاب^(٢) .

وإذا لم يشترك السارقون وكان كل منهم مستقلاً في فعله وقصده عن الآخر فالعبرة بما يخرج كل . فمن أخرج نصاباً قطع إذا توفرت الشروط الأخرى ومن

(١) الغنى ج ١٠ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٩ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٩٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

أخرج أقل من نصاب لم يقطع^(١) . ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب مالك فهم يرون قطع المعين من الخارج أو من الداخل بنفس الشروط وعلى الكيفية التي يراها المالكيون^(٢) .

هذا هو حكم الإعانة على الإخراج في مختلف المذاهب الإسلامية وظاهر منه أن المعين على الإخراج يعتبر فاعلاً أصلياً للسرقة ويعاقب بالقطع كمباشر السرقة أما الشريك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة كما نعرفه في القوانين الوضعية فلا قطع عليه وعليه التعزير ما دام أنه لا يعين على إخراج المسروق من الخزانة والشريك على أحد هذه الوجوه يسمى في الشريعة الإسلامية الشريك بالتسبب أما الفاعل الأصلي المشترك مع غيره فيسمى الشريك المباشر .

٦٠٢ - الأخذ بالتسبب : معناه أن لا يباشر السارق إخراج المسروقات من الخزانة بنفسه وإنما يؤدي فعله بطريق غير مباشر إلى إخراج المسروقات مثل أن يضع المسروق على ظهر دابة ويسوقها فتخرج به من الخزانة أو يلقى بالمسروق في ماء جار إلى خارج المنزل فيخرجه التيار ، أو يرميه في ماء راكد ثم يفتح مجرى الماء أو يعرض المسروق لريح هابة فتطير المسروق إلى الخارج ، أو يربطه على طائر ويطيئه فيخرج المسروق أو يأمر صغيراً أو معتوهاً بإخراج المسروق فيخرجه أو أن يستتبع سخل شاة أو فصيل ناقة أو غيرها مثل أن يشتري الأم والسخل على ملك الغير في حرز فيأتى بالأم إلى مكان السخل ويريه أمه حتى يتبعها ، وكذلك العكس نحو أن يأتى في مكان أمه وهي في حرز مالكها حتى يستتبع الأم سخلها بأن يبعثه عليها حتى تتبعه أو أشار لشاة في الخزانة بالعلف حتى خرجت إليه فأخذها^(٣) .

والأخذ بالتسبب كالأخذ المباشر عقوبته القطع بشرط أن تتم شروط

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ ، ٣٦٨ .

(٣) كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٨ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ .

الأخذ فيخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه ويدخل في حيازة الجاني ويراعى في الأخذ بالتسبب ماسبق ذكره من وجوه الخلاف بين الفقهاء وعلى الأخص نظرية أبي حنيفة في هتك الحرز هتكا متكاملا ونظريته في الممرض فمثلا في حالة استتباع السخل أو الفصيل يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن الجاني لم يهتك الحرز هتكا متكاملا ويخالفه أبو يوسف في هذا ويرى كما يرى فقهاء المذاهب الأخرى بأن الأخذ تام . وفي حالة وضع المسروق في ماء جار وعنور آخر عليه وأخذه ، يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن يبدأ اعتراض يد السارق .

ويشترط في الأخذ خفية أن يفعل الحيازة كاملة دون حق من المجنى عليه للجاني أى أن ينقل الحيازة بعنصرها للمادى والمعنوى عنصر التبعة وعنصر الملك ، فإن نقل أحد العنصرين دون الآخر ولو بغير حق فلا يعتبر الفعل سرقة فالمعبر الذى يأخذ متاعه خفية عن المستعير والمؤجر الذى يأخذ متاعه خفية عن المستأجر والأصيل الذى يأخذ متاعه خفية عن الوكيل والمودع الذى يأخذ متاعه خفية عن المودع لديه والراهن الذى يأخذ متاعه المرهون خفية عن المرتهن والمشتري الذى يأخذ المبيع خفية عن البائع ولو أن ميعاد التسليم لم يحل بعد والمستأجر أو المرتهن أو المودع لديه أو المستعير الذى يأخذ الشيء المؤجر أو المرهون أو المودع أو المعار فى خفية عن المالك ، والمشتري الذى يأخذ المبيع قبل تسليم الثمن أو فى زمن الخيار والموهوب له الذى يأخذ ما وهب له خفية كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم أخذاً خفية لأن أخذه لا ينقل إلا أحد عنصري الحيازة فقط^(١) .

يشترط فى المسروق أن يكون مما هو خالص لغيره أى ليس للسارق فيه ملك ولا حق بل المستحق له غيره . ويشترط فى الأخذ خفية أن يكون الشيء

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، ٧٩ - المغنى ج ١٠ ص ٢٧٧ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٥ .

المسروق في يد المجنى عليه أو أى شخص آخر يقوم بمقاه كالمستأجر والمستعير كما يشترط أن لا يكون في يد الجانى ولا تحت سلطانه ، فإذا كان الشيء في يد الجانى أو تحت سلطانه من قبل فلا يعتبر الفعل سرقة لأن السرقة تقتضى الأخذ خفية والأخذ خفية لا يكون إلا من يد المجنى عليه أو من يمثله ، ولا يعتبر الجانى أخذاً خفية إذا كان يمثل المجنى عليه في حيازة الشيء أو كان المجنى عليه قدمه من الشيء ومنحه سلطة عليه ، وعلى هذا لا يعتبر الوكيل سارقاً لأنه يمثل المجنى عليه ولا يعتبر الخادم سارقاً مما وضع في يده أو أمكن منه ومنح سلطة عليه .

وما يشترط في الشريعة من أن ينقل الأخذ الحيازة كاملة بعنصرها المادى والمعنوى هو نفس النظرية التى قال بها جارسون لتحديد الأفعال التى تعتبر سرقة . فهو يفرق بين الحيازة الكاملة التى تشمل الركن المادى والركن المعنوى للحيازة وهى حيازة المالك ، وبين الحيازة المؤقتة التى تشمل الركن المادى فقط كحيازة المستأجر والمرتهن والمستعير ، كما تفرق بين هذين الفرعين من الحيازة وبين اليد العارضة التى لا تمنح صاحبها أى حق أو سلطة على الشيء . ويعرف جارسون الاختلاس وهو الفعل المادى المكون للسرقة بأنه الاستيلاء على حيازة الشيء الكاملة أو هو اعتيال الحيازة ركنيها المادى والمعنوى . فالنظرية التى وصل إليها الفقه والقضاء أخيراً وتولى تنظيمها وشرحها جارسون هى نظرية الفقه الإسلامى .

٦٠٣ - التسليم بنفي الأئمة ففية : ووضح من كل ماسبق أن التسليم يمنع من القول بأن الشيء أخذ خفية لأن الأخذ خفية يقتضى أن يؤخذ الشيء من يد المجنى عليه أو من يمثله دون علمه ودون رضاه معاً والتسليم يجعل المجنى عليه علماً بأخذ الشيء سواء توفر الرضاء أو انعدم ويستوى أن يكون المجنى عليه راضياً بالتسليم أو مكرهاً عليه فالفعل فى الحالين ليس سرقة . وإن كان من الممكن أن يكون الفعل حراماً فى حالة الإكراه إذا توفرت بقية أركان جريمة الحرابة لأن جريمة الحرابة لا يشترط فيها الأخذ خفية وإنما يكون الأخذ فيها مغالبة ويمنع التسليم من توفر ركن الأخذ خفية سواء نقل التسليم الحيازة كاملة أو ناقصة أو ترتب

عليه تمكين الجاني من الشيء أو منحه سلطة عليه كحالة الطباخ مثلاً تسلّم إليه أدوات المطبخ لاستعمالها .

ويستوى أن يكون التسليم ناشئاً عن خطأ أو عن غش أو قصد به مجرد تمكين الجاني من الاطلاع على الشيء المسروق أو التفرج عليه أو إخضه .
ففي هذه الحالات جميعاً يمنع التسليم من اعتبار الشيء مأخوذاً خفية لأن الأخذ خفية يجب أن يكون بغير علم الجاني عليه وبغير رضاه معاً وإذا كان لا يمكن اعتبار الشيء الذي سلم للجاني للفحص والتفرج والاطلاع مسروقاً طبقاً للشرعية فإن هذا الشيء يمكن اعتباره مختلساً طبقاً للشرعية .

والاختلاس كما قلنا نوع من السرقة لا يشترط فيه العلم ويشترط فيه عدم الرضاء فقط وعتوبته التعزير لا القطع . والاختلاس في الشرعية يتفق في شروطه وأحكامه مع شروط وأحكام جريمة السرقة في قانوني العقوبات المصري والفرنسي . ولا يعتبر الفعل سرقة إذا تسلّم الجاني المبيع على أن يدفع ثمنه فوراً فأخذه وهرب أو إذا تسلّم ورقة مالية أو قطعة نقود كبيرة ليصرفها نقوداً صغيرة فأخذها وهرب والمانع من اعتبار الفعل سرقة هو التسليم لأن في التسليم علم الجاني عليه بالفعل والعلم يمنع من تكون ركن الأخذ خفية وإذا كان الفعل لا يعتبر سرقة فن الممكن أن يعتبر اختلاساً طبقاً لقواعد الشرعية .

وإذا كان التسليم ممن لا شعور له أو اختياراً ، كسكران أو مجنون أو طفل غير مميز فإنه يمنع أيضاً من تكون ركن الأخذ خفية لأن فقد الشعور والاختيار إذا كان يمنع من حصول التسليم اختياراً فإنه لا يمنع غالباً من العلم بحصول التسليم وإذا توفر العلم بالأخذ انعدم أحد أركان السرقة وهو الأخذ خفية وحتى إذا أمكن القول بأن علم الصغير والمجنون والسكران غير معتبر فإن هذا العلم غير المعتبر يكون شبهة تدرأ الحد فلا يقطع الجاني ويكتفى في عقابه بالتعزير .

وتمكين الجاني من الشيء أو السماح له بدخول محل المسروق في حكم تسليم

الشيء المسروق إلى الجاني فالسرقة التي تقع من العمال أو الخدم والنزلاء وما أشبهه لا قطع فيها إذا كانت السرقة واقعة على شيء في الحل الذي يعمل فيه الخادم أو العامل أو يدخله النزيل أو في المحلات المصرح لهم بدخولها لأن الإذن للعامل والخادم والنزيل بدخول الحل يبطل الحرز فيه - يكون الأخذ أخذاً من غير حرز ومن ثم لا تتم شروط الأخذ خفية وتسكون السرقة سرقة مال غير محرز ولا قطع في سرقة المال غير المحرز وإنما فيها التعزير وسنعود للكلام على هذه النقطة بتوسع بمناسبة الكلام عن الحرز .

وإذا أخذ المكلف بنقل الأشياء بعض ما كلف بنقله فعمله لا يعتبر سرقة في الشريعة الإسلامية وإنما يعتبر تبديداً لأنه تسلم الشيء بمقتضى عقد من عقود الأمانة ، وإذا فرض أنه تسامه بغير عقد فإن التسليم في ذاته يمنع من تكون ركن الأخذ خفية لأن التسليم يقتضى العلم بالأخذ وشرط الأخذ خفية أن يتم دون علم ورضاء المجنى عليه فالعقوبة إذن على أى فرض هي عقوبة التعزير وكل جريمة عقوبتها التعزير في الشريعة الإسلامية يصح للهيئة التشريعية أن تجعلها في حكم جريمة أخرى إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . فيصح اعتبار الاختلاس الحاصل عن محترق النقل في حكم السرقة وإن كانت القواعد العامة تجعله تبديداً ومن هذا يتبين أنه لا اختلاف بين الشريعة والقانون المصرى في هذه النقطة لأن القواعد القانونية العامة ذاتها تجعل الجريمة تبديداً ولكن المشرع أعطاها حكم السرقة أو اعتبر الفعل سرقة تشديداً على محترق النقل ولم يعتبر التسليم الحاصل للجاني مع أن التسليم يمنع من تكون ركن الاختلاس طبقاً للقانون ، والاختلاس في القانون يقابل الأخذ خفية في الشريعة كما يقابل الاختلاس في الشريعة أيضاً .

ويشترط ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن لا يكون في عام الجماعة وزمن القحط لأن الضرورة تبيح تناول من مال الغير بقدر الحاجة فإذا سرق المحتاج ما يأكله فلا قطع عليه لأنه كالمضطر وقد روى عن متجول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا قطع في مجاعة مضطر » ويشترط في الأخذ أن لا يجحد ما يشتريه أولاً يجحد

ما يشتري به وأن لا يأخذ أكثر من حاجته^(١) .

فأما الواجد لما يأكله أو الواجد لما يشتري به وما يشتريه فعليه القطع وإن كان بالثمن الغالى .

والقاعدة فى الشريعة أن المضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن فى حاجة إليه وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه فإن قتل المضطر قاتله مسئول جنائياً عن قتله ولا يعتبر فى حالة دفاع وإن قتله المضطر فهو هدر لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبه القتال . ولكن ليس للمضطر أن يسرق شيئاً أو أن يقاتل على شيء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشيء فى الثمن لأن المضطر لا يلزمه شرعاً إلا ثمن المثل^(٢) .

ويشترط أبو حنيفة ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن يكون الأخذ فى دار العدل فلا قطع عنده على من سرق فى دار الحرب أو دار البغى ولو كان الجنى عليه والجانى من أهل دار العدل لأن السرقة تقع فى مكان لا ولاية للإمام عليه والقضاء بالمعقوبة يقتضى الولاية على مكان الجريمة ومن ثم لا تعتبر السرقة فى دار الحرب أو دار البغى سبباً لوجوب القطع^(٣) .

هذا ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة^(٤) أما المذهب الظاهرى فيتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة^(٥) ومذهب أبى حنيفة يخالف المذاهب الأخرى فى هذه الناحية حيث يرى بقية الفقهاء قطع السارق على السرقة فى دار الحرب أو دار البغى^(٦) ويرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع المستأمن

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٣ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٨ الحلى ج ١١ ص ٣٤٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) المغنى ج ١١ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ - مواهب ج ٣ ص ٢٤٣ حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦ .

(٣) بدائع ج ٧ ص ٨٠ .

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٥٥٢ .

(٥) الحلى ج ١١ ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٦) مواهب ج ٣ ص ٣٥٥ ، ٣٦٥ - المدونة ج ١٦ ص ٩١ - مهذب ج ٢ ص ٣٥٨ - المغنى ج ١٠ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ - يراجع التشمير الجنائى ج ١ ص ٢٨٠ ، ٢٨٩

في سرقة مال المسلم أو الذمي لأنه أخذ على اعتقاد الإباحة ولأنه لم يلتزم أحكام الإسلام وعند أبي يوسف يقطع^(١) ويرى مالك قطع المستامن وكل معاهد^(٢) وحجته أن حد القطع لله^(٣) وفي مذهب الشافعي وأحمد ثلاثة آراء أحدهم وهو المرجوح يتفق مع رأي أبي حنيفة ، والثاني وهو الراجح يتفق مع رأي مالك^(٤) والثالث بأنه إذا اشترط قطعه للسرقة قطع لأنه يصبح ملتزماً للأحكام على أن القائلين بعدم قطع المستامن يسلمون بأنه لا قطع في سرقة ماله^(٥).

الركن الثاني

أن يكون المأخوذ مالا

٦٠٤ — يجب أن يكون الشيء المسروق مالا ، ولا محل للسرقة في الوقت الحاضر إلا المال أما قبل إبطال الرق فكان العبيد والإماء في الشريعة محلاً للسرقة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه ككل مال ، وإن كانوا من وجه آخر آدميين وهكذا كان الشأن في القوانين الوضعية أيضاً . أما بعد إبطال الرق فلا يمكن أن يكون الإنسان محلاً للسرقة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد وهذا رأي في مذهب الشيعة الزيدية أما مالك والظاهرية فيرون أن الطفل غير المميز محل للسرقة ولو كان حراً وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق المال وهذا رأي آخر في مذهب الشيعة الزيدية ، ومع أن هؤلاء يعترفون بأن السرقة لا تقع إلا على المال فإنهم يستثنون الطفل غير المميز ويجعلون

(١) بدائم الصنائع ص ٧١ (٢) المدونة ١٦ ص ٧٥ .

(٣) مواهب ج ٦ ص ٣١٢ (٤) المغني ج ١٠ ص ٢٧٦ - كشف القناع ص

٨٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

خطفه في حكم سرقة المال^(١).

٦٠٥ - ويشترط في المال المسروق شروط يجب توافرها جميعاً ليقطع فيه السارق وهذه الشروط هي: (١) أن يكون مالا منقولاً. (٢) أن يكون مالا منقولاً. (٣) أن يكون مالا محرراً (٤) أن يبلغ المال نصيباً.

٦٠٦ - أو: أنه يكون مالا منقولاً: يجب أن تقع السرقة على مال منقول لأن السرقة تقتضي نقل الشيء وإخراجه من حرزه ونقله من حيازة المجني عليه إلى حيازة الجاني وهذا لا يمكن إلا في المنقولات فهي بطبيعتها التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر.

ويعتبر المال المسروق منقولاً كلما كان قابلاً للنقل فليس من الضروري أن يكون المال منقولاً بطبيعته بل يكفي أن يصير منقولاً بفعل الجاني أو بفعل غيره ، فمن استل أخشاباً من سقف منزل أو هدم حائطاً وأخذ من أنقاضه فهو سارق لمنقول ولو أن المنزل يعتبر عقاراً لأن سل الأخشاب وهدم الحائط يجعل الأخشاب والأنقاض منقولة والأرض عقار بطبيعتها فمن أخذ منها تراباً أو أحجاراً أو أخذ من جوفها فخاً أو معادن أو ما أشبه يعتبر سارقاً لمنقول^(٢).

ويشترط أن يكون المنقول ماديّاً كالنقود والأخشاب ، ويستوى أن يكون المنقول صلباً كالحديد أو سائلاً كالماء أو غازياً كغاز الاستصباح ، أما الأموال المعنوية فلا يمكن أن تكون محلاً للسرقة لأنها حقوق مجردة وليست قابلة بطبيعتها للنقل من مكان لآخر سواء كانت حقوقاً شخصية أو عينية ، ولا شك

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٤ ، ١٠٣ - المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ - شرح الزهار ج ٤ ص ٣٦٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ - أسنى المطالب - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٢٤٥ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ ، ٦٩ .

أن الأوراق المثبتة لهذه الحقوق المعنوية تعتبر في ذاتها منقولا ومن ثم يمكن سرقتها وتقع السرقة في هذه الحالة على الأوراق لاعلى ماتضمنه من حقوق وليس في الشريعة ما يمنع من أن تكون القوى الطبيعية والأشياء المباحة أصلا محلا للسرقة كالضوء والحرارة والبرودة والماء والهواء والعبرة في ذلك كله وأشباهه بإمكان احتياز الشيء والتسلط عليه فكل من استطاع أن يحتاز شيئا من هذه الأشياء المباحة الأصل يصبح مالكاً لها وإن كان احتياز هذه الأشياء وأمثالها والتسلط عليها يجعلها منقولا يعاقب على سرقة كما يعاقب على سرقة أى منقول آخر وعلى هذا فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء محلا للسرقة لأن احتيازها والتسلط عليها ونقلها من مكان إلى آخر في حيز الإمكان .

٦٠٧ - ثانيا : أنه يكون ماله منقوما : - بصفة مطلقة فإن كانت قيمته نسبية فلا قطع في سرقة والعقوبة عليه التعزير فالحمر ولحم الخنزير مثلا لا قيمة لها عند المسلم ولكن لها قيمتهما عند غير المسلم ومن ثم كانت قيمتهما نسبية لا مطابقة وهذا النقص في القيمة هو الذى منع من القطع لأنه شبهة ووجه الشبهة عدم الماينة أو عدم التقوم ، والحدود تدرأ بالشبهات ويستوى أن يكون صاحب المال مسالما أو غير مسلم وأن يكون السارق مسالما أو غير مسلم لأن العبرة ليست بالمالك أو السارق وإنما العبرة بتقوم المال أو عدم تقومه ^(١) .

وتعبير المال المتقوم هو ما يعبر به الحنفية . أما الأئمة الثلاثة فيعبرون عن هذا المعنى بعبارة المال المحترم ، ويشترط الزيدية أن يكون المال مما يجوز تملكه والظاهر يرون يعبرون بمثل هذا التعبير فيقولون مال له قيمة ومال لا قيمة له ^(٢) وكل هذه العبارات تؤدي معنى واحداً .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٨٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٥
(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٣٤

ويشترط أبو حنيفة فوق شرط التقوم أن يكون الشيء المسروق مما يتموله الناس ويعدونه مالا يضمنون به ، لأن ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم فإن كان مما يتموله الناس فهو تافه وحقير وحجته في ذلك حديث عائشة رضى الله عنها « لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله في الشيء التافه » ^(١) .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدرك الحد عن سارقه وتوجب التعزير بدلا من القطع . ويترتب على رأيه هذا أن لا قطع في التبن والحشيش والقصب والخطب وأشباهاها ، لأن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ولا يضمنون بها العدم عزتها وقلة خطرها ويعدون الضن بها من باب الخساسة فهذا مصدر تفاهتها ، كذلك لا قطع عند أبي حنيفة في سرقة التراب والطين والحصى والابن والفخار وما شابهها لتفاهتها ^(٢) .

ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء التافه من الشيء غير التافه ، على أنه يسلم بأن الشيء التافه قد يصبح للصناعة ذا قيمة كالقصب يصنع منه الشباب ، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجبا في سرقة ^(٣) .

ولكن أبا يوسف من فقهاء مذهب أبي حنيفة يرى القطع في كل مال محرز تبلغ قيمته نصابا إلا التراب والسرجين وفي رواية أخرى عنه إلا في الماء والتراب والطين والحصى والمعازف لأن السارق يسرق مالا متقوماً من حرز لا شبهة فيه . ودليل المالية والتقوم هو أولا جواز بيع المال وشرائه وهو ثانياً وجوب ضمان القيمة على غاصب المال ، فكل ما جاز بيعه وشراؤه ووجب على غاصبه ضمانه فهو مال متقوم يقطع فيه إذا سرق من حرزه ^(٤) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ ، ٦٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٢ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ .

ويرى أبو حنيفة ومعه محمد من فقهاء المذهب أن كل ما يوجد جنسه تافها ومباحاً فلا قطع فيه ، لأن كل ساكن كذلك فلا عزم له ولا خطر ولا يتموله الناس .
ولكن غيرهما من فقهاء المذهب يرون الاعتماد على التفاهة دون الإباحة لأن الذهب والفضة والآلئ والجواهر مباحة الجنس ولا شك أن فيها القطع ^(١)
ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في سرقة ميتة أو جلدتها لانعدام المالية أى لأنها لا تعتبر مالا ، ولا في سرقة كلب لاختلاف العلماء في ماليتها ، ولا في أدوات الملاهي من طبل ودف ومزمار ونحوها لأن هذه الأشياء مما لا يتموله الناس عادة أو لأن في ماليتها قصور لكراهة الاشتغال بها ^(٢) .

وعند أبي حنيفة أن لا قطع في سرقة طير ولا صيد وحشاً كان أو غيره ولا فيما علم من الجوارح كالبازي والصقر لأن الطيور والوحوش مباحة الأصل ولا يتم إحرازها في الناس عادة ولأنها تأتي عن طريق الاصطياد وهو مباح فضلاً عن أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم «الصيد لمن أخذه» يورث شبهة والقطع يندريء بالشبهة كذلك فإن الرسول قال « لا قطع في الطير » ^(٣) .

كذلك يرى أبو حنيفة أن لا قطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد ولا يبقى من سنة إلى سنة . فلا قطع عنده في سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة واللحم والخبز والرياحين وما أشبه ، ولا قطع في سرقة شطرنج ذهب أو فضة أو صليب أو صنم لأنه يتأول أن السارق يأخذها لكسرها ، أما الدراهم التي عليها تماثيل فيقطع فيها لأنها لا تعتبر عادة فلا تأويل له في الأخذ للمنع من العبادة ^(٤) .

لأن ما لا يحتمل الادخار يقل خطره عند الناس فيعتبر تافهاً ولا قطع عند

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ ، ٢٣٢ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

أبى حنيفة في سرقة المصحف وكتب الأحاديث واللغة والشعر لأنها تدخر للقراءة لا للتمول ويقصد منها الوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به ولكن أبا يوسف يرى القطع في هذه جميعاً كلها بلغت نصاباً لأن الناس يدخرونها ويعدونها من نفائس الأموال ، أما دفاتر الحساب والدفاتر البيضاء فلا خلاف في المذهب على أن فيها القطع إذا بلغت نصاباً لأن المقصود فيها هو الورق الأبيض ^(١) .

ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في سرقة ما يتبع ما لا قطع فيه كالحلية على المصحف تبلغ نصاباً وكسرقة آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب ولكن أبا يوسف يخالفه ويرى القطع وهو مذهب مالك والشافعي ^(٢) .

ولكن أبا يوسف من فقهاء المذهب يخالف أبا حنيفة ويرى القطع فيما لا يشمل الادخار ويتسارع إليه الفساد لأن السرقة وقعت على مال متقوم فيه حرز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم هو جواز البيع والشراء في المال ووجوب ضمان القيمة على غاصبه ومتلفه ^(٣) .

ويطبق أبو حنيفة المبدأ السابق تطبيقاً واسعاً فيرى أن سرقة الثمار المتعلقة في أشجارها أو نخيلها لا قطع فيها ولو كانت محرزة بحائط أو بحافظ لأن الثمر ما دام في شجره يتسارع إليه الفساد . فإذا قطع الثمر ووضع في جرن ثم سرق بعد ذلك فإن كان قد استحکم جفافه ففيه القطع لأنه صار قابلاً للادخار ولا يتسارع إليه الفساد بالجفاف ، وإن لم يكن استحکم جفافه فلا قطع فيه لأنه مما يتسارع إليه الفساد ولا يقبل الادخار بحالته الراهنة ، ويستعين أبو حنيفة في تأييد رأيه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا آواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣١ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ .

والحصولات الزراعية كالقمح والشعير والذرة هي بمنزلة الثمر المعلق عند أبي حنيفة فلا قطع فيها حتى يؤويها الجرين ويستحكم جفافها وهذا يتفق مع ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم من أنه سئل عن الثمر المعلق فقال « من أصاب بغية من ذى حاجة غير متخذ خفية فلا شيء عليه ومن أخرج بشيء منه فعليه غرامة مثله ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن الحن فعليه القطع »^(١) .
والفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة إلى سنة فيها القطع عند أبي حنيفة فإن لم تكن تبقى من سنة إلى سنة فلا قطع فيها لأنها تعتبر مما لا يقبل الادخار ويتسارع إليه الفساد .

ولا يقطع أبو حنيفة في السمك طرياً كان أو مالحاً ، لأن الطرى يتسارع إليه الفساد والمالح مال تافه مباح الأصل ، ولا يقطع كذلك في اللبن لأنه يتسارع إليه الفساد ولكنه يقطع في الخل لأنه لا يتسارع إليه الفساد ، ويقطع في الذهب والفضة والجواهر والآلئ وفي الحبوب الجافة كلها وفي الطيب والعود والمسك وما أشبهه ، ويقطع في الكتان والصوف وما أشبهه ، كما يقطع في الحديد والنحاس والرصاص وما أشبهه ، سواء كانت آنية أو مادة خاماً . وهكذا نستطيع أن نبين أن أبا حنيفة يعول في عدم القطع على شيئين . أولهما : التفاهة وعدم المادية ، ويعتبر الشيء تافهاً عند أبي حنيفة إذا كان مما لا يتموله الناس كالميتة أو كان مما لا يضر به الناس لعدم عزته وقلة خطره عندهم كالتبن والحطب أو كان مما يتسارع إليه الفساد ولا يحتمل الادخار من سنة إلى سنة . ثانيهما : عدم التقوم فكلاً كان المال متقوماً بصفة مطلقة وغير تافه ففيه القطع فإذا لم يكن متقوماً فلا قطع فيه كالتمر والخنيزير فلا قطع فيهما لعدم التقوم^(٢) .

ويلاحظ أن إباحة الجنس في ذاتها لا تمنع من القطع إذا لم يكن المال تافهاً كالذهب والفضة فكلاهما مباح الأصل ولكنه لما لم يكن تافهاً وجب فيه القطع

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٦٩ ، ٧٠ .

أما إذا كان المال تافهاً كالسّمك والملح فلا قطع فيه لتفاهته فالعبرة في القطع وعدمه بالتفاهة وليست بإباحة الجنس ، وهذا هو الرأى الراجح في مذهب أبى حنيفة ^(١) . . .

ولا يرى فقهاء المذاهب الأخرى رأى أبى حنيفة في أن التفاهة تمنع من القطع والقاعدة العامة عندهم أن كل ما يمكن تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه يجب القطع في سرقته ^(٢) . ولكنهم اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة وسنبين فيما يلي حدود هذا الاختلاف ، فمالك يرى القطع في كل مال أيا كان ولو كان محقراً في نظر الناس كالماء والخطب ونحو ذلك مما أصله مباح للناس لأنه متمول يجوز تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه ويستوى بعد ذلك أن يكون مباحاً للناس أو غير مباح مادام المجنى عليه قد حازه في حوزة الخاص كما يستوى أن يكون معرضاً للفساد أو غير معرض ^(٣) .

ويرى مالك القطع في سرقة الجوارح طيوراً أو سباعاً إذا بلغت قيمة أحدها النصاب ولو كانت لا تبلغ هذه القيمة إلا لتعليمها الصيد لأن تعليم الصيد منفعة شرعية فإذا لم تكن معاملة فالقطع إذا بلغت قيمة لحم الطير وريشه النصاب ، وإذا بلغت قيمة جلد السبع النصاب ولا تراعى قيمة لحم السبع لكرهته أو للقول بحرمته وعلى هذا فسارق جلد السبع يقطع وسارق لحمه فقط لا يقطع ^(٤) .

ويرى القطع في جلد الميتة سواء كانت الميتة مما يؤكل أو لا يؤكل ، ولكن بعد الدبغ وبشرط أن يزيد الدبغ في قيمة الجلد نصاباً وإلا فلا قطع ^(٥) .

ولا يرى مالك القطع في الطيور المحببة كالبلبل والبغاء وأشباههما إلا إذا كان لحمها وريشها يساوى نصاباً فإن كانت لا تساوى النصاب إلا لإجابتها فلا قطع لأن الإجابة ليست منفعة شرعية ^(٦) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٧ (٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥ (٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦ .

ولا قطع عند مالك في مال غير محترم كالخمر ولحم الخنزير ولو سرقها ذمي
مهما بلغت قيمتها ، وكأدوات الملاحى فلا قطع فيها إلا إذا بلغت قيمتها نصاباً
بعد كسرها (١).

ولا قطع في سرقة الكلب مملوئاً أو غير معلم مهما بلغت قيمته لحزمة ثمنه .
ولا قطع في الثمر المعلق عند مالك ولا في الزرع قبل حصده فإذا جذ الثمر
وحصد الزرع فلا قطع في السرقة إلا إذا وضع في الجرين على رأى أو كدس أو كواماً
بعد حصده حتى يصير كالشيء الواحد .

وإذا كانت الثمار في بستان عليه حائط وله غلق فسرق منها وهى لانزال
معلقة في الشجر ففيها القطع على رأى ولا قطع فيها على رأى آخر ، والقائلون
بالقطع يحتجون بأن الثمار أصبحت في حرز ، وإذا كانت الشجرة المثمرة في داخل
الدار فالسرقة من ثمرها المعلق ، فيها القطع بلا خلاف لأن السرقة من حرز (٢).
وإذا سرق ما ليس فيه قطع حالة كونه متصلاً بما فيه القطع اعتبرت قيمة
ما فيه القطع ، فإذا بلغ نصاباً قطع السارق كسرقة الخمر في إناء من الذهب ،
فالخمر لا قطع فيها ولكن إناء الذهب فيه القطع إذا بلغت قيمته بدون الخمر نصاباً (٣).
ويقطع مالك في سرقة المصحف لأنه مال مملوك ويجوز بيعه (٤). أما الشافعى
فذهبه لا يكاد يختلف شيئاً عن مذهب مالك إذ يرى القطع في كل مال ولو كان
محقراً كالخبط والحشيش والتراب ومباح الأصل كالصيد والطير والماء أو معرضاً
للتلف كالطعام والثمار والفاكهة .

ويرى القطع في المصحف والكتب العلمية والأدبية النافعة المباحة فإذا لم
تكن مباحة قوم ورقها وجلدها فإن بلغا نصاباً قطع به السارق (٥).
ولا يقطع الشافعى في مال غير محترم أى غير متقوم كالخمر والخنزير والكلب

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٥ .

(٤) المدونة ج ١٦ ص ٧٧ .

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ .

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ .

وجلد الميتة قبل دبغه ^(١) . ولا يقطع الشافعي في الثمر المعلق حتى يؤويه الجرين فإذا آواه الجرين ففيه القطع ، ويقطع الشافعي في آلات اللهو وفي آنية الذهب والفضة إذا بلغت قيمة المسروق نصاباً بعد كسره أو إفساده ^(٢) . وإذا سرق السارق ما لا قطع فيه متصلاً بما فيه قطع اعتبرت قيمة ما فيه القطع دون ما لا قطع فيه ^(٣) .

والقاعدة في مذهب أحمد أن القطع واجب في كل مال بغض النظر عما إذا كان تافهاً أو مباح الأصل أو معرضاً للتلف ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة:

١ - الماء : فسرقه الماء لا قطع عليها لأنه مما لا يتمول عادة أى أنه لا يباع ولا يشتري في العادة

٢ - السكر والملح : وفيهما خلاف فبعض فقهاء المذهب يرون القطع فيهما لأنهما مما يتمول عادة والبعض لا يرى القطع فيهما لأنهما مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه

٣ - الثلج : ويرى البعض القطع فيه لأنه يتمول عادة ، ويرى البعض أن لا قطع فيه لأنه ماء جامد فيأخذ حكم الماء

٤ - التراب : وحكمه أنه إذا كانت تقل الرغبات فيه كالذى يعد للتطين والبناء فلا قطع فيه لأنه لا يتمول وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الأرضي الذى يعد للدواء أو الفسل أو الصبغ احتمل وجهين : أحدهما : لا قطع فيه لأنه من جنس ما لا يتمول أشبه بالماء والثاني فيه القطع لأنه يتمول عادة ويحمل إلى البلدان للتجارة فأشبهه العود الهندي ، ولكن ما يصنع من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لأنه يتمول عادة .

٥ - السرمين : لا قطع فيه لأنه إن كان نجساً فلا قيمة له وإن كان طاهراً

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه^(١). ويقطع الشافعي ومالك في السرجين الطاهر وفي كل الأشياء السابقة أما أبو حنيفة فلا يقطع في شيء منها.

٦ - المصحف : يرى البعض أن لا يقطع في سرقة وهو قول أبي حنيفة لأن المقصود منه ما فيه من كلام الله وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه ، ويرى البعض وجوب القطع لأنه مال متقوم وهو رأى مالك والشافعي وإذا كان المصحف محلي بحلية تبلغ نصاباً وحدها فبعض من لا يرى القطع بسرقة المصحف لا يقطع في الحلية لأنها تابعة لما لا يقطع في سرقة وبعضهم يرى القطع لأنه سرق نصاباً من الحلي فوجب قطعه كما لو سرق منفرداً ولا خلاف في مذهب أحمد على القطع في سرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية^(٢).

٧ - النمر والكسر : فلا يقطع في الثمار المعلقة ولا في سرقة الكثر وهو جمار النخل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا يقطع في ثمر ولا في كثر » وإذا أحيط البستان بسور فلا يقطع فيما سرق منه لكن إذا كانت نخلة أو شجرة في دار محرزة فسرق من ثمارها نصاباً ففيه القطع لأنها سرقة من حرز^(٣).

٨ - سرقة المحرم وأدوات الله : لا يقطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً ، وأما آلات الله كالطنبور والمزمار والشبابة فلا يقطع فيها وإن بلغت قيمتها بعد كسرها نصاباً لأنها آلة للمعصية بالإجماع فلا يقطع في سرقتها كالخمر ولأن له حقاً في أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة تمنع القطع فإن كانت عليها حلية تبلغ نصاباً فلا يقطع فيها على رأى وفيها القطع على رأى آخر .

وإذا سرق صليبا من ذهب أو فضة فلا يقطع فيه على رأى وهو متفق مع ما يراه أبو حنيفة وفيه القطع على رأى آخر وهو مذهب مالك والشافعي والمفروض أن تكون قيمة الصليب بعد كسرها نصاباً فإن كانت أقل من

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٧ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

النصاب فلا خلاف في المذهب على عدم القطع .

وإن سرق آنية من الذهب أو الفضة قيمتها نصاب بعد الكسر ففيها القطع وإذا اتصل مالا قطع فيه بما فيه القطع ففي المذهب رأيان : الأول : لا قطع فيها ولو بلغ نصابا وحده لأنه تابع لما لا قطع فيه وهو مذهب أبي حنيفة والرأي الثاني فيه القطع إذا بلغ نصابا وحده وهو مذهب مالك والشافعي ^(١) .

ومذهب الشيعة الزيدية قريب من مذهب مالك والشافعي فعندهم أن المال المسروق يعاقب عليه بالقطع إذا كان مما يجوز للمجنى عليه تملكه في الحال فإذا لم يكن يجوز له أن يملكه كالخمر والخنزير والكلب والميتة وغيرها فلا قطع فيه إذا سرقه من مسلم أما إذا سرقه من ذمي فلا قطع إذا سرقه من بلد ليس للذمي سكنه فإذا سرقه من بلد لهم سكنه فهناك خلاف في القطع ^(٢) .

ويرى الزيدون أن لا قطع في سرقة النابت أو في أخذه من منبته ولا فرق بين أن يكون شجرا أو زراعا ^(٣) .

ومذهب الظاهريين على القطع في سرقة المال أيا كان سواء كان تافها أو مباح الأصل أو معرضا للتلف وهم يرون القطع في سرقة كل ثمر وكل كثر معلقا كان في شجره أو مجزوا أو في جرير أو في غير جرير ويرون القطع في كل طعام كان مما يفسد أو لا يفسد ويرون القطع في الزرع إذا أخذ من فدانته أو هو بأندره ^(٤) .

ويرى الظاهريون القطع في سرقة الطير كلما كان مملوكا للمجنى عليه وفي سرقة الصيد كلما تملكه المجنى عليه ^(٥) .

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٨ .

(٢) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

(٣) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٩ .

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٣٢ (٥) المحلى ج ١١ ص ٣٣٣ ، ٣٤٣ .

ويرون القطع على من سرق مصحفاً أو كتباً من كتب العلوم^(١) .
ويرون القطع على من سرق صليباً أو فضة أو ذهباً ومن سرق دراهم فيها
صور وأصنام إذا بلغت قيمتها نصاباً بعد الكسر^(٢) .
واسكن الظاهريين لا يرون القطع في سرقة الخمر والخنزير وأما الميتة فيقطعون
فيها لأن جلدتها باق على ملك صاحبها يدبغه فينتفع به ويبيعه^(٣) وظاهر من هذا
أن الظاهريين يرون ما يراه مالك والشافعي من قطع السارق إذا سرق ما يجب
فيه القطع متصلاً بما لا يجب فيه القطع .

٦٠٨ - ثالثاً - أنه يسكنه المال محرراً : يشترط جميع فقهاء الأمصار
الذين تدور عليهم الفتوى أن يكون المال محرراً لوجوب القطع في سرقة
ولا يخالفهم في ذلك إلا الظاهريون وطائفة من أهل الحديث حيث يرون القطع
على السارق إذا سرق نصاباً ولو من غير حرز وأن اشتراط الحرز باطل بيقين
لاشك فيه وشرع لما يأذن الله تعالى به^(٤)

والأصل في اشتراط الحرز عند من يشترطه ما روى عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن رافع بن خديج أنه قال « لا قطع في ثمر ولا كثر » رواه الخمسة
وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن الثمر المعلق فقال « من أصاب منه بغية من ذي حاجة غير متخذ خفية فلا شيء
عليه ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن
يؤويه الجرين فبلغ ثمن الجن فعليه القطع » رواه النسائي وأبو داود وفي رواية
قال سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجزية التي
توجد في مراتعها قال « فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما أخذ من عطفه ففيه
القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن الجن » قال يارسول الله فالتار وما أخذ منها
في أكمامها قال « من أخذ نعمة ولم يتخذ خفية فليس عليه شيء ، ومن احتمل
فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ (٢) المحلى ج ١١ ص ٣٣٨ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ - بداية الجهد ج ٢ ص ٣٧٥

من ذلك ثمن الجبن « رواه أحمد والنسائي ولابن ماجه معناه وزاد النسائي في آخره » وما لم يبلغ ثمن الجبن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال^(١) .
ويرى جمهور الفقهاء أن رسول الله منع القطع في الثمر المعلق وحريسة الجبل حتى إذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجبن وأنه عليه السلام علق القطع بآبواء المراح والجرين والمراح حرز الإبل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فدل ذلك على أن الحرز شرط في القطع وفوق هذا فإن ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء والأخذ من غير حرز لا يحتاج إلى استخفاء فلا يتحقق ركن السرقة كذلك فإن القطع وجب لصيانة الأموال على أربابها قطعاً لأطاع السراق عن أموال الناس والأطاع إنما تميل إلى ماله خطر في القلوب وغير الحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا تميل الأطاع إليه فلا حاجة إلى صيانتها بالقطع^(٢) .

٦٠٩ - ومن المتفق عليه أن الحرز نوعان :

١ - حرز بالمطالع وحرز بنفسه : وهو عند مالك أما عند أبي حنيفة فحرز المسكان هو كل بقعة معدة للأحراز ممنوعة الدخول فيها إلا بإذن كالدير والخوانيت والخيم والفساطيط وزرائب المواشي والأغنام ويشترط أبو حنيفة في الحرز بالمسكان أن يكون مكاناً مبنياً سواء كان بابه مغلقاً أم مفتوحاً وسواء كان له باب أم لا ، لأن البناء يقصد به الأحراز كيفما كان^(٣) .

ولا يشترط مالك أن تكون المرابط والزرائب والجرون والمراح مبنية أو مسورة بل تعتبر حرزاً بمجرد إعداد المسكان لحفظ المال أو الاعتماد على حفظ

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ - المغنى ج ١٠ ص

٢٤٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٦ .

المال فيه دون حاجة لإحاطة المكان فيه ببناء أو سور أو ما أشبهه^(١) .
أما عند الشافعي وأحمد فالحرز بالمكان هو كل مكان مغلق معد لحفظ
المال داخل العمران كالبيوت والدكاكين والحظائر^(٢) .

فحرز المكان لا يكون كذلك عندهما إلا إذا توفرت فيه شروط أولها: أن
يكون في العمران فإن كان المكان خارج عمارة البلدة أو القرية أو منفصلاً
عن مبانيها ولو ببستان فهو ليس حرزاً بالمكان . الثاني أن يكون مغلقاً فإذا
كان بابه مفتوحاً أو ليس له باب أو كان بجائطه نقب أو تهدم جزء منه فهو ليس
حرزاً ، ولا يشترط أن يكون المكان مبنيًا بالحجارة أو اللبن بل يكفي أن
يكون بحالة تتفق مع المتعارف عليه وما جرت به العادة فالمسكن تبني من
الحجارة أو الطين أو الخشب والحظيرة قد تبني من الطين أو الخشب أو القصب أو الخطب^(٣)
والحرز بالمكان عند الشيعة الزيدية هو كل مكان محصن كالبيت والمرمد
والمراح بحيث يمنع الخارج من الدخول وإن لم يمنع الداخل من الخروج ويكفي لاعتبار
المكان محصناً أن يكون عليه جدار أو خيام أو زرب أو قصب أو بيت شعر
ويجوز أن يكون حوله خندق على رأى ويجب أن يكون له باب فإذا كان
كذلك فهو حرز بنفسه فإذا لم يكن عليه باب فلا يكون حرزاً إلا بحارس^(٤)

٢ - حرز بالحفاظ أو حرز بغيره : هو عند أبي حنيفة كل مكان غير معد
للإحراز يدخل إليه بلا إذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء
إن لم يكن هناك حافظ أى أنه لا يعتبر حرزاً فإن كان هناك حافظ فهو حرز
وهذا سمي حرزاً بغيره حيث تتوقف صيرورته حرزاً على وجود غيره وهو الحافظ^(٥)

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ ، ١٠٠ - المدونة ج ١٦ ص ٧٩ - بداية المجتهد
ج ٢ ص ٣٧٥ (٢) الفنى ج ١٠ ص ٢٥٠ وما بعدها - كشف القناع ج ٤ ص ٨١
أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ .
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ - الفنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٢ كشف
القناع ج ٤ ص ٨١ ، ٨٢ .
(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠ (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ .

فمن تعطلت سيارته في الطريق العام فتركها بلا حافظ عندها فهي في غير حرز وإن ترك عندها من يحفظها فهي في مكان محرز بالحافظ ، والمسجد ليس مكاناً معداً لحفظ المال ولا يتوقف الدخول فيه على إذن ما فلا يعتبر حرزاً بنفسه إلا فيما يتعلق بالأشياء اللازمة له كالحصر والقناديل وما أشبه فمن دخله للصلاة ومعه متاع فوضعه بجواره فإن المتاع يكون محرزاً بالحافظ فإذا تركه صاحبه في المسجد فسرق فلا قطع فيه لأن المسجد ليس حرزاً بنفسه ولأن الحافظ لم يكن موجوداً وقت السرقة فلم يكن المتاع محرزاً أما إذا سرق المتاع في حالة وجود الحافظ فالقطع واجب في السرقة إذا توفرت أركانها ومن الأمثلة على ذلك حادثة صفوان فقد كان دائماً في المسجد يتوسد رداءه فسرقه سارق فقطع الرسول يده أما مالك والشافعي وأحمد فيرون أن الحرز بالحافظ هو كل مكان محرز بالحافظ سواء كان معداً لأحراز المال كالبيوت أو غير معد لحفظ المال كالمساجد والطرق والصحراء^(١) .

ويرى أبو حنيفة أن ما يعتبر حرزاً بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزاً ولو وجد فلا عبرة لوجوده بل هو والعدم سواء ، ذلك أن كل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه فإذا سرق شخص من حرز بالمكان قطع سواء أكان ثمة حافظ أم لا وسواء كان الحرز له باب مغلق أم لا باب له ، وإذا سرق من حرز بغيره قطع إذا كان الحافظ قريباً منه بحيث يراه سواء كان الحافظ نائماً أم مستيقظاً لأنه يقصد الحفظ في الحالين ، ويرتب أبو حنيفة على اعتبار كل حرز بنفسه نتيجة هامة هي أن الحرز بالمكان إذا اختل « وهو لا يختل عنده إلا بالإذن للسارق في دخول الحرز » فلا يمكن اعتباره حرزاً بالحافظ ولو كان في الحرز حافظ فعلاً^(٢) .

أما الأئمة الثلاثة فلا يرون اعتبار كل حرز بنفسه ويجوز عندهم أن يكون

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٥١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٣ - شرح الزرقاني

ص ١٠١ ، ١٠٣ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤ .

الحرز في وقت واحد حرزاً بالمكان وفيه حافظ فإذا اختل الحرز بالمكان كان حرزاً بالحافظ ومثل ذلك أن يؤذن لشخص بدخول بيت فيسرق أمتعه عليها حافظ فيقطع لأن مكان السرقة وإن لم يكن حرزاً بنفسه فهو حرز بالحافظ^(١) على أننا يجب أن نلاحظ أن الأئمة الثلاثة لا يتفقون على ما يخل بحرز المكان فمالك يرى أن حرز المكان لا يختل إلا بالإذن للشارق بدخول الحرز وهو رأى أبي حنيفة^(٢).

والظاهر أن الشيعة الزيدية ترى رأى الشافعي وأحمد في أن الحرز يبطل بفتح الباب والنقب والإذن^(٣).

أما الشافعي وأحمد فيريان أن الإذن بالدخول والنقب وفتح الباب كل منها يخل بحرز المكان ويجعله غير حرز ما لم يكن حافظ فإنه يكون حرزاً بالحافظ^(٤). ويرى مالك وأبو حنيفة أن المكان يعتبر بحرزاً بالحافظ كلما كان الشيء المسروق واقعاً تحت بصر الحافظ ويستوى أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً لأنه وجد للحفظ ويقصده في الحالين^(٥) ولأن النائم عند متاعه يعتبر حافظاً له في العادة ويشترط المالكية أن يكون الحافظ مميزاً فإن كان صغيراً أو مجنوناً فلا يعتبر وجوده ولا يكون الشيء محرزاً ولا يشترط الحنفية هذا الشرط، ويستثنى المالكيون والحنفيون من هذه القاعدة سرقة الغنم في المراعى فلا قطع على سارقها لتشتت الغنم وصعوبة حفظها أثناء الرعى على رأى المالكية ولأن

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ المغني ج ١٠ ص ٢٥١، ٢٥٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧، ٣٧٢

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٣٠٥، ٣٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ المغني ج ١٠ ص ٢٩٨، ٢٩٩.

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ وكذلك حاشية الشيباني - بدائع الصنائع ج ٧

ص ٧٣ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٨٠

الراعى لا يقصد الحفظ وإنما يقصد الرعى على رأى الحنفية^(١).

ومذهب الشيعة قريب من مذهب الحنفية فهم على رأى الراجح يعتبرون المكان محرزاً بالحفاظ إذا كان ثمة حافظ سواء كان متيقظاً أو نائماً وإن كان بعضهم يشترط أن يكون يقظاً^(٢).

أما الشافعى فيعتبر المكان محرزاً بالحفاظ كلما كان الحافظ ممن يبالى به لقوته أو لاستغاثته بغيره بحيث إذا استغاث أسمع ويشترط فى الحفاظ أن يكون من المتاع الذى يحفظه وأن يديم ملاحظته والمراد من إدامة الملاحظة أن لا يشتغل عنه بنوم ولا غيره مما يشغله عن الملاحظة والمقصود الإدامة المتعارفة فالفترات المعارضة أثناء الملاحظة لا تقدر فى الأحراز على المشهور للعرف فإذا تغفل فسرق قطع فى الأصح والمقصود من القرب أن يقع المسروق تحت بصر الملاحظ وأن يكون الشئ بحيث ينسب للملاحظ وأن يكون الملاحظ بحيث يراه السارق حتى يمتنع عن السرقة إلا بتغفله فإن كان فى موضع لا يراه السارق اعتبر المسروق غير محرز. وإذا كان الحارس ممن لا يبالى به لعدم قوته أو لعدم استغاثته كأن يكون فى صحراء فلا يسمع صوته أحد فلا يعتبر الشئ محرزاً وإذا نام الحارس فلا يعتبر الشئ محرزاً إلا إذا كان يلبس الشئ المسروق كحذاء مثلاً أو عمامة أو يتوسده كجلباب أو فراش أو يتكىء عليه أو يلتف فيه.

وإذا كان هناك زحام يمنع من وقوع بصر الحارس على الشئ باستمرار وفى أى وقت شاء اعتبر الشئ غير محرز^(٣).

ويعتبر أحد المكان محرزاً بالحفاظ كلما وجد فيه حافظ أيا كان صغيراً أو كبيراً ضعيفاً أو قوياً ولا يشترط فى الحفاظ إلا عدم التفريط كأن ينام أو يشتغل عن الملاحظة ويجب أن يكون بحيث يقع بصره على الشئ فإذا فرط فى

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ١٠١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٧٠

(٣) أسنى الطالب وحاشية شهاب الرمل ص ١٤٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩

وما بعدها - المذهب ج ٢ ص ٢٩٦

الملاحظة فلا حرز وكذلك إذا نام ما لم يكن متوسداً الشيء أو متكثراً عليه أو يلتف فيه أو يلبسه^(١).

ويرى الشافعي وأحمد أن الدور المنفردة عن العمران والدور التي في البساتين والطرق والصحراء لا تعتبر حرزاً بنفسها ولو كانت حصينة وإنما تعتبر حرزاً بالحفاظ إذا كان فيها أهلها أو حافظ ملاحظ سواء كانت مغلقة أو مفتوحة فإن لم يكن بها حافظ فليست حرزاً ولو كانت مغلقة فإن كان بها حافظ نائم وهي مغلقة فهي حرز بالحفاظ فإن كانت مفتوحة فليست حرزاً^(٢).

وما يقال عن الدور ينطبق على كل الأمكنة المعدة لحفظ المال الخارجة عن العمران كالاصطبلات وحظائر المواشي والأغنام والأجران فإنها لا تعتبر حرزاً بالمسكان وإنما تعتبر حرزاً بالحفاظ^(٣).

واقعد قلنا من قبل إن الشافعي وأحمد يشترطان في الحرز بنفسه أن يكون معدداً لحفظ المال دون حائط في العادة ويترتب على هذا التعريف أنهما يعتبران الخيام والمضارب وما أشبه إحرازاً بالحفاظ لا بنفسها وحجتهما أن العادة جرت بأن تحرز هذه الأشياء بالحفاظ وعلى هذا فإذا نصبت الخيمة وكان فيها حافظ نائم فهي محرزة به فإن لم يكن فيها نائم وكان في خارجها من يلاحظها فهي محرزة وإن لم يكن فيها ولا عندها حافظ فسرقت منها شيء فقد سرق من غير حرز وهذا هو الحكم سواء ضربت الخيمة بين المساكن أو في مكان بعيد عن العمران^(٤). أما مالك وأبو حنيفة فيعتبران الخيام إحرازاً بنفسها فإذا ضربت الخيمة فسرقت منها شيء ففيه القطع سواء كان هناك حارس أم لم يكن^(٥).

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٨١ وما بعدها - الاقتناع ج ١٠ ص ٢٥١ وما بعدها

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩ - المغني ج ١٠

ص ٢٥١ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - المغني ج ١٠ ص ٢٥١

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩

وعند الشيعة الزيدية أن الخيام تعتبر حرزاً بنفسها ما دامت مغطاة تحجب ما بداخلها فإذا كانت سماوية وهى التى لا سجاج لها ولا تحجب ما بداخلها فلا تكون حرزاً إلا بالحافظ^(١).

وما يراه الفقهاء فى اعتبار المـكان حرزاً لنفسه ولو لم يكن به حافظ يتفق مع ما جاء به القانون المصرى من التشديد فى السرقة من البيوت المسكونة أو المعدة للسكن فقد شددت العقوبة للسرقة من هذه الأمكنة سواء كان فيها حافظ أم لا ، كذلك يتفق القانون المصرى مع ما يراه مالك وأبو حنيفة من أن الحرز لا يحتل بفتح الباب أو النقب وإنما يحتل بالإذن بدخول الحرز . فلو سرق شخص من بيت منقوب أو مفتوح الباب فقد سرق من بيت مسكون أو معد للسكن . ولكنه لو سرق من مسكن أذن له بدخوله فلا يعتبر التشديد فى هذه الحالة . وما يراه الشافعى وأحمد فى البيوت البعيدة عن العمران يقترب مما جاء به القانون المصرى عن البيوت والمحلات العامة فإنها لا تعتبر من المساكن إلا إذا كان بيت بها أحد .

ويختلف الفقهاء القائلون بالحرز فى حكم سرقة نفس الحرز فىرى أبو حنيفة فى حالة سرقة الحرز بالمسكان أن سارق الحرز أو بعضه لا يقطع لأن السرقة تقتضى الإخراج من الحرز ونفس الحرز ليس فى الحرز فلا إخراج ، فمن سرق باب الدار أو حجارة من حائطها لا يسرق من حرز ولو أنه يسرق نفس الحرز ومن يسرق فسطاطاً مضروباً وهو حرز بنفسه عند أبى حنيفة لا يقطع لأنه سرق نفس الحرز ولم يسرق من الحرز . بعكس ما لو كان الفسطاط غير مضروب ويجواره شخص يحرسه فإن القطع يجب فيه لأن السرقة تكون من حرز بالحافظ^(٢). أما الأئمة الثلاثة فىرون قطع من سرق كل الحرز أو بعضه لأن نفس الحرز يعتبر محرزاً بإقامته فالخائط محرز ببنائه والباب محرز بتبنيته والفسطاط وهو

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٣٦ - الترميز الجنائى الإسلامى ٢)

حرز بنفسه عند مالك يحرز بإقامته فمن سرق حجارة من الحائط أو سرق باب منزل أو سرق الفسطاط المنصوب قطع في سرقته^(١).

أما إذا كان المال محرزاً بالحافظ فأخذ الحافظ ومعه المال كسرقة جمل نام عليه راكبه فلا قطع فيها عند الجميع لأن يد الحافظ لم تزل عن الجمل فإذا استيقظ الحافظ بعد ذلك فالفعل اختلاس إذا أزيلت يده عن الجمل ، ويعال أبو حنيفة المسألة بتعليل آخر وهو أن الجمل محرز بالحافظ فإذا أخذ جميعاً فهو كما لو سرق أجزاء الحرز^(٢).

أما إذا أنزل النائم عن الجمل فلم يستيقظ وأخذ الجمل فهي سرقة يقطع فيها عند أبي حنيفة ومالك وأحمد ولكن الشافعيين اختلفوا في هذه فرأى بعضهم القطع ولم يره البعض الآخر مع أن تطبيق قواعدهم يقتضى القول بالقطع^(٣).

ومذهب الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة فهم يرون من سرق نفس الحرز لا يقطع لأنه محرز به على غيره وليس هو في ذاته محرزاً فمن سرق الباب لا يقطع فيه إلا إذا كان مكلاً أى مركباً من داخل بحيث يصير داخل الحرز ، فإذا سرق فقد سرق من الحرز^(٤).

والقائلون بالحرز متفقون على أن الحرز يبطل بالإذن بدخوله . وأن هذا الإذن قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً إلا أنهم اختلفوا فيما يعتبر إذناً وما لا يعتبر إذناً وفيما يبطل من الحرز وما لا يبطل . هذه هي آراء الفقهاء في الحرز واحتلافاتهم ويمكننا أن نستظهر آراء الفقهاء ومدى اختلاف آرائهم في التطبيقات الآتية :

إذا كان لإنسان منزل في وسط العمران فأذن لآخر بدخول هذا المنزل فسرق منه شيئاً فيرى أبو حنيفة أن لا قطع ولو كان في الدار حافظ يحفظ الشيء

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٠٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ - شرح الزرقاني وحاشية

الشيبياني ص ١٠١

(٣) كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣

(٤) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٧٠

المسروق أو كان صاحب المنزل يتوسد المسروق أو ينام عليه لأن الدار حرز بنفسها فلا تكون حرزاً بالحافظ وقد خرج من أن يكون حرزاً بالإذن للسارق بدخولها فالأخذ من غير حرز ولا قطع فيه^(١) .

ويرى مالك أن الإذن يخرج الدار من أن تكون حرزاً بنفسها ولكنها تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ وإذن فالسرقة من حرز بالحافظ وفيها القطع ويستوى أن يكون الحافظ للشيء المسروق نائماً أو متيقظاً مادام الشيء واقماً تحت بصره^(٢) .

ويرى الشافعي وأحمد ما يراه مالك من أن الدار تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ للشيء المسروق بشرط دوام الملاحظة على ما بيننا فيما سبق فإن نام الحافظ فلا يعتبر حافظاً للشيء إلا إذا توسد الشيء أو التف به أو لبسه^(٣) ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع رأى مالك وإن كان بعضهم يرى رأى الشافعي وأحمد^(٤) ولا خلاف بين القائلين بأن الحرز يكون حرزاً بالحافظ في أنه لو كان الشيء المسروق بعيداً عن الحافظ ولا يقع بصره عليه فإن السرقة تكون من غير حرز ، حيث أن الدار خرجت بالإذن من أن تكون حرزاً بنفسها ، ولأن الشيء المسروق لم يكن محرزاً بحافظ ، ويمكننا أن نقيس على المثل السابق كل حرز آخر مما يعتبر حرزاً بنفسه .

وإذا أذن إنسان لآخر بدخول منزله البعيد عن العمران ، فالحكم عند أبي حنيفة لا يختلف عن الحالة السابقة لأن البيت حرز بنفسه ولا فرق عند أبي حنيفة بين أن يكون داخل العمران أو خارجه ولأن الحرز يبطل بالإذن عند أبي حنيفة ولو كان فيه حافظ ولأن وجود الحافظ في حرز بنفسه لا اعتبار

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤ - شرح فنج القدير ج ٤ ص ٢٤١

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ ، ١٠٤

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٧ - الفنى ج ١٠ ص ٢٥٠ ، ٢٥١

(٤) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٧٠

له ، والحكم عند مالك لا يختلف عن الحالة السابقة لأنه لا يفرق بين المنازل الداخلة في العمران والمخالطة عنه فالبيت حرز بنفسه في كل حال وإذا بطل الحرز بالإذن فهو حرز بالحافظ كلما وجد الحافظ ، أما عند الشافعي وأحمد فالبيت لا يعتبر أصلاً حرزاً بنفسه لبعده عن العمران ، فالإذن بدخوله كعدم الإذن لا أثر له ، ولا يقطع في السرقة من مثل هذا البيت إلا إذا كان ثمة حافظ على التفصيل الذي سبق بيانه عندما تعرضنا للحافظ وللبيوت المخالطة عن العمران ، والخلاصة أن البيت البعيد عن العمران لا يعتبر عند الشافعي وأحمد حرزاً بنفسه بأي حال وإنما يعتبر حرزاً بالحافظ إذا وجد الحافظ^(١) .

ورأى الشيعة الزيدية في هذه المسألة يتفق مع رأيهم في المسألة السابقة لأنهم لا يفرقون بين ما دخل في العمران وما خرج عنه وإذا أذن للسارق إذناً خاصاً في دخول الدار الكائنة في العمران وكان فيها غرف مقفلة أو خزائن مغلقة فسرقت من هذه الغرف المقفلة أو من الخزائن فيرى أبو حنيفة أن لا يقطع على السارق مادام المكان المسروق منه جزءاً من الدار المأذون في دخولها لأن الدار الواحدة حرز واحد ، والإذن بدخول بعض الحرز وهو إذن بالدخول في الحرز ، فإذا سرق من مكان مغلق فقد سرق من مكان مأذون له في دخوله وقد بطل بالإذن أن يكون حرزاً فالسرقة من غير حرز ولو كان هناك حافظ^(٢) ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع رأي أبي حنيفة^(٣) إلا إذا كان حافظ فيجب الققطع .

وفي مذهب مالك رأيان أحدهما يرى عدم الققطع لأن الإذن يبطل الحرز والثاني يرى الققطع على أن أصحاب الرأي الأول يرون الققطع إذا كان ثمة حافظ^(٤)

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - نهاية المحتاج ص ٤٢٩ - المغني ج ١٠ ص ٢٥١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ (٣) شرح الازهار ج ٧ ص ٣٧٢

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ وحاشية الشيباني ص ١٠٣ ، ١٠٤

أما الشافعي وأحمد فيريان قطع السارق ولو لم يكن هناك حافظ لأن الإذن لا يبطل الحرز فيما هو مغلق ولم يصرح للسارق بدخوله وعلى هذا فإن الإذن إذا أبطل بعض الحرز فإنه لا يبطل البعض الآخر ويفرق أحمد في حالة حصول السرقة من ضيف بين ما إذا كان المضيف قد منع قراه أم لا فإن كان منعه قراه فسرقة بقدره فلا قطع عليه وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع^(١).
ومذهب الشيعة الزيدية كذهب مالك والشافعي^(٢).

أما إذا كانت الدار خارج العمران فلا يختلف الحكم عند أبي حنيفة ومالك والشيعة الزيدية . أما عند الشافعي وأحمد فلا يقطع السارق إلا إذا كان هناك حافظ لأن الدار لا تعتبر عندهما حرزاً بنفسها وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ وإذا كان المكان المسروق منه معداً لحفظ المال ومما يؤذن للناس بدخوله إذناً عاماً كبيت طيب يقابل فيه مرضاه أو عالم يحاضر فيه الجمهور فسرقة السارق من مكان محجور عن العامة وغير مسموح بدخوله فالحكم على التفصيل السابق بيانه في البيوت المأذون بدخولها إذناً خاصاً . إلا أنهم في مذهب مالك يرون رأياً واحداً دون خلاف وهو قطع السارق ولو لم يكن حافظاً وينبغي أن نعلم أن ذلك هو حكم السرقة الحاصلة في وقت الإذن فإن حصلت في وقت غير مأذون فيه بالدخول فمقوتبتها القطع حتى عند أبي حنيفة^(٣).

والحالات العامة التجارية والحالات المعدة لحفظ المال كالحالات التجارية والفنادق والمطاعم وما أشبه، إذا سرق منها أثناء العمل فيها أي أثناء الإذن بالدخول فلا قطع في السرقة في رأى أبي حنيفة ولو كان على المسروقات حارس أما إذا كانت السرقة في وقت غير مأذون فيه بالدخول كأن كانت بعد غلق الحل أو في الليل ففيها القطع^(٤).. ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع إذا كانت السرقة في وقت

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٧ .

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢ (٣) تراجع المراجع السابقة

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ .

الإذن وكان ثمة حافظ فإذا لم يكن حافظ فلا قطع إلا إذا حصلت في غير وقت الإذن ، ويرى مالك والشافعي القطع فيما يسرق من أفنية المحلات التجارية وقت الإذن ولو لم يكن عليها حافظ خاص لأنها تحفظ عادة بأعين الجيران وملاحظتهم فتعتبر محرزة بالحافظ^(١).

ويعتبر الفقهاء الحمام من المحلات المعدة لحفظ المال فهو حرز بنفسه فإذا سرق منه وقت الإذن بالدخول فلا قطع من السرقة ولو كان هناك حافظ على رأى أبي حنيفة ، وفي السرقة القطع إذا كان هناك ثمة حافظ على رأى الشافعي وأحمد ، أما مالك فيرى القطع إذا دخل السارق وقت الإذن إذا دخل يقصد السرقة ولو لم يكن هناك حافظ فإن لم يقصد السرقة ثم سرق قطع إذا كان حارس^(٢) وإذا كان الحل غير معد لحفظ المال كالمساجد فيرى أبو حنيفة أنه حرز بالحافظ ولا يكون حرزاً بنفسه حتى فيما يلزم بالضرورة لأداء الغرض الذي أنشئ من أجله الحل ، فخصر المسجد وقناديله وما فيه من ثريات كهربائية أو ستائر أو أغطية أو مصاحف كل ذلك إذا سرق فلا قطع فيه إلا إذا كان حافظ لأن المسجد لم يعد أصلاً لحفظ المال ، وإذا دخل أحد المصلين المسجد وترك أمتعته دون ملاحظة فلا قطع في سرقتها لأنها سرقت من غير حرز أما إذا كان يلاحظها فسرقت منه ففي السرقة القطع لأن السرقة من حرز بالحارس ولقد حاول بعض الحنفيين أن يعلل عدم القطع في سرقة أدوات المسجد بأنها مال موقوف لا مالك له ولكن الرأى الراجح أن عدم القطع راجع لانعدام الحرز^(٣).

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٩ - شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١ وما بعدها

(٢) شرح الزرقاني ص ١٠٢ ، ١٠٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ المغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ - الزيلعي ج ٣ ص ٢٢١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ .

ويرى مالك أن المسجد في أصله ليس حرزاً بنفسه ولكن بناء المسجد نفسه وأدواته المعدة للاستعمال فيه كالخصر والبسط والقناديل كل ذلك يعتبر حرزاً بنفسه فالحائط يعتبر حرزاً بنفسه ، وباب المسجد حرز بنفسه ، وسقف المسجد حرز بنفسه ، وقناديله محرزة بنفسها وهكذا ، فمن سرق من بناء المسجد أو أدواته المعدة للاستعمال فيه فقد سرق من حرز بنفسه . ولا يشترط أن يخرج بما سرق من باب المسجد بل يكفي أن يزيل الشيء عن مكانه . لأن كل شيء يعتبر حرزاً مستقلاً بنفسه ، فإذا أزال البساط عن مكانه تمت السرقة دون حاجة لأن يخرج به من الباب ، وإذا أزال خشبة من السقف تمت السرقة دون حاجة للخروج من الباب وهكذا .. أما الأموال التي توضع في المسجد بصفة مؤقتة كملابس المصلين وأحذيتهم وحصير أو سجادة يحضرها أحد المصلين ليصلي عليها هو أو غيره فسرقة هذه وأمثالها لا قطع فيها لأن المسجد لم يعد لحفظ المال أصلاً ، لكن إذا كان عليها حارس يلاحظها ففيها القطع لأن السرقة تحدث من حرز بالحفاظ^(١) . ويفرق بعض المالكية في أدوات المسجد بين المثبت والمسر منها والمشدود بعضه إلى بعض كالقناديل المسمرة المشدودة بالسلاسل والبلاط المثبت والخصر المسمرة أو الخيط بعضهما في بعض فهذه في سرقتها القطع أما غير المثبت فلا قطع فيه .

وعند الشافعي أن المسجد في أصله ليس حرزاً بنفسه^(٢) ولكنه يعتبر حرزاً بنفسه فيما جعل لعمارة كالبنا والسقف ولتحصينه كالأبواب والشبابيك ولزينة كالتأثير والقناديل المعدة للزينة ، فمن سرق شيئاً مجعولاً للعمارة أو التحصين أو الزينة فقد سرقه من حرز بالمكان . أما ما أعد لا انتفاع الناس به كالخصر والأبسطة والمصاحف والقناديل المعدة للاضاءة فلا قطع فيها ولو كان هناك حافظ ولو أن السرقة من حرز بالحفاظ لأن هذه المسروقات جعلت للانتفاع العام وحق السارق في الانتفاع بها شبهة تدرأ الحد .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٩ ، ٣١٣ والتاج والاكيل

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٨ .

هذا إذا كان السارق له حق الانتفاع فإذا لم يكن له حق الانتفاع كذمي مثلاً أو كان المسجد خاصاً لطائفة معينة فالقطع على السارق وكذلك يقطع السارق بسرق أمتعة المصلين إذا كان حافظ لأن السرقة من حرز بالحفاظ^(١). وفي مذهب أحمد رأيان في السرقة من المسجد أحدهما يتفق مع مذهب الشافعي والثاني يتفق مع مذهب أبي حنيفة^(٢).. وحجة أصحاب الرأي الثاني أن المسجد لا مالك له من الخلقين وأنه معد للانتفاع العام فكان الانتفاع شبهة تدرأ الحد سواء اعتبرت السرقة من حرز بنفسه أو حرز بالحفاظ.

وعند الشيعة الزيدية أن المسجد يعتبر حرزاً بنفسه لكل أدواته سواء كانت لعمارته أو تحصينه أو تزيينه أو منفعة وليس حرزاً فيما عدا ذلك إلا بالحفاظ بخادم المسجد إذا سرق متاعه فهو مسروق من غير حرز ما لم يكن حافظ، والمصلي إذا سرق متاعه فكذلك^(٣). ولا يقر الظاهريون الحرز ولذلك فهم يوجبون قطع من سرق من مسجد باباً كان مغلقاً أو غير مغلق أو حصيراً أو قنديلًا أو شيئاً وضعه صاحبه هنالك ونسيه كان صاحبه معه أو لم يكن^(٤). وحكم المعابد والكنائس حكم المساجد^(٥) ويقاس عليها كل مكان لم يعد لحفظ المال كالكتاتيب والمدارس فيما عدا الأقسام الداخلية لأنها تعد لحفظ المال وكذلك المقاهي وما أشبهه.

وينبغي أن نلاحظ أن الشافعي وأحمد يفرقان بين المحلات الكائنة في العمران وما هو كائن خارج العمران وتطبيق هذه القاعدة على المساجد يقتضي القول بأنه لا قطع في بناء المسجد ولا ما أعد لتحصينه أو عمارته أو زينته إذا كان المسجد خارج العمران إلا كان ثمة حارس على ما سرق من المسجد^(٦).

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٥ - أسنى الطالب ج ٤ وحاشية الرمل ص ١٤٠.

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٥٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٣.

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٢٩.

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٥ (٦) المغني ج ١٠ ص ٢٥٥.

وإذا كان رجل في الفلاة أوفى الطريق ومعه حقيبة أو غرارة بها أمتعته أو كان معه سيارة تعطلت أو دابة أو أى شيء آخر وجلس عندها يحفظها فسُرقت منه ، فالعقوبة قطع السارق عند مالك وأبى حنيفة سواء وقعت السرقة والحافظ نائم أو متيقظ بشرط أن يغافله السارق ويسرق الشيء دون أن يراه ؛ فإن رأى السارق وهو يسرق فالفعل اختلاس لاسرقة لأن الأخذ لم يكن خفية ولا قطع في الاختلاس ، أما الشافعي فيرى قطع السارق إذا كان الحافظ متيقظاً فإن نام فلا قطع إلا إذا توسد الغرارة أو نام فوقها^(١) .

وإذا سرق الجاني فسطاطاً ملفوفاً وضعه المجنى عليه في الطريق أو الفلاة وبقي عنده يحفظه فالحكم ماسبق فإن تركه وحده دون حارس فسرق فالسرقة لا قطع فيها باتفاق لأنها سرقة من غير حرز .

وإذا ضرب الفسطاط ووضعت بداخله أمتعة فسرق منها شيء فيرى مالك وأبو حنيفة القطع في السرقة لأن الفسطاط حرز بنفسه فإذا سرق منه شيء فهي سرقة من حرز يقطع فيها ولو لم يكن هناك حافظ ، أما الشافعي وأحمد فلا يريان القطع إلا إذا كان على الفسطاط حافظ لأنه ليس حرزاً بنفسه في رأيهما^(٢) .

وإذا سرق السارق نفس الفسطاط المضروب فلا قطع عليه عند أبي حنيفة لأنه سرق نفس الحرز ، وسرقة الحرز عنده لا قطع فيها وعلى السارق القطع عند مالك لأن الحرز محرز بإقامته ، أما الشافعي وأحمد فيريان القطع في سرقة الحرز كمالك ولكنهما يشترطان في سرقة الفسطاط نفسه أن يكون هناك حافظ لأنهما لا يعتبرانه حرزاً بنفسه كما يعتبره مالك وأبو حنيفة .

ومن هذا القبيل سرقة باب الدار وبعض أجزاء حائطها فيرى أبو حنيفة

(١) بدائع الصنائع - ج ٧ ص ٧٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢

شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ - المغني ج ١٠ ص ٢٥١

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٤٤ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨١

أن الباب إذا كان مركباً فهو جزء من الحرز كالحائط ، فإذا سرق الباب أو بعض الحائط سارق فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فكأنه سرق من غير حرز ولا قطع في سرقة . أما إذا كان الباب غير مركب وموضوعاً داخل الحرز فإن سرقة تكون من حرز وفيه القطع وكذلك الحال في بعض أجزاء الحائط لو كانت داخل الحرز بغض النظر عما إذا كان الباب مفتوحاً أو الحائط منقوباً لأن فتح الباب والنقب لا يبطل الحرز في رأى أبي حنيفة . أما الأئمة الثلاثة فيرون أن سرقة الباب وبعض أجزاء الحائط سرقة من حرز يقطع فيه لأنها تعتبر محرزة بإقامتها وتثبيتها فالحائط محرز بإقامته والباب محرز بتركيبه وحلقه الباب محرزة بتسميرها وهكذا . أما إذا كان الباب مخلوعاً وموجوداً داخل الحرز وكذلك بعض أجزاء الحائط ففيها القطع أيضاً عند مالك لأن الحرز لا يبطل عنده بالنقب وفتح الباب ، أما عند الشافعي وأحمد فلا قطع إذا لم يكن هناك باب أو كان هناك باب أو كان هناك نقب أو هدم في الحائط مالم يكن حافظ فإن كان حافظ ففي السرقة القطع^(١) .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الإنسان يعتبر حرزاً لسكل ما يلبسه أو يحمله من نقود أو غيرها أو بتعبير آخر يعتبر كل ما يلبسه الإنسان أو يحمله من نقود وغيرها محرزاً بحفاظ وهو الإنسان .

فمن نسل من آخر نقوداً كانت في جيبه أو في ثيابه قطع بالسرقة^(٢) ويعبر عن النشال بالطارار . والنشل الذي يحدث خفية هو الذي فيه القطع أما ما يحدث والجنى عليه منقبه له فهو اختلاس ، ويستوى أن يقطع النشال ملابس الجنى عليه أو يدخل يده فيها فيأخذ النقود^(٣) .

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٥٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٧ ، ١٤٠
شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ ، ١٠٢ ، ١٠٥ ، ١٠٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤
كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٣
(٢) المدونة ج ١٦ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - المغني ج ١٠ ص ٢٦٠
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٦

وإن سرق من القطار بغيراً أو حملاً لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فتسكن فيه شبهة العدم لأن السائق والراكب والقائد يقصدون قطع المسافات ونقل الأمتعة ولا يقصدون الحفظ فإن كان مع الأحمال من يثبتها للحفظ قطع ولكن إذا شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق في مثل هذه الحالة حرز بنفسه لأنه معد لحفظ الأمتعة^(١).

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ وأما القائد فخافظ للجمل الذي بيده فقط عندنا (أى عند أبي حنيفة) وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ لكل فالحمل محرزة عندهم بقوده . . وإذا كانت غرارة على ظهر دابة فشقتها إنسان وأخرج ما فيها من متاع قطع عند أبي حنيفة لأن الغرارة - زلما فيها وإن أخذها بمالها دون أن يشقها لم يقطع لأنه أخذ نفس الحرز وكذلك إذا كانت الغرارة محملة على جمل فسرق الجمل ومعه الغرارة لأن الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ وإنما للحمل وحتى إذا ركب الجمل صاحبه فإن الغرارة لا تعتبر محرزة بحافظ لأنها حرز بنفسها فإذا أخذها السارق فقد أخذ نفس الحرز^(٢) أما إذا سرق الجمل وراكبه فلا يقطع لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروق ، ويرى أن ظهر الدابة يعتبر حرزاً للغرارة فإذا أخذ الغرارة كلها أو شقها فأخذ منها فعليه القطع وكذلك لو سرق الدابة وعليها الغرارة مادامت الدابة في حرز مثلها^(٣) كأن كانت باركة في مراح أو سائرة في قطار^(٤).

أما الشافعى وأحمد فلا يعتبران الغرارة محرزة بنفسها وتعتبر أنها محرزة بالحافظ فإذا سرق شخص الغرارة أو شقها فأخذ منها قطع بسرقة إذا كان هناك حافظ ، وكذلك إذا سرق الجمل بما عليه إن كان ثمة حارس ، فإن كان

(٢) بدائيم الصنائع ص ٧٤

(١) شرح فتح القدير ص ٢٤٦

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩، ١٠٠، ١٠٢

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٧٩ ، ٨٠

الحافظ راكباً الجبل فلا قطع^(١) لأن يد الحافظ لم تنزل عن المسروقات^(٢) .
ومذهب الشيعة في هذه المسألة كذهب أحمد والشافعي لأن يعتبرون
الجوالق حرزاً بالحارس^(٣) .

وإذا سرق الجاني بعيراً أو شاة أو بقرة من المرعى لم يقطع عند أبي حنيفة
سواء كان الراعي معها أم لم يكن أما إذا سرقها من المراح التي تأوى إليه فيقطع
سواء كان معها حافظ أم لا لأن المراح حرز بنفسه وحجة أبي حنيفة أن المرعى
لا يعتبر حرزاً بنفسه ولا يعتبر حرزاً بالحافظ ولو أن الراعي موجود لأنه يوجد
للرعى لا للحراسة وإن كانت الحراسة تحدث فعلاً بوجوده بخلاف المراح فإنه
أعد لحفظ المال وخصص لهذا الغرض ويشترط أبو حنيفة لاعتبار المراح أو
الحظيرة حرزاً بنفسه أن تكون مسورة وعليها باب^(٤) .

ويرى مالك ما يراه أبو حنيفة في سرقة الدواب والماشية في المرعى فلا قطع
في سرقتها مع وجود الراعي ، أما إذا سرقت من المراح أو الحظيرة ففي سرقتها
القطع وإذا سرقت فيما بين المرعى والمراح مع وجود الحافظ فالبعض يرى القطع
والبعض لا يراه .

والإبل المقطرة عند مالك تقطع في سرقتها سائرة أو نازلة مجتمعة أو مقطرة^(٥)
ولا يشترط عند مالك أن يكون المراح أو الحظيرة مسورة أو لها باب بل
يكفي أن يعد المسكان مراحاً أو موقفاً للدواب^(٦) .

ويرى الشافعي أن السائمة من إبل وخیل وبقال وحمير وغيرها تحرز في
المرعى بملاحظة الراعي لها بأن يراها ويبلغها صوته فإن نام عنها أو غفل عنها

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٨٢

(٢) الغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٤

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١

(٤) بدائهم الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٥) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ١٠١ ، ١٠٢

(٦) شرح الزرقاني ص ١٠٠ - المدونة ج ١٦ ص ٧٩

فغير محرزة ، وإن استتر بعضها عنه فغير محرز ، ويرى البعض أنه يكفي أن يبلغها النظر ولو لم يبلغها الصوت . وتحرز السائمة في المراح بالمراح المسور والمغلق بابه سواء كان السور حطباً أم قصباً أم حشيشاً أم غير ذلك بحسب العادة . فإن كان المراح مفتوحاً أو خارج العمران فحرز بحارس وتحرز الدواب السائرة بسائق لها يراها كلها أو قائد لها يراها كلها على أن يكثر الالتفات أو بقيادة بعضها وسوق البعض الآخر فإن لم ير بعضها فهو غير محرز ^(١) .

ويرى أحمد ما يراه الشافعي ^(٢) ويزيد عليه أن الإبل تحرز وهي باركة إذا عقلت وكان معها حافظ ولو نام الحافظ لأن العادة أن صاحب الإبل يعقلها إذا نام ، وإن لم تعقل الإبل وكانت الإبل باركة والحافظ ينظر إليها بحيث يراها فهي محرزة فإذا نام أو انشغل عنها فهي غير محرزة .

والثمار المعلقة في أشجارها والزرع غير المحصود لا قطع في سرقته إذا سرت وهي معلقة أى قبل الجنى والحصد وكذلك لا قطع فيها بعد جنيها أو حصدها مالم تنقل إلى الجرن وهذا متفق عليه بين الفقهاء ولا يخالف فيه إلا الظاهريون حيث يرون القطع في الثمار والزرع معلقاً أو غير معلق ^(٣) ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في الثمار والزرع ولو كانت محاطة بسور أو حائط . ولكن مالكا والشافعي وأحمد يرون قطع من سرق ثمرأ من شجرة نابتة في دار محرزة لأن السرقة تعتبر مما هو محرز بالدار وفي مذهب مالك يرى أصحابه قطع من يسرق ثمرأ من بستان مسور له غلق والشافعيون يرون القطع في هذه الحالة إن كان ثمة حارس كما يرون أن أشجار أفنية الدور محرزة بلا حارس .

فإذا قطع الثمر أو حصد الزرع فلا قطع فيه إلا إذا وضع في الجرن . على

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٢ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٣٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠ ، ١٠٥ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٩٩

أن بعض المالكين يرون القطع فيما يسرق قبل النقل للجرن إذا كرم أو كدس أ كداساً بعضها إلى بعض حتى يصير كالشيء الواحد، لأنه يصير في حالة تتفق مع حالته في الجرن. كما يرون القطع في السرقة أثناء النقل إلى الجرن إذا كان ثمة حافظ. وإذا وضعت الثمار والزروع في الجرن ففي سرقتها القطع عند مالك والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية سواء كان هناك حافظ أم لا ، ما دام الجرن داخل العمران فإن كان الجرن خارج العمران فلا يجب القطع عند الشافعي وأحمد إلا إذا كان حارساً ، ويتوى أن يكون الثمر أو الزرع قد استحکم جفافه أم لا . ولكن أبا حنيفة لا يقطع فيما سرق من الجرن إلا إذا كان الثمر أو الحصول المبروق منه قد استحکم جفافه لأنه يلحق ما لم يستحکم جفافه بالتافه ولا قطع عنده في تافه .

وإذا كان الإذن بالدخول يبطل الحرز في حق المأذون له على الوجه الذي سبق بيانه فتطبيقاً لذلك لا يقطع الخدم في سرقة أموال مخدوميهم ، ولا الضيوف في سرقة أموال من أضافوهم ، ولا الأجير إذا سرق من موضع مأذون له في دخوله ، ويقاس على هؤلاء كل من أذن له بدخول الحرز ، لأن الإذن بالدخول يخرج الموضع المأذون في دخوله من أن يكون حرزاً . وإذا أذن لشخص بأخذ شيء من الحرز ولم يؤذن له في دخول الحرز فدخله وأخذ الشيء المأذون في أخذه وسرق شيئاً آخر فلا قطع عليه لأن الإذن بأخذ المتاع يتضمن الإذن بالدخول في الحرز والإذن بدخول الحرز يبطله في حق المأذون له فلا يشترط إذن أن يكون الإذن بالدخول صريحاً بل يكفي أن يكون ضمنياً ويراعى فيما سبق الخلافات التي سبق عرضها بين الفقهاء في حالة ما إذا سرق المأذون له من محل مغلق^(١) ويعتبر السارق مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان له حق الانتفاع به كالمستأجر

(١) بدائع الصنائع ص ٧٤ ، ٧٥ - شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ١٠٣ ، ١٠٤
أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ - المنى ج ١٠ ص ٢٥٣ ، ٢٥٧ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٤ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢ - المدونة ج ١٦ ص ٧٢ ، ٧٥ .

والمرتهن والمستعير فإذا سرق المستأجر مالا لمؤجر من الدار المؤجرة ، أو سرق الدائن المرتهن مالا لمدين من العين المرهونة أو سرق المستعير شيئاً للمعير من الدار المعارة فلا قطع على أحدهم لأن لهم حق الانتفاع بالحرز واستعمال هذا الحق يقتضى دخول الحرز .

أما المالك للحرز فلا يعتبر مأذوناً له بدخوله إذا كان حق الانتفاع لغيره ولذلك يقطع إذا سرق مالا من الحرز للمنتفع ، فالمؤجر إذا سرق مالا للمستأجر من الدار المؤجرة والمدين إذا سرق مالا للمرتهن من الدار المرهونة يقطع كل منهما بسرقة وهذا ما يراه أبو حنيفة ومالك والشافى وأحمد والشيعة ولكن أبا يوسف ومحمد يريان عدم القطع لأن الحرز ملك السارق فهناك شبهة فى إباحة الدخول والشبهة تدرأ الحد ^(١) . ويقطع المعير إذا سرق مالا للمستعير من الحرز المعار وبهذا قال الشافى وأحمد ، ولكن أبا حنيفة والشيعة الزيدية ، يرون أن لا قطع على المعير لأن المنفعة ملك له وله الرجوع فى العارية متى شاء فيعتبر دخوله فى الحرز رجوعاً وتكون السرقة من غير حرز ^(٢) .

ويعتبر المالك للحرز مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان مغصوباً منه ، فمن غصب شخصاً داره ثم أحرز فيها مالا لحاء صاحب الدار وسرق ما فيها من مال فلا تعتبر السرقة من حرز لأن الغصب لم يسلب المالك حقه فى ملكية الحرز ^(٣) . كذلك لو كانت الدار مستأجرة أو مرتهنة أو معارة فانتهد الأجرة والرهن أو العارية ورفض المنتفع رد الدار أو أهمل الرد ^(٤) مع تمكنه من ذلك فى هذه الحالة يكون المنتفع فى حكم الغاصب ^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ص ٧٥ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٦ - أسنى المطالب ص ١٣٨

شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٤

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٧ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢ .

(٥) أسنى المطالب وحاشية الرملى ص ١٤٦ .

٦١٠ - السرقات من الأقارب : وفي مذهب أبي حنيفة لا قطع على من سرق من ذى رحم محرم لأنهم يدخل بعضهم على بعض دون إذن عادة فكان هناك إذن ضمنيا بالدخول فتكون السرقة من غير حرز فضلا عن أن القطع بسبب السرقة يقضى إلى قطع الرحم وذلك حرام والقاعدة أن ما أفضى إلى الحرام فهو حرام ^(١) .

أما من سرق من ذى رحم غير محرم فيقطع بسرقة لأنهم لا يدخل بعضهم على بعض عادة دون استئذان فليس هناك إذن صريح ولا ضمنى بالدخول . والسرقة من محرم غير ذى رحم كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة مختلف عليها في المذهب ، فأبو حنيفة ومحمد يريان القطع فيها وأبو يوسف لا يرى القطع في حال السرقة من الأم ويقطع فيما عدا ذلك وحجته أن الإنسان يدخل بيت أمه من الرضاع دون إذن عادة فهناك إذن ضمنى بالدخول ^(٢) .

ومن سرق من امرأة أبيه أو زوج أمه أو حليمة ابنه أو من ابن امرأته أو أمها فلا قطع عليه إن كانت السرقة من منزل من يضاف إليه السارق من أبيه أو أمه أو ابنه أو امرأته لأنه مأذون له بالدخول في منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزا في حقه . وإن سرق من منزل آخر فإن كانا فيه لم يقطع وإن كان لكل واحد منهما منزل على حدة فيرى أبو حنيفة أن لا قطع ويرى أبو يوسف ومحمد القطع وحجة أبي حنيفة أن حق التزاور ثابت بين السارق وبين قريبه وكون المنزل لغير قريبه لا يمنع من أن له زيارة قريبه وهذا يورث شبهة لإباحة الدخول فيختل الحرز ^(٣) ..

هذا هو حكم السرقة من الأقارب في مذهب أبي حنيفة . أما الشافعي وأحمد فعندهما أن الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده وإن سفل وسواء في ذلك الأب والأم والإبن والبنات والجد والجدة من قبل الأب والأم لقول الرسول صلى الله عليه وسلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥

« أنت ومالك لأبيك » ولقوله « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » وفي لفظ فـكـلوا من كسب أولادكم . ولا يقطع الابن عندهما بسرقة مال والده وإن علا لأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال . فأما سائر الأقارب كالإخوة والأخوات ومن عندهم فيقطع بسرقة مالهم ويقطعون بسرقة ماله ^(١) .

ويرى مالك أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع فلا قطع على الجد والجددة لأب أو لأم والأب والأم إذا سرقوا من أحفادهم أو أبنائهم . ولكن إذا سرق الفروع من الأصول قطعوا بسرقتهم فلا يعنى مالك من القطع للقرابة إلا الأصول لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » ^(٢) ويرى بعض الشيعة الزيدية رأى مالك ويرى البعض أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ولا على الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا قطع بين ذوى الأرحام المحارم ^(٣) .

أما الظاهريون فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا يستقطن القطع للقرابة ويرون أن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » منسوخ بآيات الموارث ^(٤) .

وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر فيرى مالك قطع السارق منهما إذا سرق مالا محجوراً عنه أى محرراً في مكانه مغلقاً لا يسمح له بدخوله ، فإذا سرق من مال لم يحجر عنه فلا قطع عليه . ويستوى أن يكون المال المحجور عنه في نفس المنزل الذى يقيان فيه أو في غيره ^(٥) . ويرى أبو حنيفة أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر سواء سرق من البيت الذى يقيان فيه أم من بيت

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٠ المغنى ج ١٠ ص ٢٨٤ ، ٢٨٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٥

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٧

وحاشية الشيباني .

آخر لأن كلا من الزوجين مأذون له بدخول منزل صاحبه كما أنه ينتفع بماله عادة وهذا يوجب خللا في الحرز^(١). وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء أحدها كراى مالك والثانى كراى أبى حنيفة والثالث يرى أصحابه قطع الزوج إذا سرق مالا محجوراً عنه من مال الزوجة ولا يرون قطع الزوجة إذا سرت ما حجر عنها من مال الزوج وحجتهم أن للزوجة حقاً في مال الزوج لأنه ملزم بالاتفاق عليها وليس الزوج كذلك^(٢). . . والرأى الأول هو الراجح في المذاهب^(٣). وفي مذهب أحمد رأيان أحدهما كراى مالك والثانى كراى أبى حنيفة^(٤) ومذهب الشيعة الزيدية فيه الرأيان رأى مالك وأبى حنيفة^(٥). أما الظاهريون فيرون القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه ما لم يبيع له أخذه سواء كان محرزاً عنه أو غير محرز لأن الظاهريين لا يعترفون بالحرز، أما إذا كان المأخوذ مباحاً أخذه كنفقة الزوجة أو طعامها أو كسوتها فلا قطع فيه^(٦). وهذا هو حكم السرقة بين الزوجين مادامت السرقة قد وقعت والزوجة قائمة ولا عبرة بالدخول، فلو حدث الطلاق قبل الدخول فلا قطع فيما يقع من سرقات بين الزوجين من وقت الزواج إلى وقت الطلاق لأن الزوجية كانت قائمة وقت السرقة أما ما يقع بعد الطلاق ففيه القطع لأن غير المدخول بها لا عدة لها لقوله تعالى ﴿فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ وإذا كانت السرقة في عدة الطلاق الرجعى فلا قطع أيضاً لأن الزوجية تظل قائمة حتى تنتهى العدة أما السرقة في عدة الطلاق البائن ففيها القطع. ولكن أبى حنيفة لا يرى القطع إذا وقعت السرقة في عدة الطلاق البائن لأن النكاح في حال العدة قائم من وجه كما أن أثره قائم وهو العدة، وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع بقيامه من وجه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ (٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ .

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٨٧ (٥) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٦) المحلى ج ١١ ص ٣٧ ، ٣٥ .

أو قيام أثره يورث الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات^(١).

وإذا كانت السرقة بعد انتهاء العدة ففيها القطع بلا خلاف ، وقيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له على السرقة التي وقعت قبها فيقطع السارق فيها . ولا يخالف في هذا إلا الحنفية فإنهم يرون أن الزواج إذا حصل قبل الحكم في الجريمة لم يحكم فيها بالقطع لأن الزواج مانع طراً على الحد والمانع الطارئ عند الحنفية له حكم المانع المقارن إذا أدى لإسقاط الحد . ويرى أبو حنيفة أن الزواج إذا حصل بعد الحكم وقبل تنفيذ العقوبة لم يقطع وحجته أن الإمضاء في باب الحدود من تمام القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الإمضاء كالمعترضة على القضاء وكان الطارئ على الحدود قبل الإمضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء . ولكن أبا يوسف يرى في هذه الحالة عدم سقوط حكم القطع بالزواج لأن المانع من القطع في حالة الزوجية هو شبهة عدم الحرز فإذا اعتبرت الزوجية الطارئة شبهة مانعة من القطع - لكان معنى ذلك اعتبار الشبهة وهي ساقطة في باب الحدود^(٢) .

واختلف في مذهب أبي حنيفة فيما إذا كان الحرز المعتبر للشيء المسروق هو حرز مثله أو حرز نوعه فرأى البعض أن يعتبر في الشيء حرز المثل فالاصطبل مثلاً حرز الدابة والحظيرة حرز الشاة والبيوت والخزائن حرز النقود والجواهر ورأى البعض أن ما كان حرز النوع جاز أن يكون حرزاً للأأنواع كلها فالاصطبل مثلاً حرز الدابة فيجوز أن يكون حرزاً للنقود أو الجواهر^(٣) .

ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية يرون هذه المسألة للعرف ويرون أن حرز الشيء هو ما جرت العادة بحفظه فيه ومالا يعتبر صاحبه مضيعاً ، والمرجع في تعيين ذلك للعرف فرأيهم إذاً يتفق مع الرأي الأول في مذهب أبي حنيفة^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ - أسنى المطالب ج ١ ص ١٠١ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٠

شرح الأزهار ج ٣ ص ٢٧٠

ولهذا المبحث أهمية كبرى ذلك أن القطع لا يجب إلا في سرقة من حرز فإذا قلنا بأن الحرز حرز المثل امتنع مثلاً القطع في سرقة الجواهر من الاصطبل أو الجرن وسرقة الأقمشة من حظيرة الشاة لأن الاصطبل والجرن والحظيرة لا يعتبر أيهم حرز لهذه الأشياء فكانت السرقة واقعة على مال غير محرز وإذا قلنا إن حرز نوع معين هو حرز لباقي الأنواع وجب القطع في هذه السرقات لأنها واقعة على مال محرز .

٦١١ - رابعاً - أنه يبلغ المال المسروق نصاباً : الأصل في شرط النصاب

أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وما أثر من فعله فقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم أو قيمته ثلاثة دراهم على رواية . رواه الجماعة وعن عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً رواه الجماعة إلا ابن ماجه . وفي رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه ، وفي رواية قال تقطع يد السارق في ربع دينار رواه البخاري والنسائي وأبو داود وفي رواية تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً رواه البخاري ، وفي رواية قال اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثنا عشر درهماً وأما أحمد وفي رواية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن ، قيل لعائشة ما ثمن المجن قالت ربع دينار رواه النسائي وعن أبي هريرة أن رسولنا صلى الله عليه وسلم قال لمن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده ^(١) .

وجمهور الفقهاء على اشتراط النصاب بوجوب القطع في السرقة إلا ما روى عن الحسن البصري وداود وما عرف عن الخوارج من وجوب القطع في سرقة القليل والكثير وحجتهم إطلاق قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ كما استدلوأ بحديث أبي هريرة

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٦ وما بعدها .

« لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده » . ولكن جمهور الفقهاء يرون أن إطلاق الآية مقيد بأحاديث الرسول التي سبق ذكرها ويرون أن حديث أبي هريرة أريد به تحقير شأن السارق والتنفير من السرقة^(١) وإذا كان جمهور الفقهاء يشترط النصاب في القطع إلا أنهم اختلفوا في تحديد مقدار هذا النصاب فيرى مالك أن القطع يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب فإذا كان المسروق من غير الذهب أو الفضة قوم بالدرهم لا بالذهب إذا اختلفت قيمة الثلاثة دراهم مع الربع دينار ولاختلاف الصرف مثل : أن يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً فإذا ساوى المسروق ثلاثة دراهم قطع وإن لم يساو ربع دينار ، وإن ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع^(٢) .

فالقاعدة عند مالك أن كل واحد من الذهب والفضة معتبر بنفسه وقد روى عنه بعض البغداديين أنه ينظر في تقديم العروض إلى الغالب في نقود أهل الباد فإن كان الغالب دراهم قومت بالدرهم وإن كان الغالب الدينانير قومت بالدينانير والمشهور هو الرأي الأول . ويرى الشافعي يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب كما يرى مالك ، ولكن الشافعي يرى أن الأصل في تقويم الأشياء هو الذهب فالربع دينار أصل للدراهم ومن ثم فلا يقطع عنده إلا فيما يساوى ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار وإذا كانت السرقة من غير الذهب قومت بالذهب^(٣) .

وفي مذهب أحمد روايتان : الأولى أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرها وهذا هو مشهور مذهب مالك . الثانية أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ٣٦ ، ٣٩ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٣

(٢) حاشية الشيباني ص ٩٤

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٩

دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أى الفضة فإذا سرق السارق من غير الذهب والفضة ما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع فإذا اختلفت قيمة الربع دينار مع الثلاثة دراهم قطع إذا بلغ المسروق أقل القيمتين^(١).

ويرى أبو حنيفة أن النصاب الذى يقطع هو عشرة دراهم تساوى ديناراً ، فلا قطع عنده فى أقل من عشرة دراهم وحجته ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص من أن الرسول عليه الصلاة والسلام كان لا يقطع إلا فى ثمن مجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم وفى رواية أخرى أن الرسول قال لا قطع فيما دون عشرة دراهم ، وعن ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تقطع اليد إلا فى دينار أو عشرة دراهم » وما روى عن ابن عباس أن الرسول قال « لا يقطع السارق إلا فى ثمن المجن » وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم .

ويرى الحنفية أن الإجماع منعقد على القطع فى عشرة دراهم وفيما دون العشرة اختلف الفقهاء لاختلاف الأحاديث فوق الاحتمال فى وجوب القطع ولا يجب القطع مع الاحتمال^(٢).

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع المذهب الحنفى^(٣) ويرى ابن حزم من فقهاء المذهب الظاهرى أن نصاب السرقة الذى يقطع فيه اليد هو ربع دينار إذا كان المسروق ذهباً فإذا كان المسروق مما سوى الذهب فالقطع إنما يجب فى سرقة ما يساوى ثمن مجن أو ترس قل ذلك أو كثر دون تحديد ، ولم يحاول ابن حزم أن يبين قيمة المجن أو الترس لما روى عن عائشة من أن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فى أدنى من ثمن المجن أو ترس كل واحد منهما يومئذ وثمن وأن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول فى الشئ . التافه . أما إذا كانت قيمة المسروق أقل من ثمن المجن أو ترس فلا قطع فيه أصلاً لأن ذلك هو التافه^(٤).

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ (٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٥٠ ، ٣٥٣

ويلاحظ أن صاحب نيل الأوطار ذكر أن ابن حزم يرى القطع إذا كان المسروق ربع دينار من الذهب ويرى القطع في غيره إلا في القليل أو الكثير بحجة أن التحديد في الذهب منصوص ولم يوجد نص في غيره وهذا الذي قاله مؤلف نيل الأوطار لا يتفق مع ما صرح به ابن حزم في المحلى^(١).

وهناك آراء أخرى في النصاب لفقهاء آخرين، لا توجد القطع إلا في أربعة دنانير أو أربعين درهماً، ويرى البعض القطع في درهين وهناك من يرى القطع في أربعة دراهم ومن يراه في ثلث دينار وهو مذهب الباقر ومن يراه في خمسة دراهم^(٢) وإذا كان النصاب شرطاً في القطع فلا قطع إذا قلت قيمة المسروق عن النصاب فإذا دخل السارق داراً فأخرج منها أقل من النصاب فلا قطع عليه وإذا أخرج درهماً أو ما قيمته جميعاً درهم إلى صحن الدار ثم عاد فأخرج مثله وهكذا حتى أخرج النصاب أو قيمة النصاب ثم خرج بها جميعاً من صحن الدار فإنه يقطع فيها ولو أنه أخرج النصاب إلى صحن الدار مجزئاً لأن ما حدث منه يعتبر سرقة واحدة إذ الدار وصحنها حرز واحد ومادام المسروق في صحن الدار فهو لم يخرج من الحرز فإذا أخرج من الصحن إلى الخارج فقد أخرج من الحرز وتمت السرقة ما لم تسكن الدار مكونة من عدة بيوت مستقلة والصحن مشترك لها جميعاً فإن الإخراج إلى الصحن يعتبر إخراجاً من الحرز ولو لم يخرج السارق بالمسروقات إلى خارج الدار إذ كل بيت مستقل يعتبر حرزاً وحده^(٣).

وإذا أخرج المسروق من بيت مستقل في الدار إلى صحنها المشترك مرة واحدة وكان يبلغ نصاباً فالحكم هو ما سبق لأن السرقة تعتبر تامة بالإخراج إلى صحن الدار مع ملاحظة الفرق بين من يعتبرون بطلان الحرز بفتح الباب ومن

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٦ ، ٣٩ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٨ ، ٢٩ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ - شرح الزرقاني ج ٧

ص ١٠٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩ .

لا يعتبرون فعند من يرى الإبطال أنه لا قطع إذا أخرج المتاع إلى صحن الدار من بيت مفتوح لأن المال ليس محرراً فإن كان البيت مقفلاً وباب الدار مفتوح قطع لأنه أخرجه من حرزه إلى محل الضياع^(١) أما إذا أخرج المسروق من بيت مستقل في الدار إلى صحنها المشترك أو أخرجه من الدار غير المشتركة إلى خارجها وكان الإخراج على دفعات وكل دفعة تقل عن النصاب فالحكم يختلف عند الفقهاء وقد بسطناه بمناسبة الكلام على إبطال الحرز^(٢).

وإذا دخل جماعة داراً فأخرجوا المتاع منها دفعة واحدة إلى صحن الدار المشترك أو إلى خارج الدار فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان هناك تعاون على الإخراج أو اشتراك فيه وقد سبق أن تسكلمنا عن ذلك مفصلاً، أما إذا أخرجوا المتاع مجزئاً على دفعات فتطبق عليهم قواعد الإخراج على دفعات مع قاعدة التعاون والاشتراك، وإذا سرق شخص واحد نصاباً واحداً من حرزين مختلفين فلا قطع عليه لأنهما سرقتان مختلفتان وكل واحد من المنزاية حرز مستقل ويشترط القطع في كل سرقة أن يخرج عن كل حرز نصاباً كاملاً.

ولو سرق شخص نصاباً يملكه عدة أشخاص قطع به ولا عبرة بعدد الجاني عليهم وكذلك الحكم لو كان الجاني عليهم في دار واحدة كل منهم في بيت من بيوتها لأن الدار حرز واحد أما إذا كانت البيوت مستقلة اعتبر كل بيت حرزاً مستقلاً ولم يقطع الجاني^(٣).

ولكن بعض الشيعة الزيدية يرون القطع في هذه الحالة إذا بلغت قيمة الجزء الذي أخرج نصاباً^(٤) وإذا أخرج السارق بعض المسروق من الحرز دون بعضه الآخر وكان المسروق شيئاً واحداً كخشبة أو صندوق وما أشبه فلا قطع عليه ولو كانت قيمة ما خرج من المسروق تزيد على النصاب لأن بعض المسروق

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩ - المغني ج ١٠ ص ٢٦٠ (٢) راجع ص ٤٨

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ - شرح

الزرقاني ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٤ - المغني ج ١٠ ص ٢٤١ (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧

لا ينفرد عن بعض . ولأنه لم يتم إخراجه^(١) ولو وجد المسروق على هذا الوجه فأخرجه فلا قطع عليه لأن المسروق بهذا الوجه لا يعتبر محرزاً ولأنه كما يقال إنه في الحرز يقال إنه خارج الحرز^(٢) .

ومن يبطلون الحرز بفتح الباب والنقب لا يعتبرون الأخذ من حرز في هذه الحالة إذا كان الشيء خارجاً من باب أو ثقب ويستوى أن تكون المسروقات مجتمعة أو متفرقة داخل الحرز ما دام الحرز واحداً والعبرة بما يخرج السارق من الحرز فإن كان أقل من نصاب فلا قطع وإن كان أكثر من نصاب قطع به على التفصيل السابق .

وإذا نقصت قيمة المسروق بهلاك بعضه في يد السارق بعد الخروج به من الحرز فالعبرة اتفاقاً بقيمته وقت السرقة أما إذا كان سبب النقصان نزول السعر فقد اختلفوا في مذهب أبي حنيفة فيرى البعض اعتبار القيمة وقت الحكم ، أما الزيادة فغير معتبرة ويرى البعض اعتبار القيمة وقت الإخراج من الحرز كذلك اختلفوا في المذهب إذا كانت السرقة في بلد وضبط المسروق في بلد آخر فيرى البعض أن العبرة بقيمة المسروق في محل ضبطه ويرى البعض الرجوع إلى قيمة المسروق في محل السرقة^(٣) .

ويرى الأئمة الثلاثة أن العبرة بقيمة المسروق في كل الأحوال وقت السرقة أي وقت إخراجه من الحرز لا قبل ذلك ولا بعده فإذا كان لا يساوي نصاباً وقت الإخراج فلا قطع ولو كان سبب النقص فعل الجاني كأن أكل بعضه أو أتلفه أو أفسده ولا عبرة في الرخص والغلاء الطارئین بعد إخراج المسروق من الحرز وتعتبر القيمة في مكان السرقة لا في مكان آخر^(٤) .

(١) المغني ج ١٠ ص ٣٦١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٥ (٣) بدائم الصنائع ص ٧٩

(٤) شرح الزرقاني ص ٩٤ - المذهب ج ٢ ص ٣٠٠ - المغني ج ١٠ ص ٢٧٨ أسنى المطالب

وحاشية الرملي ص ١٣٧ .

وعند الشيعة الزيدية بأن العبرة بقيمة المسروق وقت المرافقة لا وقت السرقة فإذا سرق شيئاً وقيمتة وقت السرقة عشرة دراهم ثم كانت قيمته وقت المرافقة أقل من ذلك سقط القطع أما إذا زادت القيمة فلا عبرة بالزيادة^(١) وإذا حكم بالقطع فنزلت القيمة قبل التنفيذ فعلى رأى أبى حنيفة والشيعة يسقط القطع لأنهم يجعلون المانع الطارئ بعد الفعل في حكم المانع المقارن ويجعلون الإمضاء من تمام القضاء .

ويرى أبو حنيفة أنه إذا اختلف المختصون في تقويم المسروق فقدروه بعضهم بأقل من نصاب وقدره بعضهم بنصاب درىء القطع وحبسته في ذلك فعل عمر حين رأى قطع سارق فقال له عثمان إنما سرقه لا يساوى نصاباً فدرأ عنه القطع^(٢) ويتفق مذهب أحمد في هذا لأنه يرى في حالة تعارض البيئات في القيمة أن يؤخذ بالقيمة الأقل^(٣) . ويرى الشافعى أن المسألة تختلف باختلاف الأساس الذى تقوم عليه شهادة المقومين الذين يقومون العين بالأكثر فإن قامت على أساس القطع أخذ بهذه الشهادة وإن قامت على أساس الظن أخذ بالتقويم الأقل لاعتراض البيئات^(٤) . أما مالك فيرى أنه إذا شهد عدلان بأن قيمة المسروق نصاباً أخذ بشهادتهما ولو عارضتهما شهادات أخرى وعلة ذلك أن المبدأ عند مالك هو تقديم المثبت على القاضى^(٥) .

ولا يشترط الشافعى أن يعلم السارق بقيمة المسروق بل يكفي أن يقصد السرقة ثم يسرق نصاباً فإذا قصد سرقة شيء تافه في اعتقاده فتبين أنه يزيد على نصاب قطع فيه وإذا سرق ثوباً لا يساوى نصاباً فوجد في جيبه نقوداً تبلغ نصاباً قطع وإذا قصد سرقة صندوق به نقود فوجده فارغاً والصندوق لا يساوى نصاباً لم يقطع^(٦) .

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ، ٧٩

(٣) كشف القناع ج ٤ ص ٢٣٧ (٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٠ - أسنى

المطالب ج ٤ ص ١٣٧ (٥) المدونة ج ١٦ ص ٩٠ .

(٦) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٠ .

وعلى هذا أحد الرأيين في مذهب أبي حنيفة أما الرأي الآخر فيستوجب علم السارق بحقيقة قيمة المسروق فإن كان يعلم بوجود النقود في جيب الثوب قطع وإن لم يكن يعلم لم يقطع لأنه قصد سرقة الثوب فقط وهو لا يبلغ النصاب ولا قطع فيه وحده أما لو سرق غرارة أو صندوقاً أو جراباً به مال كثير يقطع ولو لم يكن عالماً بحقيقة ما في الغرارة أو الجراب أو الصندوق لأنه قصد بالسرقة المظروف لا الظرف ويستدل على القصد بالظروف والقرائن^(١).

ويستوجب أحمد للقطع العلم بقيمة المسروق فلو سرق منديلاً شد عليه دينار قطع إن علم بالدينار وإن لم يعلم به فلا قطع^(٢).

ويرى أن الجاني يؤخذ بقصد السرقة ولا عبرة بظنه أن قيمة المسروق تقل عن نصاب إلا إذا صدق العرف في هذا الظن فلو مد يده في جيب شخص فأخذ منه نقوداً وهو يظنها نحاسية قطع لأن العرف لم يجر على وضع النقود النحاسية وحدها في الجيب بل يوضع فيه كل أنواع النقود ولو سرق ثوباً وهو لا يساوي نصاباً فارغاً ولكن في جيبه نقود تبلغ نصاباً قطع ولو ظن أن الثوب فارغ لأن العرف جرى على وضع النقود في جيوب الثياب أما إذا سرق قطعة خشب فوجدتها مجوفة وفي داخلها نقوداً تبلغ نصاباً فلا قطع إذا لم تبلغ قيمة الخشبة وحدها نصاباً إذ أنه كان يعتقد وقت السرقة أنه يسرق خشبة غير مجوفة وليس فيها نقود^(٣).

ويحدث أن يكون بعض المسروق تابع لبعضه الآخر وأن يكون المسروق كله مما يقطع فيه كإتاء من النحاس به حناء أو كعمار عليه بردعة كما يحدث أن يكون بعض المسروق تابع لبعضه وأن يكون بعضه فقط مما يقطع فيه كإتاء من الذهب فيه خمر أو ككلب فيه طوق من الذهب . والأصل أن المقصود بالسرقة إذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصاباً بنفسه يقطع السارق فيه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٩ ، ٨٠ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٨ (٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٥ .

بلا خلاف وإن لم يبلغ بنفسه نصاباً إلا بالتابع يكمل النصاب بالتابع ويقطع السارق في سرقة و كذلك الحكم لو كان كل منهما لا يبلغ نصاباً أو مقصوداً لذاته يكمل أحدهما بالآخر ويقطع السارق .

أما إذا كان المقصود بالسرقه مما لا يقطع فيه لو انفرد كالكلب وكان معه ما يقطع فيه كطوق الذهب فيرى مالك أن العبرة بقيمة ما فيه القطع فإذا بلغت قيمة الطوق نصاباً قطع السارق ولو كان يقصد الكلب دون الطوق ^(١) .

وكذلك الحكم عند الشافعي ^(٢) ويرى أبو حنيفة أنه كان المقصود بالسرقه مما لا يقطع فيه إذا انفرد لا يقطع السارق وإن كان مع المسروق المقصود غيره مما يبلغ نصاباً ما دام الغير لم يقصد بالسرقه ويؤيد هذا الرأي محمد ولكن أبا يوسف يخالفه ويأخذ برأى مالك والشافعي ^(٣) . وفي مذهب أحمد رأيان الرأي الأول كراى مالك والشافعي والثاني كراى أبي حنيفة ^(٤) .

الركن الثاني

أن يكون مملوكاً للغير

٦١٢ — يشترط لوجود جريمة السرقة أن يكون الشيء المسروق مملوكاً لغير السارق فإن كان مملوكاً للسارق فالفعل لا يعتبر سرقة ولو أخذه الفاعل خفية . والعبرة بملكية السارق للمسروق وقت السرقة فإن كان يملكه قبل السرقة ثم خرج من ملكه قبيل السرقة فهو مسئول عن السرقة وعليه القطع وإن لم يكن يملكه ولكن دخل في ملكه وقت السرقة فلا مسؤولية عليه كأن ورثه أثناء السرقة ويشترط لانعدام المسؤولية أن يملكه قبل إخراجه من الحرز

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ - المحلى ج ١١ ص ٣٣٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٩ (٤) كشف القناع ج ٤ ص ٧٨ .

فإن ملكه بعد إخراجه من الحرز فلا يعفيه ذلك من المسؤولية الجنائية^(١) لأن الشيء وقت إخراجه من الحرز كان على ملك غيره ومن ثم يقطع بسرقة عند مالك مطلقاً ، أما الشافعي وأحمد والشيعة الزيدية فيفرون بين ما إذا كان التملك قبل تبليغ السرقة والمطالبة بالمسروق أو بعد ذلك فإن كان التملك قبل التبليغ فلا قطع ويعزر الجاني لأن مطالبة الجني عليه بالمسروق شرط عندهم للقطع فإذا تملك الجاني المسروق قبل المطالبة لم تصح المطالبة بعد ذلك فلا يكون الحكم بالقطع ممكناً عملاً أما إذا كان التملك بعد المطالبة بالمسروق فلا يمنع التملك من الحكم بالقطع^(٢) والفرق بين هؤلاء الفقهاء ومالك أن مالكا لا يشترط للقطع مخاصمة الجني عليه أو مطالبته بالمسروق فيكفي أن يبلغ بالسرقة أى شخص الجني عليه أو غيره وليس من الضروري أن يطالب الجني عليه برد المسروق فالقطع واجب على السارق سواء بلغ الجني عليه أو لم يبلغ طالب المسروق أو لم يطالب^(٣) أما هؤلاء الفقهاء فيشترطون للقطع أن يطالب الجني عليه بالمسروق . ويرى أبو حنيفة أن تملك المسروق قبل القضاء يسقط القطع عن السارق وإن كان لا يمنع من تقديره فإذا تملكه بعد القضاء وقبل الإمضاء فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع السارق لأن الإمضاء من تمام القضاء فيما يصلح مانعاً للحد قبل القضاء يصاح مانعاً بعده ويرى أبو يوسف أن تملك المسروق بعد القضاء لا يمنع من القطع فإن سارق رداء صفوان أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن يقطع فقال صفوان يا رسول الله إني لم أرد هذا وهو عليه صدقة فقال الرسول فهل قبل أن تأتينى به فدل على أن التملك بعد القضاء لا يسقط القطع^(٤)

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ (٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩
 المغنى ج ١٠ ص ٢٧٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤
 (٣) المدونة ج ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩
 (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ ، ٨٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٦

أما المذهب الظاهري فيتفق مع مذهب أبي حنيفة في هذه النقطة ^(١) .
ولا يكفي لتسكوين جريمة السرقة أن يكون الشيء المأخوذ غير مملوك لأخذه
بل يشترط أن يكون مملوكا لغير السارق فإن لم يكن مملوكا لأحد كالأموال
المباحة أو المتروكة فإن أخذه لا يعتبر سرقة ولو كان خفية ولا يعتبر الشخص
سارقا للمال ولو لم يكن يملكه إذا كان له حق الانتفاع به فالمستأجر الذي يأخذ
الشيء المؤجر له والمستعير الذي يأخذ الشيء المعار والمرتهن الذي يأخذ الشيء
المرهون كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم سارقا ولو أخذ الشيء خفية عن المالك مادام
أنه قد أخذه لاستيفاء حقه المقرر على الشيء على أن مالك يرى قطع صاحب
المنفعة إذا أخذ الشيء خفية عن مالكه قبل القبض ^(٢) ويجب أن يكون الشيء
المأخوذ محلا للملك حتى يكون محلا للسرقة فإن لم يكن محلا للملك فلا يعتبر محلا
للسرقة ولم يعد الإنسان بعد إبطال الرق محلا للسرقة لأنه لم يعد محلا للملك ومن
ثم فلا يعتبر سرقة أخذ الأطفال خفية ولا أخذ الرجال والنساء بصفة عامة أيا كان
جنسهم أو لونهم أو دينهم وقبل إبطال الرق كان العبيد والإماء محلا للسرقة في
الشريعة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه كأي مال آخر، أما بعد إبطال
الرق فلا يعتبر الإنسان مطلقا محلا للسرقة عند جمهور فقهاء المسلمين وعند أبي
حنيفة والشافعي وعلى الرأي الراجح في مذهب أحمد ومذهب الشيعة الزيدية أما مالك
فيخالف في هذا الاتجاه ويعتبر سرقة يقطع فيها أخذ طفل خفية ذكرا كان
أو أنثى يمكن خداعه أو أخذ مجنونا صغيرا كان أو كبيرا من حرز مثله كأن
كان مع أهله أو مع كبير حافظ فإن كان الطفل كبيرا أو واعيا أو لم يكن في
حرز مثله فلا قطع ويرى الظاهريون كما يرى مالك القطع في سرقة الحر الصغير
وهو يوافق الرأي المرجوح في مذهب أحمد ومذهب الشيعة الزيدية . ^(٣) ورأى

(١) المحلى ج ١١ ص ١٥١ (٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦ - شرح الزرقاني

ج ٤ ص ٣٦٥ (٣) بدائم الصنائع ج ٧ ص ٦٧ - أسنى المطالب ج ٤
نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٢٤٥ - الزرقاني ج ٨ ص ٩٤ ، ١٠٣ - المحلى

ج ١١ ص ٣٢٧ شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٩

القائلين بأن أخذ الأطفال لا يعتبر سرقة وإنما هو جريمة خاصة يتفق مع مذهب القانون المصرى والقانون الفرنسى ولكن يلاحظ أن القانون المصرى والفرنسى يعاقبان على خطف الأطفال بعقوبة أشد من عقوبة السرقة العادية وأن القانون الفرنسى يعبر عن خطف الأطفال باللفظ الذى يعبر به عن السرقة وهو *val* ولعل هذا أثر لما كان عليه القانون الفرنسى قديما من اعتبار الفعل سرقة . ويكفى لوجود السرقة أن يكون الشيء مملوكا للغير ولو كان المالك مجهولا كسرقة مال شخص غير معروف أو كان المالك غير معين كسرقة المال الموقوف على الفقراء أو الأغراب أو التعليم وهذا هو ما يراه مالك^(١) وهو ما يراه الظاهريون لأنهم يرون قطع كل من سرق مالا لا نصيب له فيه^(٢) وعند الشافعى وأحمد أن أخذ مال المجهول خفية سرقة ولكن لا يقطع عندهما فيها لأنهما يشترطان للقطع مطالبة الجنى عليه بالمسروق وإذا كان الجنى عليه مجهولا فلا مطالبة ولا قطع أما سرقة مال الوقف ففيها القطع عندهما إذا لم يكن السارق من الموقوف عليهم فإن كان منهم فحكمه حكم الشريك فى المال وسنتكلم عليه فيما بعد وفى مذهب أحمد رأى بأن سرقة المال الموقوف مطلقا لا قطع فيها بحجة أن المال الموقوف لا يملكه الموقوف عليه^(٣) .

والراجح فى مذهب الشيعة الزيدية فى هذه المسألة كذهب الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد^(٤) ويرى أبو حنيفة أن لا يقطع السارق إذا كان الجنى عليه مجهولا ولو أقر الجانى بالسرقة لأن القطع مشروط بمطالبة الجنى عليه ومخاصمته

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ - مواهب ج ٦ ص ٣٠٩ ، ٣١٠ للدونة ج ١٦ ص ٦٨

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٢٨

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ ، ١٤٠ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٨ ، ٣٠٠ المغنى ج ١٠

ص ٢٤٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٨ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، ٨٧

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٥ ، ٣٦٩

للجاني ولكن أبا يوسف يرى القطع في حالة الإقرار^(١) ولا قطع كذلك إذا كان السارق ممن أوقف عليهم المال المسروق فإن لم يكن منهم قطع وهذا ما يقتضيه تعريف السرقة وتعريف المال الموقوف في المذهب فهم يعرفون السرقة بأنها أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عن هو مقصد للحفاظ ما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة^(٢) ويعرفون الوقف بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة^(٣) سواء سرق العين الموقوفة أو منفعتها فهو يسرق ملك الغير ولا شبهة له في سرقة ما دام غير مستحق فيه فيقطع بالسرقة ولا يعتبر الشخص سارقاً للمال إذا كان يملكه ، ولو كان المجنى عليه حق الانتفاع به فالمؤجر الذي يأخذ المال المؤجر من المستأجر والمعيّر الذي يأخذ المال المعار من المستعير والمدين الذي يأخذ المال المرهون من الدائن المرتهن أو الأمين على الرهن والغاصب الذي يأخذ ماله المفضوب من الغاصب وصاحب المال الذي يأخذ ماله المسروق من السارق كل هؤلاء لا يعتبر سارقاً ولو أخذ المال خفية لأنه أخذ ما يملكه^(٤) .

ولا يقطع السارق إذا كان له شبهة الملك في الشيء المسروق وإنما عليه التعزير فقط كسرقة الوالد من ولده لأن للوالد في مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك »^(٥) ولا يقطع السارق عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة إذا سرق مالا مشتركاً مع المجنى عليه لأن السارق يملك المسروق على الشيوع مع المجنى عليه فيكون هذا شبهة تدرأ القطع .

(١) بدائع الصنائع ج ٨٣ (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ - حاشية

ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ (٣) حاشية ابن عابدين ص ٤٩٣

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٦ ، ٢٥٩ كشف القناع

ص ٨٤ ، ٨٥ الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٠ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٤

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٥

ويرى مالك قطع الشريك إذا سرق المال المشترك بشرط أن يأخذ نصيباً أكثر من حقه . ويشترط أن يكون مال الشركة محجوباً عنه أى محرراً عنه ، فإن كان المال المشترك مثلياً فلا قطع إلا أن يسرق نصيباً أكثر من نصف المال كله وإن كان المال المشترك قيمياً قطع إذا كان ما سرقه يبلغ نصابين ولو لم يكن المسروق كل المال المشترك لأن حقه في المسروق نصاب واحد والنصاب الثاني يستحقه الشريك المسروق منه والقاعدة عند الظاهريين أن من سرق من شيء له فيه نصيب يقطع إذا أخذ زائداً على نصيبه مما يجب فيه القطع فإن سرق أقل فلا قطع عليه إلا أن يكون منع حقه في ذلك أو احتاج إليه فلم يصل إلى أخذ حقه إلا بما فعل ولا قدر على أخذ حقه خالصاً فلا يقطع لأنه مضطر إلى أخذ ما أخذ إذ لم يقدر على تخليص مقدار حقه^(١) . وفي مذهب الشافعي من يرى القطع على من يسرق نصابين من المال المشترك ، وبعض أصحاب هذا الرأي يرى عدم القطع إذا كان المال المشترك قابلاً للقسمة ولم يأخذ السارق أكثر من حقه ويعتبرون الأخذ قسمة فاسدة فإن أخذ أكثر من حقه نصيباً قطع وكذلك إذا أخذ نصابين من المال ولم يكن المال قابلاً للقسمة وهذا يتفق مع رأى مالك . ورأى القائلين بعدم القطع ليس معناه إعفاء الشريك من المسؤولية الجنائية ، فالمسؤولية قائمة ولسكن العقوبة على الفعل التعزير لا القطع لأنهم يعتبرون الشركة شبهة تدراً القطع .

وسرقة المال العام حكمها حكم المال المشترك عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية ، لأن للسارق حقاً في هذا المال ، وقيام هذا الحق يعتبر شبهة تدراً عنه الحد أما مالك فيرى قطع السارق من بيت المال أو من مال المغنم ، ويرى ذلك الظاهريون أيضاً بالشروط التي يشترطونها في المال المشترك . ويرى الشافعية القطع في سرقة المال العام إذا خصص لطائفة لا يدخل فيها .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ ، ٩٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٥ - كشاف القناع ج ٤ ص ٩٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٣ (٣٨ - القشيري الجنائي الإسلامي ٢)

كأن خصص للفقراء وليس منهم . فاقطع واجب إذا لم يكن له حق في المال^(١) ، ويرى الحنابلة القطع في مال المغنم بعد إخراج الخمس ، فإذا سرق قبل إخراجها فلا قطع ، وإذا قسم الخمس ، فإذا سرق من خمس الله تعالى لم يقطع ، وإن سرق من غيره قطع^(٢) .

سرق مال المدين : ويرى مالك أنه لا قطع على من أخذ قدر حقه من مدينه الماطل أو الجاحد . سواء كان ما أخذه من جنس حقه أو من غير جنسه . فإن زاد ما أخذه على قدر حقه نصاباً قطع به ، كذلك يقطع إذا لم يكن الدين حالاً أو لم يكن المدين ماطلاً أو جاحداً^(٣) .

ولا يرى الشافعي قطع الدائن إذا أخذ أكثر من حقه نصاباً ، والرأي الراجح في مذهب أحمد كذهب الشافعي ، أما الرأي المرجوح فيرى قطع الدائن ، لأنه ليس له أن يأخذ قدر دينه . وإذا أخذ الدائن أكثر من حقه . فأصحاب الرأي الأول بعضهم يرى قطعه إذا أخذ نصاباً وهو رأى مالك وبعضهم لا يرى قطعه وهو رأى الشافعي ؛ لأن له شبهة في هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز^(٣) .

ويطبق الظاهريون قاعدتهم التي سبق ذكرها عند الكلام على سرقة المال المشترك وفي مذهب الشيعة الزيدية ثلاثة آراء : أولها قطع من يسرق مال المدين ما دام أنه سرق من جنس حقه وكان المسروق مساوياً للدين في العدد والجنس . كأن سرق عشرة دراهم والمسروق منه مدين بعشرة دراهم ، فإن كان الدين حالاً فلا قطع ، لأن الأخذ مباح له ، لأنه ظفر بجنس حقه ، ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه ، فإذا أخذه صار مستوفياً لحقه . وكذلك الحكم لو أخذ أكثر من حقه ، لأن بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فلا

(١) نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٢٤

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٨٨ - شرح الازهار ص ٣٦٩

(٣) شرح الزرقاني ج ٢ ص ٩٨ (٤) المغني ج ١٠ ص ٢٥٨

يقطع في غيره كما هو الحال في المال المشترك .

أما إذا كان الدين مؤجلاً فالقياس أن يقطع ، ولكنهم يرون استحساناً أن لا يقطع ، لأن حق الأخذ ليس سببه حلول الأجل . وإنما سبب ثبوته هو قيام الدين في ذمة المسروق منه . ووجود الأصل لا أثر له على قيام الدين وإنما أثره في تأخير المطالبة بالدين ، فقيام سبب ثبوت الدين يورث شبهة والشبهة تمنع من القطع . وأن سرق خلاف جنس حقه بأن كان عليه دراهم فسرق دنانير أو عروضاً قطع ، لأنه لا يملكه بنفس الأخذ ، بل بالاستبدال والبيع ، فكان سارقاً ملك غيره ، لكنه إذا دفع التهمة بأنه أخذه استيفاء لحقه فلا يرى البعض قطعه لأنه يعتبر متأولاً إذ اعتبر المعنى ، وهو المالية لا الصورة ، والأموال كلها في معنى المالية متجانسة ، وإذا كان الأخذ عن تأويل لا يقطع ^(١) .

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع إذا أخذ خلاف جنس حقه ، لأن بعض العلماء في المذاهب الأخرى يميزون لمن ظهر بغير جنس حقه أن يأخذه استيفاء بحقه . ولكن المذهب على خلاف رأى أبي يوسف .

وإذا سرق الجاني من مدين أبيه أو من مدين ولده قطع ما لم يقم دليلاً على أنه وكيل عنه أو وصى عليه .

ويشترط أبو حنيفة أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على الشيء المسروق ، يد الملك ، أو يد الأمانة ، كالمودع أو يد الضمان كيد الغاصب والقباض على سوم الشراء ، لأن منفعة يد الغاصب عائدة للمالك ، ولمفصوب مضمون عليه ، وضمان الغصب عند أبي حنيفة ضمان ملك ، فأشبهت يد الغاصب يد المشتري كذلك فإن المقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض ، ويرتب أبو حنيفة على هذا الشرط ألا قطع على السارق من سارق ، لأن يد الأخير ليست صحيحة فلا هي يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، ولكن إذا درى القطع عن السارق الأول قطع الثاني ، لأن درء الحد عن السارق الأول يجعله ضامناً للمسروق ، ويد الضمان

يد صحيحة ، ويجعل أبو حنيفة السارق ضامناً إذا درى عنه القطع ولا يجعله ضامناً إذا قطع ، لأن القاعدة عنده أن القطع والضمان لا يجتمعان^(١) .

ولا يشترط مالك شروطاً خاصة في المسروق منه ، وكل ما يشترطه مالك أن يكون المسروق ملك الغير ، سواء سرق من يد المالك أو من يد غيره مطلقاً ، لأن السارق يسرق ملك غيره في كل حال ، ويترتب على هذا أن مالكا يقطع السارق من السارق ، والسارق من الغاصب ، والسارق ممن يقوم مقام المالك كالمودع والمرتهن والمستأجر^(٢) والقاعدة عند مالك أن من سرق مالا لغير من حرز لاشبهة فيه قطع .

ويرى أحمد أن يكون المسروق منه هو المالك أو من يقوم مقامه ، فإذا أخذه من غيرها فهو أشبه بما لو أخذ مالا ضائعاً والفرق بينه وبين السارق أن السارق يزيل يد المالك أو نائبه عن الشيء ويأخذه من حرزه ، ويرتب أحمد على هذا أن السارق من المالك أو نائبه يقطع إذا توفرت كل شروط القطع . أما السارق من السارق أو الغاصب فلا قطع عليه ولو كان المال محرزاً^(٣) .

أما الشافعي ففي مذهبه رأيان : أحدهما كراى مالك ، والثاني كراى أحمد ، ويعملون الرأي الأول ، بأن السارق يقطع ، لأنه سرق مالا لاشبهة له فيه من حرز مثله ، ويعملون الرأي الثاني ، بأن السرقة من حرز لم يرصه المالك ، وأن الحرز ليس هو المالك ولا نائبه^(٤) .

وأما الشيعة الزيدية فرأيها يتفق مع مذهب الشافعي ، فلا قطع عند بعضهم على السارق من السارق ولا الغاصب ، وبعضهم يرى القطع^(٥) .

وعند الظاهرية أن السرقة هي الاختفاء بأخذ الشيء ليس له ، وأن السارق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٠ (٢) شرح الزرقاني ص ٩٦ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢٥٧

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨

(٥) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٦٩

هو المحتفى بأخذ ما ليس له ، ويترتب على هذا التعريف أن يقطع السارق كلما أخذ ما ليس له ، ولو كان أخذه من سارق أو غاصب ^(١) .

ويترتب على الأحكام السابقة أنه إذا سرق سارق من آخر فدرىء القطع عن الأول كان القطع على الثانى ، لأن يده تصبح يد ضمان فى رأى أبى حنيفة وإذا قطع السارق الأول فى مال ، فسرقه منه آخر فلا قطع على الآخر ، لأن يد المسروق منه ليست يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، إذ هو بالقطع لا يضمن المسروق ، وعند أحمد لا قطع على السارق الثانى سواء قطع الأول أو درىء عنه القطع ، لأن السرقة ليست من المالك أو من يقوم مقامه . وعند مالك يقطع السارق الثانى سواء قطع الأول أم لم يقطع ، لأنه سرق مالا للغير لا شبهة له فيه من حرزه ولو توالى السرقات وتعدد السراق ^(٢) . وكذلك الحكم عند الظاهرية ، أما عند الشافعى والشيعة الزيدية ، فبعضهم يرى القطع على السارق الثانى وبعضهم لا يراه ، لأن منهم من يأخذ برأى يتفق مع رأى مالك ، ومنهم من يأخذ برأى يتفق مع رأى أحمد كما ورد ذلك فى المراجع السابقة .

وإذا سرق السارق مالا فقطع فيه ورد المال لصاحبه فعاد نفس السارق وسرق نفس الشيء قطع أيضاً بالسرقة الثانية لهذا المال فى رأى مالك والشافعى وأحمد والظاهرين ، لأن القطع عقوبة تتعلق بفعل السرقة ، فتكرر العقوبة كلما تكرر الفعل ولا عبرة بالعين التى يقع عليها الفعل ، ويستوى عندهم أن تكون العين قد بقيت على حالتها التى كانت عليها وقت السرقة الأولى ، أم تكون قد تغيرت ^(٣) .

ويفرق الحنفيون بين ما إذا كان الشيء قد بقى على حاله أم تغير ، فإن كان الشيء باقيا على حاله فالقياس هو القطع . إلا أن بعض الفقهاء فى المذهب لا يرون

(١) الحلى ج ١١ ص ٣٢٧ (٢) المدونة ج ١٦ ص ٦٩

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٦٩ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٤١ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٥

القطع استحساناً ، لأن عصمة المال تسقط بالسرقه الأولى ، فإذا عادت العصمة بالرد فإنها تعود مع شبهة العدم ، لأن السقوط لضرورة وجوب القطع ، وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة . أما إذا كان المال قد تغير . فلقاعدة في المذهب الحنفي أنه إذا كان المال قد تغير وأصبح في حكم عين أخرى ففيها القطع ، فإذا سرق غزلاً فرده للمالك فنسجه ثوباً فعاد وسرق الثوب قطع به ، ولو سرق بقره فقطع فيها ثم ردت للمالكها فولدت عجلاً فسرق العجل يقطع به لأنه سرق عيناً أخرى ^(١) .

وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان : أولهما يرى أن من عاد إلى سرقة ما قد قطع فيه لم يقطع ، ورأى يرى أنه يقطع ، وحجة من لا يرى القطع ، أن القطع الأول يصبح شبهة ^(٢) .

ولا قطع في مذهب أبي حنيفة على من ضمن المسروق قبل إخراجه من الحرز ، لأن وجوب الضمان يؤدي إلى ملك المضمون من وقت وجود سبب الضمان . فكأنه ملكه قبل إخراجه من الحرز ، واختلفوا فيمن سرق ثوباً فشقه قبل الخروج به من الحرز أو ذبح شاة ثم أخرجها من الحرز مذبوحة ، فقال أبو يوسف بعدم قطع السارق ، لأنه شق الثوب وذبح الشاة في الحرز يؤخذ منه سبب الضمان في الحرز . ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب ، وذلك يمنع القطع ، ويرى أبو حنيفة ومحمد قطع سارق الثوب ، لأن السرقة تمت والثوب على ملك الجنى عليه إذ الملك لا يزول عنه إلا باختیار الضمان ، فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه وعلى هذا فيقطع ، وكذا الأمر في الشاة ، إلا أنه لما أخرج الشاة من الحرز كانت لحماً ولا قطع في اللحم ، أما لو أتلف الثوب إنثلاً فاستهلكه فلا قطع عليه وإن كانت قيمة الثوب بعد إخراجه نصيباً ، لأن التخريق أو الشق المستهلك يوجب استقرار الضمان من وقت الفعل ، وهذا

(١) بدائع الصنائع ص ٧٢ ، ٧٣

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٣

بدوره يوجب ملك المضمون^(١).

ويرى مالك والشافعي أن العبرة بقيمة المسروق خارج الحرز، فإن بلغ نصاباً قطع السارق، وإن لم يبلغ نصاباً فلا قطع، فمن ذبح شاة أو أفسد طعاماً أو شق ثوباً يقطع إذا بلغت قيمة ما خرج به من الحرز نصاباً^(٢).

والظاهر يرون قطع السارق إذا أخذ خفية نصاباً، وهم لا يعترفون بالحرز ولا يشترطونه ومذهب الشيعة الزيدية في هذه المسألة كمذهب الخفية^(٣) ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن ما يستهلكه السارق داخل الحرز أو يتلفه لا يعتبر سرقة، وإنما يعتبر إتلافاً عقوبته التعزير، ولكن مذهب الظاهريين يقتضي أن ما يستهلك داخل الحرز يعتبر سرقة مادام قد أخذ على وجه الخفية^(٤) ومن ثم لا تضاف قيمة المستهلك داخل الحرز أو المتلف إلى قيمة ما أخرج من الحرز لتسكلة النصاب، فلو أكل السارق داخل الحرز من الطعام ما يساوي نصف نصاب ثم خرج ومعه من نفس الطعام نصف نصاب، فإنه لا يقطع، لأن ما خرج به من الحرز لم يبلغ نصاباً كاملاً، ولكنه يقطع عند الظاهريين لأنه أخذ نصاباً كاملاً.

وإذا ادعى السارق ملكية المسروق، فيرى مالك أن ادعاء ملكية المسروق في ذاته ليس له قيمة ولا يدرأ عنه العقوبة... إلا إذا أثبت صحة ما يدعيه، فإذا لم يكن دليل حاف المجنى عليه أن المتاع المسروق له وليس للسارق. فإن نكل حلف السارق ودفع إليه المتاع ولم تقطع يده^(٥).

ويرى أبو حنيفة أنه إذا ادعى السارق ملكية المسروق درى عنه القطع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠، ٧١

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٢٦١

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤، ٣٧٥

(٤) هكذا وجد في الأصل، والظاهر أنها زيادة استغنى عنها بدليل السياق الذي بعدها..

(٥) المدونة ج ١٦ ص ٧٤

لمجرد الادعاء دون حاجة لأن يقيم دليلا على صحته ادعائه ، وتكون العقوبة التعزير ، لأن المسروق منه قد صار خصما له في ملكية الشيء المسروق ، فإن ادعى عليه مالو أقر به لزمه ويتمكن من إثباته عليه بالبينة ، وإن طلب يمينه كان له أن يستحلفه عليه ، وبعد ما آل الأمر إلى الخصومة لا يستوفى الحد ، لأن المسروق منه إذا وجه اليمين للمتهم على ملكية الشيء فامتنع عن حلفها قضى عليه بالنكول ، وإن ردها على المسروق منه حلفها قضى عليه باليمين . فالقول بالقطع عند الادعاء بملكية المسروق يؤدي إلى استيفاء الحد باليمين والنكول^(١) ويرى الشافعي أن أبعاد السارق بملكية المسروق أو ملكية الحرز ، أو أنه أخذه من الحرز بإذنه أو أنه أخذه والحرز مفتوح ، أو صاحبه معرض عن الملاحظة أو أنه دون النصاب سقط عنه القطع بمجرد دعواه وإن ثبتت السرقة بالبينة لاحتمال صدقه فصار شبهة دارئة للقطع ، لأنه صار خصما ، ولا يستفصل بعد ثبوت السرقة عن كون المسروق ملكه ، وإن كان فيه سعى في سقوط الحد عنه لأنه إغراء له بادعاء الباطل ، ولكن مجرد ادعائه لا يثبت له المال وإن درأ عنه القطع إلا ببينة أو يمين مردودة ، فإن نكل عن اليمين المردودة لم يجب القطع لسقوطه بالشبهة^(٢) .

وفي مذهب أحمد ثلاثة آراء : الرأي الأول كراى مالك . والثاني كراى الشافعي وهو الراجح في المذهب ، والرأي الثالث : إن كان معروفا بالسرقة لم يسقط عنه القطع ، وإن لم يكن معروفا بها سقط عنه القطع^(٣) ومذهب الشيعة الزيدية أن الادعاء بالملكية يسقط القطع دون حاجة لإقامة الدليل على صحة هذا الادعاء^(٤) .

ويلاحظ أن سقوط القطع ليس معناه إعفاء الجاني من المسؤولية الجنائية بل يبقى مسئولا عن جريمته ويعاقب عليها بعقوبة التعزير بدلا من عقوبة القطع

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩

(١) بدائع الصنائع

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٠١

ويشترط اتفاقاً في المال المسروق أن يكون معصوماً فإذا لم يكن معصوماً كان مباحاً ولا يعتبر أخذه سرقة كمال الحربى غير المستأمن ومال الباغى ، فإنه غير معصوم ، ولا قطع في أخذه خفية .

على أن مال العادل إذا أخذه الباغى لا يقطع به كذلك لا يقطع الحربى بسرقة مال المسلم والذى . ويرى أبو حنيفة استحساناً ألا يقطع في سرقة مال الحربى المستأمن وإن كان القياس أن يقطع لأنه سرق مالا معصوماً ، إذ الحربى يستفيد العصمة بالأمان ، ووجه الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الإباحة ، لأن الحربى المستأمن من أهل دار الحرب « أى منتم إلى دولة محاربة » وإنما دخل دار الإسلام ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب ، فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الإباحة في ماله ، لأنه كان في الأصل مباح المال وإنما ثبتت العصمة لنفسه وماله بأمان عارض هو على شرف الزوال . فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تسكن على الأصل الممهود ، وكل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم كأن لم يكن ، فتصبح العصمة كأن لم تسكن ثابتة من قبل ، بخلاف الحال مع الذى لأنه من أهل دار الإسلام . وقد استفاد العصمة بأمان مؤبد ، فكان معصوم الدم والمال عصمة مؤبدة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة . ويرتب أبو حنيفة على رأيه هذا ألا يقطع على الحربى المستأمن إذا سرق مال المسلم أو الذى ، لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة ، ولأنه لم يلتزم أحكام دار الإسلام ، ولكن أبا يوسف يخالفه في هذه ويرى قطع الحربى المستأمن إذا سرق مال مسلم أو غير مسلم . وفي مذهب أبي حنيفة لا يقطع العادل في سرقة مال الباغى ، لأن ماله ليس بمعصوم في حقه كمن نفسه ، ولا الباغى في سرقة مال العادل ، لأنه أخذه عن تأويل ، وتأويله وإن كان فاسداً لكن التأويل الفاسد عند انضمام إليه يلحق بالتأويل الصحيح في منع وجوب القطع^(١) .

ويرى مالك قطع المستأمن إذا سرق مسلماً أو غير مسلم ، كما يرى قطع المسلم والذمي في سرقة مال المستأمن^(١) .

وفي مذهب الشافعي أقوال في سرقة المعاهد والمستأمن والسرقة منهما . أحسن هذه الأقوال أنه يقطع إذا اشترط في العهد أو الأمان قطعه بسرقة ، لأنه في هذه الحالة يكون ملتزماً للأحكام . فإذا لم يشترط ذلك فلا يقطع لانتفاء التزامه ويكون حكمه حكم الحربى ولا يقطع أيضاً مسلم أو ذمى بسرقة ماله إلا إذا اشترط قطعه في السرقة لاستحالة قطعهما بماله دون قطعه بهما^(٢) على أن البعض يرى ألا يقطع المستأمن والمعاهد بالسرقة ولو اشترط قطعهما بها ، ولا يقطع لهما بسرقة ماله^(٣) .

وفي مذهب أحمد رأيان : أرجحهما أن يقطع المستأمن بسرقة المسلم والذمي ، ويقطعان بسرقة لأن القطع حد يجب عليه كحد القذف ، وإذا كان القطع واجباً لصيانة الأموال فإن حد القذف واجب لصيانة الأعراض ، فإذا وجب أحدهما في حق المستأمن وجب الآخر ، فأما حد الزنا فلم يجب ، لأنه يجب بالزنا قتله لنقضه العهد ، ولا يجب مع القتل حد سواه ، وهذا رد على أصحاب الرأي الثانى الذين يقولون ، إن المستأمن لا يقطع بالسرقة ، لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه حد كحد الزنا^(٤) .

سرقه الكفن : يرى أبو حنيفة ألا يقطع في سرقة الأكفان وله في ذلك حجتان : الأولى - أن الكفن مال تافه ، لأن الطباع السليمة تنفر من ذلك . ولأنه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحى ، ففي مال الكفن إذن قصور ، والقصور فوق الشبهة والشبهة تدرك بالحد ، فالقصور أولى . والثانية - أن الكفن ليس مملوكاً لأحد

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧٥ ، ٩١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٧٦ .

فهو ليس ملك الميت ، لأن الميت لملك له وهو ليس على ملك الورثة ، لأن تكفين الميت وتجهيزه مقدم على حق الورثة ، وإذن فهو غير مملوك لأحد^(١) .

وأما مالك وأحمد والشافعي ومعه أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة فيرون قطع سارق الكفن ، لأنهم لا يقرون نظرية التفاهة التي يقول بها أبو حنيفة . وعندهم أن كل ما يباع ويشترى فهو مال متقوم يقطع في سرقة ، وعلى هذا فالكفن مال مسروق من حرز مثله وهو القبر ، وهو على ملك الميت إن كان من ماله ، أو على ملك الورثة على رأى ، والأصل أن الميت لا يزول ملكه إلا عمالم يكن في حاجة إليه أما الكفن فهو في حاجة إليه فبقى على ملكه ، ولكنهم يشترطون للقطع أن يكون الكفن مشروعاً وأن تبلغ قيمته نصاباً ، فإن كان الكفن زائداً عن الحد الشرعى فلا تدخل قيمة الزائد في احتساب النصاب ، وإنما تحتسب فقط قيمة الجزء المشروع ، فإن قلت عن النصاب فلا قطع ، وكذلك لا قطع فيما يوضع مع الميت في قبره من الأشياء الثمينة كالمنصوغات وغيرها لأن الشئ لا يبيح وضع هذه الأشياء من ناحية : ولأن القبر ليس حرزاً لها من ناحية أخرى .

ويشترط الشافعيون أن يكون القبر في بيت محرز أو في مقبرة في عمارة ولو في جنب البلد ، فإن كان القبر في بيت غير محرز أو في مفازة فلا قطع ، ولكن الحنابلة يرون القبر حرزاً ولو بعد عن العمران مادام القبر مطموماً الطم الذي جرت به العادة^(٢) .

ويرى الظاهريون قطع سارق الكفن ، لأن السارق هو الآخذ شيئاً لم يبيح الله تعالى أخذه ، فيأخذه ممتلكاً له مستخفياً به ، وتلك صفة النباش فهو سارق^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ ، ٧٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٥ - المغني ج ١٠ ص

٢٨٠ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٢ (٣) المحلى ج ١١ ص ٧٣٠

كذلك فإن الشيعة الزيدية ترى القطع في سرقة الكفن^(١) .

والقائلون من الفقهاء بقطع سارق الكفن يتفق مع رأيهم ما أخذت به الحاكم المصرية والفرنسية ، إذ تعتبر الأشياء الموضوعة في القبر من كفن وغيره على ملك الورثة أو واضعها ، على أن هناك من يرى رأى أبى حنيفة ، ويعتبر الأكفان من قبيل المتروكات التي لاعتقاب على أخذها ، أو يرى أن هذه الأشياء لأمالك لها^(٢) .

الأشياء المباحة : هي التي لأمالك لها أصلاً وتكون ملكاً لمن يضع يده عليها ويحتازها كالماء فهو مباح أصلاً . ولكنه يصبح مملوكاً لمن يحتازه ويضع يده عليه ، وكالآلئ في قاع البحار ، وكالطيور والحيوانات البرية ، وكالأسماك فهذه كلها مباحة أصلاً ، إذ لا مالك لها ولكنها تصبح مملوكة لمن يحتازها .

والاستيلاء على الأشياء المباحة لا يعتبر في الشريعة سرقة لأنها مال لا مالك له ولأن شروط الأخذ خفية لا تتوفر فيها ، فهي لا تؤخذ من حرز ولا تخرج من حيازة شخص إلى حيازة الجاني .

الأشياء المتروكة : هي الأشياء التي كانت مملوكة للغير ثم تخلى عنها مالكمها . كالملابس المستهلكة وبقايا الطعام ، وكناسة المنازل .

وحكم الأشياء المتروكة هو حكم الأشياء المباحة ، لأن الأشياء المتروكة تصبح بتركها ولا مالك لها . وملك الشيء للغير واجب لاعتبار السرقة .

٦١٥ - اللفظ : وهي ما يلتقط من مال ضائع ، أو مال متروك على ملك تاركة ، أو مال

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١ .

(٢) أحمد بك أمين ص ٣٦١ - شرح قانون العقوبات - القلي ص ٤٥ .

ضال^(١) أو هي ما وجد من حق ضائع محترم لا يعرف الواحد مستحقه^(٢) أو هي المال الساقط أو الحيوان الضال لا يعرف مالكة^(٣) ويقابل تعبير اللقطة في الشريعة مانسميه اصطلاحاً بالأموال الفارقة أو الضائعة .

ولا يعتبر أخذ اللقطة في الشريعة سرقة ، حتى ولو أخذها الملتقط بنية تملكها وإنما يعتبر الملتقط مرتكباً للجريمة أخرى هي كتمان اللقطة أو كتمان الضالة ، ولهذا الجريمة عقوبة أخرى تختلف عن عقوبة السرقة ، فعقوبة السرقة القطع ، وعقوبة كتمان اللقطة أو الضالة التعزير وغرامته مثيلها على رأى .

ولم تلحق الشريعة كتمان اللقطة بالسرقة ، ولو أن المال الملتقط له مالك ؛ لأن هناك فرقاً كبيراً بين الالتقاط والسرقة . فالملتقط يعثر على المال مصادفة ولا ينتوى التقاطه إلا بعد العثور عليه ، أما السارق فيقصد السرقة غالباً قبل الأخذ خفية وقبل أن يعثر على المال المسروق . والملتقط يعثر على المال وهو غير محرز ، أما السارق فيسرق غالباً من حرز ، والسارق يأخذ المسروق خفية ، أما الملتقط فلا يكتفى بأخذ اللقطة وليس ثمة ما يدعو للخفية ، بل إن بعض الفقهاء يرى الالتقاط واجباً لأنه يؤدي لحفظ المال ، وإن كان بعض الفقهاء يقول بكراهيته ، فأما يقول به لما يخاف من تقصير الملتقط فيما يجب عليه من تعريف اللقطة ، والالتقاط في ذاته لا تحرمه الشريعة وإنما الحرم هو كتمان اللقطة . ولكن السرقة محرمة لذاتها . . . كذلك الإبل فإنها لا تلتقط باتفاق .

ولهذه الفروق الظاهرة ، فرقت الشريعة بين السرقة والالتقاط وجعلت كلا منهما جريمة مستقلة ، وبهذا يأخذ كثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالقانون البلجيكي والقانون الإيطالي ، ولكن القانون الفرنسي والقانون المصري يجعلان

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٤٢١ .

(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٤٨٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٠ .

الالتقاط في حكم السرقة ويعاقب إن عليه بمقبوضة السرقة إذا حبس الملتقط الشيء بنية تملكه .

والأصل في اللقطة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن لقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة . فإن لم تعرف فاستنفعها ولتكن ودیعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه . وسئل عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها . معها سقاؤها وغذاؤها . ترد المال وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسئل عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب .

وكتان اللقطة محرم سواء انتوى الملتقط وقت الالتقاط تملك الشيء وكتان اللقطة أو لم ينتو ذلك إلا بعد الالتقاط ، لأن العقوبة على السكتان وليست على مجرد الالتقاط ، على أن للنية أثرها في بعض حالات الضمان وإن لم يكن لها أثر على وجوب العقاب .

وللقطة أحكام خاصة في الشريعة أهمها : أن يعرف الملتقط اللقطة ويعلم عنها لمدة معينة وله بعد ذلك أن يتصرف في الشيء ويتصدق بثمانه أو ينفقه على نفسه ولو كان غنياً على رأى ، ولصاحب الشيء أن يسترده كلما كان موجوداً ، وله أن لم يكن موجوداً الرجوع بثمانه على الملتقط^(١) .

الركاز والكنز : اركاز هو المال المدفون في الأرض ويسمى الركاز الكنز أيضاً في اصطلاح بعض الفقهاء وأن البعض يسمى ما وجد عليه سياء الجاهلية ركازاً . وما وجد عليه سياء الإسلام كنزاً .

والأصل في الركاز قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «وفي الركاز الخمس» . والمال

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥ وما بعدها - أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٨٧ وما بعدها
المحل ج ٨ ص ٢٥٧ وما بعد - بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٠ وما بعدها - كشاف القناع ج ٢ ص ٤٢١ وما بعدها - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٨

الذى يسمى ركازا هو ما كان من دفن الجاعلية ، ويعتبر ذلك بأن ترى عليه علاماتهم كأسماء ملوكهم وصورهم وصور أصنامهم ونحو ذلك ، فإن كان عليه علامة الإسلام أو اسم النبي صلى الله عليه وسلم أو اسم أحد من خلفاء المسلمين أو وال من ولايتهم أو آية من قرآن أو نحو ذلك فالمال لقطة وقد عرفنا فيما سبق حكم اللقطة ، إذ المفروض فيه أنه ملك مسلم لم يعلم زواله عنه . وإن كان على بعضه علامة الإسلام وعلى بعضه علامة الكفر فهو لقطة أيضاً .

والركاز الذى فيه الخمس هو كل ما كان مالا على اختلاف أنواعه من الذهب أو الفضة والحديد والنحاس والرصاص والآنية إلى غير ذلك على رأى . وهو الذهب والفضة فقط على رأى آخر ، أما ماعداها فحكمه حكم المعادن التى توجد فى بطن الأرض ، ويفرق رأى ثالث بين ما اختلط بالتراب ويعتبره معدنا ، وبين ما تدل حالته على أنه دفن بفعل آدمى ويعتبره ركازاً .

وهناك خلاف على ملكية الركاز . فالبعض يراه مملوكا لواجده ، والبعض يراه مملوكا للمالك الأرض على تفصيل لا محل لذكره هنا^(١) .

وإذا اعتبر الركاز للمالك الأرض فإن أخذه واجده لا يعتبر سرقة ، ولو حفر عليه وأخذه ؛ لأن مالكة لا يعرف شيئا عنه فلا يعتبر أنه أحرزه ؛ ولأن المال لا يمكن أن يؤخذ خفية ، لأن البحث والحفر يقتضى العلانية فهو اختلاس أو غصب وفيه التعزير ، ولا قطع فيه لما سبق ، وحتى لو اعتبر سرقة فإن الخلاف على الملكية يعتبر شبهة تدرأ الحد .

(١) مواهب الجليل ج ٢ ص ٢٣٩ - شرح مائتى الأنهر ج ١ ص ٢٠٥ - المغنى ج ٢ ص ٦١٢ - أسنى المطالب ج ١ ص ٣٨٥ - شرح الازهار ج ١ ص ٥٦٢ - المحلى لابن حزم

الركن الرابع

القصد الجنائي

٦١٦ - لا يعتبر الأخذ خفية سرقة . إلا إذا توفر لدى الأخذ القصد الجنائي . ويتوفر القصد الجنائي متى أخذ الجاني الشيء وهو عالم أن أخذه محرم . ومادام أنه يأخذه بقصد أن يملكه لنفسه دون علم المجنى عليه ودون رضاه . فمن يأخذ شيئاً على اعتقاده أنه مباح أو متروك فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائي ؛ ولأنه أخذ ماظنه مباح الأخذ ، ومن أخذ شيئاً دون أن يقصد تملكه كأن أخذه ليطلع عليه أو يستعمله ويرده أو أخذه على سبيل الدعاية ، أو أخذ شيئاً وهو يعتقد أن المجنى عليه موافق على أخذه ، كل أولئك لا يعتبر أحدهم سارقاً لانعدام القصد الجنائي .

ويجب أن يؤخذ الشيء بنية تملكه ، فمن يأخذ شيئاً لغيره ويعلمه في مكانه لا يعد سارقاً ، وإنما هو متلف للشيء . وكذلك الحكم لو استهلك الشيء في محله كقطعام أكله أو شراب شربه أو طيب تطيب به ، فإن خرج بالشيء من حرزه ثم أتلفه أو استهلكه خارج الحرز فهو سارق لامتلف ، وهذا رأى جمهور الفقهاء . إلا أن الظاهريين يرون استهلاك الشيء في الحرز سرقة لا إتلافاً ، لأنهم لا يعتبرون الحرز ؛ ولأنهم يرون السرقة تامة بمجرد وضع يد المتهم على الشيء المسروق وضماً مادياً .

ومن يأخذ شيئاً مملوكاً له لا عقاب عليه ، لأنه لا يمكن أن يقال إنه أخذ الشيء بقصد تملكه . إذ هو ملكه ، فلا يعد سارقاً المؤجر الذي يأخذ العين التي

أجرها ، ولا المعير ولا المودع إذا أخذ المين التي أعارها أو أودعها ، ولا يعد سارقاً من يتصرف في الشيء تصرف الوكيل ولو لم يوكل في هذا التصرف لأنه لم يأخذه بقصد تملكه . كالشريك الذي يبيع العين المشتركة بغير أن يقصد الاستئثار بنصيب شريكه ، والدائن الذي يأخذ شيئاً لمدينه لا يقصد تملكه . وإنما يقصد حبسه تحت يده حتى يسدد له دينه لا يعتبر سارقاً ، لأنه لم يقصد تملك الشيء . أما إذا أخذه وهو يقصد تملكه سداداً لدينه فحكمه ماتقدم عند الكلام عن أخذ مال المدين .

ومن أخذ شيئاً متنازعاً على ملكيته لا يعد سارقاً متى ثبت أنه المالك له حقاً ، فإذا لم تثبت له الملكية فالعبرة بمجدية النزاع وبقصد الجاني ، فإن كان النزاع جدياً أو كان قد أخذه وهو يعتقد أنه مالك له . فالقصد الجنائي غير متوفر .

ولا يكفي القصد الجنائي مع الأخذ خفية لعقاب الأخذ ، فهناك حالات تتوفر فيها كل أركان السرقة ومع ذلك فلا يعاقب الأخذ إطلاقاً ، أو يعاقب بالتعزير دون القطع . فمن أخذ خفية مال حربى أو مال باع بقصد تملكه ، فلا يعتبر سارقاً ولا عقوبة عليه ؛ لأن أخذ مال الحربى ومال الباغى مباح ، ومثل ذلك استعمال الحقوق أو أداء الواجبات التي تبيح إتيان الفعل أو توجب إتيانه فحق الدفاع الشرعى يبيح للانسان أن يستولى من مال غيره على ما يدفع به عن نفسه ، فمن أخذ شيئاً للآخر ليدفع به جريمة قتل عن نفسه ، وظل يضرب به حتى تحطم واستهلك فلا عقوبة عليه .

ولا قطع على غير المكاف إذا أخذ خفية شيئاً للغير بقصد تملكه ، كالحربى يأخذ مال المسلم أو الذمى ، وكالباغى يأخذ مال أحدهما لأنه لامتسوية على أحدهما . ولا يقطع المجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز إذا أخذ خفية مالا غيره بقصد تملكه ، لأن حالة الجنون والعته والصغر مما يرفع العقوبة الجنائية عن (٣٩ التشريع الجنائى الاسلامى ٢)

الفاعل ، على أن امتناع القطع في السرقة قد لا يمنع من عقوبة التعزير كما هو الأمر مع الصبي الذي يزيد سنه على سبع ولم يبلغ خمسة عشر فلا يقطع ، وإن كانه يعاقب بعقوبة تأديبية .

ولا عقاب على السرقة في حالة الإكراه المادي أو الأدبي ، فمن يجبر مادياً على سرقة شيء ، أو يهدد بالقتل إن لم يسرقه لا يعاقب عليه إذا سرق تحت تأثير التهديد .

ولا عقاب على مضطر لقوله تعالى ﴿ فمن اضطر غير باع ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فمن سرق ليرد جوعاً أو عطشاً مهلكاً لا يعاقب عليه .
وبعاقب السارق غير المضطر في عام الجلاء بعقوبة تعزيرية ، وإن كانه لا يقطع بشرط أن لا يجد ما يشتريه أو يشتري به ولو لم يضطره الجوع للسرقة .

٦١٧ - عقوبة السرقة إذا كان السرقة لا يقطع : يرى مالك والشافعي أنه إذا اشترك اثنان في سرقة ، وكان أحدهما ممن لا يجب عليه القطع كالصغير غير المميز مع البالغ ، أو المجنون مع العاقل البالغ والأب مع الأجنبية . فيقطع البالغ وحده دون الصغير والمجنون ، وحجتهم أن القطع امتنع عن الصغير والمجنون لمعنى يخصه قائم في نفسه فلا يتعداه لسريته ^(١) ويرى أبو حنيفة وزفر أنه إذا اشترك من لا قطع عليه مع من عليه القطع درى القطع عن الشركاء ، وحجتهم أن السرقة واحدة ، وقد حصلت ممن يجب عليه القطع ممن لا يجب عليه القطع ، فلا يجب القطع على أحد ، كالعائد مع الخطيء إذا اشتركا في قطع أو قتل ، وإذا كان الإخراج أصل في السرقة إلا أنه يحصل من الكل معنى لاتحاد الكل في معنى التعاون ، فكان إخراج من لا يقطع عليه مثل إخراج من عليه القطع ضرورة الاتحاد ، ومن ثم وجبت المساواة بينهما في العقوبة . ويرى أبو يوسف منع القطع ممن يجب عليه القطع إذا كان الذي تولى الإخراج هو الشخص الذي لا يجب عليه القطع ؛ لأن الإخراج من الحرز

هو الأصل ، والإعانة كالتابع ، فإذا ولي الإخراج من ليس عليه قطع فقد أتى بالأصل ، وإذا لم يجب على من أتى بالأصل قطع ، لم يجب على من أتى بالتابع ^(١) وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع رأى الشافعى ومالك ، والثانى كراى أبى حنيفة ^(٢) .

ومذهب الشيعة الزيدية كذهب الشافعى ومالك ^(٣) .

المبحث الثانى

فى أدلة السرقة

ثبتت جريمة السرقة بما يأتى :

٦١٨ - أور : البينة ، أى شهادة الشهود : ويشترط فى شهود السرقة ماسبق بيانه من الشروط التى يجب توفرها فى شهود الزنا على الخلاف والوفاق الذى ذكر بين الفقهاء . وثبتت السرقة بشهادة شاهدين اثنين : فإن قل العدد عن اثنين أو كان أحدهما امرأة أو كان أحدهما شاهد رؤية والآخر شاهد سماع فلا قطع بشهادتهما .

وتقبل شهادة رجل وامرأتين ، وشهادة شاهد رؤية وشاهد سماع ، وشهادة شاهد ويمين المدعى بقصد إثبات ملكية المسروق ، فإذا لم يكن غير هذه الشهادات فى جريمة السرقة امتنع الحكم بالقطع؟ واقتصر القاضى على الحكم بتعزير الجانى وإلزامه بضمان قيمة النىء المسروق ^(٤) .

ويشترط أبو حنيفة عدم التقادم لقبول الشهادة ولقطع السارق بها والأصل عنده أن التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ، ولكن بطلان الشهادة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٦ (٣) شرح الازهار ص ٣٦٤ .

(٤) بدائع الصنائع ص ٨١ - الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٩

أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥١ .

بالنسبة للحد لا يمنع من ثبوت المال المسروق للمجنى عليه بنفس الشهادة ، ولا يمنع من تعزيز الجاني بهذه الشهادة وتضمينه قيمة المسروق ، لأن التقادم يمنع من قبول الشهادة على الحدود الخالصة لشبهة الضعيفة ، والشبهة تدرأ الحد ، واسكنها لا تمنع وجوب المال .

أما الأئمة الثلاثة فلا يعرفون التقادم . ولا يسمون به . فتقبل الشهادة عندهم تقادمت أو لم تتقادم ما دام القاضى مقتنعاً بصحتها .
وهناك رواية عن أحمد بأنه يقبل التقادم في الحدود ^(١) .

وإذا تعدد السراق ، وكان بعضهم غائباً وبعضهم حاضراً ثبتت السرقة عليهم جميعاً بشهادة شاهدين ، ويقطع الحاضر من الجناة ، أما الغائب فلا يقطع بهذه الشهادة . بل يجب أن تعاد البيئة في مواجهته ، أو تثبت عليه الجريمة في مواجهة بيئة أخرى ^(٢) وهو ما يراه الأئمة الثلاثة . وعلى القاضى أن يتحقق من عدالة الشهود في الحدود ولو لم يطعن المتهم في شهادتهم ، ولكنه غير ملزم بالتحقق من عدالتهم في غير الحدود ، مالم يطعن في شهادتهم على الرأى الراجح في مذهب أبى حنيفة .

ويشترط أبو حنيفة لقبوله الشهادة على السرقة الموجبة للقطع قيام الخصومة ممن له يد صحيحة على الشيء المسروق . فإذا حضر الشهود ، وقبل المجنى عليه أو من له حق الخصومة وشهدوا بالسرقة . لم تقبل شهادتهم مالم يحضر من له حق الخاصمة أو المجنى عليه ويخاصم ، لأن من شرط السرقة أن يكون الشيء مملوكاً لغير السارق ، فلا تظهر السرقة إلا بالخصومة ، فإذا لم توجد الخصومة ، لم تقبل الشهادة ، إلا أن عدم قبول الشهادة لا يمنع من القبض على المتهم وحبسه بناء على تبليغ الشهود بالسرقة إذ التبليغ اتهام ، والقبض والحبس لا يجوز أن يتوجه

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٨٧ - راجع الجزء الأول من القشريع الجنائى الإسلامى - بدائع الصنائع ص ٨١ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٨ .

بالاتهام ، فإذا حضر المجنى عليه أو غيره ممن له حق الخصومة ، وادعى ملكية المسروق قبلت الشهادة ^(١) .

والمقصود من قبول الشهادة ، هو عدم سماع الشهود قضاء والأخذ بها كدليل ، فلا يمنع حضور الشهود قبل الخصومة من سماع أقوالهم وتدوينها كإبلاغ وحبس المتهم بموجبها ، وإنما الممنوع هو الحكم بها ^(٢) .

ولكن مالك لا يرى الخصومة ضرورية لقبول الشهادة والحكم بها ، فإذا حضر الشهود وبلغوا بالسرقة سمعت شهادتهم وأقيمت الدعوى على المتهم ولو لم يحضر المجنى عليه ، ولو كان المتاع لعائب أو مجهول . ويقطع السارق بشهادة الشاهدين ؛ لأن الحد متعلق بحق الله تعالى ، وقد ارتكب المتهم الجريمة ، فوجب عليه عقوبتها ^(٣) بل لو كذب المجنى عليه الشهود بالسرقة فلا يمنع هذا من القطع ما دامت السرقة ثابتة ^(٤) .

ويرى الشافعي أنه إذا تقدم الشهود . فشهدوا بسرقة مال شخص غائب أو حاضر لم يباغ قبلت شهادتهم حسبة تغليبا لحق الله تعالى ، ولكن لا يقطع السارق بهذه الشهادة حتى يطالب المالك بالشئ المسروق . أو يطالبه عنه وليه أو وصيه ، فإذا ادعى ، اعتبرت الشهادة مرة ثانية بعد ادعائه لإثبات أن المال المسروق له ؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل في المال ، أما وجوب القطع عليه ، فقد ثبت بثبوت السرقة التي ثبتت بشهادة الحسبة وإن كان القطع متوقفاً على الخصومة ؛ لأن عدم الخصومة تفيد وجود مسقط للقضاء فانتظار الخصومة هو انتظار ظهور مسقط ، فإذا خاصم تبين أن لا مسقط ^(٥) . ورأى الشافعي لا يختلف من الناحية العملية عن رأى أبي حنيفة .

وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع مذهب أبي حنيفة وهو الراجح

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨١ (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٢ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٦ - المدونة ج ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧ .

(٤) المدونة ج ١٦ ص ٦٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ .

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ .

والثاني يتفق مع مذهب مالك ، وهو المرحوح^(١) وأصحاب الرأي الأول يحتاطون فيرون حبس السارق وأخذ المال المسروق وحفظه حتى يحضر الغائب أو وكيله . ويلاحظ أن الخاصة مقيدة بالسرقة الموجبة للقطع ، فإن كانت السرقة مما يعزر فيه فلا تشترط الخصومة لظهور السرقة ، وليس من الضروري سماع أقوال الجنى عليه أو من يمثله إلا فيما يتعلق بتضمنين السارق قيمة المسروق ويكفى أن يثبت السرقة بأى طريق آخر غير طريق الجنى عليه . والتشدد فى السرقة الموجبة للقطع راجع إلى الأصل المشهور « ادروا الحدود بالشبهات » فمن اشترط حضور الجنى عليه اتخذ من عدم حضوره شبهة أن يكون المال غير مسروق أو أن للمتهم حقاً فيه ، أو أنه سرق من غير حرز ، أو أن المتهم أذن له فى دخول الحرز وغير ذلك من الشبهات التى تدرأ القطع .

من يملك الخصومة : وإذا كان بعض الفقهاء يرى الخصومة شرطاً لظهور السرقة المستوجبة للقطع فلا بد من بيان من يملك الخصومة ، والأصل عند أبى حنيفة أن كل من له يد صحيحة على الشيء المسروق يملك حق الخصومة ، وتكون اليد صحيحة كلما كانت يد ملك أو أمانة أو ضمان ، فللمالك أن يخاصم السارق ، وللودع والمستعير والمضارب والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن ؛ لأن يد هؤلاء ، إما يد ضمان أو يد أمانة ، فلهم جميعاً أن يخاصموا السارق ، وتعتبر خصومتهم فى حق ثبوت ولاية الاسترداد والإعادة إلى أيديهم أولاً ، وفى حق القطع إذ يقطع السارق بخصومتهم ثانياً . ولكن زفر لا يعتبر الخصومة فى حق القطع إلا من المالك فقط وهو مذهب الشافعى ، حيث يشترط مخاصمة المالك أو وكيله ، ولا يحيز مخاصمة واضع اليد كالمرتهن والمستأجر أما مالك فلا يشترط الخاصة والمطالبة للقطع ، وفى مذهب أحمد رأيان : رأى كذهب مالك ، والثانى كذهب الشافعى يشترط مخاصمة المالك دون غيره^(٢) .

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ - المغنى ج ١٠ ص

٢٩٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٧ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ .

والسارق عند أبي حنيفة لا يملك الخصومة إذا سرق الشيء منه ؛ لأن يده ليست صحيحة على الشيء المسروق . فلا هي يد ملك ؛ ولا يد أمانة ، ولا ضمان فصار الأخذ من يده كالأخذ من الطريق ، وليس للمالك ولاية الخصومة في هذه الحالة ، لأن الأخذ لم يخرج المال من حيازته ولكن له حق استرداد الشيء المسروق . وإذا كان السارق لا يملك الخصومة فإنه يترتب على ذلك سقوط القطع في حق السارق الثاني .

أما حق الاسترداد فقد اختلف فيه الفقهاء في المذهب . فيرى البعض أن السارق الأول ليس له أن يطالب السارق الثاني برد المسروق ويرى البعض أن له حق المطالبة بالاسترداد ^(١) ومالك لا يشترط الخصومة ، ويرى قطع السارق من السارق ؛ لأنه سرق مالا للغير من حرز لا شبهة له فيه ^(٢) ولكنه لا يجعل للسارق الأول حق استرداد المسروق . إنما الاسترداد للمالك .

وأحمد يشترط الخصومة ولكنه لا يقطع السارق من السارق ، ولا السارق من الغاصب ولا يجعل حق استرداد المسروق إلا للمالك ^(٣)

وفي مذهب الشافعي رأيان في قطع السارق من السارق . أحدهما كراى مالك والثاني كراى أحمد ^(٤) وحق الاسترداد لا يكون في أى حال إلا للمالك .

٦١٩ - تأييد الإقرار : تثبت السرقة بالإقرار ولو بعد حين من السرقة ، لأن التقادم عند القائلين به لا يؤثر على الإقرار . إذ الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه .

والظاهر يرون أن يكون الإقرار مرة واحدة ولا يتعدد . وقد اختلف في عدد الأقارير . فاكثفي مالك وأبو حنيفة والشافعي بإقرار واحد ، ويرى أبو يوسف من فقهاء الحنفية مع أحمد والشيعة الزيدية أن يكون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٦ (٣) المغني ج ١٠ ص ٢٧٩ ، ٢٥٧ .

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ .

الإقرار مرتين ، وحجتهم ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يقطع أحد السارقين إلا بعد أن اعترف مرتين أو ثلاثاً ، ويترتب على اشتراط الإقرار مرتين عند القائلين ، إنه لو أقر مرة واحدة لم يقطع بها . ولكنه يعزر بها ويحكم عليه بقيمة المسروق (١) .

واختلف في اشتراط الخصومة مع الإقرار ، فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يشترطون الخصومة مع الإقرار ، فلا يقطع المقر بسرقة مال من مجهول أو من غائب إلا إذا خاصمه من يملك الخصومة كما هو الحال في حالة الثبوت بالبيئة . ولكن أبا يوسف من فقهاء المذهب الحنفي لا يشترط الخصومة في حال الإقرار ويرى القطع في السرقة من مجهول أو غائب إذا ثبتت السرقة دون حاجة للخصومة وحجته في ذلك . أن المقر لا يتهم في الإقرار على نفسه ، ويحتج أبو حنيفة ومن على رأيه بأن سمرة لما أقر للرسول أنه سرق بعيراً ، أرسل الرسول يسأل الجني عليهم فقالوا : فقدنا بعيراً في ليلة كذا . فقطعه .

ويحتج لذلك أيضاً ، بأن الظاهر أن من في يده شيء فهو ملكه . فإن أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه حتى يصدقه المقر له ، والغائب يجوز أن يصدقه ، ويجوز أن يكذبه ، فاحتمال التكذيب شبهة تدرأ الحد عن المتهم .

وقد علمنا فيما سبق أن مال الكا لا يشترط الخصومة للقطع سواء ثبتت السرقة ببيئة أو إقرار (٢) .

وإذا أقر الجاني ورجع عن إقراره لم يقطع ، لأن العدول شبهة في صحة الإقرار . ولكن يمكن أن يعزر على أساس إقراره ، وأن يحكم عليه بضمن المسال المسروق وإذا عدل المتهم عن الإقرار ، وكانت الجريمة ثابتة بشهادة

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩١ - ٢٩٤ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤ - شرح الزرقاني

ج ٨ ص ١٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ - بدائع الصنائع ص ٨١ ، ٨٢ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ - شرح الزرقاني ج ٨

ص ١٠٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٢

الشهود ، قطع الجاني بناء على ثبوت الجريمة بالبينة . وهذا ما يراه أحد ومالك والظاهر يرون ^(١) .

وعند الشافعيين يرون أن الأصح سقوط القطع إذا ثبتت الجريمة أولاً بالإقرار ثم ثبتت بالبينة إذا رجع عن الإقرار ^(٢) .

ومذهب الشيعة الزيدية كذهب أبي حنيفة يرون أن الإقرار يبطل الشهادة ، وأن العدول عن الإقرار يبطل الحد ^(٣) .

وليس للعدول عن الإقرار أى أثر عند الظاهريين ، بل يؤخذ الجاني بإقراره ولو عدل عنه ، لأنهم لا يدرأون الحدود بالشبهات ، ويرى بعض الشافعية هذا رأى على أساس أن السرقة حق متعلق بالأفراد ^(٤) .

٦٢٠ - ثالثاً : اليمين : فى مذهب الشافعى رأى أن السرقة تثبت باليمين

المردودة ، فإذا ثبتت على هذا الوجه قطع المتهم ، فإذا لم يكن شهود ولا إقرار . فنسب المجنى عليه السرقة للمتهم ، فنكل السارق عن اليمين خلفها المدعى قطع السارق ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار والبينة وسيلة من وسائل الإثبات ، وكل منهما يقطع به فيقطع باليمين المردودة .

لكن رأى الراجح فى المذهب ، أن القطع لا يكون إلا بالبينة أو الإقرار ، وأنه لا قطع باليمين المردودة ، وإنما يثبت بها المال المسروق فقط ^(٥) وهذا رأى يتفق مع مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد فإنهم لا يرون اليمين المردودة دليلاً مثبتاً إلا للمال دون غيره ، وأن السارق لا يقطع بها ^(٦) .

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٨٦ - المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ويراجع مذهب أبي حنيفة فى شرح فتح القدير .

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٩ (٤) المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ - المذهب ج ٢ ص ٣٦٤

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

(٦) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨١ - المغنى ج ١٢٨

المبحث الثالث

فيما يترتب على ثبوت السرقة

يترتب على ثبوت السرقة شيئان : أولهما : ضمان قيمة المال المسروق ،
ثانيهما : قطع السارق .

٦٢١- أور القحطاني : يسلّم أبو حنيفة وأصحابه أن الجاني إذا ثبتت عليه السرقة ملزم بضمان قيمة الشيء المسروق ، وأنه يجب عليه القطع إذا تبين أنه سارق ، ولكنهم يرون الضمان والقطع لا يجتمعان معاً ، فإذا قطع السارق فلا ضمان عليه حتى ولو استهلك الشيء المسروق بعد القطع ، وحجتهم أن نص القرآن جاء بالقطع فقط ، وأن عبد الرحمن بن عوف روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قطع السارق فلا غرم عليه » ولهم حجة أخرى منطقية وهي : أن المضمونات تملك عندهم من وقت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق فكأنه ملكه من وقت أخذه ، وكأنه أخذ ما يملكه ، فلو قطع مع الضمان لقطع في ملك نفسه . والقطع لا يجب إلا بأخذ ملك الغير ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بين حالة الاستهلاك قبل القطع وحالة الاستهلاك بعده ويرون أن السارق يضمن المال المسروق إذا استهلكه بعد القطع ، أما إذا استهلكه قبله فلا ضمان . وحجتهم أن المال المسروق حين بقي في يد السارق بعد القطع بقي تحت يده على سبيل الأمانة ليرده للمجنى عليه ، فإذا استهلكه ضمن قيمته^(١) ويرى الحنفية عموماً . أن للمالك استرداد المسروق بعد القطع ما دام المسروق لم يستهلك . سواء كان المسروق في يد السارق أو كان السارق قد تصرف فيه للغير ، وللغير أن يرجع بالثمن على السارق ، ولكن ليس له أن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ ، ٨٥ .

يرجع عليه بالقيمة ، لأن الرجوع بالقيمة معناه الضمان ، وقد انتهى الضمان عن السارق بالقطع ، أما الرجوع بالثمن فلا يوجب على السارق ضمانا في عين المسروق وإن كان قد هلك في يد المتصرف إليه فلا ضمان عليه ولا على السارق ؛ لأن السارق قطع ، والقطع ينفي الضمان ولأن تضمين المتصرف إليه يعطيه حق الرجوع على السارق بالضمان . فتكون النتيجة تضمين السارق ، وقطعه ينفي عنه الضمان ، فإذا كان المتصرف إليه قد استهلك المسروق كان لهجنى عليه أن يرجع بقيمة المسروق على المتصرف إليه ، لأنه قبض ماله بغير إذن واستهلكه وكان للمتصرف إليه أن يرجع على السارق بالثمن ، والرجوع بالثمن ليس تضمينا ، وإنما التضمن هو الرجوع بالقيمة ، وإذا غصب المال المسروق شخص من السارق ، كان لهجنى عليه أن يسترد المال من يد الغاصب ، فإذا هلك المال في يد الغاصب ، كان لهجنى عليه أن يرجع على الغاصب بقيمته على رأى . ولم يكن له على رأى آخر ؛ لأن عصمة المال قد سقطت بالقطع^(١) واختلاف فقهاء الحنفية في حالة تعدد السرقات ، وتعدد المجنى عليهم . والقاعدة أنه إذا تعددت السرقات قبل الحكم ، تداخلت الحدود وأجزأ أحدها . فيقطع السارق مرة واحدة في كل السرقات ، والخلاف ليس على هذه القاعدة فهي مسلم بها من الجميع . وإنما اختلفوا في الضمان إذا تعددت السرقات ، فقريق يرى أن المجنى عليهم إذا حضروا جميعا وخاصموا . فلا ضمان على السارق ، لأن محاصمة السارق في المسروق تقوم مقام الإبراء من الضمان ، أما إذا خاعم أحدهم أو بعضهم ولم يخاصم الباقون . فالضمان لمن لم يخاصم ، وهذا هو رأى أبى يوسف ومحمد ، وحجتهم ، أن المجنى عليه مخير بين أن يدعى المال فيستوفى حقه وهو الضمان ، وبين أن يدعى السرقة ، فيستوفى حق الله تعالى فهو القطع ولا ضمان له . فسقوط الضمان أساءه عندهما ، الادعاء بالسرقة . أما رأى المضاد فهو رأى أبى حنيفة ، ويرى أن لا ضمان لأحد من المجنى عليهم ، لأن القطع

وقم للسرقات كلها . فينتفى الضمان لأيهما ^(١) .

ويرى الشافعى وأحمد ، أن القطع والضمان يجتمعان دائماً ؛ لأن السارق يأتى بما يوجب القطع ، ويأتى بما يوجب ضمان قيمة المسروق فى كل سرقة ، فـ كان الواجب عليه هو القطع والضمان . ذلك أن كل سرقة إنما هى اعتداء على حقين أولهما : حق الله تعالى الذى حرم السرقة أو حق الجماعة التى تضر بالسرقة . والثانى : حق العبد الذى أنلف ماله دون مبرر ، وإذا كانت الجريمة اعتداء على حقين ، فليس ثمة ما يمنع أن تكون الجريمة مضمونة بضمانين . أى أن يكون الجانى مسئولاً عن هذين الحقين ، كذلك فإن الجانى ضامن لرد العين كلما كانت باقية تحت يده . فيجب عليه ضمان قيمتها إذا كانت تالفة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولا يسلم الشافعية والحنفية بحديث عبد الرحمن بن عوف ، لأن أحد رواته مجهول .

وعلى هذا يجب على السارق رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية فإذا كانت تالفة . فعلى السارق رد قيمتها أو مثاها إن كانت مثلية قطع أو لم يقطع ، موسراً كان أو معسراً ، وإذا تعدد المجنى عليهم فى السرقة ، فالسارق ضامن لكل منهم قيمة ما سرق منه أو مثله سواء خاصم أو لم يخاصم ^(٢) .

وإذا تصرف السارق فى العين لغيره . كان للمالك أن يسترد العين من هذا الغير وللآخر الرجوع على السارق بقيمتها

ويرى مالك أن السارق يضمن قيمة المسروق إذا لم يحكم عليه بالقطع أيّاً كان السبب فى عدم القطع ، كأن كان لعدم تمام النصاب فى المال ، أو فى الشهادة أو لأنه سرق من غير حرز ، أو لأن يده قطعت فى جناية أخرى عمداً أو خطأ أو فى حادث عرضى ، وهو يضمن قيمة المال المسروق ولو كان قد تلف ، وسواء كان التلف باختياره أو بالرغم منه ، وسواء كان السارق موسراً أو معسراً .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٥ ، ٨٦ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ - المغنى ج ١٠ ص ٢٧٩ .

أما إذا كانت العين باقية فعليه ردها . أما إذا قطع في السرقة فعليه رد العين إن كانت موجودة . فإن لم تكن موجودة فعليه قيمتها أو مثاها بشرط أن يكون موسراً وقت السرقة ويظل يسره حتى يقطع . فإن كان معسراً وقت السرقة ثم أيسر بعد ذلك ولو قبل القطع ، فلا ضمان . وكذلك لو كان موسراً وقت السرقة ثم أعسر بعد السرقة وقبل القطع ولو عاد إلى يساره بعد القطع .

وأساس هذه التفصيلات عند مالك . هو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : « إذا أقيم على السارق الحد فلا ضمان عليه » ويفسر مالك هذا الحديث بأنه لا يجوز أن يجتمع على السارق عقوبتان ، قطع يده ، وابع ذمته . ولكن مالك يرى أن اليسار المتصل كالمال القائم . فإذا ظل السارق في يساره من وقت السرقة إلى وقت القطع فلا يعتبر أنه عوقب بتضمينه قيمة المسروق الذي تصرف فيه ، فدخل ثمنه في ماله أو استهلكه . انتفع به أم لم ينتفع . ورأى مالك استحسان على غير قياس^(١) . وتطبق هذه القواعد في حالة تعدد السرقات وتعدد المجنى عليهم وللمالك إذا تصرف السارق في العين لآخر أن يسترد العين من الآخر .

ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبي حنيفة . فالسارق إذا قطع لم يضمن^(٢) .

٦٢٢ - ثانياً - القطع - أساس القطع : الأصل في القطع قوله تعالى ﴿ السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ .

وعقوبة القطع لا يجوز العفو فيها لا من المجنى عليه ولا من رئيس الدولة ، ولا يجوز أن تستبدل بها عقوبة أخرى أخف منها . والأصل في ذلك ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجافوا العقوبة بينكم ، فإذا انتهى بها إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا » كذلك لا يجوز تأخير تنفيذ العقوبة أو تعطيلها وهذه المبادئ

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٧ ، ١٠٨ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٢) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٧٥ .

متفق عليها . ولا يخالف فيها إلا الشيعة الزيدية . حيث يرون أن القطع يسقط عن السارق بعفو المجنى عليه في السرقة ، فإذا تعدد المجنى عليهم وجب لسقوط القطع أن يعفو كل منهم^(١) .

كذلك يرون أن للامام مع وجوب إقامة الحد أن يسقط العقوبة عن بعض الناس لمصلحة . وله أن يؤخر إقامته إلى وقت آخر لمصلحة . على أن بعضهم يرى أن ليس للامام إسقاط حد القذف ولا حد السرقة^(٢) .

٦٢٣ — محل القطع : اختلف الفقهاء في محل القطع إلى حد كبير . ولهم في ذلك آراء مختلفة . وأساس اختلافهم تأويل قوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ واختلافهم في صحة ما أئثر عن الرسول فرأى عطاء : أن السارق إذا سرق قطعت يده في السرقة الأولى ولا قطع بعد ذلك إن عاد للسرقة . وعلى هذا . فإن جزاء السرقة هو قطع اليد اليمنى في أول سرقة أما السرقات الأخرى فلا قطع فيها ، وإنما يعاقب السارق عقوبة تعزيرية . وحجة عطاء ، أن الله جل شأنه قال ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ ولو شاء أمر بقطع الرجل ولو لم يكن الله تعالى نسيماً^(٣) .

ويرى الظاهريون أن القطع واجب في اليدين معاً . فإذا سرق قطعت إحدى يديه فإذا عاد للسرقة قطعت يده الثانية . فإن سرق الثالثة عزر ومنع الناس ضرره حتى يصلح حاله - أي حبس طويلاً حتى يصلح حاله - وحجتهم أن القرآن والسنة جاءا بقطع يد السارق لا بقطع رجله ، فلا يجوز أن يقطع من السارق غير يديه^(٤) ومحل القطع عند أبي حنيفة والشيعة الزيدية وعلى الرأي الأول

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٢٤ .

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ - كشاف الفتاوى ج ٤ ص ٨٧ ، ٤٧ ، ٨٧ ، ٣٠٠ ، ٢٨٩ ، ٢٩٢ - الاحكام السلطانية ص ٢٦٥ المدونة ج ١٦ ص ٦٧ - المحلى ج ١١ ص ١٢٦ وما بعدها

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٥٤ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٥٧ .

- وهو الراجح في مذهب أحمد - هو اليد اليمنى والرجل اليسرى ، فتقطع اليد اليمنى في السرقة الأولى ، فإن عاد للسرقة قطعت الرجل اليسرى ، فإن عاد فلا قطع بعد ذلك . وإنما يحبس إلى مدة غير معينة حتى يموت أو تظهر توبته . وحجتهم في ذلك أولا ، ما روى عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق « إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ، ولأن نص القرآن فاقطعوا أيديهما قصد منه اليد اليمنى فقط بدليل قراءة عبد الله بن مسعود « فاقطعوا أيمنهما » ولا يظن بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه . بل سماعاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . فخرجت قراءته مخرج التفسير ؛ ولأن القطع - قطع اليدين - يفوت منفعة الجنس ، وكذلك قطع الرجلين معاً ، فلا يستطيع أن يأكل أو يمشي أو يتطهر أو يدفع عن نفسه ، ولأن عمر وعلياً لم يريا أن يقطعا أكثر من يد ورجل السارق ، فقد أتى على سارق قطعت يده ورجله فلم يقطعه وقال : إني لأستحي من الله ألا أدع له يداً يبطش بها ، ولا رجلاً يمشي عليها . ولما أشار عليه أصحابه بقطعه قال : إذا قتلته وما عليه القتل ، بأي شيء يأكل الطعام ؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة ؟ بأي شيء يغتسل من جنابته ؟ بأي شيء يقوم على حاجته ؟ وروى عن عمر أنه أتى برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فاستودعه السجن بعد أن أشار عليه على بذلك^(١) .

ومحل القطع عند مالك والشافعي وعلى الرأي الثاني في مذهب أحمد هو اليدين والرجلان معاً . فتقطع اليد اليمنى أولاً . فإن عاد السارق قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد الثالثة قطعت اليد اليسرى . فإن عاد الرابعة قطعت رجله اليمنى فإن عاد بعد ذلك حبس حتى يموت أو تظهر توبته . وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ والأيدي اسم جمع والاثنان فما فوقهما جمع . وإن أبا هريرة روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في السارق « السارق إن سرق

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٦٤ ، ٢٧٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٦ - شرح الازهار

فاقطعوا يده ثم إن سرق فافطعوا رجله ثم إن سرق فافطعوا يده ثم إن سرق فافطعوا رجله « ولأن أبا بكر وعمر قطعوا في خلافتهم اليدين والرجلين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اقتدوا بالذين من بعدى . أبى بكر وعمر » ^(١) .

ويشترط أبو حنيفة لقطع اليد اليمينية أن تكون اليد اليسرى صحيحة . فإن كانت مقطوعة أو شلاء مقطوعة الإبهام أو أصبعين سوى الإبهام فلا تقطع اليمينية لأن القطع للسرقة شرع للزجر لا للإهلاك . فإذا لم تكن اليسرى يمكن الانتفاع بها . فإن قطع اليمينية يؤدي إلى تفويت منفعة اليدين . وهو إهلاك للنفس من وجه ، وإذا كانت اليسرى كذلك فلا تقطع الرجل اليسرى أيضاً . لأن قطعها يؤدي إلى ذهاب أحد الشئتين على السكال . ففيه إهلاك النفس .

ويرى أبو حنيفة أيضاً ، أنه إذا كانت الرجل اليمينية مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها فلا تقطع اليد اليمينية ؛ لأن في ذلك فوات منفعة الشق وكذلك لا تقطع رجله اليسرى وإن كانت صحيحة ؛ لأنه يبقى بلا رجلين فتفوت منفعة الجنس - أى منفعة المشي - وإن كانت رجله اليمينية مقطوعة الأصابع كلها . فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها كلها تقطع يده اليمينية ؛ لأن الجنس لا نفوت منفعته ، وإن كانت يده صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأصابع تقطع يده اليمينية ، لأن جنس المنفعة لا يفوت وليس فيه فوات الشق ، وإن كانت اليد اليمينية شلاء أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع . فإنها تقطع ؛ لأن اليد السليمة تقطع فالمعيبة إذن أولى بالقطع .

ورأى أبى حنيفة فيما سبق يتفق مع رأى أحمد ، ولكن الأخير يخالف في أنه يعتبر اليد التي ذهب معظم نفعها في حكم للمعدومة . فلا يعتبر معدومة ما ذهب منها خنصر أو بنصر أو إبهام : أما أبو حنيفة فيعتبر في حكم الممدوم

(١) شرح الزرقاني ج ٢ ص ٩٢ ، ٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ وما بعدها .

ما قطع منه أصبعان غير الإبهام ، أو قطع منه الإبهام فقط ؛ لأن ذلك في رأيه يقوت منفعة البطش .

وفي مذهب أحمد رأى لا يرى قطع الشلاء أصلاً . والانتقال إلى غيرها . .
فإن كانت اليد اليمنى شلاء ، قطعت الرجل اليسرى . ولكن رأى الأخير يرى قطع الشلاء إذا رأى أى أهل الجبرة أنها لو قطعت رقاً دمها وانحمت عروقتها . وفي المذهب رأى يرى ألا تقطع اليد إذا كانت كل أصابعها ذاهبة ، ورأى يرى قطعها^(١) .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبي حنيفة كما ورد ذلك في شرح الأزهار .
ويتفق مالك والشافعي كما ذكرنا من قبل في قطع اليدين والرجلين .
ولكن مالكا يرى ألا قطع في يد ولا قدم مشلولة شللاً ظاهراً . وإذا قطع من اليد معظم أصابعها ، كثلاثة أو أربعة أصابع ، اعتبرت عند مالك في حكم المشلولة وكذلك الرجل .

أما الشافعي فإنه يرى قطع اليد أو الرجل ولو كانت شلاء ، إلا إذا خيف من قطعها ألا يكف الدم ، ويكتفى بقطع اليد ما دام فيها أصبع واحد . بل يرى بعض فقهاء المذهب الاكتفاء بالكف دون الأصابع^(٢) .

ومن المتفق عليه بين جميع الفقهاء . أن القطع يسقط إذا ذهب العضو المستحق القطع بسبب وقع بعد السرقة لا قبلها ، سواء كان الذهب بآفة ، أو قصاص ، أو جناية . فن حصل له حادث بعد السرقة . فذهبت فيه يده اليمنى سقط عنه القطع . ولم ينتقل للرجل اليسرى . ومن قطع يمين شخص بعد السرقة فحكم له بالقصاص ، فقطعت يده اليمنى ، سقط عنه القطع للسرقة ولم ينتقل إلى الرجل اليسرى . . أما إذا كانت الجناية التي حكم فيها بالقصاص وقعت قبل

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ - كشاف القناع - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٣

(٤٠ - التشرع الجنائي الإسلامي ٢)

السرقه فالقطع ينتقل للرجل اليسرى^(١) .

وإذا قطع شخص عمداً العضو المستحق القطع سقط القطع ، وليس على العادى إلا التعزير . ويسقط القطع ؛ لأن العضو المستحق ذهب بسبب نشأ بعد السرقه ولا قصاص على العادى ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم ، وإنما يعزى لافتياته على الإمام ولو كان القطع قبل ثبوت السرقه . والحكم بالقطع ما دام الاعتداء حدث بعد السرقه ، وما دامت السرقه قد ثبتت وكانت مما يجب فيه القطع ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد إلا أن بعض المالكية يشترط أن يكون الاعتداء بعد ثبوت السرقه لا بعد وقوعها^(٢) .

ويفرق الحنفية بين حالتين ، حالة ما إذا كان الاعتداء قبل الخاصمة أو بعدها فإن كان قبل الخاصمة فملى المعتدى القصاص ؛ لأن القطع لا يجب فى السرقه إلا بالخاصمة فكان العضو حين قطع غير مستحق القطع . فقطع وهو معصوم . وينتقل القطع فى السرقه إلى الرجل اليسرى إذا كان المقطوع هو اليد اليمنى . كأن سرق ولا يمين له . أما إذا كان الاعتداء بعد الخصومة . فإن كان قبل القضاء فكذلك الجواب . إلا أننا هنا لا نقطع رجله اليسرى ، لأنه لما خوصم كان الواجب فى اليمين وقد فاتت . فسقط الواجب كما لو ذهب بأفة سماوية ، وإن كان بعد القضاء فلا قصاص على القاطع ، لأنه احتسب لإقامة حد الله تعالى فكان قطعه عن السرقه^(٣) .

وإذا شهد بالسرقه فحبسه الحاكم لعدل الشهود . فقطعه قاطع . ثم عدلوا فلا قصاص على القاطع عند الأئمة الثلاثة . وإن لم يعدلوا وجب القصاص . ولكن

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ - المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص

١٠٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ .

الحنفيين لا يرون القصاص ، لأن صدق الشهود محتمل فيكون ذلك شبهة^(١) .
 وإذا عدا شخص على السارق . فقطع بسراه بعد السرقة عمداً أو خطأ فعليه
 القصاص في العمد والدية في الخطأ ، ولكن قطع اليمين يسقط عن السارق عند
 أبي حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية « لأنه لو قطع لأدى قطعه إلى تقويت منفعة
 الجنس ، ولكن مالك والشافعي لا يسقطان قطع اليمين عن السارق ، لأنهما
 يحيزان قطع اليدين والرجلين . بينما لا يحيز أبو حنيفة وأحمد إلا قطع يد
 ورجل فقط^(٢) .

وإذا قطع الإمام أو الجلاد اليسرى بدلا من اليمين خطأ أجزأت ، وليس
 على القاطع ضمان في رأى البعض ، وعليه الضمان في رأى البعض الآخر ، أما إذا
 قطعها عمداً وهو عالم أن السنة قطع اليمين فعلى القاطع القصاص ، ولا يسقط
 القطع عن السارق فتقطع يده اليمين عند مالك والشافعي ، وعليه التعزير عند
 أبي حنيفة والضمان . وكذلك يرى بعض الحنابلة . ولكن البعض الآخر يرى
 القصاص . ولكن الحنفيين عموماً والحنابلة يرون أن قطع اليسار يمنع من قطع
 اليمين ويجزى عنه ، لأن قطع اليمين يفضى إلى تقويت منفعة الجنس . كما يؤدي
 إلى قطع اليدين في سرقة واحدة .

ويرى أبو حنيفة ألا ضمان على القاطع في هذه الحالة . لأن القاطع أتلف
 وأخلف خيراً مما أتلف . أى أنه إذا كان فعل القاطع أدى إلى إتلاف اليسرى .
 فقد أدى إلى إبقاء اليمين وهى خير من اليسرى^(٣) .

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ - حاشية ابن عابدين ص ٢٨٧ - الزيلعي ج ٣
 ص ٢٢٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ - شرح الزرقاني ج ٨
 ص ٩٣ - المغنى ج ١٠ ص ٢٧٠ - شرح الأزهار ص ٣٧٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٣ ، ٩٤ - أسنى المطالب
 ج ٤ ص ١٥٣ كشف القناع ج ٤ ص ٨٨ - المغنى ج ١٠ ص ٢٧٠ .

٦٢٤ - موضع القطع : موضع القطع من اليد هو مفصل الزند عند الأئمة الأربعة والظاهرين والشيعة الزيدية ، وعند الشيعة الإمامية القطع من أصول الأصابع ، فلا تقطع الكف ، ويرى الخوارج القطع من المنكب . . . وموضع قطع الرجل من مفصل الكعب ، ولكن الشيعة الإمامية يرون القطع من مقعد الشراك ليبقى للسارق عقب يمشى عليه . وحجة الخوارج أن اليد تطلق على الذراع كله . وحجة الشيعة الإمامية أن علياً قطع أصابع اليد دون الكف ، وقطع القدم دون الكعب . وحجة القائلين القطع من مفصل الزند ومفصل الكعب ، أن أقل ما يطلق على اليد هو الكف والأصابع . وأن العمل جرى من عهد الرسول على القطع من هذين المفصلين^(١) .

٦٢٥ - التداخل : إذا سرق السارق مرات قبل القطع أجزأ قطع واحد عن جميع السرقات وتداخلت الحدود جميعاً ، لأن السرقة حد من حدود الله تعالى . فإذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا . والقاعدة ، أن ما تعاقب بحق الله تداخل ، وما تعاقب به حق لآدمي لم يتداخل^(٢) ويرى مالك أن التداخل يكون في حالتين : الأولى - إذا اتحد الموجب . أى اتفق قدر ما توجه به كل جريمة كالغذف والشرب ، فعقوبة كل منهما ثمانون جلدة ، وكالسرقة وقطع اليد اليمنى فالأولى عقوبتها القطع والثانية القصاص . فإذا أقيمت إحدى العقوبتين أو العقوبات التي تتحد في الموجب سقطت العقوبات الأخرى ولو لم يقصد عند إقامة العقوبة التي أقيمت أن تجزىء عن غيرها ، أو لم يكن يعلم أن هناك حدوداً أخرى واجبة على الحدود .

(١) الحلى ج ١١ ص ٣٥٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٦٤ - شرح الازهار ج ٤ ص ٢٧٢
شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٢، ٩٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ،
١٥٣ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٨ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٧ - بدائع الصنائع
ج ٧ ص ٨٥ شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ .

الثانية - إذا تكررت موجبات الجريمة الواحدة كالسرقة مراراً قبل الحد أو الشراب مراراً قبل الحد . ويرى بعض الحنابلة أنه لو سرق جماعة وجاؤوا متفرقين فإن الحدود لا تتداخل . ولعله يقى ذلك على حد القذف ، ولكن الصحيح أنها تتداخل . لأن القطع خالص حق الله تعالى . وإن توقف على مخاصمة المالك . أما حد القذف فحق لآدمى ويتوقف على المطالبة باستيفائه أو إسقاطه العفو عنه ^(١) .

٦٢٦ - من الذي يقيم الحر ؟ يقيمه الإمام أو من ولاه من الحكام .

٦٢٧ - تعليق اليد بعد قطعها : يرى الشافعى وأحمد أن تعلق اليد المقطوعة وقتاً ما فى عنق السارق للزجر والتنكيل ، أخذاً بما رواه الترمذى من أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلق فى عنقه ^(٢) ولم يحدد الحنابلة الوقت وحدده الشافعية بساعة ، ويرى الشيعة الزيدية التعليق على أن يكون ثلاثة أيام ^(٣) ، ولا يذكر المالكية والحنفية شيئاً عن تعليق اليد .

٦٢٨ - مسقطات القطع : إذا وجب القطع على السارق فلا مفر من تنفيذ العقوبة ، إلا إذا سقطت بسبب ما ، والأسباب المسقطات للقطع مختلف عليها بين الفقهاء ، فما يراه البعض مسقطاً للعقوبة لا يراه البعض كذلك . وسنبين فيما بلى أسباب السقوط المختلف عليها والمتفق عليها :

١ - تكذيب المسروق منه السارق فى إقراره بالسرقة أو تكذيبه الشهود فيما شهدوا به من السرقة ، فهذا التكذيب يبطل الإقرار والشهادة ، ويترتب على بطلانها سقوط القطع . وهذا هو مذهب أبى حنيفة . ويستوى أن يكون التكذيب مبتدأ أو بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة ، ولكن مالكا - وهو لا يعتبر المخاصمة - لا يرى فى تكذيب المجنى عليه لإقرار الجانى أو للشهود ما يسقط

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٨

(٢) أسنى المطالب ١٥٣ - المغنى ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) شرح الأنهار ج ٤ ص ٣٧٢

القطع مادام الثابت أن التكذيب قصد به مساعدة الجاني . ولا يتفق مع الحقيقة ، والأمر كذلك عند الشافعي وأحد إذا كان التكذيب بعد الحاصمة والادعاء بالسرقة . أما إذا كان التكذيب مبتدأ فلا يجب القطع ، لأنه لا يجب إلا الحاصمة ، والتكذيب المبتدأ يمنع من الحاصمة .

ومذهب الظاهريين يتفق مع مذهب مالك في هذه النقطة . أما مذهب الشيعة الزيدية فهو كمذهب أبي حنيفة ، لأنهم لا يسقطون القطع بعفو المجنى عليه فسواء كان التكذيب صحيحاً أو مقصوداً به مساعدة الجاني ، فهو مسقط للحد عندهم^(١) .

٢ - العفو عن السارق على أن يكون من جميع المجنى عليهم ، فإن كان من بعضهم دون البعض فلا يسقط القطع . وهذا رأى الشيعة الزيدية ولا تأخذ به المذاهب الأخرى المقارنة^(٢) .

٣ - رجوع السارق عن إقراره صراحة أو ضمناً إذا لم يكن دليل إلا الإقرار فإذا كان دليل آخر فهو على ما بينا عند الكلام على الإقرار . وهذا متفق عليه إلا من الظاهريين وبعض الشافعية ، فإنهم لا يرون الرجوع عن الإقرار مسقطاً للقطع .

وإذا اشترك في السرقة شخصان فأقرا بالسرقة وعدل أحدهما عن إقراره دون الآخر سقط القطع عن عدل دون غيره عند مالك والشافعي وأحد ، وعند أبي حنيفة يدرأ القطع عن الآخر ، لأن السرقة واحدة وشركتهما ثابتة ورجوع أحدهما يورث شبهة في حق الشريك الآخر ، وإذا اعترف أحدهما بالسرقة وأنكر الآخر ولم يكن عليه دليل . فالقطع على المقر وحده عند الجميع . إلا أن أبا يوسف من فقهاء المذهب الحنفي يرى ألا يقطع المقر ، لأنه أقر بسرقة واحدة بينهما على الشركة ، فإذا لم تثبت في حق شريكه بإنكاره

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ - شرح الزرقاني

ج ٨ ص ٩٧ - المدونة ج ١٦ ص ٩٥

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤

يؤثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة . وأصحاب الرأي المضاد يرون أن إقراره بالشركة في السرقة إقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما . إلا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت فعل السرقة بالنسبة له ، وعدم الفعل منه لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه . فيبقى إقراره على نفسه بالسرقة قائماً فيؤخذ به ^(١) .

٤ — رد المسروق قبل المرافعة : يرون في مذهب أبي حنيفة أن رد السارق للمسروق قبل المرافعة يسقط القطع أما بعد المرافعة فلا يسقطها ؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع فإذا رد السارق للمسروق قبل المرافعة بطلت الخصومة . بخلاف ما بعد المرافعة ، لأن الشرط وجود الخصومة لبقاؤها .

وهناك رواية عن أبي يوسف بأن الرد قبل المرافعة لا يسقط القطع ؛ لأن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع . فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة ولا يسقط القطع الواجب لها كما لورده بعد المرافعة ، وعند الشيعة الزيدية أن رد المسروق إلى الحرز بعد إخراجها يجب فيه القطع . وعند مالك والشافعي وأحمد أن الرد لا يمنع من القطع ، لأن مالك لا يعتبر الخاصة ولأن الخاصة كما يراها الشافعي وأحمد شرط للحكم لا شرط للقطع . فإذا خاصم المجنى عليه وجب القطع . ولو رد الجاني للمسروق ولو كان الرد قبل المرافعة ^(٢) .

٥ — تملك السارق للمسروق قبل القضاء : يرى الحنفيون أن السارق إذا تملك للمسروق قبل القضاء سقط القطع فإذا تملكه بعد الحكم وقبل التنفيذ سقط القطع أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يسقط عند أبي يوسف ، ويرى الشيعة الزيدية أن المسقط للقطع هو التملك قبل الشكوى ، وعند الشافعي وأحمد الحكم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ — شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٩ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٧ — كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٥١ — المهذب ج ٢ ص ٣٦٤ — المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ وما بعدها .
(٢) المراجع السابقة.

كذلك ، لأن من شرط الحكم بالقطع المطالبة بالمسروق ، فإذا تملكه السارق قبل الشكوى امتنعت المطالبة ، أما إذا كان التملك بعد الشكوى فلا يسقط القطع ؛ لأن المطالبة وجدت فعلا ، أما عند مالك فالعبرة بتملك المسروق وقت السرقة . فإذا كان لا يملكه وقت السرقة قطع به ، لأن مالكه لا يشترط المطالبة ويرى القطع ولو رد الشيء المسروق قبل الشكوى ، ولو كانت الشكوى من أجنبي^(١) .

٦ — ادعاء ملكية المسروق : إذا ادعى الجاني ملكية الشيء المسروق ، فيرى البعض أن الادعاء يسقط القطع ، وقد تكلمنا عن ذلك فيما سبق فيراجع .
الشفاعة في السرقة :

لا يرى الفقهاء بأسا بالشفاعة في السارق ما لم يبلغ الحادث الإمام ، فإنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغني من حد فقد وجب » ومما يروى عن الزبير بن العوام أنه قال في الشفاعة في الحد : « يفعل ذلك دون السلطان . فإذا بلغ الإمام فلا أعفاه الله إن أعفاه » وقال مالك : إن السارق إذا لم يكن يعرف بشر فلا بأس أن يشفع له ما لم يبلغ الإمام .
وأما من عرف بشر وفساد فلا ينبغي أن يشفع له أحد ، ولكن يترك حتى يقام الحد عليه .

وأجمعوا على أنه إذا بلغ الإمام لم تجز الشفاعة فيه ؛ لأن ذلك إسقاط لحق وجب لله تعالى . وقد غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين شفع أسامة بن زيد في الخزومية التي سرقت وقال « تشفع في حد من حدود الله ؟ » وقال ابن عمر : من حالت شفاعة دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في حكمه^(٢) .

ما يترتب على سقوط الحد : إذا سقط الحد بعد ثبوت السرقة ترتب على

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٧٧ — المدونة ج ١٦ ص ٨٩ — شرح الزرقاني ص ٨٩

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٩٥ — شرح الزرقاني ص ١٠٨ — المهذب ج ٢ ص ٣٠٠ —

الحلي ج ١١ ص ١٥١ .

تلك نتيجتان : أولاها : دخول المسروق في ضمان السارق عند من لا يجمعون بين القطع والضمان حتى ولو كان قد هلك في يده أو استهلكه بنفسه ، وسواء كان موسراً أو معسراً ، لأن المانع من الضمان عندهم هو القطع وقد سقط ، وإذا حلت عقوبة التعزير محل القطع فإنها لا تمنع من الضمان . ثانيهما : وجوب رد عين المسروق إن كان قائماً . فإن لم يكن قائماً كإهلاك أو استهلاك فعلي السارق قيمته .

وهاتان النتيجتان ترتب على كتابتهما في الحالات التي يجب فيها الضمان والرد . أما إذا لم يكن الضمان والرد واجباً فلا وجود لهاتين النتيجتين . فمثلاً إذا كان السارق قد رد المسروق قبل التبليغ فلا ضمان ولا رد مالم يكن رده ناقصاً . وإذا كان قد تملكه بعد السرقة فلا ضمان ولا رد^(١) .

الشروع في السرقة

٦٢٩ — للتفريق بين السرقة التامة والشروع فيها أهمية كبرى في الشريعة الإسلامية ، لأن القطع لا يكون إلا في السرقة التامة . أما الشروع فلا قطع فيه بأى حال ، وعقوبته دائماً التعزير .

وتتم السرقة عند الظاهريين بمجرد استيلاء الجاني على الشيء استيلاء مادياً . أى بمجرد وضع يده عليه وضماً مادياً ولو لم يخرج من الحرز أو ينقله من مكانه أما عند عامة الفقهاء فتتم السرقة بإخراج الشيء المسروق من حرزه بحيث يدخل في حيازة الجاني ويخرج من حيازة الجنى عليه .

والحرز كما عرفنا نوعان : حرز بطبيعته وحرز بالحفاظ . فيجب تمام السرقة من حرز بطبيعته أن يخرج السارق بالمسروق من الحرز . فإن سرق من مسكن فلا تتم السرقة إلا بإخراج المسروق من المسكن . أما إخراج المسروق إلى ساحة الدار فلا يعتبر سرقة تامة إلا إذا كانت الغرفة المسروقة

(١) راجع في هذا الموضوع بدائع الصنائع ص ٨٩ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٠

تكون وحدها حرزاً مستقلاً ، وكانت الساحة مشتركة لها وللغرف الأخرى .
أما السرقة من حرز بالحفاظ فتعتبر تامة بمجرد انفصال السارق عن البقعة
التي فيها الشيء المسروق ، لأنه بذلك ينفصل عن الحرز . فن سرق من نائم في
المسجد ثوباً يتوسده يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد إخراج الثوب من تحت النائم ،
ومن أخذ ثوباً جالس في المسجد من جواره يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد انفصاله
عن مكان الثوب ولو لم يخرج من المسجد ، ومن نسل من إنسان نقوداً يعتبر
مرتكباً لسرقة تامة بمجرد انفصال النقود عن ملابس الجنى عليه ولو ظل واقفاً
بحوار الجنى عليه .

ورأى جبهة فقهاء الشريعة في السرقة التامة يتفق إلى حد كبير مع الرأي
الذي عاينه جبهة شراح القوانين الوضعية ، والذي تأخذ به أكثر هذه القوانين
وهو أن السرقة لا تتم إلا بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاماً يخرج به من
حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق ، فإن وقعت السرقة في منزل مثلاً يعتبر
سرقة تامة بمجرد رفع الشيء من مكانه أو الخروج به من الغرفة التي أودع فيها
بل يجب أن يخرج السارق من المنزل جميعه ، على أنه قد تتم السرقة في بعض
الحالات بغير أن يخرج السارق بالشيء المسروق من المنزل ، كما لو سرق خادم
أو ضيف مثلاً متاعاً لصاحب المنزل ووضعه في غرفته أو حقيبتة ، فإنه يعد
مرتكباً للسرقة التامة رغم استمرار بقائه في المنزل . وأساس الخلاف بين
الشريعة والقوانين في هذه الحالة ، هو أن الشريعة تشترط إخراج المسروق من
الحرز فوق إخراجه من حيازة الجنى عليه ، والقوانين لا تشترط هذا الشرط على
أن هذا الخلاف قاصر على السرقات التي يجب فيها القطع . أما السرقات التي
يعاقب عليها بالتعزير فلا يشترط فيها الإخراج من الحرز ، وإنما يشترط فيها أن
يكون الأخذ يخرج الشيء من حيازة الجنى عليه ويدخله في حيازة الجاني . وفي
هذه السرقات تتفق الشريعة مع القوانين في تجديدها السرقة التامة .

ورأى الظاهريين يتفق مع رأي بعض شراح القوانين الوضعية وهم الذين

يرون أن السرقة تتم برفع الشيء من مكانه وبهذا الرأي يأخذ القانون الإيطالي .
ولقد أخذت المحاكم الفرنسية بما يراه أبو عبيدة الزبيرى . فحكمت باعتبار المتهم
شارعا في السرقة بمجرد دق جرس الشقة للتأكد من خلوها من ساكنيها قبل أن
يستعمل الآلات التي حملها معه . وحكمت بأن مجرد التردد أمام المنزل يعتبر
شروعا في السرقة (١) .

واتجاه الشريعة في العقاب على الجرائم المشروعة فيها يتفق مع ما يذهب إليه
أصحاب المذهب الشخصي من شراح القوانين الوضعية . ولكن نظرية الشريعة
تتسع لأكثر مما يتسع له المذهب الشخصي ، لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتى
الجانى إذا تكون مما أتاه معصية . سواء كان مافعله الجانى مؤدياً حتماً إلى الركن
المادى للجريمة المفصودة أو غير مؤد إليه ، كما بسطنا ذلك في الجزء الأول من
كتاب التشريع الجنائى الإسلامى .

٦٣٠ — الشروع في السرقة :

لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم عامة وفي السرقة
بوجه خاص . ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفنى كما نعرفه اليوم . ولكنهم
اهتموا فقط بالفرقة بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، وعلة ذلك أن قواعد
العقاب على التعازير تمنع من وضع قواعد خاصة للعقاب على الشروع في الجرائم
لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع . فالقاعدة . في الشريعة
أن التعزير يكون في كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة . أى أن
كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقباً
عليها بحد ولا كفارة . ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بهما إلا على جرائم
معينة أتمها الجانى فعلاً ، فإن كل شروع في فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير
ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته . أى جريمة تامة ، ولو أنه
جزء من الأعمال المكونة للجريمة لم تتم مادام الجزء الذى تم محرماً لذاته ولا

استحالة في أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكباً لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر في ذاتها جريمة تامة ولو أنها بدء في تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يتسلق السارق المنزل الذي يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلاً تحرّمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية أى جريمة تامة تستوجب العقاب إذا نظرنا إليها على حدة ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءاً من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة السرقة التي لم تتم ، فإذا أتم الجاني سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة وخرج بالمسروقات من الخزانة فإن كل الأفعال التي أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هي السرقة ، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد . وهي العقوبة المقررة للسرقة التامة ، ويعتنع التعزير على مادون التام لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة ^(١) .

٦٣١ — متى يعتبر الفعل شروعاً في الجريمة : ويعتبر الفعل جريمة كلما

كان معصية أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضروري أن يكون الفعل بدءاً في تنفيذ ركن الجريمة المادى بل يكفي أن يكون الفعل معصية . وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادى ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادى أكثر من خطوة ، فمثلاً في السرقة يعتبر النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع . كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير ، وبالتالي شروعاً في سرقة ، ولو أن بين كل منهما وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات هي دخول محل السرقة والاستيلاء على المسروقات وإخراجها من الخزانة .

وكذلك يعزّر الجاني باعتباره مرتكباً لمعصية أو شروعاً في السرقة إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله .

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى باعتباره مرتكباً المعصية أو شارعاً فى السرقة إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقة ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب أو منقب لينقب به الحائط ، ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحائط إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزير الجانى إذا وجد مترصداً بجوار محل السرقة يترصده غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه .

فقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع . هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوناً لمعصية كالنقب ، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجانى وقصده من الفعل لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية .

وقد جعل أبو عبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقاً شأنًا كبيراً للنية ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولكن نية الجانى وحدها هى التى أزال الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجانى بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجانى قاصداً سرقة هذا المحل أو غيره ، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرم ، ولكن نية الجانى هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية ^(١) .

الكتاب الخامس

الحراية

٦٣٢ - الحراية : هي قطع الطريق أو هي السرقة الكبرى ، وإطلاق السرقة على قطع الطريق مجاز لا حقيقة لأن السرقة هي أخذ المال خفية وفي قطع الطريق يأخذ المال مجاهرة ، ولكن في قطع الطريق ضرب من الخفية هو اختفاء القاطع عن الإمام ومن إقامة لحفظ الأمن ولذا لا يطلق السرقة على قطع الطريق إلا بقيود فيقال السرقة الكبرى ، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم منها قطع الطريق ولزوم التقييد من علامات المجاز^(١) .

٦٣٣ - مقارنة بين السرقة والحراية : وجريمة الحراية وإن سميت بالسرقة الكبرى إلا أنها لا تتفق تمام الاتفاق مع السرقة فالسرقة أخذ المال خفية والحراية هي الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة فركن السرقة الأساسي هو أخذ المال فعلاً وركن الحراية هو الخروج لأخذ المال سواء أخذاً المال أم لم يؤخذ، والسارق يعتبر سارقاً إذا أخذ المال خفية أما الحارب فيعتبر محارباً في حالات .
الأولى : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخاف السبيل ولم يأخذ مالا ولم يقتل أحداً .

الثانية : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال ولم يقتل أحداً .

الثالثة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ مالا .

الرابعة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل للمغالبة فأخذ المال وقتل ففي هذه الحالات الأربع يعتبر الشخص محارباً مادام قد خرج

الحال في حق

يقصد أخذ المال على سبيل المغالبة ، أما إذا خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة فلا يخف سبيلاً ولم يأخذ مالا ولم يقتل أحداً فهو ليس محارباً ، فالخروج بقصد أخذ المال إذا لم يؤد لحالة من الحالات ليس حراية ولمكنه ليس مباحاً بل هو معصية يعاقب عليها بالتعزير ، والخروج بغير قصد المال لا يعتبر حراية ولو أدى إلى جرح وقتل ، والخروج لأخذ المال على غير سبيل المغالبة ليس حراية وإنما هو اختلاس . والحراية تعرف عند أبي حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية بأنها الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة إذا أدى هذا الخروج إلى إخافة السبيل أو أخذ المال أو قتل إنسان ويعرفها البعض بأنها إخافة السبيل لأخذ المال^(١) .

والأصل في الحراية قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض . . . الخ ﴾ وقد اختلف في المحاربين المقصودين بهذه الآية فقال البعض إنها نزلت في قوم مشركين كان بينهم وبين النبي ميثاق فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض وقال البعض إنها نزلت في قوم من أهل الكتاب ، وقال البعض إنها نزلت في قوم أسلموا ثم ارتدوا واستاقوا إبلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلوا راعيها والرأى الذي عليه جمهور الفقهاء أن الحارب هو المسلم أو الذمي الذي يقطع الطريق أو يخرج لأخذ المال على سبيل المغالبة^(٢) على أن الظاهرية يرون أن الذمي الذي يقطع الطريق ليس محارباً ولمكنه ناقض للذمة^(٣) ومن هذا الرأى بعض الفقهاء في مذهب أحمد^(٤) - أما بقية المذاهب المقارنة فيسوى بين المسلم والذمي وترى كليهما محارباً إذا قطع الطريق وفي مذهب مالك أن الحراية هي إخافة السبيل سواء قصد المال أو لم يقصد فمن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المغنى ج ١٠ ص ٣٠٢

شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - المغنى ج ١١ ص ٣٠٦

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٩ - نيل الاوطار ج ٧ ص ٢٦٠ وما بعدها - المحلى ج ١١ ص ٣٠٠ وما بعدها

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣١٥ (٤) المغنى ج ١٠ ص ٣١٩

خرج لقطع السبيل لغير مال فهو محارب كقوله لا أدع هؤلاء يخرجون للشام أو غيرها فمن قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب ومن حمل عليهم السلاح بغير عداوة ولا نائثة فهو محارب والمسلم به عند مالك أن كل ما يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث فهو حراية .

وتعرف الحراية عند الشافعيين بأنها هي البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث ^(١) على أنهم يشترطون في القتل الغير حراية أن يكون بقصد أخذ المال ^(٢) أو إخافة السبيل ^(٣) .

ويرى الظاهريون أن المحارب هو المكابر الخيف لأهل الطريق المفسد في الأرض فيدخل في المحاربين قاطع الطريق والاص ولكنهم يرون أن اللص إذا دخل مستخفياً ليسرق أو يزني أو يقتل مثلاً ففعل شيئاً من ذلك مستخفياً فإنما هو سارق أو زان أو قاتل عليه ماعلى الزانى أو السارق أو القاتل فإن اشتهر أمره بفعل ارتكاب جريمته فهو ليس محارباً ولكنه فاعل منكر وليس عليه إلا التعزير فإن دافع وكابر بقصد ارتكاب جريمته فهو محارب بلاشك لأنه قد حارب وأخاف السبيل وأفسد في الأرض ^(٤) - ومن أشهر على آخر سلاحاً على سبيل إخافة الطريق ولو لم يقصد أخذ المال فهو محارب وإن كان يقصد العدوان فقط فعليه القصاص إذا جرح شخصاً فإن لم يكن هنالك جرح فعليه التعزير ^(٥) ومن يمتنع عن أداء الزكاة عليه التعزير ولا يعتبر محارباً فإن مانع دونها فهو محارب ^(٦) فالمحارب عندم كل من حارب المار وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال أو لانتهاك فرج ^(٧) ويرى بعض الشافعية والمالكية التعرض للبضع مجاهرة حراية ^(٨) .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٥ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣١٥ (٦) المحلى ج ١١ ص ٣١٣

(٧) المحلى ج ١١ ص ٣٠٨ - المراجعة السابقة.

(٨) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٩

ويعتبر مالك من الحرابة أخذ المال مخادعة مع استعمال القوة أو مع عدم استعمالها فمن يسقى الخنجر عليه أو يطعمه مادة مخدرة أو يحقنه بها حتى يغيب عن صوابه ثم يأخذ ماله أو يخدعه حتى يدخله محلا بعيداً عن الفوت ثم يسلبه مامعه يعتبر محارباً . ومن يخدع شخصاً صغيراً أو كبيراً على أى الوجهين السابقين ثم يقتله بقصد أخذ مامعه فهو محارب سواء أخذ مامعه أو لم يجد معه ما يؤخذ . ويسمى مالك هذا النوع من القتل قتل الغيلة وهو عنده نوع من الحرابة^(١) .

٦٣٤ - ممن تحدث الحرابة؟ تحدث الحرابة من جماعة أو من فرد فقط قادر على الفعل ويشترط أبو حنيفة وأحمد أن يكون مع المحارب سلاح أو ماهو في حكم السلاح كالعصا والحجر والخشبة ولكن مالكاً والشافعي والظاهرية والشيعة الزيدية لا يشترطون السلاح ويكفي عندهم أن يعتمد المحارب على قوته بل يكفي مالك بالمخادعة دون استعمال القوة في بعض الأحوال وأن يستعمل أعضائه كاللكز والضرب بجمع الكف^(٢) .

ويعتبر محارباً كل من باشر الفعل فيه أو تسبب فيه فمن باشر أخذ المال أو القتل أو الإخافة فهو محارب ومن أعان على ذلك بتجريض أو اتفاق أو إعانة فهو محارب ويعتبر في حكم المباشر من يحضر المباشرة ولو لم يباشر بنفسه كمن يوكل إليه الحفظ أو الحراسة . ويعتبر معيناً الطليعة والردء الذى يلبأ إليه المحاربون إذا انهزموا أو الذين يدونهم بالعمون إذا احتاجوا إليه فكل هؤلاء يعتبرون محاربين عند مالك وأبى حنيفة وأحمد والظاهرية ولكن الشافعي لا يعتبر محارباً إلا من باشر فعل الحرابة بنفسه وأما التسبب في الفعل والمعين عليه وإن حضر مباشرته ولم يباشره فلا يعتبر محارباً وإنما هو عاص أتى معصية

(١) شرح الزرقاني ج ٨ وحاشية الشيباني ص ١٠٩ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٤
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٠ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ - المغني ج ١٠ ص ٣٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - شرح الازهار ص ٣٧٦ - المحلى ج ١١ ص ٣٠٨
المدونة ج ١٦ ص ١٠٣ - شرح الزرقاني ج ٢ ص ١٠٩ .

يعزر عليها و يترتب على هذا الفرق أنه لو خرج جماعة فقطعوا الطريق وأخذ بعضهم مالا وقتل بعضهم أشخاصاً ولم يفعل الباقون شيئاً فكلهم مسؤول عن أخذ المال والقتل عند مالك وأبي حنيفة وأحمد والظاهرين أما عند الشافعي فلا يسأل عن القتل إلا القاتل ولا يسأل عن أخذ المال إلا من أخذ المال لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده أما الباقون فعليهم التميز^(١). ويشترط في المحارب أن يكون مكلفاً ملزماً وهذا متفق عليه [ولا يخالف فيه إلا الظاهريون فلا يشترطون إلا أن يكون مكلفاً فقط لأنهم يرون أن الذي إذا قطع الطريق ينقض عهده] .

فإذا كان في القطاع صبي أو مجنون فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لاحد عليهما لأنهما ليسا من أهل الحد ولا حد على غيرهما ممن باشر الجريمة أو تسبب فيها أو أعان عليها ويرى أبو يوسف هذا الرأي إذا كان الصبي أو المجنون هو الذي باشر الجريمة وحده فإن كان غيرهما هو المباشر فالحد على العقلاء البالغين دون غيرهم ويرى مالك والشافعي وأحمد والظاهريون أن الحد يسقط عن الصبي والمجنون في كل حال دون غيرهما سواء ولي أحدهما قطع الطريق أو وليه غيره^(٢). ويستوى أن يكون المحارب رجلاً أو امرأة عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والشيعة وظاهر الرواية عند أبي حنيفة أن لاتحد المرأة إذا اشتركت في الحراة ولا يحد من معها إذا وليت هي مباشرة الفعل ولكن أبا يوسف يرى حد الرجال ولو باشرت المرأة القطع دونهم - والرواية الأخرى في مذهب أبي حنيفة أن الذماء والرجال في قطع الطريق سواء لأن هذا حد يستوى في وجوبه

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٠٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٠ - كشف القناع ج ٤ ص ٩ - المحلى ج ١١ ص ٣٠٨ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٩١ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢

الذكر والأشئ كسائر الحدود ولأن النص لم يفرق بين ذكر وأشئ^(١) .
 وإذا أخذ المحارب مالا فيشترط في المال المأخوذ محاربة ما يشترط في المال
 المأخوذ بالسرقة . فيجب أن يكون المال محرزاً وأن يكون مالا متقوماً وأن
 يكون مملوكاً للغير وأن لا يكون لأخذه شبهة فيه إلى غير ذلك من الشروط التي
 سبق بيانها عند الكلام على السرقة . وبالإجمال فإنه يشترط في أخذ المال حراة
 ما يشترط في أخذه بالسرقة إلا أن الأخذ حراة يقتضى الأخذ مجاهرة ومغالبة
 لا خفية ويجب أن يكون المال المسروق بحيث يصيب كل من المحاربين نصاباً
 فإذا لم يصب كل منهم نصاباً فلا حد عليهم باعتبارهم آخذين للمال وهذا هو
 مذهب أبي حنيفة والشافعي على أننا يجب أن نلاحظ أن أبا حنيفة يعتبر المباشر
 والمتسبب والمعين محارباً أما الشافعي فلا يعتبر محارباً إلا المباشر كذلك يجب
 أن لا ننسى الفرق بينهما في تقدير النصاب وقد سبق بيانه في السرقة .

أما الشيعة للزيادة وأحمد فيرون الحد على المحارب ما دامت قيمة المسروق
 كله تبلغ نصاباً واحداً ولو تعدد السراق ولو لم يصب أحدهم من المال المسروق
 نصاباً كاملاً^(٢) .

أما مالك فلا يشترط النصاب في الحراة ويكفي عنده لجوب الحد أن
 يأخذ المحارب مالا محترماً سواء بلغ نصاب السرقة أو لم يبلغه وسواء كان الأخذ
 واحداً أو جماعة^(٣) ويرى بعض فقهاء المذهب الشافعي هذا الرأي .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ - شرح الزرقاني ص ١٠٩ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٢
 أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦
 المحلى ج ١١ ص ٣٠٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - نهاية المحتاج ج ٨
 ص ٣ - المذهب ج ٢ ص ٣٠٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٩١ - المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ شرح
 الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧

(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٠٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - نهاية المحتاج ج ٨

وإذا كان المحارب مستأمنًا فحكمه حكم السارق وقد بينا ذلك عند الكلام على السرقة^(١).

٦٣٥ - مظهر القطع : يشترط أبو حنيفة لمقبوبة الحد أن تكون الحاربة في دار الإسلام فإن كانت في دار الحرب فلا يجب الحد لأن المتولى إقامة الحد وهو الإمام ليس له ولاية على دار الحرب وهي محل وقوع الجريمة^(٢) ومن هذا الرأي الشيعة الزيدية^(٣) لكن مالكا والشافعي وأحمد والظاهرية يوجبون الحد سواء وقعت الحاربة في دار الإسلام أو دار الحرب ما دام الفعل قد وقع جريمة أي وقع على مسلم أو ذمي من مسلمين أو ذميين ، وقد تكلمنا عن هذا بمناسبة الكلام عن السرقة ويشترط الظاهريون أن يكون القطع من مسلمين فقط .

ويرى أبو حنيفة أن يكون القطع في غير مصر أي بعيداً عن العمران فإن كان في مصر فلا حد عنده سواء كان القطع نهاراً أو ليلاً وسواء كان بسلاح أو غيره وهو رأى أساسه الاستحسان ويعمل بأن القطع لا يحصل عادة في الأمصار وإنما يحصل في الطريق بين القرى ولذلك يشترط أن يكون القطع على مسافة سفر من المصر ، وإذا كان هذا هو الاستحسان فإن القياس أن الحد يجب سواء كان القطع في مصر أو غير مصر وهو رأى أبي يوسف ، ويميل إليه فقهاء المذاهب وعليه الفتوى ويروى عن أبي يوسف أنه يفرق بين النهار والليل فيرى الحد في قطع الطريق في المصر ليلاً سواء كان القاطعون مساحون أم يحملون عصياً - ولا يعتبر الفاعلين قاطعي طريق في النهار إلا إذا كانوا مساحين فإن لم يكونوا مساحين فليسوا بقطاع إذا ارتكبوا جرائمهم في المصر وحجته أن الغوث قلما يتحقق في الليل فيستوى فيه السلاح وغيره^(٤) . وأبدي أحمد رأيه في الحاربة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ .

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

في الصحراء ولكنه توقف إذا كانت في القرى والأمصار ، ولكن أصحابه لا يفرقون بين الحراية في الصحراء والمصر ويرزن المحارب محارباً حينما كان لتناول الآية بعمومها كل محارب ولأن الحراية في المصر أعظم خطراً وأكثر ضرراً . ويفرق بعض فقهاء المذهب بين ما إذا كان المجنى عليهم يلحقهم الغوث لو صاحوا وبين عدم حقوق الغوث ويعتبرون القطع في الحالة الثانية^(١) .

ولا يفرق مالك والشافعي بين الصحراء والمصر فيصح أن يقع الفعل في الصحراء أو في المصر ولكن مالكاً يشترط أن يقع الفعل على وجه يتعذر معه الغوث فلو منع المجنى عليه من الاستغاثة وكان الغوث ممكناً لو استغاث فافعل حراية ، وإذا وضع حول الدار من يمنع وصول الغوث كان الفعل حراية ، وكذلك إذا هدد من يحضر للغوث فامتنع عن الإغاثة خوفاً^(٢) .

أما الشافعي فيشترط لاعتبار الفعل حراية أن لا يلحق غوث .

وقد الغوث قد يكون للبعد عن العمران أو السلطان أو لضعف الموجودين في محل الحادث أو على مقربة منه أو لضعف السلطان أو لمنع المجنى عليهم من الاستغاثة ، فذهب الشافعي في هذه الحالة كمذهب مالك^(٣) والشيعة الزيدية لا يرون الحراية إلا في غير المصر ولكن بعضهم يرى أنها تكون في المصر وغير المصر^(٤) .

أما الظاهريون فيرون أن الحراية تكون في المصر والفلاة سواء وقعت ليلاً أو نهاراً وسواء كان المحارب مسلحاً أو غير مسلح وسواء كانت في قرية صغيرة أو مدينة عظيمة وسواء كان الغوث ممكناً أو متعذراً^(٥) .

٦٣٦ — المقطوع عليه : يشترط في المقطوع عليه أن يكون معصوماً

(١) المغني ج ١٠ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ — كشف القناع ج ٤ ص ٨٩

(٢) مواهب الخليل ج ٦ ص ٣١٤ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ ، ١٠٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤

(٤) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٧٦ (٥) المحلى ج ١١ ص ٣٠٨

ويكون كذلك إذا كان مسلماً أو ذمياً . أما إذا كان حريباً أو باغياً فلا عصمة له . وإذا كان حريباً مستأمناً فهو معصوم ولكن هناك خلافاً على توقيع عقوبة الحد في ارتكاب الجريمة عليه وقد سبق أن ذكرنا الآراء المختلفة في شأنه في السرقة^(١) وللمقطوع عليه أن يقاتل القاطع ويدفعه عن نفسه وماله ويستحب للمجنى عليه أن يناشد المحارب أن يرجع عن جريمته فإن لم يكن في الأمر مهلة ففرض على المجنى عليه أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه ، ما يغلب على ظنه أنه يندفع به فإن اندفع بالقول والتهديد لم يكن له أن يضربه وإن كان يندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله فإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدأ بالقتل أو لم يعاجله بالدفع فله أن يضربه بما يقتله والأصل فيما سبق أن المحارب حين يقصد قتل إنسان أو سلب ماله لا ينهدر دمه بهذا القصد في ذاته وإنما الذي ينهدر دم المحارب هو عدم إمكان دفعه إلا بالقتل لأن القتل يصبح من ضرورات الدفع على أن المحارب ينهدر دمه إذا ارتكب من الحراية ما يوجب حد القتل فإذا اعدا عليه شخص فقتله فلا قصاص عليه وإنما يعزر لافتياته على السلطات العامة^(٢)

٦٣٧ - الأدلة على جريمة الحراية : تثبت جريمة الحراية بالبينة والإقرار

ويكفي في حالة البينة شهادة شاهدين وما قيل عن البينة والإقرار في السرقة يقال هنا . ويجوز أن يكون الشاهدان من الرقعة الذين قاتلوا المحاربين أو وقعت عليهم الحراية على أن لا يشهدا لأنفسهما بشيء ويجوز أن يشهد لهما غيرهما - وإذا لم يتوفر نصاب الشهادة فكان شاهد واحد أو شاهد وامرأة أو شاهد رؤية وشاهد سماع وكان الشهود سماعيين أو لم يكن ثمة شهود وكان المتهم قرأ ثم عدل عن إقراره في هذه الحالات وأمثاله يعاقب المحارب عقوبة تعزيرية لأن التعزير ثبت بما ثبت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٩ ، ١١٠

المدونة ج ١٦ ص ١٠٤ ، وقد سبق الكلام عن قطع السارق والحكم واحد في الحالتين - ويراجع كتاب التشرع الجنائي والمحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣١٤ - المغني ج ١٠ ص ٣٥٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ وما بعدها .

به الأموال والعبرة عند توقيع العقاب بنبوت الاتهام لدى القاضى فإن اقتنع بصحة الأدلة المعروضة عليه قضى على أساسها وإلا فلا^(١).

٦٣٨ - عقوبة الحرابة : تختلف عقوبة المحارب عند أبى حنيفة والشافى وأحمد والشيعة الزيدية باختلاف الأفعال التى يأتىها فتعتبر حرابة وهى لا تخرج عما يأتى : ١ - إخافة السبيل دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً ٢ - أخذ المال لا غير ٣ - القتل لا غير ٤ - أخذ المال والقتل معاً فكل فعل من هذه الأفعال عقوبة خاصة عند هؤلاء الفقهاء . أما مالك فيرى أن الإمام بالخيار فى اختيار عقوبة المحارب من بين العقوبات التى وردت فى النص مالم يكن قتل فعقابه القتل أو القتل والصلب والخيار للإمام بين هاتين العقوبتين دون غيرهما بينما يرى الظاهريون أن الإمام بالخيار فى كل الأحوال أيا كانت الجريمة وسواء قتل المحارب أم لم يقتل .

والأصل فى هذا الخلاف بين الفقهاء اختلافهم على تفسير حرف « أو » الوارد فى قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ فمن رأى أن حرف « أو » جاء للبيان والتفصيل قال إن العقوبات جاءت مترتبة على قدر الجريمة وجعل لكل جريمة بعينها عقوبة بعينها ومن رأى أن حرف « أو » جاء للتخيير ترك للإمام أن يوقع أية عقوبة على أية جريمة بحسب ما يراه ملائماً إلا أن مالكاً قيد التخيير فى حالة القتل فجعل الخيار بين القتل والصلب فقط وحجته أن القتل أصلاً عقوبته القتل فلا يعاقب عليه بالقطع ولا بالنفى كذلك قيد التخيير فى حالة أخذ المال دون قتل وجعل للإمام الخيار إلا فى عقوبة النفى ، أما الظاهريون فيرون الخيار الطاق .

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغنى ج ١٠ ص ٣٢٤ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٧٩ - بدائع الصنائع ص ٩٣ .

وبعد هذا البيان نستطيع أن نبين عقوبة كل فعل بحسب الآراء المختلفة :

٦٣٩ - إِمَانَةُ السَّبِيلِ رَغِيرٌ : إذا أخاف المحارب السبيل لاغير ولم يقتل ولم يأخذ مالا فجزاؤه عند أبي حنيفة وأحمد النفي لقوله تعالى ﴿ أَوْ يَنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ وجزاؤه عند الشافعي والشيعة الزيدية التعزير أو النفي وقد سواوا بين التعزير والنفي لا اعتبارهم بالنفي تعزيراً حيث لم يحدد نوعه ومدته على أنهم يرون أن يمتد النفي حتى تظهر توبة المحارب^(١) .

ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتل المحارب أو يصلبه أو يقطعه أو ينفية وأن الأسر في الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحري المصلحة العامة . فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وإن كان لا رأى له وإنما هو ذوقوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ باليسر وما يجب فيه وهو النفي والتعزير^(٢) . ويرى الظاهريون ما يراه مالك في هذه المسألة^(٣) .

معنى النفي : اختلف الفقهاء في معنى النفي اختلافاً كبيراً فقال البعض إن المراد بقوله تعالى ﴿ أَوْ يَنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ أن ينفوا من الأرض بالقتل أو الصلب وقال البعض إن النفي هو الطرد من دار الإسلام فالنفي بهذا المعنى هو التغريب ويساوى إلى حد ما إسقاط الجنسية في عصرنا الحاضر وإن كان من الممكن إعادة المنفى إذا ظهرت توبته ، والنفي في مذهب مالك هو السجن في رأى البعض وهو السجن في بلد أخرى غير محل الحادث في رأى ثان وهو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم فإن قدر عليهم فلا نفي بعد ذلك وبالرأى الأول يأخذ الحنفيون

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ - المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٢) نهاية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ المدونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ .

(٣) الحل ج ١١ ص ٣٨٧ ، ٣١٩ .

ف عندهم هو السجن وفي مذهب الشافعي الرأي الراجح أن النفي هو الحبس وأن الحبس جائز في محله وأولى أن يكون في محل آخر أما الرأي المرجوح فالنفي أن يطلبوا إذا هربوا حتى يأخذوا - ويرى أحمد أن النفي هو تشريد المحارب في الأمصار فلا يسمح له أن يأوى إلى بلد حتى تظهر توبته والرواية الثانية كالرأي الثاني في مذهب الشافعي - والرأي الراجح في مذهب الشيعة أن النفي يكون بالحبس وقيل بسمل الأعين وبالطرد والتشريد .

مدة النفي : ومدة النفي عند أبي حنيفة والشافعي ومالك غير محدودة فيظل المحارب مسجوناً حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أحمد .

وإن كان البعض يرى أن تكون مدة النفي عاماً قياساً على التغريب في الزنا^(١) . أما الظاهريون فيرون أن النفي هو أن ينفي أبدأً من كل مكان من الأرض وأن لا يترك لغير الأخوة أكله ونومه وما لا بد منه من الراحة التي إن لم ينلها مات ومدة مرضه ويظل هكذا حتى يحدث توبة فإذا أحدثها سقط عنه النفي وترك يعود إلى مكانه^(٢) .

وأساس هذه الآراء المختلفة هو الاختلاف في تفسير معنى النفي فمن قال بأن النفي هو السجن مطلقاً فسروا النفي بأنه الإبعاد من الأرض ورأوا أنه لا يقدر على إخراجهم من الأرض جملة فوجب أن يفعل من ذلك أقصى ما يقدر عليه وغاية ذلك هو السجن لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » وسقط ما استطاع ومن قال إن السجن يكون في بلد غير بلده نظر إلى المعنى

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المهذب ج ٢ ص ٣٠٢ - المغني ج ١٠ ص ٣١٣ ، ٣١٤ - بدائع الصنائع ص ٩٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ - كشف القناع ج ٤ ص ٩١ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧٦ .
(٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٣ .

السابق ونظر إلى أن يحقق معنى الإبعاد المستطاع عن محل الجريمة أيضاً . أما الذين لم يروا سجنه فقد قالوا إذا سجنه في بلد أو أقرنناه فيه غير مسجون فلم ننفيه من الأرض كما أمر الله تعالى بل عملنا به ضد النفي والإبعاد وهو الإقرار والإثبات في الأرض في مكان واحد منها وهذا خلاف القرآن فوجب علينا بنص القرآن أن ننفيه ونبعده عن جميع الأرض بحسب طاقتنا وغاية ذلك ألا نقره في شيء منها مادامنا قادرين على نفيه من ذلك الموضع ثم هكذا أبداً ولو قدرنا على أن لا ندعه يقر ساعة في شيء من الأرض لفعلنا ذلك ولسكان واجباً علينا فعله مادام مصرراً على الحاربة^(١) .

وحجة الفقهاء في أن النفي غير محدود المدة أن النص لم يحدده وأن النفي جاء عقوبة للمحارب وأن المحارب مادام مصرراً على الحاربة فهو محارب - وإذا هو محارب يجب أن يجرى جزاء المحارب فالنفي باق عليه ما لم يترك الحاربة بالتوبة فإذا تركها سقط عنه جزاؤها^(٢) .

٦٤٠ — أفتر المال لا غير: إذا أخذ المحارب المال ولم يقتل فيرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد ومعهم الزيدية أن يقطع المحارب من خلاف أى أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وهم يقطعون اليد اليمنى للمعنى الذى قطعت به يد السارق اليمنى ويقطعون الرجل اليسرى لمتحقق الخالفة ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل بل يقطعان معاً لأن العقوبة عقوبة واحدة وتبدأ بالأيدى لأن النص بدأ بالأيدى فقدمها على الأرجل ولا خلاف في قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا كانت يده ورجلاه صحيحة فإن كان معدوم اليد والرجل إما لسكونه قد قطع في حراقة أو سرقة أو قصاص أو لمرض فذهب أبي حنيفة وهو رأى في مذهب أحمد أن القطع يسقط عن المحارب سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو العكس لأن قطع ما زاد على ذلك يذهب منفعة الجنس . وعلى هذا الشيعة الزيدية وكل من لا يرى أن يقطع إلا يد واحدة ورجل

(١) المحلى ج ١١ ص ١٨١ ، ١٨٢ . (٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٢ ، ١٨٣ .

واحدة في السرقة . أما الشافعي ورأيه وجه في مذهب أحمد فيرى أن يقطع الباقي من الأعضاء المستحقة القطع فإن كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى وحدها ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمينه ولم يقطع غير ذلك لأنه وجد في محل الحد ما يستوفي فاكتفى باستيفائه . وإن كان ثمة شلل في اليدين أو الرجل فالحكم في الشلل مما سبق ذكره عند الكلام على القطع في السرقة

أمامالك فيرى أن المحارب إذا أخذ المال دون قتل يعاقب على حسب اجتهاد الإمام فيما هو من المصلحة العامة والإمام مخير في عقابه بأية عقوبة ، مما جاءت بها آية المحاربة عدا عقوبة النفي فليس له أن يعاقبه بها لأن الحاربة سرقة مشددة وعقوبة السرقة أصلاً القطع فلا يصح أن يجعل الخيار للإمام فيما ينزل بالعقوبة عن القطع وهو النفي .

أما الظاهريون فيرون أن الإمام له حق الخيار المطلق من كل قيد في جريمة الحاربة فيختار أية عقوبة من عقوباتها لأي فعل أتاه المحارب بحسب ما يرى أنه يتفق مع المصلحة العامة .

ويلاحظ أنه عند اختيار القطع بحسب رأى مالك نفذ القطع على الوجه الذي يراه الشافعي والذي سبق بيانه^(١) .

وينبغي أن لا ننسى ما ذكرناه عن النصاب واشتراطه أو عدم اشتراطه في حالة أخذ المال ، كما ينبغي أن نعلم أن من يشترطون الخاصمة للقطع في السرقة يشترطون لتوقيع عقوبة القطع في الحاربة والخاصمة أيضاً ممن له حق الخاصمة فليراجع ما ذكرناه عن الخاصمة في السرقة^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المفاتيح ج ١٠ ص ٣١١ ، ٣١٢ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ - أ.م.م. المطالب ج ٤ المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٢٧ .
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ .

٦٤١ - القتل بغير : إذا قتل المحارب ولم يأخذ مالا فيرى أبو حنيفة والشافعي أن عقوبة المحارب هي القتل حداً دون صلب وهذا الرأي رواية عن أحمد وعنه رواية أخرى هي أنهم يصلبون لأنهم محاربون يجب قتلهم فيصلبون كمن أخذوا المال وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان أحدهما يرى القتل دون صلب والثاني يرى القتل مع الصلب .

ويرى مالك أن الإمام بالخيار إن شاء قتل وصلب وإن شاء قتل دون صلب^(١) ولا خيار له في غير هاتين العقوبتين دون غيرها^(٢) .

ويرى الظاهريون أن الإمام بالخيار في كل العقوبات التي جاءت بها آية المحاربة فيعاقب على القتل بالنفي أو القطع أو القتل أو الصلب ولا يباح له أن يجمع على المحارب عقوبتين من هذه العقوبات بأي حال^(٣) .

٦٤٢ - القتل وأخذ المال : إذا قتل المحارب وأخذ المال كان عقابه القتل والصلب معا عند الشافعي وأحمد والشيعة الزيدية ولا قطع عليه وهذا هو ما يراه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، ويرى أبو حنيفة أن الإمام مخير في حالة القتل المقترب بأخذ المال بين أن يقطع يده ورجله ثم يقتله أو يصلبه وبين أن لا يقطعه ثم يقتله بلا صلب أو يصلبه فيقتله . وينبغي أن لا ننسى ما سبق ذكره عن اشتراط النصاب أو عدم اشتراطه في المحاربة فمن يشترط النصاب لكل محارب لا يعتبر القتل مصحوباً بأخذ مال مالم يخص كل محارب نصاباً كما هو الحال عند الشافعي ومن يكتفي بنصاب واحد لكل المحاربين لا يعتبر القتل مصحوباً بأخذ المال إلا إذا بلغ المال المأخوذ نصاباً كما هو الحال في مذهب أحمد ومن لا يشترط النصاب في المحاربة يكتفي بأخذ مال مقوم أيا كان مقداره كما هو الحال في مذهب مالك ومذهب أحمد والرأي المعتمد في مذهب الشافعي

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٩ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ - شرح الزرقاني ص ١١٠ ، ١٢١ .

(٣) المحل ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩ .

ويرى البعض أن محمداً لا يرى القطع ولكنه يرى الإمام مخيراً بين الصلب والقتل^(١). ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتله وبين أن يصلبه ويقتله . أما الظاهريون فيرون أن الإمام مخير في كل العقوبات المقررة في آية الحرابة فله أن ينفية وله أن يقطعه وله أن يقتله وله أن يصلبه بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة ولكن ليس له أن يجمع عليه القتل والصلب ولا أن يجمع عليه بين عقوبتين بحال كالنفي والقطع أو القطع والقتل أو القطع والصلب^(٢) .

٦٤٣ — كيفية الصلب : اختلف الفقهاء في كيفية الصلب الواجب على المحارب فرأى الشافعي وأحمد أن الصلب يحىء بعد القتل فيقتل المحارب أولاً ثم يصلب مقتولاً وحجتهم أن النص جاء بتقديم القتل على الصلب في اللفظ فوجب أن يتقدمه في الفعل ولأن الصلب قبل القتل تعذيب للمقتول ومثله يؤدي إلى اتخاذ المقتول غرضاً وقد نهى الرسول عن ذلك فقال « إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة » ، وقال : « إن أعف الناس قتلة أهل الإيمان » وقال « ولعن الله من اتخذ شيئاً فيه الروح غرضاً » .

كذلك نهى الرسول عن المثلة ولو بالكلب المقور وأحباب هذا الرأي يرون أن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع المحارب وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فاللقصود من الصلب اشتهاؤه أمره فيرتدع بذلك غيره^(٣) .

والمعتمد في مذهب مالك أن القتل يكون بعد الصلب فيصلب المحارب على خشبة ثم يقتل وهو مصلوب وحجتهم أن الصلب فرض عقوبة والمقوبة لا تقع

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ - بداية المجتهد ج ٢

ص ٣٨٠ ، ٣٨١ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٧٧ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٥٥ - المغني ج ١٠ ص ٣٠٧ بدائع الصنائع ص ٩٣ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص

٦٤٥ - حكم موت المحارب قبل إقامة الحد عليه : - وإذا مات المحارب قبل البدء في إقامة الحد عليه لم يصلب لأن الصلب جزء من الحد وقد سقط الحد بموت المحارب فيسقط الصلب على أن بعض الشافعيين والشيعة الزيدية يرون أنه إذا سقط بعض الحد لعدم إمكان تنفيذه لم يسقط البعض الذي يمكن تنفيذه . أما إذا قتل قصاصا فلا صلب عليه عند أحمد لأن حد الحراة سقط بالقصاص فيسقط الصلب وفي مذهب الشافعي رأيان : أحدهما : كراى أحمد والثاني : يرى أن الصلب لا يسقط لأن تنفيذه ممكن وهو رأي في مذهب الشيعة الزيدية وهو الرأي المعمول به في مذهب مالك خصوصا وأنه يرى تقديم حق الله على حق الأدنى . أما مذهب أبي حنيفة فيجيز الصلب ولو أنه يقدم حق الأفراد على حق الله تعالى لأنه لا يمنع من تنفيذ حقوق إلا ما سقط بالضرورة فأما ما لم يسقط فينفذ . وإذا قتل المحارب حسبة أى عدا عليه شخص فقتله لحراة وجب الصلب عند من يوجبونه وجاز عند من يحملون الخيرة فيه للإمام^(١) .

٦٤٦ - هل يقصص ممن قاتل المحارب أو قاطعه ؟ القاعدة أن الحد حق لله تعالى وأنه لا يجوز العفو عنه ولا إسقاطه وحد الحراة كأى حد آخر لا يحتمل العفو والإسقاط والإبراء والصلح عنه فكل ما وجب على المحارب من قتل أو قطع أو صلب تستوفي منه سواء عفا الأولياء وأرباب الأموال أو لم يعفو وسواء أبرأوا منه أو صالحوا عليه وليس للإمام إذا ثبت الحد عنده أن يتركه أو يسقطه أو يعفو عنه لأن الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى^(٢) . وهذا هو الأصل في كل المذاهب الإسلامية ولكن الشيعة يرون أن الإمام له إسقاط الحدود عن بعض الناس لمصلحة وله تأخيرها إلى وقت آخر لمصلحة عدا

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٩ ، ٣٢٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ ، ٦٣ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المدونة ج ١٦ ص ١٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٦ ، ٥٧ ، ٩٥ - المغنى ج ١٠ ص ٣٠٧ - كشف القناع ج ٤ ص ٤٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ المدونة ج ١٦ ص ٩٩ ، ١٠١ .

حدى القذف والسرقة ففيهما اختلاف فالبعض لا يرون للإمام أن يسقطهما أو يؤخرهما والبعض يرى ذلك وحجتهم في هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تمكن من بنى قينقاع وأراد قتلهم وكانوا حلفاء لعبد الله بن أبي كبير المنافقين في حال الجاهلية فطلب من النبي تركهم فذكره ذلك ثم إنه تشفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأكثر في تركهم فتركهم له لما رأى في ذلك من الصلاح وهم مختلفون فيما إذا كان للإمام حق إسقاط القصاص عن بعض الناس أو تأخيرها باعتبار أنه حق آدمي فيرى البعض جواز الإسقاط لمصلحة عامة ويرى البعض أن الإسقاط لا يجوز لأن منع القصاص هو منع لحق آدمي وظلم والخلاف بين الفريقين أساسه الخلاف في أي المصلحتين تغلب عن التعارض، المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة^(١).

ويترتب عليه أنه يترتب على عدم جواز العفو عن الحد أو إسقاطه أن يكون المحارب مهرداً إذا وجب عليه القطع أو القتل وقد فصلنا ذلك في التشريع الجنائي^(٢).

ولكن لم يبين حكم الإهدار عند الظاهريين والشيعة الزيدية فنقول إن الظاهريين يعملون للإمام الخيار في أي عقوبة من العقوبات الواردة في الآية وهذا يجعل المحارب غير مهرد ولو حكم عليه بعقوبة مهردة لاحتمال أن يستبدل بها الإمام عقوبة أخرى غير مهردة قبل التقييد.

ورأى الشيعة يجعل المحارب غير مهرد ولو حكم عليه بعقوبة مهردة لأن للإمام إسقاط العقوبة لمصلحة عامة.

وعلى هذا إذا عدا شخص على محارب أخذ المال أو قتل فقطع يده أو قتله فلا قصاص على العادى عند مالك وأبي حنيفة والشافعي وأحمد سواء كان ذلك قبل الحكم أو بعده مادامت جريمة الخراب ثابتة وإنما يعزز العادى لافتياته على السلطات العامة القائمة على تنفيذ العقوبات والعلة في عدم القصاص هي أن قطع

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٣٣٥

(٢) جزء أول فراجع ذلك هناك .

الحارب أو قتله متحتم وواجب لا بد من إقامته فالتعزير ليس للقطع أو للقتل وإنما للافتيات على السلطات العامة والقيام بما اختصت نفسها به ^(١).

أما عند الظاهريين والشيعة الزيدية فيقتص من القاطع أو القاتل لأن العقوبات غير لازمة (تراجع أقوال الظاهريين والشيعة في القتل والجرح)

٦٤٧ - هل يشترط في القتل الذي يجرى من الحارب أنه يكون عمداً ؟
يوجب مالک وأبو حنيفة والشيعة الزيدية القتل لجرد القتل وبطلقون لفظ القتل فلا يشترطون أن يكون عمداً وعلى هذا يكون القتل الذي يجب فيه الحد عندهم هو مطلق القتل سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ . مع ملاحظة أن مالكا لا يعترف بشبه العمد ويسوى الحنفيون بين أنواع القتل وأداة القتل فلا يشترطون المحدد ويجوز أن يكون القتل بمثقل وعصا وحجر وخشب ^(٢)
أما الشافعي فيشترط القتل العمد لوجوب الحد فبالقتل العمد يجب قتله للنص ولأنه ضم إلى جنابة القتل الحراة أى إخافة السبيل وهى تقتضى زيادة العقوبة والزيادة هنا القتل والقتل محتم إذا قتل لأخذ المال ولو لم يأخذ نصاباً أما إذا أخذ نصاباً فالقتل والصلاب ^(٣).

وبعض الشافعية يشترط في القتل أن يكون مما يوجب القود فلا يكتفى أن يكون القتل عمداً وإنما يجب أن يكون قتلاً يجب فيه القصاص فإن لم يكن قتلاً عمداً فلا يجب الحد وإن كان قتلاً عمداً لا يجب فيه القصاص فكذلك ^(٤).
ومذهب أحمد على أن يتعمد الجاني الفعل بغض النظر عن الأداة التى استعملت فى القتل فيستوى عنده أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد ^(٥).

(١) المدونة ١٦ ص ١٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ - ويراجع ما كتب عن السمعة
(٢) بدائع الصنائع ص ٩٦ ، ٩٧ - حاشية ابن عابدين ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ - شرح
الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٥ .
(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .
(٤) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤ ، ٥ .
(٥) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ .
(٤٢ - التعزير الجنائى الإسلامى ٢)

والظاهر من أقوال الظاهريين أنهم يشترطون القتل العمد كالشافعيين^(١)

٦٤٨ - حكم الجراح التي يحدتها المحارب : يرى الظاهريون أن إحداث الجراح بقصد إخافة السبيل حراية وعلى هذا فإذا حدثت جراح ولم يكن أخذ مال ولا قتل فالفعل حد والإمام مخير في العقوبة والقاعدة عندهم أنه إذا اجتمع حقان أحدهما لله والثاني للعبد كان حق الله تعالى أولى بالقضاء لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقصوا الله فهو أحق بالوفاء دين الله أحق أن يقضى » وقوله « كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » وعلى هذا فإن قتله الإمام أو صلبه للمحاربة كان لاولى أن يأخذ أرش جرحه لأن حقه في القود قد سقط فبقى حقه في الدية أو العفو عنها وأن رأى الإمام قطع المحارب كان لهجنى عليه أن يقتص أو يعفو . والخلاصة أنه كلما أمكن للجنى عليه أن يستوفي حقه بعد استيفاء حق الله استوفاه وكلما سقطت له الدية^(٢) ويرى مالك وأبو حنيفة والشيعة الزيدية أنه كلما وجب على المحارب حد دخلت الجراحة في الحد فإذا لم يكن حد أو كان حد وسقط فحكم الجراحة هو حكمها في حال عدم وجود الحد^(٣) .

ويرى الشافعى وأحمد أن الجراح لا تدخل في الحد فيقتص في الجراح إذا كانت مما يقتص فيه وإذا لم يكن قصاص ففيها الدية ويرى الشافعى أن القصاص غير محتم أى ليس حداً وإنما هو على أصله لأن الانتقام خاص بالقتل والقطع والصلب فإذا سرى الجرح فمات فأصبح القتل عمداً انتمى القتل^(٤) .

أما أحمد ففي مذهبه رأيان رأى يرى عدم انتقام القصاص كمذهب الشافعى لأن الشرع لم يرد بشرع الحد في الجراح والرأى الثانى على انتقام القصاص وحجة أصحابه أن الجراح تابعة للقتل فتأخذ مثل حكمه ويسلم أصحاب هذا الرأى بأن الجراح التى لا قصاص فيها كالجائفة لا يجب فيها إلا الدية^(٥) .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣١١ ، ٣١٢ . (٢) المحلى ١١ ص ٣١٢ ، ٣١٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ - شرح الزرقانى ج

٨ ص ١١١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦ .

(٤) اسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ (٥) المغنى عاشر ص ٣١٠

٦٤٩ — الحد والضمان : علمنا مما سبق في السرقة أن الشافعي وأحمد

يريان الجمع بين الحد والضمان وهذا هو رأيهما في جريمة الحراقة فالحد لا يمنع من الضمان أما عند مالك وأبي حنيفة والشيعة الزيدية فالقاعدة عندهم أن الحد لا يجمع مع الضمان وقد تكلمنا عن هذا في السرقة فراجع

ويعمل أبو حنيفة أن الحد في الحراقة ينفي وجوب ضمان الجراحات لأن الجراحات الخطأ فيها الدية ولأن الجراحات يسلك بها في مذهبه مسلك الأموال فالضمان في الجراحات بنوعها مال ولا يجب ضمان المال مع الحد ومذهب مالك والشيعة الزيدية لا يجمع بين الحد وضمان الجراحات لأنهم يدخلون الجراح في الحد ويعتبرون الحد عقوبة عنها^(١) .

٦٥٠ — التداخل يجرى التداخل في جريمة الحراقة فلو ارتكب أكثر من حراقة عوقب عنها جميعاً مرة واحدة إذا كان الفعل الذي أتاه واحداً فإن كان الفعل مختلفاً كفى أن يعاقب بعقوبة الفعل الأشد عقوبة . هذا مع ملاحظة رأى أبي حنيفة في حالة أخذ المال والقتل فإنه إن أخذ مرة المال وقتل في الثانية دون أخذ المال جاز قطعه ثم قتله وهذا على رأى القائلين بأن لفظ « أو » ورد للبيان والتفصيل أما على رأى القائلين بأن « أو » للتخيير فعند مالك تتداخل على الوجه السابق أيضاً لأنه يخص لأخذ المال والقتل عقوبات خاصة فتتداخل الأفعال من نوع واحد ويكفي فيها عقوبة واحدة وإذا اختلفت كانت العقوبة الأشد هي الواجبة وفيها الكفاية .

أما عند الظاهريين فللاإمام الخيار ولذلك فالتداخل مطلق وتسكنى أية عقوبة بغض النظر عما إذا كانت أخف العقوبات أو أشدها .

٦٥١ — مسقطات الحد : ١ - يسقط حد الحراقة بما يسقط به حد السرقة

وقد ذكرنا أسباب سقوط حد السرقة وبيننا ما فيها من اتفاق واختلاف [فتراجع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ - تبصرة المحاكم ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ج ٢ طبعة بولاق

مع ملاحظة أن بعض هذه الأسباب خاص بأخذ المال ولا أثر له في حالة القتل أو إخافة السبيل [.

٢ — التوبة : ومن المتفق عليه أن توبة المحارب قبل القدرة عليه تسقط ما وجب عليه من حد بجرايته والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ فإذا تاب المحارب سقط عنه ما وجب عليه من القتل والصلب والقطع والنفي ولكن التوبة لا تسقط ما يتعلق بحقوق العباد فيبقى مسؤولاً فإن كان أخذ المال فقط فعليه رده وإن كان قتل أحداً أو جرحه فعليه القصاص إن كان ذلك مما يجب فيه القصاص وإلا فعليه الدية ، وليس للتوبة مظهر خاص أو إجراءات شكلية وإنما يدل عليها رد المال لصاحبه إن كان هناك مال عند القدرة على رده ويكفي في التوبة الندم والعزم على ترك مثل ما حدث .

ويشترط في التوبة أن تكون قبل القدرة على المحارب فإن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء إلا من الحقوق المتعلقة بالله ولا من الحقوق المتعلقة بالأفراد لقوله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ فأوجب الحد على كل محارب ثم استثنى من ذلك التائبين قبل القدرة ممن عداهم يبقى على حكم العموم وعلّة قبول التوبة قبل القدرة أن التوبة قبل القدرة تكون غالباً توبة إخلاص أما بعد القدرة فهي غالباً توبة تقيه من إقامة الحد عليه ولأن في قبول التوبة قبل القدرة ترغيباً للمحارب في التوبة والرجوع عن المحاربة والإفساد فناسب ذلك إسقاط الحد عنه ، أما بعد القدرة فلا حاجة لترغيبه لأنه قد عجز عن الفساد والمحاربة^(١) .

والمراد بما قبل القدرة أن لا تمتد إلى المحارب يد الإمام فإن تاب بعد أن امتدت إليه يد الإمام لم تعتبر التوبة قبل القدرة ولو كان هارباً أو مستخفياً أو ممتنعاً^(٢) .

(١) المغني ١٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ — شرح الازهار ص ٣٧٨ .

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرمل ج ٤ ص ١٥٥

ويعتبر المحارب تائباً إذا أتى الإمام طائفاً قبل القدرة عليه ملقياً سلاحه وإن لم يدل على توبته مظهر آخر ويعتبر كذلك إذا ترك ما هو عليه من الخرابه وإن لم يأت الإمام^(١) وإذا أمن المحارب ليسلم نفسه فلا أمان له ولا يعتبر بتسليم نفسه تائباً قبل القدرة عليه لأنه كان مطلوباً^(٢).

وإذا فعل المحارب ما يوجب حداً لا يختص بالمحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة فإنها لا تسقط عنه التوبة عند مالك والظاهرين ويسقط منها السرقة دون غيرها عند أبي حنيفة لما سببته بعد . أما عند الشافعي وأحد في مذهبهما رأيان : أولها أنها جميعاً تسقط بالتوبة لأنها حدود الله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة إلا حد القذف فإنه لا يسقط لأنه حق آدمي ولأن في إسقاطها ترغيباً في التوبة وهذا الرأي هو الراجح في مذهب أحمد والمرجوح في مذهب الشافعي والثاني أنها لا تسقط لأنها لا تختص بالمحاربة فكانت في حق المحارب كحق غيره وهذا هو الراجح في مذهب الشافعي أما إن أتى حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذي تاب منه دون غيره .

ويرى فقهاء الشيعة الزيدية أن توبة المحارب تسقط كل ما عليه من حدود غير حد المحاربة ولكنهم يختلفون في سقوط حقوق الأدميين فيرى بعضهم أن التوبة تسقط أيضاً حقوق الأدميين التي أتلفها المحارب أو التائب حالاً حكماً ويرى البعض أن أثر التوبة لا تمتد لحقوق الأفراد وأنها لا تسقط إلا حق الله المحض فلا تمتد لثلل القصاص والقذف والمال .

التوبة ممن عاين من غير المحارب : هناك اختلاف في أثر توبة من عليه حد من غير المحاربين فيرى مالك والظاهرين ورأيهما هو الرأي الراجح في مذهب الشافعي والرأي المرجوح في مذهب أحمد أن التوبة لا أثر لها على الحد لقول الله

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ .

تعالى ﴿ والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ وهذا عام في التائبين وغيرهم وقال تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ولأن النبي رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي جاءه مقرأً بالسرقة وقد جاءوا جميعاً تائبين يطلبون تطهرهم بإقامة الحد وقد سمي الرسول صلى الله عليه وسلم فعلهم توبة فقال في حق الغامدية « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » وجاء عمرو ابن سمرة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إني سرقت جملاً لبني فلان فطهرني فأقام الرسول عليه الحد . ولأن الحد كفارة عن الذنب فلا يسقط بالتوبة ولأن التائب مقدور عليه فلم يسقط عنه بالتوبة كالحارب المردود عليه .

ويرى أبو حنيفة أن السرقة الصغرى وحدها هي التي يسقط حدها بالتوبة إذا تاب السارق قبل أن يظفر به ورد المال إلى صاحبه فيسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود فإنها لا تسقط بالتوبة والفرق أن الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى لأن محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها رد المال إلى صاحبه فإذا وصل المال إلى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق .

أما الرأي الراجح في مذهب أحمد والمرجوح في مذهب الشافعي وهو مذهب الشيعة الزيدية فيرى أن كل حد يسقط بالتوبة لقول الله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ .

ولأنه ذكر حد السارق ثم قال ﴿ فن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه ولأنه قال في ماعز لما أخبر بهربه « هلا تركتموه يتوب - فيتوب الله عليه » . ولأن الحدود خالص حق الله فتسقط بالتوبة لحد الحارب .

والقائلون بأن التوبة تسقط الحدود مختلفون فيما إذا كان الحد يسقط بمجرد التوبة أو يسقط بها مع إصلاح العمل ففريق يسقط الحد بمجرد التوبة وهو ظاهر مذهب أحمد وفريق يعتبر إصلاح العمل لقوله تعالى ﴿ فإن تابا وأصلحا

فأعرضوا عنهما ﴿ وقوله ﴾ (فمن تاب من بعد ظلمه وأصاح فإن الله يتوب عليه ﴾ فعلى هذا يعتبر مضي مدة يعلم بها صدق التوبة وصلاح النية ؛ والبعض لا يقدر مدة معلومة ، والبعض يقدر المدة بسنة^(١) وهناك نظرية ثالثة لابن تيمية وابن القيم ذكرناها^(٢) .

٦٥٢ - هو الله ومن الفرد في عقوبة القتل : الأصل في جريمة القتل العادى أنها تمس الأفراد أكثر مما تمس الجماعة ولذلك يعبر عنها الفقهاء بأنها متعلقة بحقوق الأفراد ولكن الشارع جعل القتل في الحاربة مما يمس حقوق الجماعة حيث جعل العقوبة لازمة ولم يحمل لعفو الجنى عليه أثراً عليها . وقد نظر الفقهاء إلى أن القتل في الحاربة يجتمع فيه حق الله وحق العبد فكان هذا مما دعا البعض إلى القول بتغليب حق الله ودعا البعض إلى القول بتغليب حق الفرد . والقائلون بتغليب حق الفرد هم بعض الشافعية ورأيهم الراجح في المذهب وبعض الحنابلة ورأيهم المرجوح في المذهب . أما بقية المذاهب فتغلب حق الله على حق الأفراد ولكن المذهب الظاهري له حكم خاص سفذكره فيما بعد^(٣) .

ويترتب على تغليب حق الله أنه لا يعتبر التكافؤ في القتل عند القائلين بالتكافؤ فيؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمي والأب بالابن لأن القتل حد لله فلا تعتبر فيه المكافأة كما هو الحال في الزنا والسرقة ولا تراعى المائلة في القتل فيقتل بالسيف أيا كانت الآلة التي استعملها .

ويترتب على تغليب حق العبد اعتبار التكافؤ في القتل فلا يقتل المحارب إذا كان حراً بعبد أو نحوه ممن لا يكافئه كابنه وذمي والمحارب مسلم وإن قتل بمقتل أو غيره روعيت المائلة في قتله بأن يقتل بمثل ما قتل به وإذا قتل ومات

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣١٤ وما بعدها - كشف القناع ج ٤ ص ٩١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٨ - المحلى ج ١١ ص ١٢٦ ، ١٣١ .

(٢) التفسير الجنائى ج ١ ص ٣٥٥ .

(٣) يراجع القتل في مذهب الظاهريين .

قبل قتله قصاصاً فالدية تجب في ماله ، وإذا عفا الولي عن مال لزم القاتل المال وقتل حداً .

ويحتاج القاتلون بتغليب حق الله أن القاعدة تغليب حق الله إذا اجتمع مع حق العبد في حد لأن العقوبات في الحدود خالصة أصلاً لله وأن الحد لا يجوز فيه العفو . وإذا كان ولي الدم ليس له العفو فعنى ذلك أن حق الله غالب ، ويحتاج القاتلون بتغليب حق العبد بأنه الأصل فيما اجتمع فيه حق الله وآدمي ولأن الآدمي لو قتل في غير محاربة فله حق القصاص فكيف يسقط حقه بقتله في المحاربة ويقولون إن أثر الحد هو من ناحية انحتمام القتل وعدم جواز العفو عنه ولكن ذلك لا يسقط بحال حق العبد في النواحي الأخرى خصوصاً وأن الرسول يقول « لا يقتل مسلم بكافر »^(١) .

٦٥٣ - عدم وجوب الحد المانع : لا يجب حد الحرابة إلا إذا استوفيت كل شروط الحد فإذا امتنع أحد هذه الشروط امتنع وجوب الحد كشرط النصاب عند من يشترطون النصاب فإذا لم يتوفر هذا النصاب عندهم ولم يكن هناك قتل فلا يجب حد القطع وكشرط البلوغ فإذا حدثت الحرابة من صبي لم يجب عليه الحد أو أخذ المال وحده أو قتل أو فعل غير ذلك وكشرط الفعل في المحارب فإذا كان المحارب مجنوناً لم يجب عليه الحد وكشرط العمد في حالة القتل عند من يشترطون أن يعتمد المحارب القتل فإن الحد لا يجب عندهم إذا قتل ولم يأخذ مالا ، فإذا أخذ مالا وقتل غير متعمد القتل وجب عليه حد القطع إذا بلغ المال نصاباً وهكذا كلما امتنع شرط من شروط الحد لم يجب الحد ، وقد تعرضنا لهذه الشروط المختلف عليها والمتفق عليها فيما سبق . على أن عدم وجوب الحد على من أخذ مالا دون النصاب لا يمنع من تعزيره وضمانه لما أخذ وعدم وجوب الحد على الصبي والمجنون لا يمنع من تأديب الصبي والمجنون بما يتفق مع حالتهما كضرب الصبي وحجز المجنون في مكانه لمنع أذاه عن الناس

(١) المغني ج ١٠ ص ٣٠٧ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ ، ١٠٠

ومن قتل غير متعمد وهو يريد أخذ المال ولكنه لم يأخذ مالا يعزر ويلزم الدية وهكذا - والقاعدة في الشريعة أن كل ما يعتبر معصية إذا أتاه الإنسان عزراً ولو أراد الفاعل فعلاً ما ، لم يتمه ما دام ما فعله يعتبر في ذاته معصية لأحد فيها ، فإذا كان ما فعله سواء أنه أم لم يتمه ، فيه الحد عوقب بعقوبة الحد إذا توفرت شروطها فإذا لم تتوفر شروطها فالعقوبة التعزير كلما كون الفعل معصية .

٦٥٤ - حكم سقوط الحر بعمر ومجرب : إذا سقط الحد بعد وجوبه كان الحكم بالنسبة للمال والقتل والجراح على الوجه الآتي :

إذا كان سبب سقوط الحد هو تكذيب الحجة عند القائلين بالسقوط بتكذيب المجنى عليه لشهود الإثبات أو تكذيبه للإقرار الصادر من الجاني فلا شيء على الجاني جنائياً أو مدنياً لأن الفعل لا يثبت في حق الجاني إلا بالحجة وقد بطلت أصلاً^(١) .

أما إذا كان سبب سقوط الحد الرجوع عن الإقرار فعند من يقولون بسقوط الحد برجوع الجاني عن الإقرار لا يسقط إلا الحد ولكن الجاني يظل مسئولاً جنائياً عما يتعلق بحق الأفراد كالقصاص ، كما تبقى مسؤوليته المدنية كاملة لأن إقرار المقر حجة كاملة في حقه إلا أنه تعذر اعتباره بالنسبة لعقوبته لأن الحدود تدرأ بالشبهات^(١) .

أما إذا كان سبب سقوط الحد هو التوبة قبل القدرة فإن كان الحاربون أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه إن كان قائماً وعليهم ضمانه إن كان هالكا أو مستهلكا وإن كانوا قتلوا لا غير اقتص من يجب عليه القصاص ومن لا قصاص عليه أزم الدية وإن اجتمع القتل والمال اجتمع الحكمان السابقان لأن المكافأة لا تهمل إلا في حالة إقامة الحد أما من يلزمه القصاص من الحاربين فهو من عليه القصاص في القتل العادي وقد علمنا مدى اختلاف الفقهاء في اعتبار المباشر والمتسبب والمعين والقاعدة العامة أنه كلما امتنع الحد أو سقط عن القطاع رجع

(١) يراجع ما قبل عن سقوط الحد في السرقة .

بهم فيما عليهم من جرائم إلى حكم غير القطاع وإلى حكم جرائمهم الخاص . وتراعى في حالة القصاص والمكافأة عند جمع القائلين بها في حالة التوبة والرجوع عن الإقرار . وإذا كانوا أخذوا المال وجرحوا فحكم المال ما سبق وحكم الجراحات القصاص فيما استطاع فيه القصاص والدية فيما فيه الدية كما لو كانت الجراحات حدثت من غير قطع الطريق^(١) ويلاحظ أن بعض الشيعة الزيدية يرون أنه يسقط من حقوق الأفراد ما أتلفه المحارب حالا حكما كمال استهلاكه أو هلك في يده لا كمال تصرفه فيه بمقابل .

٦٥٥ — هل مسؤولية القطاع الجنائية تضامنية؟ القاعدة العامة في

الحدود أن الحد لا يجب إلا على مباشرة فقط . فيرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن يحد الردء والمعين والطليلة كما يحد مباشر الحاربة . والردء هو الذي ياجأ إليه المحارب إذا هرب أو هزم . والطليلة هي التي تتطلع الطريق وتأتى بالأخبار والمعين هو من يحضر وقت الجريمة ولو أنه لم يباشر الفعل بنفسه . وحجتهم أن الحاربة مبنية على حصول المنفعة والمعاودة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة هؤلاء جميعاً ومعاونتهم بخلاف سائر الحدود فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل في حق جميعهم ووجب قتلهم جميعاً حداً لا تعزيراً وإن أخذ بعضهم المال دون بعض ثبت الأخذ في حقهم جميعاً ووجب على جميعهم القطع ، وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال قتلوا جميعاً وصلبوا كما لو فعل كل منهم الأمرين معاً فالمحاربون جميعاً المباثرون والتسبيون مسؤولون جنائياً عن الفعل الذى باشروه غيره ويذهب المالكيون في اعتبار التسبب إلى حد بعيد بحيث يعتبرون متسبباً في الجريمة من يتقوى المحاربون بجأه^(١) ولو لم يأمر بقتل أو يتسبب فيه بفعل ما دام جأه قد أعان على الحادث حكماً .

وإذا كان في المحاربين صبي أو مجنون أو من لا حد عليه فيرى أبو حنيفة

(١) المتن ج ١٠ ص ٣١٨ وما بعدها — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ — شرح الزرقاني

ومحمد أن لا أحد عليهما لأنهما ليسا من أهل الحد ولا حد على غيرها ممن باشر الجريمة أو أعان عليها أو تسبب فيها ويرى أبو يوسف هذا الرأي إذا كان الصبي أو المجنون هو الذى باشر الجريمة وحده فإن كان المباشر غيرهما فالحد على العقلاء البالغين دون غيرهم ^(١) وحجة أبي حنيفة أن مسؤولية الجمع واحدة فالشبهة في فعل أحدهم شبهة في حق الجميع وحجة أبي يوسف أنه إذا كان المباشر هو الصبي أو المجنون فهو الأصل والباقون تبع فإذا سقط الحد عن الأصل سقط عن التابع ويرى أحمد رأى أبي يوسف فعنده أنه لا حد على الصبي والمجنون وإن باشرا القتل وأخذ المال لأنهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ما أخذتا من المال في أموالهما ودية قتلها على عاقلها ولا شيء على الردء لهما لأنه إذا لم يثبت الحد على المباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى أما إذا كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شيء لأنهما لم يثبت في حقهما حكم المحاربة وثبوت الحكم في حق الردء يثبت بالمحاربة ^(٢).

ولا يحد مالك الصبي والمجنون ولكنه يرى الحد على غيرها في كل حال سواء باشر الصبي والمجنون أم لم يباشرا ...

وإذا كان في المحاربين امرأة فيرى أبو حنيفة أن لا حد عليهما ولو باشرت الفعل ولا حد على من معها سواء اشتركوا معها أم لم يشتركوا ولكن أبا يوسف يرى أن المرأة إذا باشرت الفعل وحدها حد من معها من الرجال والرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة أن الرجال والنساء سواء في الحد ^(٣).

ويرى مالك وأحمد أن المرأة يلزمها حكم المحاربة كالرجل فإذا باشرت الفعل ثبت حكم المحاربة في حق من معها لأنهم ردها وأعوان وإن فعل ذلك غيرها ثبت ذلك في حقها لأنهم ردها وعون له ^(٤).

أما الشافعي فلا يرى المسؤولية التضامنية في الحاربة وإن كان يعتبر الردء

(٢) المفتى ج ١٠ ص ٣١٨ ، ٣١٩ .

(٤) المفتى ج ١٠ ص ٣١٩ .

(١) بدائع الصنائع ص ٩١ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٩١ .

والطليعة والمعين والمتسبب مسؤولين جنائياً ولكنه يجعل مسؤوليتهم تعزيرية باعتبارهم مرتكبين لمعصية أما الذي يعاقب بالحد فهو المباشر دون غيره فمن أخذ نصاباً من المال قطع دون غيره ومن قتل كان مسؤولاً عن القتل دون غيره ولو كان الغير قد أخذ نصاباً من المال ^(١).

٦٥٦ - هل مسؤولية القطاع المدنية تضامنية ؟

يرى مالك أن المحاربين مسؤولون مسؤولية تضامنية عن الأموال التي يأخذونها فمن يظفر به منهم يغرم ما لزمهم جميعاً من أموال الناس سواء أخذ هذا المحارب شيئاً مما انتهب أم لم يأخذ وسواء جاء تائباً أو قدر عليه غير تائب وإنما يغرم عن عداه حيث لزم من عداه الغرم لأنه غرم بطريق الضمان إذ كل واحد منهم تقوى بأصحابه وتلك هي القاعدة في المحاربين والبغاة والغصاب وفي مذهب مالك ^(٢) وهذا هو الحكم في السرقة العادية إذا كان السارق قد تعاون مع غيره في إخراج السرقة ، فكل من لزمه القطع في السرقة كان مسؤولاً بالتضامن عما أخذه غيره ممن وجب عليهم القطع ^(٣) على أن في مذهب مالك من يرى أن لا يضمن كل من المحاربين إلا ما أخذه ، وهو رأي غير معمول به ^(٤) هذه هي القاعدة في مذهب مالك وبقيدتها قاعدة أخرى هي عدم اجتماع الحد والضمان وقد سبق أن ذكرناها في السرقة فتراجع .

ويذهب أحمد إلى أن الضمان ليس بحد إلا على المباشر دون الردء والمعين لأن وجوب الضمان ليس بحد فلا يتعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب ، وإذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الآدميين من القصاص والضمان فالمتخص بذلك المباشر دون الردء ولو وجب الضمان في السرقة لتعلق بالمباشر دون غيره ^(٥).

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المذهب ج ٢

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١١ . (٣) حاشية الفيدي ج ٨ ص ١١١ .

(٤) تبصرة الحكم ج ٢ ص ٣٦١ . (٥) المغني ج ١٠ ص ٣١٠ .

أما الشافعي فيجعل الضمان على المباشر دون غيره كمبدأ في عدم التضامن في المسؤولية الجنائية .

٦٥٧ - مسؤولية المحارب إذا طأ صبياً أو فاقه العقل - المحارب الصبي ليس عليه حد وإنما يعزر بما يقاسبه وكذلك الجنون لا يحد وإنما يعزر بما يمنع شره عن الناس كوضعه في مصحة أو ما أشبهه ، والصبي والجنون كلاهما مسؤول في ماله الخاص . إذا أخذ المال ، فإذا قتل فالدية على عافله عند مالك وأبي حنيفة وأحمد لأنهم يرون أن عمد الجنون والصبي خطأ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً وإذا لم يكن قتله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما هو خطأ أما الشافعي فيرى أن عمد الصبي والجنون عمد لا خطأ وأن الصغير يعفى من الحد والقصاص ولكنه لا يؤثر على تكييف الفعل لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً ^(١) .

أما السكران بمحرم فهو مسؤول في المذاهب الأربعة جنائياً ومدنياً مسؤولية كاملة ^(٢) .

ويرى الظاهريون أن الصبي والجنون والسكران سكرراً أخرجهم من عقله لا يؤخذون بحد ولا قود لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن الصبي حتى يبالغ وعن الجنون حتى يفيق» والسكران لا يعقل ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان لا عليه ولا عاقبته لقوله صلى الله عليه وسلم «إن دماءكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام» فأموال الصبي والجنون والسكران حرام بغير نص كتحرير دماءهم ولا نص في وجوب غرامة عليهم أصلاً ، وإيجاب الفرامة شرع فإذا كان بغير نص من قرآن أو سنة فهو شرع في الدين لم يأذن به الله ولكن إذا كان الصبيان والمجانين والسكران لا يؤخذون بحد ولا قود فعليهم التعزير فإذا أتى أحدهم

(١) التشرع الجنائي ج ١ ص ٩٥٤ - مذهب الشيعة الزيدية .

(٢) التشرع الجنائي ص ٥٨٢ وما بعدها - كشف القناع ج ٣ ص ١٤٠ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٥٤ وج ٣ ص ٢٨٣ .

جريمة وجب تعليمه ليكف أذاء حتى يتوب السكران ويفيق المجنون ويبلغ الصبي لقوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ وتثقيفهم تعاون على البر والتقوى ، وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان ^(١) .

٦٥٨ — حكم طال المأفوز مراهبة — حكم المال في الخرابه هو وجوب الرد إن كان قائماً بعينه سواء سقط الحد أو لم يسقط ولصاحبه أن يأخذه أينما وجدته ، سواء وجدته في يد المحارب أو يد من تصرف إليه فيه وذلك على التفصيل المبين في باب السرقة وعلى ما ذكرناه من خلاف بين آراء الفقهاء .

الكتاب السادس

البنى

٦٥٩ — النصوص الواردة في البنى : — الأصل في البنى قول الله جل شأنه ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين ﴾ ^(١) ، ﴿ إنما المؤمنون إخوة ، فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون ﴾ ^(٢) وقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول . . . الخ ﴾ .

وهناك نصوص من السنة وردت في البنى فيروى عبد الله بن عمر عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أعطى إماماً صفقة يده وثمره فؤاده فليطعمه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنقه الآخر » رواه مسلم ، وروى عرفة — أنه قال « . ستكون هنات وهنات - ورفع صوته - ألا من خرج على أمي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كأننا من كان . . » ^(٣) .

وفي رواية أخرى « من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه » .

(١) ويستخلص من نص الآية خمس فوائد : الأولى أنهم لم يخرجوا بالبنى عن الاعتناء بآله سماهم مؤمنين - الثانية أنه أوجب قتالهم - الثالثة أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله الرابعة - أنه أسقط عنهم التبعة فيما أنفقوه في قتالهم - الخامسة - أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه - المبنى ج ١٠ ص ٤ .

(٢) الحجرات ٩ ، ١٠ .

(٣) المبنى ج ١٠ ص ٤٨ .

وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر ، فإنه من فارق الجماعة شبراً فمات فميتته جاهلية » وفي لفظ « من كره من أمره شيئاً فليصبر عليه فإنه ليس أحد من الناس خرج من السلطان شبراً فمات عليه ، إلا مات ميتة جاهلية » وعن أبي هريرة أن الرسول قال « كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء ، كلما هلك نبي خلفه نبي وأنه لا نبي بعدى وسيكون خلفاء فيكثرون » قالوا فما تأمرنا ؟ قال : « فوايبيعة الأول فالأول ثم أعطوهم حقهم فإن الله سائلهم عما استرعاهم » .

وعن عوف بن مالك الأشجعي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « خيار أئمتكم الذين تحبونهم ويحبونكم وتصلون عليهم ويصلون عليكم ، وشرار أئمتكم الذين تبغضونهم ويبغضونكم وتلعنونهم ويلعنونكم » قال قلنا يارسول الله ألا ننبأهم ؟ عند ذلك قال « لا - ما أقاموا فيكم الصلاة إلا من ولى عليه وال فرآه يأتى شيئاً من معصية الله فليكره ما يأتى من معصية الله ، ولا ينزعن بدأ من طاعة » .

وعن حذيفة بن اليمان أن رسول الله قال « يكون بعدى أئمة لا يهتدون بهدي ولا يستنون بسنتي ، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب الشياطين في جحان إنس قال قلت كيف أصنع يارسول الله إن أدركت ذلك قال : تسمع وتطيع وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك فاسمع وأطع » .

وعن عبادة بن الصامت قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا وأن لا ننازع الأمر أهله إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم فيه من الله برهان .

وعن أبي ذر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يا أبا ذر كيف بك عند ولاة يستأثرون عليك بهذا الفى ؟ قال : والذى بعثك بالحق أضع سيفى على عاتقى وأضرب حتى ألحقك - قال : أولاً أدلك على ماهو خير لك من ذلك ؟ تصبر حتى تلحقنى ^(١)

وعن ابن عمر أن رسول الله قال لعبد الله بن مسعود « هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بنى من هذه الأمة ؟ قال : الله ورسوله أعلم - قال : لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيهما »^(١)

٦٦٠ - تعريف البغى : يعرف البغى لغة بأنه طلب الشيء فيقال بغيت كذا إذا طلبته ومن ذلك قوله تعالى حكاية عن موسى ﴿ قال ذلك ما كنا نبغ ﴾^(٢) ثم اشتهر البغى في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم - وإن كانت اللغة لا تمنع من أن يكون البغى بحق ومن ذلك قوله تعالى ﴿ قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق ﴾^(٣).

ويختلف الفقهاء في تعريف البغى اصطلاحاً لاختلاف مذاهبهم فيه فالمالكيون يعرفون البغى بأنه الامتناع عن طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبتها ولو تأويلًا - ويعرفون البغاة بأنهم فرقة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم أو نائبه لمنع حق وجب عليها أو خلفه^(٤).

ويعرف الحنفيون البغاة ويستخرجون منها تعريف البغى بأنه الخروج عن طاعة إمام الحق بغير حق ، والباغى بأنه الخارج عن طاعة إمام الحق بغير حق^(٥) ويعرف الشافعيون البغاة بأنهم المسلمون مخالفو الإمام بخروج عليه وترك الاقبياد له أو منع حق توجه عليهم بشرط شوكة لهم وتأويل ومطاع فيهم^(٦).
أو هم الخارجون عن الطاعة بتأويل فاسد لا يقطع بفساده إن كان لهم شوكة

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٢٠٧ - طبعة الحلبي سنة ١٣٤٩ هـ .

(٢) الكهف آية ٦٤ .

(٣) الاعراف آية ٣٣ .

(٤) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ .

(٦) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٨٢ .

بكثرة أوقوة وفيهم مطاع^(١) فالبغى إذن عند الشافعيين هو خروج جماعة ذات شوكة ورئيس مطاع عن طاعة الإمام بتأويل فاسد .
ويعرف الحنابلة البغاة بأنهم الخارجون عن إمام ولو غير عدل بتأويل سائغ ولهم شوكة ولو لم يكن فيهم مطاع^(٢) ، فالبغى عند الحنابلة لا يختلف في تعريفه كثيراً عند الشافعية .

ويرى الظاهريون أن البغى هو الخروج على إمام حق بتأويل مخطىء في الدين أو الخروج لطلب الدنيا^(٣) .
ويعرف الشيعة الزيدية الباغي بأنه من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو غرم وله فئة أو منعة أو قام بما أمره للإمام^(٤) ، فالبغى هو الخروج على الإمام الحق من فئة لها منعة .

عنه **اختلاف التعاريف** : والعلة في اختلاف تعريف البغى في المذاهب الفقهية المختلفة هي الاختلاف على الشروط التي يجب توفرها في البغاة وليست الاختلاف على الأركان الأساسية للبغى ومحاوله الفقهاء في أكثر من مذهب أن يجمعوا في التعريف بين أركان البغى وشروطه ورغبتهم أن يكون التعريف جامعاً مانعاً .

تعريف مشترك : - ونستطيع أن نعرف البغى تعريفاً مشتركاً تتفق فيه كل المذاهب إذا اكتفيينا بإبراز الأركان الأساسية في التعريف فنقول : إن البغى هو الخروج على الإمام مغالبة .

٦٦١ - أركانه البغى : - وأركان البغى الأساسية كما هو ظاهر من التعريف المشترك ثلاثة : - ١ - الخروج على الإمام ٢ - أن يكون الخروج مغالبة ٣ - القصد الجنائي .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١

(٢) شرح المنتهى مع كشف القناع ج ٤ ص ١١٤

(٣) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨ (٤) الروض النضير ج ٤ ص ٣١

الركن الأول

الخروج على الإمام

٦٦٢ - يشترط لوجود جريمة البغى الخروج على الإمام ، والخروج المقصود هو مخالفة الإمام والعمل بخلعه ، أو الامتناع عما وجب على الخارجين من حقوق . ويستوى أن تكون هذه الحقوق لله أى مقررّة لمصلحة الجماعة ، أو للأشخاص أى مقررّة لمصلحة الأفراد . فيدخل تحتها كل حق تفرضه الشريعة للحاكم على المحكوم ، وكل حق للجماعة على الأفراد ، وكل حق للفرد على الفرد ، فمن امتنع عن أداء الزكاة فقد امتنع عن حق وجب عليه ومن امتنع عن تنفيذ حكم متعلق بحق الله كحد الزنا ، أو متعلق بحق الأفراد كالتقصص فقد امتنع عن حق وجب عليه ومن امتنع عن طاعة الإمام فقد امتنع عن الحق الذي وجب عليه وهكذا .

ولكن من المتفق عليه أن الامتناع عن الطاعة في معصية ليس بغياً وإنما هو واجب على كل مسلم لأن الطاعة لم تفرض إلا في معروف ولا تجوز في معصية فإذا أمر الإمام بما يخالف الشريعة فليس لأحد أن يطيعه فيما أمر إذ الطاعة لا تجب إلا فيما تجيزه الشريعة ^(١) .

والخروج قد يكون على الإمام وهو رئيس الدولة الأعلى وقد يكون على من ينوب عنه فمن امتنع عن طاعة الإمام في معصية فليس باغياً لأن حق الأمر واجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق فليس لأمر أن يأمر بما يخالف الشريعة وليس للأمر أن يطيعه فيما يخالف الشريعة . وذلك ظاهر من قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وقوله « من أمركم من

(١) حاشية ابن عابد بن ج ٣ ص ٤٣٠

الولاية بغير طاعة الله فلا تطيعوه » وقوله « لا طاعة في معصية الله إنما الطاعة في المعروف » وقد احتاط الفقهاء لهذا في تعريف البغاة .

والإمام وهو رئيس الدولة الإسلامية الأعلى أو من ينوب عنه من سلطان أو وزير أو حاكم أو غير ذلك من المصطلحات ويعبر بعض الفقهاء عن رئيس الدولة الإسلامية الأعلى بالإمام الذي ليس فوقه إمام ، وعن دونه بالإمام مطلقاً إذا كان مستقلاً بجزء من الدولة الإسلامية وبنائب الإمام إذا كان ينوب عن الإمام الأعظم .

والإمامة فرض من فروض الكفاية في الشريعة الإسلامية كالقضاء ، إذ لا بد للأمة من إمام يقيم الدين وينصر السنة وينصف المظلومين ويستوفي الحقوق ويضعها موضعها . ولا خلاف على هذا بين الفقهاء . ويشترط في الإمام شروط لا محل لذكرها هنا أهمها أن يكون مسلماً ذكراً مكلفاً - دلاً^(١) ولا يعتبر الخروج على الإمام قبل أن تثبت إمامته وتثبت الإمامة بأربعة طرق :

- ١ - باختيار أهل الحل والعقد من العلماء والفقهاء وأرباب الحل والعقد كما حدث في بيعة أبي بكر على أثر وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم .
- ٢ - باختيار الإمام السابق لمن يليه كما حدث في اختيار أبي بكر لعمر حيث عهد إلى عمر بقوله « بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما عهد أبو بكر خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم عند آخر عهده من الدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر ويتقي فيها الفاجر ، إني استعملت عليكم عمر بن الخطاب فإن بر وعدل فذلك علمي به ورأيي فيه ، وإن جار وبدل فلا علم لي بالغيب ، والخير أردت ولكل امرئ ما اكتسب وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون »
- ويصح أن يعهد الإمام لولده كما فعل معاوية وغيره من الخلفاء الأمويين والعباسيين وغيرهم .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٨ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٤ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٥٩ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥١٨ .

٣ — يجعل الإمام السابق الأمر شورى في جماعة معينة يختارون الإمام الجديد من بينهم أو يختاره أهل الحل والعقد كما فعل عمر حيث ترك الأمر شورى في ستة من الصحابة فاختروا من بينهم عثمان .

٤ — بالتغلب والقهر حيث يظهر المتغلب على الناس ويقهرهم حتى يذعنوا له ويدعونه إماماً فتثبت له الإمامة وتجب طاعته على الرعية ومثل ذلك ما حدث من عبد الملك بن مروان حين خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ودعوه إماماً . وإذا ثبتت الإمامة بإحدى هذه الطرق كان الخروج على الإمام بغياً ، أما إذا لم تكن الإمامة ثابتة بإحدى هذه الطرق فلا يعتبر الخارج باغياً ولا الخروج بغياً^(١) .

ومع أن العدالة شرط من شروط الإمامة إلا أن الرأي الراجح في المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية هو تحريم الخروج على الإمام الفاسق الفاجر ولو كان الخروج للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . لأن الخروج على الإمام يؤدي عادة إلى ما هو أنكر مما فيه وبهذا يمتنع النهي عن المنكر لأن من شرطه أن لا يؤدي الإنكار إلى ما هو أنكر من ذلك ، إلى الفتن وسفك الدماء وبث الفساد واضطراب البلاد وإضلال العباد وتوهين الأمن وهدم النظام . وإذا كانت القاعدة أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجب كالفسق إلا أنهم يرون أن لا يعزل إذا استلزم العزل فتنة . أما الرأي المرجوح فيرى أصحابه أن للأمة خلع وعزل الإمام بسبب يوجب وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحق فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم تنصيبه لانتظام شؤون الأمة وإعلائها ويرى بعض هذا

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٩٤ ، ٩٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥ وما بعدها — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٨ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠ — حاشية الشيباني .

الفريق أنه إذا أدى الخلع لفئة احتمال أدنى الضررين^(١) .

ويرى الظاهريون أن الخروج على الإمام محرم إلا أن يكون جائراً فإن كان جائراً فقام عليه مثله أو دونه قوتل مع القائم لأنه منكر زائد ظهر ، فإن قام عليه أعدل منه وجب أن يقاتل مع القائم . وإذا كانوا جميعاً أهل منكر فلا يقاتل مع أحد منهم إلا أن يكون أحدهم أقل جوراً فيقاتل معه من هو أجور منه^(٢) .

وعلى هذا رأى بعض المالكيين ، فسحنون بقول بوجوب قتال أهل العصية إن كان الإمام عدلاً وقتال من قام عليه ، فإن كان غير عدل فإن خرج عليه عدل وجب الخروج معه ليظهر دين الله وإلا وسعك الوقوف إلا أن يريد نفسك أو مالك فادفعه عنهما ولا يجوز لك دفعه عن الظالم . ويرى الشيخ عز الدين ابن عبد السلام أن فسق الأئمة قد يتفاوت ككون فسق أحدهم بالقتل وفسق الآخر بانتهاك حرمة الإيضاع وفسق الآخر بالتعرض للأموال فيقوم هذا على التعرض للدماء والإيضاع فإن تعذر قرم المتعرض للإيضاع على المتعرض للدماء ، فإن قيل أيجوز القتال مع أحد هؤلاء لإقامة ولايته وإدامة نصرته وهو معصية ، قلنا نعم وفقاً لما بين مفسدتي الفسوقيين وفي هذا وقفة وإشكال من جهة كونه إغانة على معصية ولكن درء ما هو أشد من تلك المعصية يجوز . ونحوه خروج فقهاء القيروان مع أبي يزيد الخارجي على الثالث من بني عبيد الكفرة وفسق أبي يزيد والكفر أشد^(٣) ومجموع رأى سحنون والشيخ عز الدين هو رأى الظاهريين .

وعلى الرغم من أن رأى الراجح في مذهب مالك هو تحريم الخروج على الإمام الجائر فإن من المتفق عليه في المذهب أنه لا يحل للإمام الجائر أن يقاتل

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٤ - أسنى المطالب ج ٤ حاشية الشهاب الرملي ج ٤ ص ١١١ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٥ - الأحكام السلطانية الغراء ص ٥١٤ - تنمة الروض النضير ج ٤ ص ٦ ، ٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ - نيل الاوطار ص ٨٤ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٣٧٢

(٣) حاشية الشيباني ج ٨ ص ٦٠

الخارجين عليه لفسقه وجوره وعليه قبل كل شيء أن يترك فسقه ثم يدعوهم لطاعته فإن لم يجيبوه كان له أن يقاتلهم^(١).

ومن المتفق عليه في كل المذاهب الشرعية أن قتال الخارجين لا يجوز قبل سؤالهم عن سبب خروجهم فإذا ذكروا مظلمة أو جوراً وكانوا على حق وجب على الإمام أن يرد المظالم ويرفع الجور الذي ذكروا ثم يدعوهم للطاعة وعليهم أن يرجعوا للطاعة فإن لم يرجعوا قاتلهم والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَنْفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾ .

— فأمر الله تعالى بالإصلاح ثم بالقتال فلا يجوز أن يقدم القتال على الإصلاح ولا يكون الإصلاح إلا برد المظالم ورفع الجور^(٢).

والخارجون على ثلاثة أنواع عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد :

١ - الخارجون بلا تأويل سواء كانوا ذوى منعة أو شوكة أو لا منعة لهم .

٢ - الخارجون بتأويل ولكن لا منعة لهم .

٣ - الخارجون بتأويل وشوكة وهم قسمان :

(أ) الخوارج ومن يذهبون مذهبهم ممن يستحلون دماء المسلمين وأموالهم

ويسبون نساءهم ويكفرون بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(ب) الخارجون بتأويل ولهم منعة وشوكة ممن لا يذهبون مذهب الخوارج

ولا يستحلون دماء المسلمين ولا يستبيحون أموالهم ونساءهم^(٣).

والتأويل المقصود هو ادعاء سبب للخروج والتدليل عليه ويستوى أن

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ - كشف القناع

ج ٤ ص ٩٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠ ، ٦١ - المحلى ج ١١ ص ٩٩ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ - المغنى ج ١٠ ص ٤٨ ، ٥٢ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١١١ ، ١١٣

يكون التأويل صحيحاً أو فاسداً لا يقطع بفساده ويعتبر التأويل فاسداً إذا أولوا الدليل على خلاف ظاهره ولو كانت الأدلة على التأويل ضعيفة كادعاء أهل الشام في عهد علي بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطنته إياهم مع أن هذا الادعاء صادر ممن لا يعتد بقولهم وشهادتهم .

وكتأويل بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكناً لهم طبقاً لقوله تعالى ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلَّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ ﴾ .

وكادعاء الخوارج الذين خرجوا من عسكر على بعد صفين أنه كفر ومن معه من الصحابة حيث حكم الرجال في أمر الحرب الواقعة بينهم وبين معاوية وقالوا إنه حكم الرجال في دين الله والله تعالى يقول ﴿ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ﴾ وتلك كبيرة ومرتكب الكبيرة في رأيهم كافر ، فإذا كان التأويل مقطوعاً بفساده فلا يعتبر أن هناك تأويلاً ما^(١) .

والمنفعة أو الشوكة هي الكثرة أو القوة ، كثرة عدد الخارجين أو قوتهم بحيث يمكن معها مقاومة تدعوه إلى احتمال كلفة من بذل مال وإعداد رجال ونصب قتال ونحو ذلك ليردهم إلى الطاعة . ويعتبرون في مذهب أحد النفر اليسير كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم ممن لا منفعة لهم ولو كانوا مسلحين يحسنون القتال^(٢) .

ويشترط الشافعيون لوجود المنفعة والشوكة أن يكون في الخارجين مطاع ولولم يكن إماماً عليهم يسمعون له ويطيعون لأن الشوكة لا تتم إلا بوجوده إذ يصدر عن رأي واحد ويعملون يداً واحدة ولأنه لا شوكة لمن لا مطاع لهم . فمهما بلغ عدد الخارجين ومهما كانت قوتهم فلا شوكة ما لم يكن فيها مطاع

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢، ٣٨٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٦ - المغني ج ١٠ ص ٤٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٣ .

وحكم الخارجين بلا تأويل والخارجين بتأويل ولا شوكة لهم عند أبي حنيفة وأحمد هو حكم قطاع الطريق فيعاملون على هذا الأساس ، وكتب الحنابلة والأحناف تجعل حكمهم حكم قطاع الطريق دون تفاصيل مما قد يوم بأنهم يقررون كذلك دون قيد ولا شرط . أما حكمهم عند الشافعي فهو حكم غيرهم من أهل العدل ومحاسبون على ما يأتونه من أفعال فإن كونت جريمة الحرابة عوقبوا على الحرابة وإن كونت جرائم أخرى عوقبوا عليها . ويلاحظ أن لافرق بين الحنفيين والحنابلة وبين الشافعيين في هذه المسألة لأن الأحناف والحنابلة وإن اعتبروهم محاربين إلا أنهم لا يعاقبونهم بعقوبة الحرابة إلا إذا توفرت شروط الحرابة ، وإذا سموهم قطاعاً بإطلاق لأن الخارجين إذا لجأوا للقوة فلن يفعلوا إلا أن يخيفوا الطريق ويأخذوا الأموال ويقتلوا من تعرض لهم فتكون جرائمهم بطبيعة الحال وظروف الخروج حرابة فكأنهم نظروا إلى واقع الحال في إعطائهم حكم المحاربين - أما الشافعيون فنظروا إلى الأصل وقالوا إنهم من أهل العدل فإذا ارتكبوا جريمة وتوفرت شروطها أخذوا بها وهكذا لا نجد ثمة فرق بين الفريقين وإن اختلفوا في تعبيراتهم^(١) .

وإذا كان الرى الراجح في مذهب أحمد أن المتأول بلا شوكة يعتبر محارباً فإن بعض فقهاء المذهب لا يشترط الشوكة مع التأويل فلا فرق عنده بين الكثير والقليل ما دام الخروج أساسه التأول ويعتبر المتأول بلا شوكة باغياً لا محارباً وحجة القائلين بالشوكة أن ابن ملجم لما جرح علياً قال على للحسن إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به لم يثبت لفعلة حكم البغاة كما أن إثبات حكم البغاة للعدد اليسير يشجع على الخروج ويؤدي إلى إتلاف أموال الناس لأن البغاة يسقط عنهم ضمان ما أتلفوه^(٢) وحجة الذين لا يشترطون الشوكة أن الخروج أساسه التأول

(١) شرح فتح القدير ص ٤٨ ، ٤٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤٠ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ٤٨ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٦ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٤٩ .

لالشوكة وعقيدة الخارج لا عدد من يشاركونه تلك العقيدة فلا معنى لاشتراط الشوكة .
أما الخارجون بتأويل وشوكة فهم البغاة عند أبي حنيفة والشافعي سواء
رأوا رأى الخوارج أو لم يروه ، ولا تعتبر الخوارج عندهما كفر ولا فسقة
وإنما بغاة لا غير ^(١) .

واختلف الحنابلة في الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان
وعلياً وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم
ويرون سبي نسائهم ، فالبعض يراهم بغاة لا غير ، وهذا هو رأى أبي حنيفة
والشافعي وجهور الفقهاء ، والبعض يراهم بغاة وفسقة في وقت واحد ، ويرون
استتابتهم فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم ، وهذا هو رأى مالك
وسنذكره فيما بعد . على أن أبا حنيفة يعتبر أيضاً الخوارج فسقة باعتقادهم ولكنه
يعاملهم معاملة البغاة ولا ينظر إلى الفسق إلا في قبول شهادتهم وقضائهم ^(٢) .

ويرى البعض الآخر - ورأيهم الراجح في مذهب أحمد - أن الخوارج
مرتدون فتحكمهم حكم المرتدين لا حكم البغاة ومن ثم تباح دماؤهم وأموالهم
فإن تميزوا في مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار
وإن كانوا في قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين فإن تابوا وإلا قتلوا حداً
وكانت أموالهم فينا لا يرثهم ورثتهم المسلمون وحجة أصحاب هذا الرأي ما رواه
أبو سعيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « يخرج قوم يحقرون صلاتكم مع
صلاتهم ، وصيامكم مع صيامهم ، وأعمالكم مع أعمالهم ، يقرؤون القرآن لا يجاوز
حناجرهم ، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، ينظر في النصل فلا يرى
شيئاً وينظر في القدح فلا يرى شيئاً ، وينظر في الريش فلا يرى شيئاً ويتمادي
في الفوق » .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ - بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٤٠ - نهاية
الاحتاج ج ٧ ص ٣٨٢ ، ٣٨٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ ، ١١٣ - المهذب ج ٢ ص
٢٣٤ ، ٢٣٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ .

وفي رواية أخرى «يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان، سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية - يقرؤون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فإن لقيتهم فاقتلهم فإن قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة » .

أما القائلون بأنهم بغاة أو بغاة فسقة فيحتجون بأنه لم يقل بتكفيرهم أحد من الفقهاء - وإنما الذي قال به بعض فقهاء الحديث لا كلهم ، ويفسرون عبارة « يتماذى في الفوق » بأن الحديث لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه ، ويحتجون أيضاً بما روى عن علي ، أنه لم يقاتل أهل النهروان إلا بعد أن قتلوا عبد الله بن خباب وأنه لم يبدرهم بقتال ، وقال لأصحابه لا تبدرهم بقتال ، وبعث إليهم : أقيدونا بعبد الله بن خباب ، قالوا : كلنا قتله فحينئذ استحل قتلهم لإقرارهم على أنفسهم بما يوجب القتل ، ولو كانوا كفاراً لبدرهم بالقتال ولما طالب بالقود من قتلة عبد الله بن خباب ، كذلك يحتجون بما ذكره ابن عبد البر عن علي ، أنه سئل عن أهل النهروان أ كفارهم؟ قال : من الكفر فروا . قيل فنفاقون؟ قال : إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلاً : قيل ففهم؟ قال : هم قوم أصابهم فتنة فعموا فيها وصموا ، وبغوا علينا وقتلونا فقاتلناهم . وأخيراً فإنهم يحتجون بأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن : أحسنوا إسهاره فإن عشت فأنا ولي دمي ، وإن مت فضربة كضربتي ، أى أنه أشار بالقصاص منه ولو كان كافراً لما اقتص منه لأن الكافر مباح الدم بكفره ^(١) .

ويختلف مذهب مالك عن المذاهب الثلاثة فيمن يعتبره باغياً ، فالباغى عند مالك هو كل من امتنع عن الطاعة في غير معصية بمغالبة ولو تأو يلا ، فكل من خرج بمغالبة فهو باغ سواء كان متأولاً أو غير متأول ، ذا منعة وشوكة أو ليس له شوكة ولا منعة ، ويجوز أن يكون الباغى فرداً واحداً ويجوز أن يكون البغى من أكثر من واحد ، والخوارج الذين يكفرون بعض الصحابة ومن على

غير رأيهم من المسلمين ويستحلون الدماء والأموال وسبى النساء ، هم عند مالك بغاة وليسوا كفرة وإنما هم فسقة في رأيه ولهذا يرى إذا ظفر بهم الإمام العدل أن يستنيبهم وغيرهم من أهل الأهواء ^(١) .

ومذهب الظاهريين على أن البغاة قسمان لا ثالث لهما ، قسم خرجوا على تأويل في الدين فأخطأوا في تأويلهم كالخوارج وما جرى مجراهم من سائر الأهواء المخالفة للحق ، وقسم أرادوا لأنفسهم دنيا فخرجوا على إمام حق أو على من هو في السيرة مثلهم فإن تعدت هذه الطائفة إلى إخافة الطريق أو إلى أخذ مال من لقوا أو سفك الدماء هملاً ، انتقل حكمهم إلى حكم المحاريين وهم مالم يفعلوا ذلك في حكم البغاة . والمتأولون قسمان : قسم أخطأ في التأويل وله عذر في تأويله كأصحاب معاوية وقسم من المتأولين لا عذر له في تأويله كمن قام برأى الخوارج ليخرج الأمر على قريش أو ليرد الناس إلى القول بإبطال الرحم أو تكفير أهل الذنوب أو استقراض المسلمين أو قتل الأطفال والنساء وإظهار القول بإبطال القدر أو إلى منع الزكاة ، فهؤلاء وأمثالهم لا عذر لهم بالتأويل الفاسد لأنها جهالة تامة . والقائمون لغرض الدنيا أو للعصبية كما فعل يزيد بن معاوية ومروان بن الحكم وعبد الملك بن مروان في القيام على ابن الزبير ، وكما فعل مروان بن محمد في القيام على يزيد بن الوليد ، فهؤلاء لا يعذبون لأنهم لا تأويل لهم أصلاً وعملهم بغير مجرد ^(٢) .

أما من قام يدعو إلى أمر بمعروف أو نهى عن منكر أو إلى إظهار القرآن والسنن والحكم بالعدل فليس باغياً بل الباغي من خالفه . فإذا أريد بظلم فتنع نفسه فإنه على حق سواء أَرَادَهُ الإمام أو غيره ^(٣) .

ويرى الظاهريون أن البغاة ليسوا فقط من خرجوا على الإمام وإنما الباغي

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ - شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠ ،

٦١ - تبصر الحكم ج ٢ ص ٣٦٢ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

(٣) المحلى ج ١١ ص ٩٨

هو من بنى على أخيه المسلم - فيجوز أن يكون الباغي سلطاناً ويجوز أن يكون فرداً فإذا كان الباغي هو السلطان كان على المسلمين أن يقاتلوا الباغي حتى يفيء إلى أمر الله وعلى هذا يصح أن يكون الباغي فرداً و يصح أن يكون جماعة^(١) .
 وخلاصة رأى الظاهريين أن كل من خرج مغالبة على الإمام بتأويل أو غير تأويل فهو باغ سواء كان فرداً أو جماعة مالم يكن خروجه بحق فإنه ليس باغياً .
 والباغي عند الشيعة الزيدية هو من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو عزم على المحاربة وله فئة أو منعة - أو قام بما أمره للإمام^(٢) .

فالبنى لا يكون إلا من جماعة يكون لهم منعة وعدد وتأويل وهذا يتفق مع مذهب أبى حنيفة والشافعى وأحمد إلى حد كبير . كما يتفق مذهب الظاهريين مع مذهب مالك ولا يعتبر الخارج بحق باغياً عند بعض المالكيين وأبى حنيفة والظاهريين^(٣) ، وعلى مثل هذا رأى الشيعة الزيدية^(٤) .

أما عند الشافعى وأحمد وبعض المالكيين فيعتبر الخارج باغياً ولو كان خارجاً بحق وسواء كان على صواب أو على خطأ لأن الخروج ليس هو الطريق الصحيح الذى يؤدي لإقرار الحق وتصحيح الخطأ ، فإذا لم يكونوا بغاة فيما يطلبون فهم بغاة فى اختيار الوسيلة التى يريدون بها الوصول إلى حقهم لأنها تؤدي إلى الفساد وزعزعة أركان الدولة - ولأنه من المحرم عليهم الخروج على من تثبت إمامته ، لأن من تثبت إمامته تجب طاعته - على أن فى مذهب الشافعى من يرى أن الخروج على الإمام الجائر ليس بغياً إذا كان الخروج لإزالة جور أو ظلم ولكن رأيهم مرجوح فى المذهب^(٥) .

ويعتبر الخروج بحق فى مذهب أبى حنيفة وعند القائلين من المالكيين إذا

(١) المحلى ج ١١ ص ٩٩

(٢) الروض النضر ج ٤ ص ٣٣١

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٧٧ - شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦٠ - شرح

فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨ - المحلى ج ١١ ص ٩٨ ، ٩٩ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٦

(٤) تنمى شرح الروض النضر ص ٨ ، ٩ مع المجلد الرابع .

(٥) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٤ ص ١١١ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٦

كان الخارجون قد فعلوا ذلك لظلم ظلمهم به الإمام وعليه أن يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس أن يعينوا الإمام عليهم ، لأن في ذلك إعانة على الظلم وتعاون على الإثم والعدوان . ويرون في مذهب مالك أن على الناس أن يعينوا الخارجين على الإمام ، بينما يرى الحنفية أن ليس للناس إعانة الخارجين لأن فيه إعانة على خروجهم على الإمام . أما إذا كان الخروج بدعوى الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل بنى عند أبي حنيفة ، وعلى كل من يقوى على القتال أن ينصر الإمام على هؤلاء الخارجين . أما المالكيين فيرون نصر الخارجين إذا كان الخارج عليه عدلاً أو كان أقل فسقاً وجوراً مادام الإمام جائراً فاسقاً^(١) .

ويعتبر الخروج بحق في مذهب الظاهريين إذا كان اظلم ظلمهم به الإمام أو كان للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فتعرض لهم الإمام أو خرج على الإمام الجائر إمام عدل أو أقل فسقاً وجوراً^(٢) .

ويفترق مذهب الظاهريين عن المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية في اعتبار السلطان باغياً . فهذه المذاهب لا تعتبر السلطان باغياً ولو كان جائراً وإنما البغاة هم الخارجون على الإمام . وقد رأينا أن بعض الفقهاء يعتبرون الخارجين بغاة سواء كانوا على حق في خروجهم أو كانوا على غير الحق بينما يراهم البعض بغاة إذا كانوا على غير الحق فقط فإن كانوا على حق فليسوا بغاة على أن القائلين بهذا يرون هم ومخالفوهم أن الإمام ليس له أن يقاتل الخارجين قبل أن يسألهم عن سبب خروجهم فإذا ادعوا مظلمة أو شبهة . كان على الإمام أن يرد المظالم ويكشف الشبهات ثم يدعوهم بعد ذلك للطاعة فإن لم يعودوا قاتلهم لأنهم يصيحون بامتناعهم عن العودة للطاعة بغاة ولو كانوا قد خرجوا في أول الأمر بحق^(٣)

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٣٧ - حاشية الشيباني وشرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠

ومواهب الجليل ص ٢٧٧

(٢) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٦ - المنقح ج ١٠ ص

٥٣ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٧ ، ٤٢٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ - شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠ .

الركن الثاني

أن يكون الخروج مغالبة

٦٦٣ - يشترط ليكون الخروج بغياً أن يكون مغالبة أى أن يكون استعمال القوة هو وسيلة الخروج وأن يكون الخروج مصحوباً بالمغالبة أى باستعمال القوة ، فإذا كان الخروج غير مصحوب باستعمال القوة فلا يعتبر بغياً كرفض مبايعة الإمام بعد أن بايعت له الأغلبية ولو نادى الخارجون بعزل الإمام أو بعصيانه وعدم طاعته أو بالامتناع عن أداء ما عليهم من واجبات تقوم الدولة على استيفائها . ولكن إذا فعل الخارجون شيئاً محرماً عرقبوا عليه باعتباره جريمة عادية ومثل الامتناع عن البيعة ما وقع من بعض الصحابة في صدر الإسلام . فقد امتنع على عن مبايعة أبي بكر أشهراً ثم بايع ، ورفض سعد ابن عبادته مبايعته ولم يبايعه حتى مات . وكامتناع عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير عن المبايعة ليزيد . ومن الأمثلة على ذلك ما وقع من الخوارج في عهد علي . فإن علياً لم يتعرض لهم حتى استعملوا القوة ، ولم يعتبرهم بغاة إلا بعد استعمالها . وكان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد لا حكم إلا لله وهى عبارة كان الخوارج يتنادونها يعرضون بقبول التحكيم . فقال على كلمة حق أريد بها باطل : لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نمنعكم من النىء ما دامت أيديكم معنا ، ولا نبدؤكم بقتال . وكان يصلى يوماً فناده رجل من الخوارج لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين . يعرض به على اعتبار أنه كفر بقبول التحكيم فأجابه على : فاصبروا إن وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون . ويدللون على هذا بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه في المدينة - فلأن لا يتعرض لأهل البغي

وهم من المسلمين أولى . وتلك كانت سيرة عمر بن عبد العزيز في الخوارج - كتب إليه عدى بن أرطاة أن الخوارج يسبونك فكتب إليه إن سبوني فسبوهم ، وإن شهروا السلاح فأشهروا عليهم ، وإن ضربوا فاضربوا . وكتب عمر بن عبد العزيز إلى الولاة في شأن الخوارج فقال : إن كان رأى القوم أن يسيحوا في الأرض من غير فساد على الأئمة ولا على أحد من أهل الذمة ، ولا على قطع سبيل من سبل المسلمين ، فليذهبوا حيث شاؤوا ؛ وإن كان رأيهم القتال فوالله لو أن أبكارى خرجوا رغبة عن جماعة المسلمين لأرقت دماءهم ألتس بذلك وجه الله .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً مقالة على بعد أن جرحه ابن ملجم قل : على أطمعوه واسقوه واحبسوه . فإن عشت فأنا ولى دعى أعفو إن شئت ، وإن شئت استقدت وإن مت فاقتلوه ولا تمثلوا به . فقد اعتبر على جريمة ابن ملجم جريمة عادية ولم يعتبره باغياً لأن خروجه لم يكن مغالبة ^(١) .

ويروى الحضرمي يقول : دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة ، فإذا نفر خمسة يشتمون عليا وفيهم رجل عليه برنس يقول : أعاهد الله لأقتله فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأنيت به علياً ، فقلت : إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال إذن ويحك من أنت ؟ فقال أنا سور المنقرى . فقال على : خل عنه . فقلت : أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك !! قال : أفأقتله ولم يقتلنى ^(٢) ؟

ويعتبر الخروج بغياً عند مالك والشافعى وأحمد والظاهرين حينما يبدأ الخارجون باستعمال القوة فعلاً - أما قبل استعمالها فلا يعتبر الخروج بغياً ولا يعتبرون بغاة ويعاملون كما يعامل العادلون ولو تميزوا في مكان وتجمعوا ولو كانوا يقصدون استعمال القوة في الوقت المناسب ولكن ليس ثمة ما يمنع من

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ - شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦٠ - الفتن ج ١٠ ص ٥٨ ، ٦٠ - وكشاف القناع ج ٤ ص ٩٩
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩

منعهم من التحيز وتعزيرهم على التجمع بقصد استعمال القوة وإثارة الفتنة أما أبو حنيفة فيعتبرهم بغاة ، ويعتبر حالة البغي قائمة من وقت تجمعهم بقصد القتال والامتناع من الإمام لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع . ومذهب الشيعة الزيدية يماثل مذهب أبي حنيفة في هذا ، والأصل عند الجميع أن البغاة لا يحل قتالهم إلا إذا قاتلوا فمن نظر إلى حقيقة القتال اشترط أن يقع القتال فعلا ومن نظر إلى وجودهم في حالة قتال اكتفى بتجمعهم بقصد القتال والامتناع^(١) على أن الرأي الراجح في مذهب أحمد يرى قتل الخوارج لأنهم كفار بتكفيرهم المسلمين واستحلال دمائهم وأموالهم .

ولا يبدأ الإمام قتال الخارجين إلا بعد أن يرأسلهم ويسألهم عن سبب خروجهم فإن ذكروا مظلمة أزالها أو شبهة كشفها لأن ذلك طريق إلى الصلح ووسيلة إلى الرجوع إلى الحق ، وقد فعل على هذا في وقعة الجبل وفعله مع الحرورية ولأن الله جل شأنه يقول ﴿ فأصلحوا بينهما ﴾ فإن بغت إحداها على الأخرى فقاتلوا التي تبغى ﴿ فيجب أن يتقدم ما قدمه الله وهو الصلح ويتأخر ما أخره وهو القتال ثم يدعوم بعد ذلك للطاعة فإن استجابوا وإلا قاتلهم إلا أن يعاجلوه بالقتال فله أن يقاتلهم دون أن يسألهم . ويرى أحمد أن له هذا أيضا إذا خشى كلهم فليس من المتعين أن يرأسلهم^(٢) .

وقد راسل على أهل البصرة قبل وقعة الجبل ، وأمر أصحابه أن لا يبدأوهم بقتال ثم قال : هذا يوم من فليج فيه فليج يوم القيامة ثم سمعهم يقولون الله أكبر يائارات عثمان فقال : اللهم اكب قتلة عثمان على وجوههم . كذلك بعث عبد الله ابن عباس للحرورية فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٠ - الروض النضر ج ٤ ص ٣٣١ - شرح الزرقاني

حاشية الشيباني ج ٨ ص ٦٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٣

(٢) المغني ج ١٠ ص ٥٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٩٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص

٤٠٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ - المحلى ج ١١ ص ٩٩

(٤٤) - التشريع الجنائي الإسلامي (٢)

وإنما وجبت المراسلة والدعوة للطاعة لأن المقصود من القتال هو كفهم ودفع شرهم لا قتلهم؛ فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فإن سأله الخوارج الأنظار لمدة معينة أنظرهم إن رأى في ذلك مصلحة، وإن ظن أنهم يريدون المهمة ليكيدوا له لم ينظرهم ثلاثة أيام^(١) ويشتط الزيدية أن تكون الدعوة للطاعة، وإذا أمكن دفع البغاة بدون القتل لم يجوز قتلهم لأن المقصود دفعهم وليس إهلاكهم ولأن المقصود إذا حصل بما دون القتل لم يجوز القتل من غير حاجة.

وإذا حضر مع البغاة من لا يقاتل فيرى الحنابلة أنه لا يجوز قتله، وهذا هو رأى بعض الشافعيين، وبرى الآخرون قتله ما دام في صف البغاة ولو لم يقاتل لأنه يعتبر رداءً لهم؛ والظاهر في المذاهب الأخرى أن حكم من حضر المعركة وكان في صفوف البغاة أن له حكمهم إذا أمكن اعتباره في مركز المقاتل أو المدافع^(٢).

وتعتبر حالة البغى قائمة طالما كان الباغى في مركز المقاتل أو المدافع. فمن ألقى سلاحه من البغاة أو كف عن القتال أو استسلم أو عجز عن القتال كالجريح جرحاً يمنعه من القتال أو حرب غير متجهز إلى فئة أو متحرفاً لقتال فلا يجوز قتله لأنه لا يجوز قتاله حيث زالت حالة البغى وهي استعماله القوة. وعلى هذا لا يقتل المدبر ولا الأسير ولا يجهز على الجريح سواء كانت حالة الحرب قائمة أو انتهت وهذا هو ما يراه الشافعى وأحمد. وفي مذهب أحمد لا يتبع المدبر أصلاً ولا يقتل ولو كان متجهزاً إلى فئة^(٣).

ومذهب الشافعى، على اتباع المنهزمين إذا انهزموا مجتمعين أو انسحبوا

(١) شرح الازهار ص ٥٣٨ - المغنى ج ١٠ ص ٥٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ المحلى لأن حزم ص ١١٦.

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٥٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٣٥ - المحلى ج ١١ ص ١٠٠

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٥٥، ٥٦، ٦٣ - كشاف القناع ص ٩٨

ينظام وكانوا غير متفرقين ، فإذا انهزموا متفرقين بحيث تزول شوكتهم لم يتبعوا ، وإلا أتبعوا حتى يتبددوا وتزول شوكتهم ، ومن تخلف منهم مجزاً أو ألقى سلاحه تاركاً للقتال ، لم يقاتل ، ويقاتل من ولى متحرراً للقتال أو متحيزاً لفئة قريبة أو بعيدة ^(١) .

فإذا انهزموا وولوا مدبرين ، فإن كانت لهم فئة ينحازون إليها فيبقى لأهل العدل أن يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على جريحهم لئلا يتحيزوا إلى الفئة فيستنفوا بها فيسكروا على أهل العدل ، وأما أسيرهم فإن شاء الإمام قتله استئصالاً لشأقتهم وإن شاء حبسه لاندفاع شره بالأسر والحبس ، وإن لم يكن لهم فئة يتحيزون إليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم ^(٢) وبعض أصحاب الشافعي يرون رأى أبي حنيفة ^(٣) .

والقاعدة عند مالك أن لا يتبع المنهزم ولا يجهز على الجريح إلا إذا خيف منهم أو انحازوا إلى فئة ، ففي هذه الحالة يتبع المنهزم ويدفع على الجريح أما الأسير فإذا كانت الحرب قائمة فلإمام قتله ولو كانوا جماعة إذا خيف أن يكون منهم ضرر ، فإذا انقطعت الحرب فلا يقتل ^(٤) . على أن بعض المالكيين يمنع قتل الأسير وتتبع المدبر والإجهاز على الجريح بصفة مطلقة ^(٥) .

ويرى الظاهريون أنه لا يجوز قتل الأسير بأي حال ولو أن قتله كان مباحاً قبل الأسار لأن حل قتله قبل الأسار ليس مطلقاً ، وإنما الذي أحل قتله هو قتاله أو دفاعه ، فإذا لم يكن باغياً أى مقاتلاً أو مدافعاً حرم قتله لزوال حالة البغى ، وهو إذا أسر فليس حينئذ باغياً ولا مدافعاً فدمه محرم وكذلك لو ترك

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ .

(٢) بدائع الصنائع ص ١٤٠ ، ١٤١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١١ ، ٤١٢ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٦٣

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨

(٥) مواهب الجليل ص ٢٧٧

القتال وقعد مكانه ولم يدافع لحرم دمه وإن لم يؤسر لأن الله جل شأنه قال : ﴿ فقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء إلى أمر الله ﴾ فمن فاء فلا يقاتل ، وإنما حل قتال الباغي بمقاتلته ولم يحل قتله قط في غير المقاتلة ^(١) وكذلك الحكم في الجرحي لأن الجريح إذا قدر عليه فهو أسير وأما ما لم يقدر عليه وكان ممتنعاً فهو باغ . أما المدبرون فإن كانوا تاركين للقتال جملة منصرفين إلى بيوتهم فلا يحل اتباعهم أصلاً وإن كانوا منحازين إلى فئة أو لآذين بمقل بمتنعون فيه أو زائلين عن الغالبين لهم من أهل العدل إلى مكان يأمنونهم فيه ثم يعودون إلى حالهم فيتبعون ^(٢) لأن الله افترض قتالهم حتى يفيثوا الأمر الله ولم يفيثوا بعد . ومذهب الشيعة الزيدية كذهب أبي خنيفة ^(٣) .

وإذا قتل من البغاة أسير أو جريح أو مدبر عند من لا يميزون قتله فقاتله مسؤول عن قتله جنائياً . ويرى بعضهم القصاص من القاتل لأنه قتل معصوما لا شبهة في قتله . ويرى البعض أن لا قصاص لأن في قتلهم اختلافاً بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارثة للقصاص عند من يقولون بأن الشبهات تدرأ الحدود والظاهر يرون لا يعترفون بأن الحدود تدرأ بالشبهات ، فمقتضى مذهبهم القصاص في كل الأحوال ^(٤) .

ويحبس لأسرى إلا من دخل منهم في الطاعة فيخل سبيله ويطلقون محبوسين حتى تنتهي الحرب . وإذا كان الأسير امرأة أو صبياً أو شيخاً فانياً أخل سبيلهم ولم يحبسوا في رأى . وفي الرأى الآخر يحبسون لأن في ذلك كسراً لقلوب البغاة . والرأى في مذهب أحمد والشافعي ، أما مالك وأبو حنيفة فيريان الحبس ^(٥)

(١) المحلى ج ١١ ص ١٠٠ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٠١

(٣) شرح الروض النضر ج ٤ ص ٣٣٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٣٤

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٦٤ - المذهب ج ٢ ص ٣٣٦

(٥) المذهب ج ٢ ص ٣٣٦ - المغنى ج ١٠ ص ٦٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢ -

شرح الرزقاني ج ٨ ص ٦٢ .

ويجوز تبادل الأسرى وأخذ الرهائن بين الفريقين عند الضرورة ولكن لا يجوز لأهل العدل قتل الأسرى أو الرهائن على سبيل المعاملة بالمثل لو قتل البغاة الرهائن أو الأسرى لأنهم مسلمون غير مقاتلين ولا مغالبيين مع ملاحظة ما سبق أن فلناه من أن بعض الفقهاء يميز قتل الأسرى في حالة قيام الحرب ، أما منع قتل الرهائن فلا خلاف فيه لأنهم غير مقاتلين ولأنهم صاروا آمنين بالموادة^(١) .

ويرى مالك وأبو حنيفة أنه يجوز قتال البغاة بما يعم إتلافه كالتحريق والتفريق ورمي المنجنيق ويقاتلون بكل ما يقاتل به المشركون ، لأن القتال مقصود به دفع شرهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يؤدي لذلك^(٢) . ويرى بعض المالكيين أن لا يقاتلوا بما يعم إتلافه إذا كان فيهم نساء وذرية - ولا يراه البعض الآخر^(٣) .

ومذهب الشافعي وأحمد على أن لا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتفريق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز قتل من يقاتل وما يعم إتلافه يقسم على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت إلى ذلك ضرورة مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم إتلافه جاز ذلك ، أما إذا قاتل البغاة بما يعم إتلافه فيجوز قتالهم بمثله^(٤) .

ويحيز الشيعة الزيدية القتل بما يعم إتلافه بشرطين أولهما : أن يتعذر الوصول إلى البغاة إلا بذلك كأن يتحصنوا في حصن أو بيوت مانعة أو في سفينة البحر ثانيهما : أن يكون بينهم من لا يجوز قتله كالصبيان والنساء ، فإن لم يجتمع

(١) المحلى ج ١١ ص ١١٧ ، ١١٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٥ - المغنى ج ١٠

ص ٦٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١١ .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦١

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ - المغنى ج ١٠ ص ٥٧

هذان الشرطان فلا يجوز استعمال ما يعم إتلافه إلا لضرورة ملحة^(١) .

ويجيز الظاهريون القتال بما يعم تلفه بشرط أن لا يؤدي إلى قتل غير البغاة لأن من لم يقاتل لا يحل قتله^(٢) .

ويكره للعادل قتل أبيه أو أمه إذا كان أحدهما باغياً ولكن القاتل يرث القتل مع هذا لأنه عمد غير عدوان ، ولا يكره قتل الجد ولا الأخ ولا الابن^(٣) . أما أبو حنيفة فيكره للعادل أن يقتل باغياً ذا رحم محرم منه ابتداء إلا إذا أراد الباغى قتله فله أن يدفعه ، ولا يحرم العادل ميراث الباغى ، أما الباغى إذا قتل العادل فيحرم من ميراثه عند أبي يوسف . وعند أبي حنيفة ومحمد ، لا يحرم إن كان يعتقد أنه قتله بحق ، ولا يزال على هذا الاعتقاد^(٤) .

ومذهب الشافعى كذهب أبي حنيفة فى كراهة القتل ، ولكنه لا يورث العادل ولا الباغى شيئاً من مال المقتول لعموم قوله صلى الله عليه وسلم «ليس لقاتل شيء» وفى مذهب أحمد رأيان : أحدهما : يكره قتل ذى الرحم المحرم ، والثانى لا يرثه لأنه ليس لقاتل شيء ، وأما الباغى إذا قتل العادل فإنه لا يرثه لأنه قتله بغير حق^(٥) .

وحجة القائلين بالسكراهة قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ، فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كف أبا حذيفة ومنعه عن قتل أبيه .

ورأى الظاهريين أن قتل ذى الرحم غير مكروه وإن كانوا لا يختارون أن يعمد المرء إلى أبيه أو أخيه خاصة مادام يحذ غيرهما ، فإن رأى أباه أو أخاه يقصد مسلماً ، كان عليه أن يدفعه عن المسلم^(٦) .

(١) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٥٤١ ، ٥٤٢

(٢) المجلى ج ١١ ص ١١٦ ، ١١٧

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ ، ١٤٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٤ ، ٤١٦

(٥) المغنى ج ١٠ ص ٦٧ ، ٦٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥

(٦) المجلى ج ١١ ص ١٠٧

واسكن الشيعة لا يجوزون للمسلم أن يقتل ذارحمه ولو كان كافراً إلا لأحد وجهين: أحدهما أن يقتله مدافعة عن نفسه أو غيره. الثاني: أن لا يندفع إلا بالقتل، ويرث العادل الباغي إذا قتله^(١).

والبنى إذا كان يحل مقاتلة البغاة ويبيح دماءهم طالما كانوا باغين، إلا أنه لا يبيح أموالهم حتى في حالة البنى، فتظل أموالهم معصومة ولو وقعت في يد العادلين - ويرى مالك أنه لا يجوز قطع أشجارهم ولا هدم دورهم ولا إتلاف مواهم وإنما للإمام أن يستعين بأموال البغاة التي يمكن استعمالها في القتال فيقاتلهم بها كالأسلحة والخيل والإبل حتى إذا تغلب عليهم - رد عليهم ما استعان به وغيره^(٢).

ويرى أبو حنيفة أن أموال البغاة تظل على ملكهم لأن علياً لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنأدى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر بعد الهزيمة، ولا يفتح باب، ولا يستحل فرج ولا مال - وبعد موقعة النهروان جمع ماغنم من الخوارج في الرحبة فمن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخره قدر من الحديد لإنسان جاء فأخذه. ويرى أبو حنيفة ما يراه مالك من جواز استعمال السلاح والكراع أن احتججه أهل العدل لأن للإمام أن يستعين بمال العادل عند حاجة المسلمين إليه ففي مال الباغي أولى أما بقية الأموال فتجسس عن البغاة لدفع شرهم وإضعافهم بذلك ولا ترد إليهم حتى يقيموا فترد عليهم أو على ورثتهم، ويجوز للإمام أن يبيع من الأموال ما يحتاج نفقة ويحبس الثمن^(٣).

ويرى الشافعي أنه لا يجوز استعمال شيء من أموال البغاة وأنها ترد جميعاً بعد انتهاء الحرب لأنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه، لكن إذا اقتضت الضرورة استعمال مال من أموال البغاة جاز استعماله كما لو تعين استعمال سلاحهم للدفاع أو استعمال خيائهم للتغلب عليهم - ويرى البعض أنه يجب أن

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٤١

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦١

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢، ٤١٣

تؤدى أجرة المال المستعمل كما هو الشأن فى حالة الضرورة . ولا يرى البعض ذلك لأن الضرورة هنا منشأها فعل البغاة ولم تنشأ من جهة المضطر^(١) .
وفى مذهب أحمد رأيان : أحدهما كذهب أبى حنيفة ومالك والثانى كذهب الشافعى^(٢) .

ومذهب الظاهريين كذهب الشافعى فهم يرون الحيلولة بين البغاة وبين كل ما يستعينون به على باطلهم من مال أو سلاح فيجس عنهم حتى يفيثوا ولا يجوز استعماله إذا اضطر أهل العدل لأن يدافعوا به عن أنفسهم^(٣) :
ويرى الشيعة الزيدية أنه لا يجوز الاستعانة بأموال البغاة أيا كان نوعها فإذا استعمالها الإمام كان ضامناً لها^(٤) .

على أن من الشيعة من يرى أن ما كان فى معسكر البغاة من الأموال يحل أخذه غنيمة لأهل العدل^(٥) .

وللإمام أن يستعين على قتال البغاة ببغاة مثلهم حتى إذا انتصر دعا من ماله إلى الطاعة وليس له عند أحمد والشافعى أن يستعين على قتالهم بالكفار بل ولا بمن يرى قتالهم مدبرين من المسلمين ويرى أبى حنيفة أن للإمام الاستعانة على البغاة إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر - وهذا هو رأى الشيعة الزيدية ؛ أما الظاهريون فلا يوجبون الاستعانة بأهل الحرب وأهل الذمة إذا اضطرتهم حماية أنفسهم لذلك بشرط أن يوقنوا أنهم فى استنصارهم لا يؤذون مسلماً ولا ذمياً فى مال ولا حرمة - أما الاستعانة بأهل البغى فلا يمتنعها الظاهريون^(٦) .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٥ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٦٥ ، ٦٦ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٠٢ .

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٤٢ .

(٥) الروض النضير ج ٤ ص ٣٣٠ .

(٦) المحلى ج ١١ ص ١١٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ المغنى ج ١٠ ص ٥٧ -

أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ ، ١١٦ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٣٣ .

ولم أعر على رأى مالك فى الاستعانة على البغاة بالذميين وإن كان رأيه فى الجهاد أن لا يستعان بمشرك إلا فى خدمة الجيش المحارب فأولى ألا يستعان به فى محاربة مسلم .

الركن الثالث

القصد الجنائى (قصد البغى)

٦٦٤ — يشترط لوجود البغى أن يتوفر لدى الخارج القصد الجنائى ، والقصد المطلوب توفره هو القصد الجنائى العام . أى قصد الخروج على الإمام مغالبة ، فإذا كان الخارج لم يقصد من فعله الخروج على الإمام أو لم يقصد المغالبة فهو ليس باغياً .

ويشترط أن يكون الخروج على الإمام بقصد خلعه أو عدم طاعته أو الامتناع من تنفيذ ما يجب على الخارج شرعاً ، فإن كان الخارج قد خرج امتناعاً عن معصية فهو ليس باغياً ، وإذا ارتكب الباغى جرائم قبل المغالبة أو بعد انتهائها فليس من الضروري أن يتوفر فيها قصد البغى لأنه لا يعاقب عليها باعتباره باغياً وإنما باعتباره عادلاً ، فيشترط أن يتوفر فى كل جريمة منها القصد الجنائى الخاص بها ليعاقب عليها بعقوبتها الخاصة .

مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية

٦٦٥ — تختلف مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية باختلاف الحالات التى يكون فيها ، فمسؤوليته قبل المغالبة وبعدها تختلف عنها فى حالة المغالبة .

٦٦٦ — مسؤولية الباغى قبل المغالبة وبعدها : يسأل الباغى مدنياً وجنائياً عن كل ما يقع منه من الجرائم قبل المغالبة باعتباره مجرمًا عادياً ، وكذلك عن جرائمه التى تقع بعد انتهاء المغالبة ، فإذا قتل اقتصر منه إذا توفرت شروط

القصاص ، وإذا أخذ مالا خفية عوقب باعتباره سارقا إذا توفرت شروط السرقة وإذا غصب مالا أو أتلفه عوقب بالعقوبة المقررة للغصب والاتلاف ، وإذا امتنع عن تنفيذ ما يجب عليه عوقب بالعقوبة المقررة للامتناع وعليه الضمان العادى فى كل الأحوال إذا أتى ما يوجب الضمان كالسرقة والغصب والاتلاف .

٦٦٧ — مسؤولية الباغى أثناء المقاتلة : الجرائم التى تقع من البغاة أثناء المغالبة والحرب إما أن تكون مما نقضيه حالة الحرب وإما أن لا تقتضيها حالة الحرب .

فأما ما اقتضته حالة الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم والاستيلاء على البلاد وحكمها والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها وإتلاف الطرق والكبارى وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم لا يعاقب عليها بعقوباتها العادية — وتدخل جميعا فى جريمة البغى — والشرعية تكتفى فى البغى بإباحة دماء البغاة وإباحة أموالهم بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم وألقوا سلاحهم عصمت دماؤهم وأموالهم وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم أو أن يعزهم على بغيرهم لأعلى الجرائم والأفعال التى أتوها أثناء خروجهم ، فعقوبة البغى بعد التغلب على البغاة هى التعزير ، أما عقوبة البغى فى حالة المغالبة والحرب فهى القتال إن جاز أن نسميه عقوبة ، وما يتبعه من قتل وجرح وقطع ، والوانع أن القتال لا يعتبر عقوبة وإنما هو إجراء دفاعى لدفع البغاة وردهم إلى الطاعة ولو كان عقوبة لجاز قتل البغاة بعد التغلب عليهم لأن العقوبة جزاء على ما وقع ، ولكن من المتفق عليه أنه إذا انتهت حالة المغالبة امتنع القتال والقتل — والخلاف منحصر فى قتل الأسير والإجهاز على الجريح — حيث يحيزه البعض كما قدمنا عند قيام حالة المغالبة ، ولا يحيزه البعض الآخر ، فإذا انتهت حالة المغالبة فالباغى معصوم الدم لأن البغى هو الذى أباح دمه ، ولا بغى إذا لم تكن مغالبة .

أما الجرائم التى تقع من الباغى أثناء المغالبة ولا تقتضيها طبيعة المغالبة فهذه

تعتبر جرائم عادية و يعاقب عليها بمقتوباتها العادية ولو أنها وقعت أثناء الخروج والمغالبة كشرب الباغي الخمر مثلاً .

٦٦٨ - مسؤولية الباغي المرنى : ليس على أهل البغى ضمان ما أتلّفوه حال الحرب من نفوس وأموال إذا اقتضت إتلافه ضرورة الحرب فأما ما لم تكن هناك ضرورة لإتلافه حالة الحرب وما أتلّف في غير حالة الحرب فعلى البغاة ضمانه بلا خلاف - أما الأموال التي لم تتلف أو تلتفت تلفاً جزئياً فعلى البغاة ردها لأربابها وعليهم ضمان التلف الجزئى إذا لم تكن ضرورة الحرب هى التي اقتضت هذا التلف الجزئى - وهذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد والرأى الصحيح فى مذهب الشافعى - على أن فى مذهب الشافعى رأياً يتضمن البغاة كل ما أتلّفوه من نفس أو مال فى حال الحرب وفى غير الحرب لأنهم أتلّفوه بعدوان على أن القائلين بهذا الرأى لا يرون القصاص فى القتل لأنهم يستطونه بالشبهة فيلزمون البغاة بديات . من قتلوا^(١) ويحتج القائلون بتضمن البغاة بأن أبابكر قال لأهل الردة تدون قتلاتنا ولا ندى قتلاكم ، ولأنها نفوس وأموال أتلّفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح ، فوجب الضمان كالذى تلف فى غير حالة الحرب ، ويحتج القائلون بعدم الضمان بأن الفتنة الكبرى كانت بين الناس وفيهم البديرون فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل استحل فرجاً حراماً بتأويل القرآن ، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن ولا يغرّم ما أتلّفه بتأويل القرآن ، ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلا تضمن ما أتلّفته على الأخرى كأهل العدل ، ولأن تضمينهم يقضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلا يشرع كتضمن أهل الحرب ، فأما قول أبى بكر رضى الله عنه فقد رجع عنه ولم يعضه فإن عمر قال له أما أن يدوا قتلاتنا فلا ، فإن قتلاتنا قتلوا فى سبيل الله تعالى على ما أمر الله فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله ولم يقل أنه غرم أحداً شيئاً على

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٣٦ - أسنى المطالب ج ١ ص ١١٣ - المغنى ج ١٠ ص ٦١ -

شرح فتح القير ج ٤ ص ٤١٤ .

أنه لو وجب التفرغ في حق المرتدين لم يلزم مثله في حق البغاة فإن أوثك كفار لا تأويل لهم وهؤلاء مسلمون لهم تأويل سائق فلا يصح إلحاقهم بهم^(١)، ويرى الشيعة الزيدية أن البغاة لاضمان عليهم^(٢).

ويرى مالكا عدم تضمين الباغي ولو كان مليئاً سواء أتلّف نفوساً أو أموالاً بشرطين: أولهما: أن يكون الباغي متأولاً، فإن لم يكن متأولاً ضمن، الثاني: أن يكون الإللاف حدث حال البغي واقتضته ضرورة المعالجة^(٣).

ويسمى الباغي غير المتأول في مذهب مالك معانداً ولكنهم لا يعتبرونه معانداً إلا إذا كان خارجاً على عدل، فإن خرج على غيره فليس معانداً ولو كان غير متأول وكان حكمه حكم المتأول.

أما الظاهريون، فالبغاة عندهم ثلاثة أصناف، صنف تأولوا وتأولاً يخفى وجهه على كثير من أهل العلم كمن تعلق بآية خصصتها آية أو بحديث خصصه آخر أو نسخه نص آخر فهؤلاء معذورون، حكمهم حكم الحاكم المجتهد يخطئ فيقتل مجتهداً أو يتلف مالا مجتهداً أو يقضي في فرج خطأ مجتهداً ولم تقم عليه الحجة في ذلك، ففي الدم دية على بيت المال لا على الباغي ولا على عائلته ويضمن المال كل من أتلفه، وهكذا أيضاً من تأول تأولاً خرق به الإجماع بجهالة ولم تقم عليه الحجة ولا بلغته، وأما من تأول تأولاً فاسداً لا يعذر فيه، لكن خرق الإجماع أي شيء كان ولم يتعلق بقرآن ولا سنة فعليه القود في النفس ومادونها والحد فيما أصاب من حدود الله، وضمان ما استهلك من مال وهكذا من قام في طلب دنيا مجرداً بلا تأويل ومن قام عصبية^(٤).

وإذا غلب البغاة على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه، فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغي لم يطالبوا بشيء مما جبي ولم يرجع به على من أخذ منه، وهذا هو رأى مالكا وأبي

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٩

(١) المغني ج ١٠ ص ٦٢

(٤) المحلى ج ١١ ص ١٠٧

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢

حنيفة والشافعي وأحمد وحجتهم أن في عدم الاعتداد بذلك إضراراً بالريعية على أنه إذا كان قد بقي من الأموال التي جميت شيء في يد البغاة ، استولى عليها الإمام لصرفها في مصارفها^(١) . ويقصر مالك عدم الضمان على الباغي المتأول دون غيره . ويرى الظاهريون أنه لا محل أن يكون حاكماً إلا من ولاة الإمام الحكم ولا أن يكون آخذاً للحدود إلا من ولاة الإمام ذلك ، ولا أن يكون مصداقاً أو جابياً إلا من ولاة الإمام ذلك ، فكل من أقام حداً أو أخذ صدقة أو قضى قطيعة وليس ممن جعل الله ذلك له بتقديم الإمام ، فلم يحكم كما أمره الله ولا أقام الحد كما أمره الله تعالى ، ولا أخذ الصدقة كما أمره الله تعالى فإن لم يفعل ذلك كما أمر فلم يفعل شيئاً من ذلك بحق وإذا لم يفعله بحق فقد فعله بباطل ، وإذا فعله بباطل فقد تعدى ﴿ ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ﴾ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » فإذا هو ظالم ، فالظلم لا حكم له إلا رده ونقضه ، وواضح من هذا أن من أخذ صدقة فعليه ردها لأنه أخذها بغير حق فهو متمتع فعليه ضمان ما أخذ إلا أن يوصله إلى الأصناف المذكورة في القرآن فإذا أوصلها فقد تأدت الزكاة إلى أهلها . وصح من هذا أن كل حد أتاه فهو مظلمة لا يعتد به وتعاد الحدود ثانية ولا بد وتؤخذ الدية من مال من قتلوه فوراً وأن يفسخ كل حكم حكموه ولا بد . وليس أدل على ذلك مما رواه عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال : بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره وعلى أئمة علينا وأن لا نتنازع الأمر أهله وعلى أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم . وعن عرفة أن رسول الله قال « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كأننا من كان » فصح أن لهذا

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٣ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١١٣ - المغني ج ١٠ ص ٦٨ .

الأمر أهلاً لا يحل لأحد أن ينازعهم إياه وأن تفريق هذه الأمة بعد اجتماعها لا يحل وصح أن المنازعين في الملك والرياسة يريدون تفريق جماعة هذه الأمة وأنهم منازعون أهل الأمر أمرهم فهم عصاة بكل ذلك وإذ هم عصاة فكل حكم حكموه وكل زكاة قبضوها وكل حد أقاموه كل ذلك منهم ظلم وعدوان ومن الباطل أن تنوب معصية الله عن طاعته وأن يجزى الظلم عن العدل وأن يقوم الباطل مقام الحق^(١)

ويرى الشيعة الزيدية أن للإمام أن يضمن البغاة ما اقتضوه من الحقوق التي إلى الإمام من واجبات أو خراج أو مظالم أو نحو ذلك^(٢).

وإذا أقام البغاة قاضياً يصلح للقضاء فحكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه ما يرد فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه ليس بعدل وهذا ما يراه مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة، على أن مالكاً يشترط أن يكون البغاة متأولين، وما يثبت عند قاضي البغاة يثبت عند قاضي أهل العدل من حقوق ولو لم يكن قد حكم به وإذا سمع شهوداً فكتب بها كتاباً صح كتابه إذا توفرت في الشهود العدالة سواء كانوا من البغاة أم لا ولكن أبا حنيفة لا يقبل شهادة البغاة مطاقاً لنفسهم^(٣).

مسئولية من يعين البغاة : قد يستعين البغاة بغيرهم من الذميين أو الحاربين ولكل صنف حكمه.

٦٦٩ - الاستعانة بالذميين : يفرق مالك بين ما إذا كان الباغي متأولاً أو معانداً والباغي المعاند عنده هو غير المتأول ، فإذا استعان البغاة المتأولون بزميين فحكم الذميين هو حكم البغاة الذين اعانواهم . يسألون جنائياً عما يسألون

(١) المحلى ج ١١ ص ١١١ ، ١١٢ (٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥٧

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣ - المغني ج ١٠ ص ٧٠ .

عنه وبضمنون مدنيًا ما يضمنونه . وإذا استعان البغاة المعاندون بزميين اعتبر
الذميون ناقضون لعهدهم وحلت دماؤهم وأموالهم كالحربيين سواء بسواء .
ويعتبر مالك هذه الحالة بأن يكون المعاند خارجاً على الإمام العدل فإن
كان الخروج على غيره فلا يعتبر الخارج معانداً ولو كان غير متأول والذي
معه لا يعتبر ناقضاً^(١)

ويرى أبو حنيفة أنه لو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن
ذلك منهم نقضاً للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضاً للإيمان فالذين
انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين بحكم الإسلام
في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فتحكمهم حكم البغاة مسؤوليتهم جميعاً
واحدة من الناحيتين الجنائية والمدنية^(٢) .

وفي مذهب الشافعي وأحمد : رأيان أولهما : أن إعانة الذميين بالبغاة تنقض
عهدهم كما لو انفردوا بقتال المسلمين والثاني : أن عهدهم لا ينتقض لأن أهل الذمة
لا يعرفون الحق من البطل فيكون ذلك شبهة لهم ويترتب على القول بنقض العهد أن
الذميين يصبحون كأهل الحرب ويترتب على القول بعدم النقض أن يكون
حكمهم حكم أهل البغي في قتلهم والكف عن مدبرهم وأسيرهم وجريحهم
إلا أن أصحاب هذا الرأي يروى تضمين الذميين ضماناً تاماً فيسألون عن جرائمهم
حال القتال وغيره فإن قتلوا أو جرحوا أو أتلفوا سئلوا جنائياً عن كل ذلك
وعليهم ضمان المال المتلف ورد القائم سواء أتلف في حال الحرب واقتضت
ضرورة الحرب إتلافه أم لا . ويعلمون التفرقة بين البغاة والذميين بأن البغاة
لهم تأويل سائع والذميون لا تأويل لهم ولأن إسقاط المسؤولية عن المسلمين
قصد منه عدم تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ولا يخشى تنفير الذميين عن الطاعة
لأن تأمينهم مشروط بالطاعة . والقائلون بنقض العهد يرون أن إكراه البغاة
لذميين على معاتمتهم يمنع من نقض العهد وأن اعتقاد الذميين بأنهم ملزمون

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٥ .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢

بمداونة البغاة يمنع أيضا من نقض العهد^(١) .

٦٧٠ - الاستعانة بأهل الحرب : إذا استعان البغاة بأهل الحرب فإما أن يكونوا مستأمنين أو غير مستأمنين فإن كانوا مستأمنين فأعانواهم نقضوا عهدهم بالإعانة وصاروا كأهل الحرب غير المستأمنين لأنهم تركوا شرط الأمان وهو الكف عن المسامحين فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم .

وإن كانوا غير مستأمنين فاستعان بهم البغاة وأمنوهم أو عقدوا لهم ذمة لم يصح من ذلك شيء لأن شرط الأمان الأساسي هو الكف عن المسلمين والبغاة يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح الأمان ولأهل العدل أن يقاتلوا كمن لم يؤمنوه سواء . وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم فأما أهل البغى فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلا يجوز لهم القدر بهم^(٢) .

أما إذا عقد البغاة ذمة لحربيين أو عاهدوهم ولم يشترطوا عليهم أن يعينوهم على أهل العدل فمقود أهل البغى نافذة في حق أهل العدل لأن البغاة مسلمون وأمان المسلم إذا كان في حقه فهو نافذ على جميع المسلمين ، فإذا استعانوا بهم فأعانواهم انتقض العهد في حق أهل العهد .

ويرى في مذهب أبي حنيفة أن العادل يجوز له أن يؤمن الباغى فإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغى جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقافا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولأنه قد يحتاج الماظرته لثوب ولا يأتي ذلك ما لم يأمن كل الآخر ، لكن إذا أمن ذمى يقاتل مع أهل العدل باغياً فلا يجوز أمانه^(٣)

(١) المغني ج ١٠ ص ٧٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٣٧ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ - - - المغني ج ١٠ ص ٧١ - المذهب ج ٢ ص

٢٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ .

ولكن غيرهم يرى أن أمان أهل البنى بأيديهم متى تركوا القتال حرمت
دماؤهم وكانوا إخواننا وما داموا مقاتلين باغين فلا يحل لمسلم إعطاؤهم الأمان
على ذلك فالأمان والإجارة هنا هدر ولغو، وإنما الأمان والإجارة للكافر
الذى يحل للإمام قتله إذا أسروه واستبقاؤه لافى مسلم إن ترك بغيه كان هو ممن
يعطى الأمان ويحيز ولو أن أحداً من أهل البنى أجاز كافرأً حازت
إيجارته كإيجارة غيره ولا فرق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « يحيز
على المسلمين أدناهم » (١).

* * *

الكتاب السابع

الردة

٦٧١- النصوص الواردة في الردة : قال الله تعالى ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ . وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » .

٦٧٢- تعريف الردة : الردة لغة هي الرجوع ، فالراجع مرتد ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تترددوا على أدباركم فتنقلبوا خاسرين ﴾ وتعرف الردة شرعاً بأنها الرجوع عن الإسلام أو قطع الإسلام وكلا التعبيرين بمعنى واحد ^(١) .

أركان الردة

٦٧٣- للردة ركناؤه : أولهما الرجوع عن الإسلام، ثانيهما : القصد الجنائي.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ .

الركن الأول

الرجوع عن الإسلام

٦٧٤- الرجوع عن الإسلام : هو ترك الإسلام أى ترك التصديق به والرجوع يكون بأحد طرق ثلاثة : بالفعل أو بالامتناع عن فعل ، وبالقول وبالأعتقاد فالرجوع عن الإسلام بالفعل يحدث بإتيان أى فعل يحرمه الإسلام إذا استباح الفاعل إتيانه سواء أتاه متعمداً إتيانه أو أتاه استهزاء بالإسلام واستخفافاً أو عناداً ومكابرة كالسجود لصنم أو للشمس أو للقمر ولأى كوكب ، وكإلقاء المصحف وكتب الحديث فى الأقدار أو وطأها واستهزاء بها أو استخفافاً بما جاء فيها أو عنادا ، ويكون أيضاً بإتيان المحرمات مع استحلال إتيانها كأن يزنى الزانى وهو يعتقد أن الزنا غير محرم بصفة عامة أو غير محرم عليه ، وكاستحلال شرب الخمر واستحلال قتل المعصومين وسلب أموالهم فمن اعتقد حل شيء أجمع على تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة فى حله بالنصوص الواردة فيه كلحم الخنزير والزنا وأشياء هذا مما لا خلاف فيه كفر ، وكذلك إن استحل قتل المعصومين أو أخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل ، أما إذا كانت الاستحلال بتأويل كما هو حال الخوارج فأكثر الفقهاء لا يرون كفر الفاعل ، وقد عرف عن الخوارج أنهم يكفرون كثيراً من الصحابة والتابعين ويستحلون دماءهم وأموالهم ويعتقدون أنهم يقتربون إلى الله جل شأنه بقتلهم ومع هذا لم يحكم الفقهاء بكفرهم لتأويلهم وكذلك الحكم فى كل محرم استحل بتأويل فلا يعتبر فاعله مرتداً .

ومن الأمثلة على استحلال المحرم بالتأويل ما فعله قدامى بن مظعون فقد شرب الخمر مستحلاً لها وكذلك فعل أبو جندل بن سهيل وجماعة معه شربوا الخمر فى الشام مستحلين لها مستدلين بقول الله جل شأنه ﴿ ليس على الذين آمنوا ﴾

وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ﴿ فلم يكفروا بفعلهم وعرفوا تحريمها فتباؤا وأقيم عليهم حد الخمر باعتبارهم عاصين ومن استحل محرماً يجهل تحريمه فلا يعتبر مرتدّاً إذا ثبت أنه يجهل التحريم ويعرف أن الفعل محرم ، فإذا عاد له مستحلاً إياه فهو كافر لاشك في كفره ، أما إن أتاه غير مستحل له فهو عاص لا كافر ^(١)

ويعتبر راجعاً عن الإسلام من امتنع عن إتيان فعل يوجب الإسلام إذا أنكر هذا الفعل أو جحدته أو استحل عدم إتيانه كأن يمتنع عن أداء الصلاة أو الزكاة أو الحج جاحداً لها منكراً إياها . وكذلك الامتناع عن كل ما أوجبه الشريعة وأجمع على وجوبه . ويعتبر الممتنع كافراً إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك ، فإن كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث عهد بالإسلام أو ناشيء بغير داره أو ببادية بعيدة عن الأمصار وأهل العلم ، لم يحكم بكفره ، ويعرف ذلك وتبين له أدلة وجوب ما ينكره ، فإن جحد بعد ذلك كفر ، أما إذا كان الجاحد ناشئاً في الأمصار بين أهل العلم بالشريعة فإنه يكفر بمجرد الجحد ، وكذلك الحكم في مباني الإسلام كلها ومبادئه الأولية المتفق عليها لأن أدلة وجودها لا تكاد تخفى والكتاب والسنة مشحونان بأدلتها والإجماع منعة عليها فلا يحددها إلا معاند للإسلام ممتنع عن التزام أحكامه ، غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا إجماع أئمة ^(٢) .

ومن الأمثلة الظاهرة على الكفر بالامتناع في عصرنا الحاضر الامتناع عن الحكم بالشريعة الإسلامية وتطبيق القوانين الوضعية بدلا منها ، والأصل في الإسلام أن الحكم بما أنزل الله واجب وأن الحكم بغير ما أنزل الله محرم ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ ، ٦٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٦ ، ١١٨ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٣ - المغني ج ١٠ ص ٨٥ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠١ ، ١٠٣ - شرح الزهار ج ٤ ص ٥٧٥ - ٥٧٧ .
(٢) تراجع المراجع السابقة .

ونصوص القرآن صريحة وقاطعة في هذه المسألة ، فالله جل شأنه يقول ﴿ إن الحكم إلا لله ﴾ ويقول ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ ويقول ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ ويقول : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ ويقول ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء ، قليلا ما تذكرون ﴾ ويقول ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ﴾ ويقول ﴿ فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يقبعون أهواءهم ، ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ، إن الله لا يهدي القوم الظالمين ﴾ ويقول ﴿ وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لعل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ﴾ وقوله ﴿ أفغير دين الله يبغون وله أسلم من في السموات والأرض طوعا وكرها وإليه يرجعون ﴾ وقوله ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ، وهو في الآخرة من الخاسرين ﴾ .

ولاخلاف بين الفقهاء والعلماء في أن كل تشريع يخالف للشرعية الإسلامية باطل لا تجب له الطاعة ، وأن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحت السلطة الحاكمة أيما كانت ، ومن المتفق عليه أن من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتد صحتة ، فإنه يصدق عليهم ما وصفهم به الله تعالى من الكفر والظلم والفسق كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحمد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعاً ومن لم يحكم به لعله أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان في حكمه مضيقاً لحق أو تاركا لعدل أو مساواة وإلا فهو فاسق ، ومن المتفق عليه أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام سواء رده من جهة الشك

أو من جهة ترك القبول أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة بارتداد مانعي الزكاة واعتبروهم كفاراً خارجين عن الإسلام لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان قال جل شأنه ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ (١) .

ويعتبر خروجاً من الإسلام صدور قول من الشخص هو كافر بطبيعته أو يقتضى الكفر كأن يمجّد الربوبية فيدعى أن ليس ثمة إله أو يمجّد الوحدانية فيدعى أن الله شركاء أو يقول بأن الله صاحبة أو ولدأ ويدعى النبوة أو يصدق مدعيها أو ينكر الأنبياء والملائكة أو أحدهم ، أو جحد القرآن أو شيئاً منه ، أو جحد البعث أو أنكر الإسلام أو الشهادتين أو أعلن براءته من الإسلام أو قال إن الشريعة لم تنجى ، لتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات ، والحاكمين والمحكومين وأن أحكامها ليست واجبة التطبيق في كل الأحوال وعلى كل المسائل أو قال إن أحكام الشريعة كلها أو بعضها ليست أحكاماً دائمة وإن بعضها أو كلها موقوت بزمن معين أو قال إن أحكام الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر وإن غيرها من أحكام القوانين الوضعية خير منها .

ويعتبر خروجاً عن الإسلام كل اعتقاد مناف للإسلام كالاعتقاد بقدم العالم وأن ليس له موجد وكاعتقاد حدوث الصانع ، والاعتقاد باتحاد المخلوق والخالق أو بتناسخ الأرواح ، أو باعتقاد أن القرآن من عند غير الله أو أن محمداً كاذب أو أن علياً إله أو أنه هو الرسول وغير ذلك من الاعتقادات المنافية للقرآن والسنة وكذلك الاعتقاد بأن الشريعة لا تصلح للتطبيق في هذا العصر أو أن

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ -

تفسير المنار ج ٦ ص ٤٠٥ - روح المعاني للالوسي ج ٦ ص ١٤٠ - تفسير الطبري ج ٦ ص ١١٩ -

تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٠٠ - التشریح الجنائي الإسلامي ج ١ من ٠ ص ٢٢٥ ، ٢٣٧

تطبيقها كان سبب تأخر المسلمين وانحطاطهم أو أنه لا يصلح المسلمين إلا التخلّص من أحكام الشريعة والأخذ بأحكام القوانين الوضعية .

ويلاحظ أن الاعتقاد المجرد لا يعتبر ردة يعاقب عليها ما لم يتجسم في قول أو عمل ، فإذا لم يتجسم الاعتقاد الكفرى في قول أو عمل فلا عقاب عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله عفى لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم » فإذا اعتقد المسلم اعتقاداً منافياً للإسلام أيّاً كان هذا الاعتقاد فهو لا يخرج عن الإسلام إلا إذا أخرجه من سريره في قول أو عمل ، فإذا لم يخرج من سريره فهو مسلم ظاهراً في أحكام الدنيا ، أما في الآخرة فأمره لله فإذا أظهر اعتقاده المنافي للإسلام في قول أو فعل وثبت ذلك عليه فقد ثبتت عليه الردة .

ويختلف الفقهاء في ماهية السحر وفي حكم الساحر ، فأما في ماهية السحر فإنهم يسمون للسحر أثره ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان حقيقة أو تخيلاً فرأى البعض أن السحر لا حقيقة له وإنما هو تخيّل احتجوا بقول الله جل شأنه ﴿يَخِيلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهُ تَسْمَى﴾ ورأى البعض أن السحر له حقيقة واحتجوا بقوله تعالى ﴿وَمِنْ شَرِّ النَّفَّاثَاتِ فِي الْعُقَدِ﴾ أى السواحر وقالوا لولا أن للسحر حقيقة لما أمر الله بالاستعاذة منه كما احتجوا بقوله تعالى ﴿وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا ، يَعْلَمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ﴾ إلى قوله تعالى ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ وقالوا إن من المشهور بين الناس عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر . على إتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد مجزئه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جرده .

ومن المتفق عليه أن تعلم السحر وتعليمه حرام ، واعتقاد إباحته كفر ولكنهم اختلفوا في حكم الساحر ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الساحر

يكفر بتعلم السحر وبقوله سواء اعتقد تحريمه أو لم يعتقده ويقتل بذلك دون استتابة لما روى عن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « حد الساحر ضربه بالسيف » ولذلك يرى الحنفيون قتل المرأة ولو أنهم لا يرون قتل المرأة المرتدة لأن الساحر يقتل حداً لاردة ولو أنه يكفر بسحره ، والمرتب يستتاب أما في الحد فلا استتابة إلا حيث يوجد نص . ولانص^(١) .

وهناك رواية عن أحمد بأن الساحر لا يكفر بتعلم السحر ولا بفعله ، وإنما هو عاصي يؤدب ويستتاب^(٢) .

ويرى الشافعي أن الساحر لا يعتبر مرتداً إلا إذا أتى في سحره بقول أو فعل يكفره كالإشراك بالله والسجود للشمس أو الكواكب أو إذا استحل السحر فإن لم يأت بشيء من الكفر الذي لا خلاف فيه فهو مسلم عاص^(٣) .

ولا يأخذ الشافعيون بحديث جندب ومثلهم الظاهريون لأنه حديث مرسل ويرى ابن حزم أن الحديث روى هكذا « حد الساحر ضربه بالسيف » وليس فيه قتله ، والضربة قد تقتل وقد لا تقتل ؛ وعنده أن الحديث غير صحيح ، وإذا لم يصح الحديث وجب الرجوع للنصوص العامة وهي تحرم القتل إلا بحق ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ وقول الرسول « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم » فصح بالقرآن والسنة أن كل مسلم دمه حرام إلا بنص ثابت أو إجماع متيقن وليس في السحر نص ثابت إلا ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله وما هن ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل مال اليتيم ، وأكل الربا ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات » فكان هذا بياناً جلياً بأن السحر ليس من الشرك ولكنه معصية موبقة كقتل

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨
اللفظ ج ١٠ ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ . (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٧

النفس فارفع الإشكال وصح أن السحر ليس كفرًا وإذا لم يكن كفرًا فلا يصح قتل فاعله إلا إذا أتى بما هو كفر لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، كفر بعد إيمان، وزناً بعد إحصان، ونفس بغير نفس»^(١). وفي السكاهن والعراف نفس الخلاف في الساحر. والكاهن هو الذى له رؤى من الجن يأتيه بالأخبار والعراف هو الذى يحدس ويتخرص، على أن الحنفيين يرون أن العراف والكاهن إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء، كفر، وإن اعتقد أنه تخيل لم يكفر، وفي مذهب أحمد روايتان الأولى حكمها حكم الساحر لقول عمر: اقتلوا كل ساحر وكاهن، والثانية إن تاب لم يقتل، ويرى الحنفيون المتأخرون أنه لا يجب العدول عن مذهب الشافعى في كفر الساحر والكاهن والعراف^(٢). ويرى الشيعة الزيدية أن الساحر مرتد وأن حده القتل بعد الاستتابة كالمترد^(٣). ولا تصح الردة إلا من عاقل، فلا تصح الردة ممن لا عقل له كالجنون ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو مرض أو شرب دواء مباح، وكالطفل الصغير الذى لم يميز.

٦٧٥—ردة الجنون وإسلامه من في حكمه: لا تصح ردة الجنون لأن العقل من شرائط الأهلية خصوصاً في الاعتقادات، ومن المتفق عليه أن الجنون إذا ارتد في حال جنونه فإنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك، ولو قتله قاتل عمداً كان عليه القود والأصل في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الجنون حتى يفيق» فلا تصح ردة الجنون لأنه لا قول له، أما إذا ارتد في حال إفاقته صحت ردة،

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٩٤.

(٢) المراجع السابقة - المغنى ج ١٠ ص ١١٨ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢.

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩.

فإن ارتد صاحياً ثم جن بعد ذلك لم يقتل حال جنونه لأنه يقتل بالإصرار على الردة بعد استنابته والجنون لا يمكن أن يوصف بالإصرار كما أنه لا يمكن أن يستتاب ، فإذا قتله قبل إفاقة أو بعدها وقبل استنابته عزز لتفويته الاستنابة الواجبة ولا فتياته على السلطات العامة ، ولكنه لا يسأل عن القتل ، وإذا كان الجنون المقتول امرأة فلا قود على قاتلها عند أبي حنيفة ، وإنما على القاتل التعزير فقط ، لأن الردة تبيح دم صاحبها ، وكل جنابة على المرتد هدر ، ومنع قتل المرأة بالردة راجع للشبهة ^(١) .

والقاعدة عند الشافعي وأحمد أن الجنون تنفذ عليه حال جنونه عقوبة كل جريمة ثبتت عليه بالبينة ، وعقوبة كل جريمة ثابتة بالإقرار ، إذا كان العدول عن الإقرار لا يسقط الإقرار كالتقصص . أما إذا كانت الجريمة ثابتة بالإقرار وكان العدول عن الإقرار يسقط العقوبة كما هو الحال في السرقة والزنا والشرب فيوقف التنفيذ حتى يفيق الجنون لاحتمال أنه إذا أفاق عدل عن إقراره فسقطت العقوبة المحكوم بها ^(٢) .

وفي مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ويظل الحكم موقوفاً حتى يفيق الجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصاً ، فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقة الجنون وباقي الرأى ، ورأى أبي حنيفة في التشريع الجنائى ^(٣) .

٦٧٦ — ردة السكران وإسلامه : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن

(١) المغنى ج ١٠ ص ٧٦ ، ١١٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٠ وما بعدها — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٩ ، ٧٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٣٥ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ ، ٤٠٧ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ — المحلى ج ١٠ ص ٣٤٤ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٠ — المغنى ج ١٠ ص ١١٠ — التشريع الجنائى الإسلامى ص ٥٩٧ ، ٥٩٨ .

(٣) التشريع الجنائى ج ١ ص ٥٩٨ .

السكران حكمه حكم المجنون فلا يصح إسلامه ولا تصح ردته ، وهم لا يصححون ردته ولا إسلامه استحساناً ، أما حكم القياس عندهم فتصحيح ردته وإسلامه لأن الأحكام مبنية على الإقرار بظاهر اللسان لا على ما في القلب إذ هو أمر باطن فلا يوقف عليه ، أما وجه الاستحسان فإن أحكام الكفر مبنية على الكفر كما أن أحكام الإيمان مبنية على الإيمان ، والإيمان والكفر يرجعان به إلى التصديق والتكذيب ، وإنما كان الإقرار دليلاً عليهما وإقرار السكران لا يصح دليلاً ، وإذا لم يصح الدليل لم يثبت المدلول عليه ^(١) .

ويتفق المذهب الظاهري مع مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة ، فالظاهريون لا يعتبرون ردة السكران ولا أى فعل أتاها وهو سكران سواء أدخل السكران على نفسه أم أدخله عليه غيره ^(٢) .

وفي مذهب مالك والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية خلاف ، والرأى الراجح في هذه المذاهب أن ردة السكران تصح إذا دخل السكران على نفسه وكان عالماً بأنه يتناول سكرًا ، أما الرأى المرجوح فلا يصحح ردته لأنه زائل العقل ولأن المسألة متعلقة بالاعتقاد ^(٣) .

ويلاحظ أن القائلين بتصحيح ردة السكران يصححون إسلامه ، وأن القائلين بعدم تصحيح الردة لا يصححون إسلام السكران .

٦٧٧ - ردة الصبي وإسلامه: من المتفق عليه أن ردة الصبي الذي لا يعقل غير صحيحة ولكنهم اختلفوا في ردة الصبي الذي يعقل على الوجه الآتي :

فيرى أبو حنيفة ومحمد أن البلوغ ليس بشرط للردة فتصح ردة الصبي الذي يعقل ، ويرى أبو يوسف أن الصبي الذي لم يبلغ لا تصح ردته وحجتهم أن الصبي

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٨ ، ٣٤٤ - المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ وما بعدها .

(٣) المتفق ج ١٠ ص ١٠٨ ، ١١٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - المهذب ج ٢ ص ٢٣٨

- شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ - مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٤ .

المميز يصح إسلامه فتصح ردته لأن صحة الإسلام والردة مبنية على وجود الإيمان أو الكفر حقيقة ، لأن الإيمان والكفر من الأفعال الحقيقية وهما أفعال خارجة من القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح ، والإقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجدها هنا إلا أنه مع وجود الكفر من الصبي العاقل لا يقتل ولا يمكن يحبس إذ لا قتل إلا على البالغ بعد استنابته فيحبس الصبي حتى يبلغ ثم يستتاب ، ويشترط أبو يوسف البلوغ لصحة الردة فلا تصح الردة عنده إلا إذا بلغ الصبي مرتداً ، وحجته أن عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وتبرعائه والردة مضرّة محضة ، أما الإيمان فيصح من الصبي لأنه نفع محض ولذلك صح إسلام الصبي عند أبي يوسف ولم تصح ردته (١) .

ويتفق مذهب مالك مع رأى أبي حنيفة ومحمد .

وفي مذهب أحمد رأيان : أولهما وهو المعمول به في المذهب أن ردة الصبي تصح وهذا يتفق مع رأى أبي حنيفة ومحمد ، وظاهر مذهب مالك ، والثاني أن الصبي يصح إسلامه ولا تصح ردته ، وهو يتفق مع رأى أبي يوسف (٢) .

ويلاحظ أن الخلاف ليس له أهمية عملية من الناحية الجنائية ، لأن الصبي لا يقتل سواء قيل بصحة ردته أو بعدم صحتها إذ الغلام لا تجب عليه الحدود حتى يبلغ ، فإذا بلغ فنبت على ردته ، ثبت حكم الردة ووجب عليه العقوبة بعد الاستتابة إن لم يتب ، فيستوى إذن في الحكم المرتد قبل بلوغه والمرتد وقت بلوغه ، والمسلم الأصلي الذي ارتد والكافر الذي أسلم صبياً ثم ارتد (٣) .

أما مذهب الشافعي فلا يصحح ردة الصبي ولا إسلامه إلا بالبلوغ ومن هذا الرأي زفر من أصحاب أبي حنيفة ، وهو يتفق مع مذهب الظاهريين ومذهب الشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الرأي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٣٥ (٢) المغني ج ١٠ ص ٩١ ، ٩٢ .

(٣) المراجع السابقة . .

عن ثلاث ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وأصحاب هذا الرأي إذا كانوا لا يصححون إسلام الصبي فإنهم يعتبرونه مسلماً حكماً أو تبعاً ، لأن الصغير يعتبر مسلماً تبعاً لأبويه أو أحدهما ولا يأخذ حكمهما حتى البلوغ ، فلو صحح إسلامه لسكان مسلماً أصلاً ، فيكون هناك تناقض بين اعتباره مسلماً تبعاً لأبويه أو أحدهما ، وبين اعتباره مسلماً أصلاً ، فضلاً عن أن الإسلام يلزمه أحكاماً تشوبها المضرة من حرمان الإرث والفرقة بينه وبين زوجته المشتركة ، وهو ليس أهلاً لما يضر به من التصرفات^(١) .

وخلاصة ما سبق أن الفقهاء على ثلاثة آراء في ردة الصبي العاقل وإسلامه ، فبعضهم لا يصحح إسلام الصبي المميز أى الذى يعقل ولا رده ، وبعضهم يصحح إسلامه ولا يصحح رده ، وبعضهم يصحح إسلامه ورده معا ، وهذا فى الصبي المميز أى الذى يعقل ، أما الصبي الذى لا يعقل ، فلا يصح له إسلام ولا ردة اتفاقاً ، وإن كان محكوماً له بالإسلام تبعاً لأبويه ، والفقهاء الذين يصححون إسلام الصبي الذى يعقل يشترطون لصحة إسلامه شرطين :

أولهما : أن يعقل الإسلام ومعناه ، وأن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله ، وهذا الشرط لا خلاف عليه لأن الطفل الذى لا يعقل لا يتحقق منه اعتقاد الإسلام . ثانيهما : أن يكون عمره عشر سنوات ، وهو شرط غير متفق عليه وأكثر من يصححون إسلام الصبي لم يشترطوا ذلك ولم يحددوا له حداً من السنين ، وحجة من يشترطون عشر سنوات أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب الصبيان على الصلاة لعشر وهذا هو مذهب الحنابلة ، على أن هناك رواية عن أحمد بتصحیح إسلام الصبي إذا بلغ سبع سنوات لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال

(١) أسنى ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢٣ ، ١٩٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٤ - المغنى ج ١٠ ص ٨٨ - المحلى ج ١٠ ص ٢١٨ ، ٣٤٤ - المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ .

«سروهم بالصلاة لسبع» فدل ذلك على صحة عباداتهم فيكون حداً لصحة إسلامهم ، وبعض الفقهاء يرى تصحيح إسلام الصبي إذا بلغ خمس سنوات وحجته أن علياً أسلم في هذه السن ^(١) .

ويعتبر ولد المرتد مسلماً إذا حمل به في الإسلام سواء كان المرتد الأب أو الأم أو هما معاً ، فإن بلغ أولاد المرتد فثبتوا على إسلامهم فهم مسلمون وإن بلغوا كافرين فهم مرتدون ، لهم حكم المرتدين ، أما من حمل به بعد الردة فهو محكوم بكفره لأنه من أبوين كافرين ؛ سواء حمل به في دار الإسلام أو في دار الحرب ^(٢) .

والقاعدة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والظاهرين والشيعة الزيدية أنه إذا أسلم أحد الأبوين الكافرين كان أولاده الصغار مسلمين تبعاً له ، يستوى في ذلك أن يكون المسلم الأب أو الأم ، ولكن مالكا يرى أن الصغار يتبعون في الإسلام الأب فقط ، فإذا أسلم الأب تبعه أولاده ، وإن أسلمت الأم لم يتبعوها لأن الولد يتبع أباه ولا يتبع أمه ^(٣) .

٦٧٨ — ردة المكروه وإساره : ومن أكره على الكفر فأنى بكلمة الكفر أو بعمل مكفر لم يصركافراً وهذا متفق عليه في المذاهب الأربعة ، وعليه مذهب الشيعة الزيدية ومذهب الظاهريين ، وشهادة ذلك قوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ﴿ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم «عنى لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكروهوا

(١) المغني ج ١٠ ص ٨٩ ، ٩٠ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ — المغني ج ١٠ ص ٩٣ — كشف القناع ج ٤ ص ١٠٩ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨٠ ، ٥٨١ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٩٦ — شرح الزرقاني ص ٦٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٤ — المحلى ج ٨ ص ٣٢٢ — والمراجع السابقة .

عليه . والإكراه على الإسلام مما لا يجوز إكراهه كالذمى والمستأمن، لا يجعل المكروه مسلماً حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعاً مثل أن يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه عنه ، فإن مات قبل ذلك فحكمه حكم الكفار ، وإن رجع إلى دين الكفر لم يحز قتله ، ولا إكراهه على الإسلام ^(١) .

الركن الثانى

القصص الجنائى

٦٧٩ - ويشترط لوجود جريمة الردة أن يتعمد الجانى إتيان الفعل أو القول الكفرى وهو يعلم بأنه فعل أو قول كفرى ، فن أتى فعلاً يؤدي للكفر وهو لا يعلم معناه ، ومن قال كلمة الكفر وهو لا يعلم معناها ، فلا يكفر ، ومن حكى كفراً سمعه وهو لا يعتقد أنه يكفر . وكذلك من جرى على لسانه الكفر سبقاً من غير قصد لشدة فرح أو وهن أو غير ذلك ، كقول من أراد أن يقول - اللهم أنت ربى وأنا عبدك - فقال : أنت عبدى وأنا ربك .

ويشترط الشافعى أن يقصد الجانى أن يكفر ، فلا يكفي أن يتعمد إتيان الفعل أو القول الكفرى ، بل يجب أن ينوى الكفر مع قصد الفعل ، وحجته حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات » - فإذا لم ينو الكفر فلا يكفر ^(٢) وعلى هذا رأى مذهب الظاهريين لأنهم يشترطون النية ^(٣) فى كل الأعمال وحجتهم حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » فالصحيح عندهم أن كل عمل بلانية فهو باطل لا يعتد به .

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦ - المذهب ج ٢ ص ٢٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢١ - المغنى ج ١٠ ص ١٠٤ - المحلى ج ٨ ص ٣٢٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٤ . (٣) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٠ ، ٢٠٥ .

وعند مالك وأبي حنيفة والشافعي يكفي لاعتبار الشخص مرتداً أن يتعمد إتيان الفعل والقول الكفرى ، ولو لم ينو الكفر مادام قد جاء بالفعل أو القول بقصد الاستخفاف أو التحقير أو العناد أو الاستهزاء^(١) ، وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(٢) .

ويرى أبو حنيفة وأحمد أن فعل الهازل وقوله كفر ، فن تكلم بلفظ كفرى أو أتى بفعل كفرى وهو مختار ، يعتبر كافراً ولو لم يقصد معنى الفعل أو القول مادام أنه عارف لمعناه ، لأن التصديق وإن كان موجوداً حقيقة ، إلا أنه زائل حكماً ، لأن الشارع جعل بعض المعاصى أمارة على عدم وجوده ، كما لو سجد لصنم فإنه يكفر وإن كان مصداقاً لأن ذلك فى حكم التكذيب^(٣)

عقوبات الردة

٦٨٠ - للردة عقوبات تختلف باختلاف ظروف الجريمة . منها ما هو عقوبة أصلية ، ومنها ما هو عقوبة بدلية ، ومنها ما هو عقوبة تبعية .

أولاً : العقوبة الأصلية

٦٨١ - عقوبة الردة الأصلية هى القتل حداً لقول رسول الله صلى الله عليه

وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » .

والقتل عقوبة عامة لكل مرتد سواء كان رجلاً أو امرأة ، شاباً أو شيخاً ولكن أبا حنيفة يرى أن لا تقتل المرأة بالردة راسكناً تجبر على الإسلام ، وإجبارها

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ ، ٦٣ ، ٧٠ وما بعدها - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ ، ١٠١ - حاشية ابن عابدين ص ٣٩٢ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ ، ٥٧٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩٢ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ - شرح فتح القدير

على الإسلام يكون بأن تحبس وتخرج كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت . وإلا حبست وهكذا إلى أن تسلم أو تموت^(١) .

والمذاهب الأخرى على خلاف مذهب أبي حنيفة لا تفرق بين الرجل والمرأة ، وتعاقب المرتدة بالقتل كما تعاقب المرتد^(٢) .

وحجة أبي حنيفة أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل المرأة الكافرة فإذا كانت المرأة لا تقتل بالكفر الأصلي ، فأولى أن لا تقتل بالكفر الطارئ . وحجة بقية الفقهاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من بدل دينه فاقتلوه » وقال « لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

ونهى الرسول عن قتل المرأة مقصود به الكافرة الأصلية ، ولا يصح أن يقاس على الكفر الأصلي الكفر الطارئ ، لأن الرجال والنساء يقرون على الكفر الأصلي ولا يقرون على الكفر الطارئ^(٣) .

ويرى أبو حنيفة أيضاً أن لا يقتل الصبي المميز بالردة في أربع حالات : الأولى : إذا كان إسلامه تبعاً لأبويه وبلغ مرتداً ، ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل لأن إسلامه لما ثبت تبعاً لغيره صار شبهة في إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتداً . الثانية : إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتداً ، ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه . الثالثة : إذا ارتد في صغره . الرابعة : اللقيط في دار الإسلام فإنه محكوم بإسلامه تبعاً للذار كما لو كان مولوداً بين مسلمين .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٩٩ - المغني ج ١٠ ص

٧٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٧ - شرح الزهراء ج ٤ ص ٥٧٨ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٧٤ ، ٥٧٨ .

(٤٦ - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

والصبي المميز إذا لم يقتل في هذه الحالات الأربع فإنه يجبر على الإسلام كما تجبر المرأة على الإسلام بالحبس وبالتعزير^(١).

والقاعدة عند مالك أن الصبي المميز يقتل بالردة إذا بلغ مرتداً واسكنه يستثنى من ذلك : ١ - الصبي المراهق حين إسلام أبيه ، ٢ - الصبي الذي ترك لأمه الكافرة سواء ترك مميزاً أو غير مميز إذا غفل عنه حتى أرهق أى قارب البلوغ كابن ثلاث عشرة سنة . فهذان إذا بلغ أحدهما كافراً فلا يقتل بكفره وإنما يجبر على الإسلام بالتعزير^(٢).

أما بقية المذاهب فترى قتل الصبي المرتد إذا بلغ مرتداً شأنه في ذلك شأن الرجل والمرأة^(٣).

٦٨٢ - الاستنباط : والقاعدة الأصلية أن المرتد لا يقتل إلا بعد أن يستتاب ، فإن لم يتب يقتل ، ويرى بعض الفقهاء أن الاستنباط واجب ، وهو مذهب مالك والشيعة الزيدية وهو الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد ، وهناك رأى في مذهب الشيعة الزيدية أن الاستنباط مستحب وهو رأى مرجوح^(٤) ويرى أبو حنيفة أن الاستنباط مستحب لا واجب ، لأن الدعوة قد بلغت المرتد فنتفى بذلك الوجوب ، وإنما يعرض عليه الإسلام استجباباً فلعنه يسلم وهذا القول رأى للشافعي وأحمد . ويرى الظاهريون أن الاستنباط ليست واجبة ولا ممنوعة^(٥).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥
 (٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٦ ، ٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٤
 (٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٠ - المغني ج ١٠ ص ٩٢ - المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ وج
 ١١ ص ٢٢٧ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨٠ ، ٥٨١
 (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ .
 (٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٨ - المهذب ج ٢ ص ٢٣٨ - المغني ج ١٠ ص ٧٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٩ - المحلى ج ١١ ص ١٩٧ .

٦٨٣ — مرة مستتابة : مذهب مالك على أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام بإياليها من يوم ثبوت الكفر على المرتد ، لا من يوم الكفر ولا من يوم الرفع أى التبليغ .

ولا يحسب اليوم إن سبقه الفجر ولا تافق الأيام الثلاثة ، والمقصود بذلك الاحتياط لعظم الدماء ، ولا يجوز أن يمنع عنه الماء أو الطعام ولا يعذب ، فإن تاب لم يقتل وإلا قتل بعد غروب شمس اليوم الثالث^(١) .

ويرى أبو حنيفة أن المدة متروكة لتقدير الإمام ، فإن طمع في توبة المرتد أو سألته هو التأجيل ، أجله ثلاثة أيام ، وإن لم يطمع في توبته ولم يسأله هو التأجيل قتله من ساعته^(٢) .

وفي مذهب الشافعى رأيان : أحدهما : أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة يمكن فيها الارتداد والنظر ، والرأى الثانى : أن يقتل فى الحال إذا استتيب فلم يتب ، وهو الرأى الراجح فى المذهب^(٣) .

ومذهب أحمد على أن مدة الاستتابة ثلاثة أيام مع حبس المرتد فيها^(٤) . ولا يحدد الظاهريون مدة للاستتابة ، ويرون قتل المرتد فى الحال إذا لم يتب^(٥) . ولكن الشيعة الزيدية يحددون مدة الاستتابة بثلاثة أيام^(٦) .

والأصل فى ذلك كله ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال : هل عندكم من مضر به خبر ؟ قال : نعم ، رجل كفر بالله تعالى بعد إسلامه فقال عمر رضى الله عنه ماذا فعلتم به ؟ قال : قربناه فضررنا عنقه : فقال عمر رضى الله عنه لا طفيتم عليه بيتاً وأطمعتموه كل يوم رغيفاً

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٧٨ — كنشاف القناع ج ٤ ص ١٠٤

(٥) المحلى ج ١١ ص ١٩٢

(٦) اروض النضير ج ٤ ص ٣٢٤ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠

واستبتموه لعله يتوب ويرجع إلى الله سبحانه وتعالى ، اللهم إني لم أحضر ، ولم آمر ، ولم أرض إذ بلغني ، لذلك روى عن علي رضي الله عنه أنه قال يستتاب المرتد ثلاثاً . وبهذا يتمسك من قال بوجوب الاستتابة أو استحبابها وبمدة الأيام الثلاثة .

٦٨٤ - كيفية التوبة : تكون التوبة بالنطق بالشهادتين ، وبإقرار المرتد بما أنكره ، وبرأته من كل دين يخالف دين الإسلام ، فمن ادعى وجود إلهين أو أنكر رسالة محمد ، يكفي أن يأتي بالشهادتين ، وإن كان الكفر بإنكار شيء آخر كمن خصص رسالة محمد بالعرب أو جحد فرضاً أو تحريماً فيلزمه مع الشهادتين الإقرار بما أنكر ، وهكذا تختلف حقيقة التوبة بحسب الفعل أو القول الكفر .

٦٨٥ - من لا يستتاب : وإذا كانت القاعدة هي استتابة المرتد بغض النظر عما إذا كانت الاستتابة واجبة أو مستحبة فإن ما لا يمكن من استتابة ثلاثة :
١ - الساحر إذا أتى من السحر ما يعتبر كفرًا فإنه لا يستتاب ويقتل ، وإذا تاب لم تقبل توبته إلا أن يحجى بنفسه مبلغاً عن سحره وتائباً منه ، ذلك أن حكم الساحر في المذهب كحكم الزنديق^(١) .

٢ - الزنديق وهو من يظهر الإسلام ويسر الكفر ، فإذا ثبت عليه الكفر لم يستتب ويقتل ولو أظهر توبته ، لأن إظهار التوبة لا يخرج عما بيديه من عادته ومذهبه ، فإن التقية عند الخوف عين الزندقة ، أما إذا جاء بنفسه مقراً بزندقته ومعلنًا توبته دون أن يظهر عليه فتقبل توبته^(٢) :

٣ - من سب نبياً أو ما كفاً أو عرض به أو لعنه أو عابه أو قذفه أو استخف بحقه وما أشبه ، فإنه يقتل ولا يستتاب ، ولا تقبل منه التوبة لو أعلنها ولو جاء تائباً قبل أن يطلع عليه ، لأن القتل في هذه الحالة - دخاص وإن كان يدخل تحت الردة^(٣) .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٠ ، ٧١

فالمرتد يقتل حداً لا كفرأ على مشهور قول مالك ، ولهذا لا تقبل توبته ولا تنفعه استقلته ، على أن هناك من يرى فعله رد ، وفي هذه الحالة يستتاب فإن تاب نكحل أى عزز^(١).

أما المعتاد على الرد فسيقتاب ولو تكررت رده ما دامت رده ليست من الأنواع الثلاثة السابقة^(٢).

ومذهب الشافعى يختلف عن مذهب مالك تمام الاختلاف ، فالشافعيون يرون الاستتابة ويقبلون التوبة من الساحر والزنديق ، ولو كان زنديقا لا يقتلها خبثه فى عقيدته لقوله تعالى ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ وأقول الرسول صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم » أى النطق بالشهادتين^(٣).

على أن هناك رأياً مرجوحاً فى المذهب بعدم قبول توبة الزنديق^(٤). وتقبل توبة من سب النبى عليه الصلاة والسلام أو سب نبيائه، ويستتاب وهو الرأى الراجح فى المذهب ، وهناك رأيان آخران : أحدهما : أنه يقتل حداً إذا سب النبى أو قذفه ، لأن القتل حد قذف النبى أو سبه ، وحد القذف لا يسقط بالتوبة ، والثانى : أنه يعاقب على القذف بالجلد ثمانين جلدة ويعزز على السب^(٥). وفى مذهب أحمد : ١ - لا تقبل توبة الزنديق ، لأن الله تعالى يقول ﴿ إلا الذين تابوا وأصلحوا ، وبينوا ﴾ والزنديق لا يظهر منه ما يتبين به رجوعه وتوبته ، لأن الزنديق لا يظهر منه بالتوبة خلاف ما كانت عليه ؛ فإنه كان ينفى الكفر عن نفسه قبل ذلك ، وقلبه لا يطلع عليه فلا يكون لما قاله حكم ، لأن الظاهر من حاله أنه يستدفع القتل بإظهار التوبة ٢ - كذلك لا تقبل توبة من تكررت رده لقوله

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٩

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٩

تعالى ﴿إن الذين آمنوا ثم كفروا ، ثم آمنوا ثم كفروا ، ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلاً﴾ وقوله ﴿إن الذين كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً لن تقبل توبتهم﴾ كذلك فإن تكرار الردة دليل على فساد العقيدة. وقلة المبالاة بالدين ٣ - ولا تقبل توبة من سب الله ورسوله أو تنقيصه لأن ذلك دليل على فساد العقيدة واستخفافه بالله تعالى ورسوله وأقوله جل شأنه :

﴿ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب ، قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزؤون ، لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم﴾ ٤ - ولا تقبل توبة الساحر الذي يكفر بسحره لوجهين - أولهما: لما روى عن جندب بن عبد الله أن رسول الله قال « حد الساحر ضربه بالسيف » فسماه حداً ، والحد لا يسقط بالتوبة - وثانيهما : أنه إذا لم يكن حداً فلا طريق إلى معرفة إخلاصه في توبته لأنه يضمّر السحر ولا يجهز به فيكون إظهار الإسلام خوفاً من القتل ^(١) .

وهناك رواية أخرى عن أحمد يرى الأخذ بها بعض فقهاء المذهب وهي قبول توبة المرتد واعتاقه مهما كان كفره أي سواء كان زنديقاً أو ساحراً أو معتاد الردة ... الخ وهذا الرأي يتفق مع مذهب الشافعي ^(٢) .

ومذهب أبي حنيفة على عدم قبول توبة كل من : ١ - الساحر لما روى عن الرسول من أن حد الساحر ضربه بالسيف ، ولكن الكثير من فقهاء الحنفية يفضلون مذهب الشافعي في هذه المسألة ، ويلاحظ أن القاتلين بقتل الساحر ، يرون قتل الساحرة ، لأن القتل حد لا يستتاب فيه ... ٢ - الزنديق والرأي في توبته هو ما يروونه في مذهب مالك على أن هناك رأياً آخر يقول بقبول توبته ^(٣) . ٣ - سب الرسل والملائكة والاستهزاء بهم وفي المذهب رأيان : أحدهما : يرى القتل حداً فلا تقبل التوبة ^(٤) .

(١) كشف القناع ج ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٦

(٢) المغني ج ١٠ ص ٧٨ ، ١١٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٨

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٠ وما بعدها .

والثاني : يرى أنه مرتد يقتل للردة فتقبل توبته^(١) .

٤ — من تكررت ردة فلا تقبل توبته^(٢) .

ومذهب الظاهر بين كمذهب الشافعي^(٣) .

وكذلك مذهب الشيعة الزيدية فإنهم يستتيبون كل مرتد و يقبلون منه التوبة أيًا كان وجه الكفر ، أي سواء كان للسحر أو الزندقة أو غير ذلك^(٤) .

٦٨٦ — ما يترتب على التوبة : يترتب على حدوث التوبة ممن تقبل توبته

أن يسقط القتل عنه بالتوبة فيهود معصوم الدم كما كان قبل الردة فإذا قتله شخص ما أقيده لأنه قتل نفساً معصومة أما قبل ذلك فيكون المرتد مهدر الدم من وقت الردة فإذا قتله شخص مالم يعتبر قاتلاً وإنما يعزر فقط لافتيائه على السلطات العامة لا لأنه قاتل إذ أنه قتل شخصاً مهدر الدم مباح القتل بل يعتبر قتله فرضاً على كل مسلم ، ويستوى أن يكون القتل حاصلًا قبل الاستتابة أو بعدها مادام قد حدث قبل التوبة فعلا ممن تقبل توبته لأنه يقتل في الحالين على ردة وكل جناية على المرتد هدر لأن الردة تسقط عصمة المرتد . وإذا كان أبو حنيفة لا يرى قتل المرأة ولا الصبيان الذين بلغوا مـ تدين ، وإذا كان مالك لا يرى قتل بعض الصبيان فإنهما معا يريان أن من قتل امرأة مرتدة أو صبياً مرتداً قبل التوبة فإن القاتل لا يعتبر مسئولاً عن جريمة القتل لأنه قتل شخصاً مهدر الدم وإنما يسأل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة^(٥) .

ثانياً : العقوبة البديلة

٦٨٧ — العقوبة البديلة للردة نكوره في حالتين :

الأولى : إذا سقطت العقوبة الأصلية بالتوبة استبدل بها الفاضى عقوبة تعزيرية

(١) نفس المراجع ٤٠١ ، ٤٠٢ (٢) حاشية ابن عابدين ص ٤١٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ . (٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ — كشف

القناع ج ٤ ص ١٠٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٤٠٤

مناسبة لحال الجاني كالجلد أو الحبس أو الغرامة أو التوبيخ ويصح أن يكون الحبس محدد المدة وأن لا يكون محدد المدة فيحبس المرتد إلى غير أمد حتى يظهر صلاحه .

ويميل الفقهاء إلى تشديد العقوبة على من تكررت ردة (وهذا عند من يقبلون توبة المعتاد على الردة) كما يميل بعض الفقهاء إلى إعفاء الجاني من العقاب من أول ردة إلا إذا كان سابقاً لرسول الله أو ساحراً^(١) .

الثانية : إذا سقطت العقوبة الأصلية لشبهة كما أسقطها أبو حنيفة عن المرأة والصبي وكما أسقطها مالك عن بعض الصبيان ففي هذه الحالة تحبس المرأة والصبي إلى غير أمد ويجبر كلاهما على الإسلام ويجوز أن يصحب الحبس عقوبة أخرى ويستمر الحبس حتى يسلم المرتد .

ثالثاً : العقوبة التبعية

٦٨٨ - العقوبة التبعية : التي نصيب المرتد على نوعين :

أولاهما : مصادرة مال المرتد **وثانيهما :** نقص أهلية المرتد للتصرف .

٦٨٩ - ١ - مصادرة مال المرتد : يرى مالك والشافعي وأحمد أن مال المرتد إذا مات أو قتل يكون مشيعاً ولا يرثه أحد لا من المسلمين ولا من غيرهم ويستثنى مالك من هذه القاعدة مال الزنديق والمنافق فيرى أن ميراثه لورثته المسلمين لأن المنافقين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ورثهم أبناؤهم المسلمون لمامانوا^(٢) والرأي الراجح في المذاهب الثلاثة أن الردة لا تزيل الملك عن المرتد ولا تمنعه عن تملك أموال أخرى بعد الردة بأسباب التملك المشروعة وإنما توقف الردة ملك المرتد من وقت ردة فإن أسلم ثبت له ملكه وإن مات مرتداً أو قتل برده كان ماله فيثماً .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ - المغني ج ١٠ ص ١١٣ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٦
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٤ - المغني ج ١٠ ص ٨١

أما في مذهب أبي حنيفة فالملل المكتسب في حال الإسلام يرثه الورثة المسلمون إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى باللحاق أو الملال المكتسب حال الردة فبراء أبو حنيفة فيثا ، ويراه أبو يوسف ومحمد ميراثا - ولا خلاف في المذهب أن مال المرتد الموجود في دار الحرب سواء اكتسبه قبل الردة أو بعدها فهو فيء إذا ظهر عليه ^(١) .

والفرق بين مذهب أبي حنيفة والمذاهب الأخرى يرجع إلى الخلاف على تفسير ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » فالمذاهب الثلاثة لا تجمل مال المرتد لورثته لأنه كافر ومسلمون ، وأبو حنيفة وأصحابه يتأولون فيقولون إن مال المرتد مال مسلم لأن الردة كالموت في إزالة سبب الملك ، فإذا ارتد شخص فإن الردة تعتبر بالنسبة لماله مواتا فهو مسلم قد مات فيرثه ورثته المسلمون .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة ورأى أبو يوسف ومحمد ^(٢) ويرى الظاهريون أن مال المرتد لورثته الكفار إن كان له ورثة فلا هو فيء ولا هو ميراث لورثته المسلمين ^(٣) .

ويعتبر أبو حنيفة لحاق المرتد بدار الحرب في حكم موته إذا قضى القاضي بلحاظه لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة في دار الإسلام ، لأن زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلا عن حاجته لانتهاه حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به ، وقد وجد هذا المعنى في اللحاق ، لأن المال الذي في دار الإسلام خرج من أن يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به ، فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته ، لعجزه عن قضاء حاجته به ، فكان اللحاق بمنزلة الموت في كونه مزيلًا للملك ^(٤) .

(٢) شرح الأزهاري ص ٥٧٨

(٤) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٨٤

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٨

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٩٧ ، ١٩٨

وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(١) ، أما المذاهب الأخرى فلا تعتبر
للحاق بدار الحرب في حكم الموت .

٦٨٩ - ٢ - **نقص أهلية المرتد للتصرف** - : لا تؤثر الردة على أهلية
المرتد للملك ، فيجوز أن يملك بالهبة وباستنجار نفسه ، وبالصيد ، وبالشراء
مثلا ، ولكنه لا يملك بالميراث مادام في دار الإسلام لاختلاف الدين لأنه
لا يقر على رده ، ولكن الردة تؤثر على أهلية المرتد للتصرف في ماله ، سواء
كان المال مكتسباً قبل الردة أو بعدها فتصرفاته لا تكون نافذة ، وإنما توقف
تصرفاته ، فإن أسلم نفذت - وإن مات على رده كانت تصرفاته باطلة لأنها
تمس أموالاً تتعلق بها حق الغير . وهذا هو الرأي الراجح في مذهب مالك
والشافعي وأحمد ، إلا أن مذهب الشافعي يبطل التصرفات التي لا تحتل الإيقاف
كالبيع فإنه من العقود النافذة ما لم يكن معلقاً على شرط وكذلك الهبة والرهن
وما أشبهه - على أن في هذه المذاهب الثلاثة رأى مرجوح يرى أصحابه بطلان
تصرفات المرتد بطلاناً مطاقاً ، وهذا على أساس النظرية القائلة بأن الردة تربل
الملك ولا توقفه ، فإذا أزيلت الردة الملك عن المرتد فتصرف كان التصرف باطلاً
لصدوره من غير مالك^(٢) .

وفي مذهب أبي حنيفة خلاف فيرى أبو حنيفة أن تصرفات المرتد موقوفة
فإن أسلم جازت هذه التصرفات ، وإن مات على رده أو قتل أو لحق بدار
الحرب بطلت كل تصرفاته ، وأساس نظريته أن الردة توقف ملك المرتد .
أما عند أبي يوسف ومحمد ، فملك المرتد لا يزول بالردة ولا يوقف وإنما يزول الملك
بالموت أو القتل أو اللاحق بدار الحرب ، وعلى هذا فإن تصرفات المرتد عندها
جائزة كما تجوز من المسلم ، ولكنهما اختلفا في مدى جواز هذه التصرفات ، فرأى

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٨ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٤ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٦٦ ،

٦٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠١ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٢٣ - المغني ج ١٠ ص ٨٣ ،

كشف ج ٤ ص ١٠٨

محمد أن تصرفات المرتد جائزة جواز تصرفات المريض مرض الموت ، لأن المرتد على شرف التلف لأنه يقتل فأشبهه المريض مرض الموت ، ويرى أبو يوسف أن تصرفات المرتد جائزة جواز تصرفات الصحيح لأن اختيار الإسلام بيده فيمكنه الرجوع إلى الإسلام فيتخلص من القتل ، والمريض لا يمكنه دفع المرض فأنى يتشابهان ؟ ^(١) .

ومذهب الشيعة الزيدية كراى أبى حنيفة إلا أنهم يعملون التصرفات فى القرب لنوا كالوقف والصدقة والنذر إلا الممتق فإذا لم تتناول التصرفات القرب فهى .وقوفة فإن أسلم نفذت وإلا بطلت ^(٢) .

* * *

الباب الأول

في الجنايات

رقم الصفحة	رقم الفقرة	
٤	١	معنى الجناية
٥	٢	أنقسام الجناية

الفصل الأول

في القتل

٦	٤	تعريف القتل	
٧	٥	أنسام القتل	
١٠		في القتل العمد	المبحث الأول
		أركان جريمة القتل العمد	
١٢		القتيل آدمى حى	الركن الأول
١٨	٢٢	المرتد	
٢٠	٢٣	ارتكاب جريمة من جرائم الحدود عقوبتها القتل	
٢١	٢٤	ارتكاب جريمة القتل المعاقب عليها بالقصاص	
٢١	٢٥	البغي	
٢٣	٢٧	وقت العصمة	
		الفعل نتيجة لفعل الجانى	الركن الثانى
٢٥	٢٨	فعل مميت من الجانى	
٢٥	٢٩	نوع الفعل	
٢٦	٣٠	أداة الفعل ووسيلته	
٢٦	٣١	رأى مالك	

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٢٧	٣٢ رأى الشافعى وأحمد
٢٨	٣٣ رأى أبى حنيفة
٣٠	٣٤ أساس الخلاف بين مالك والفقهاء الثلاثة
٣٢	٣٦ كيف يثبت قصد القتل
٣٣	٣٧ أساس الخلاف بين الشافعى وأحمد وبين أبى حنيفة
٣٤	٣٩ خلاف أبى يوسف ومحمد لأبى حنيفة
٣٤	٤٠ بين الشريعة والقانون
٣٦	٤٣ الأفعال المتصلة بالقتل
٣٦	٤٤ المباشرة
٣٦	٤٥ السبب
٣٧	٤٦ الشرط
٣٧	٤٧ المسؤولية عن المباشر والتسبب والشرط
٣٧	٤٨ قدرة المحنى عليه على دفع أثر المباشرة والتسبب
٣٩	٥٠ رأى لأبى حنيفة
٣٩	٥١ تعدد المباشرة والتسبب
٣٩	٥٢ اجتماع مباشرتين فأكثر
٣٩	٥٣ التماثل
٤١	٥٤ القتل المباشر على الاجتماع
٤٣	٥٥ القتل المباشر على التعاقب
٤٦	٥٦ اجتماع سببين فأكثر
٤٦	٥٧ اجتماع مباشرة وسبب
٤٧	٥٨ تسبب الجانى فى فعل قاتل مباشر من المحنى عليه
٤٨	٥٩ القتل بفعل غير مادی

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٤٩	٦٠ تعدد الأسباب
٥١	٦١ انقطاع فعل الجاني
٥١	٦٢ نظرية سببية في الشريعة
	مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية
٥٣	٦٣ النظرية الفرنسية
٥٣	٦٤ نقد النظرية الفرنسية
٥٤	٦٥ النظرية الألمانية
٥٤	٦٦ النظرية الانجليزية
٥٤	٦٧ عيب النظرية الألمانية والانجليزية
٥٧	٧٠ القتل بالترك
٥٨	٧٢ مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية
٦٠	٧٣ عصمة القاتل
٦٤	٧٦ تطبيقات على الأفعال القاتلة
٦٤	٧٧ القتل بالحد
٦٥	٧٨ القتل بمنقل
٦٧	٧٩ الإلقاء في مهلكة
٦٩	٨٠ التعريق والتعريق
٧١	٨٠ الخنق
٧٢	٨٢ الحبس ومنع الطعام والشراب
٧٣	٨٣ القتل بسبب شرعى
٧٢	٨٤ القتل بوسيلة معنوية
٧٥	٨٥ التسمم
٧٨	الركن الثالث : أن يقصد الجاني إحداث الوفاة

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٨٣	٩١ رضاء المحنى عليه بالقتل
٨٥	٩٢ الرضاء بالجرح
٨٦	٩٣ أسباب الخلاف بين الفقهاء فى الإذن بالقتل
٨٦	٩٤ مقارنة بين الشريعة والقانون
٨٧	٩٥ القصد المحدود وغير المحدود
٨٨	٩٦ الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية
٨٩	٩٧ مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية
٨٩	٩٨ القصد الاحتمالى
٩١	٩٩ مقارنة
٩٢	١٠٠ إنبات القصد الجنائى
٩٢	المبحث الثانى : فى القتل شبه العمد
٩٣	١٠٢ تعريف
٩٤	١٠٣ مقارنة
٩٥	١٠٤ أركان القتل شبه العمد
١٠٠	١٠٥ الركن الأول : فعل يؤدى لوفاة المحنى عليه
١٠١	١١٤ الركن الثانى : أن يعتمد الجانى الفعل
١٠١	١١٥ القصد الاحتمالى
١٠١	١١٦ القصد المحدود وغير المحدود
١٠١	١١٧ الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية
١٠٢	١١٨ رضاء المحنى عليه
١٠٢	١١٩ الركن الثالث : أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية
١٠٣	١٢٢ المبحث الثالث : فى القتل الخطأ
١٠٤	١٢٣ أنواعه

رقم الصفحة	رقم الفقرة
١٠٥	١٢٦ قاعدتان تحكما . مسؤولية الجاني في الخطأ
١٠٥	١٢٧ أمثلة
١٠٨	١٢٨ أركان القتل الخطأ
١٠٨	١٢٩ الركن الأول : فعل يؤدي لوفاة المحنى عليه
١١٠	١٣٧ الركن الثانى : الخطأ
١١١	١٤٢ الركن الثالث : أن يكون بين الخطأ والموت رابطة السببية
١١٣	١٤٨ المبحث الرابع : في عقوبات القتل العمد
١١٤	١٤٩ القصاص
١١٥	١٥٣ موانع القصاص
١١٥	١٥٤ أولا - أن يكون القتل جزءاً من القاتل
١١٩	١٥٥ ثانياً - أن يكون المحنى عليه مكانثاً للجاني
١٢٥	١٥٦ ثالثاً - عدم مباشرة الجاني للجناية
١٢٦	أولاً - الإعانة في حالة التماؤ
١٢٨	ثانياً - إمساك القتل للقاتل
١٢٩	ثالثاً - الأمر بالقتل
١٣٦	رابعاً - الإكراه على القتل
١٣٣	• تأثير إعفاء أحد الفاعلين من القصاص على الباقين
١٣٥	١٥٧ رابعاً - القتل بالتسبب
١٣٦	١٥٨ خامساً - أن يكون الولى مجمولا
١٣٦	١٥٩ سادساً - أن لا يكون القتل في دار الحرب
١٣٧	١٦٠ مدى لزوم القصاص
١٣٨	١٦١ تعدد القتلى
١٤٠	١٦٢ استيفاء القصاص

١٤٠	مستحق القصاص	١٦٣
١٤١	طبيعة ملكية الورثة لحق القصاص	١٦٤
١٤٢	من يلي الاستيفاء	١٦٦
١٤٥	تعدد مستحق الاستيفاء	١٦٨
١٤٨	تأخر الاستيفاء لا يؤدي إلى إطلاق سراح الجاني	١٧١
١٤٩	الأمن من التعدي إلى غير القاتل	١٧٣
١٥٠	كيفية الاستيفاء	١٧٤
١٥٣	حكم الفعلين	١٧٥
١٥٣	حضور المستحقين الاستيفاء	١٧٦
١٥٤	تفقد آلة القتل	١٧٧
١٥٤	جواز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف	١٧٨
١٥٥	استثناء السلطان باستيفاء القصاص	١٧٩
١٥٥	سقوط القصاص	١٨٠
١٥٥	فوات محل القصاص	١٨٧
١٥٧	العفو	١٨٢
١٦٧	الصلح	١٩٠
١٦٩	إرث حق القصاص	١٩٦
١٧٢	الكفارة	١٩٧
١٧٥	العقوبات البدلية للقتل العمد	٢٠٣
١٧٦	أولاً - الدية	٢١٤
١٨٣	ثانياً - التعزير	٢١٦
١٨٤	ثالثاً - الصيام	٢١٧

رقم الصفحة	رقم الفقرة
١٨٥	٢٢١ العقوبات التبعية للقتل العمد
١٨٥	٢٢٢ أولاً — الحرمان من الميراث
١٨٧	٢٢٧ ثانياً — الحرمان من الوصية
١٨٩	٢٣٠ عقوبات القتل شبه العمد
	العقوبات الأصلية
١٨٩	٢٣٢ أولاً — الدية
١٩٥	٢٤٢ العاقلة
٢٠٠	٢٤٤ ثانياً — الكفارة
٢٠٠	٢٤٥ العقوبات البدلية
٢٠٠	٢٤٦ العقوبات التبعية
	٢٤٧ عقوبات القتل الخطأ
٢٠١	العقوبات الأصلية
٢٠١	٢٤٨ أولاً — الدية
	٢٥٦ ثانياً — الكفارة
٢٠٣	٢٥٧ العقوبات البدلية (الصيام)
٢٠٤	٢٥٨ العقوبات التبعية (الحرمان من الميراث والوصية)

الفصل الأول

الجناية على مادون النفس

٢٠٤	٢٦٠ الجنايات على مادون النفس إما عمداً أو خطأ
٢٠٥	٢٦٢ القسم الأول : إبانة الأطراف ومايجرى مجراها
٢٠٥	٢٦٣ القسم الثاني : إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها
٢٠٦	٢٦٤ القسم الثالث : الشجاج

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٢٠٦	٢٦٥ الشجاع عند أبي حنيفة
٢٠٧	٢٦٦ الشجاع عند مالك
٢٠٧	٢٦٧ الشجاع عند الشافعي وأحمد
٢٠٧	٢٦٨ القسم الرابع : الجراح
٢٠٧	٢٦٩ القسم الخامس : مالا يدخل تحت الأقسام السابقة

الجنائية على مادون النفس عمداً

٢٠٨	الركن الأول : فعل يقع على جسم الجنى عليه أو يؤثر على سلامته
٢١٠	الركن الثاني : أن يكون الفعل متعمداً
٢١١	الجنائية على مادون النفس خطأً
٢١١	٢٨٢ فرق هام
٢١١	عقوبة الجنائية على مادون النفس
٢١١	أولاً - عقوبة الجنائية على مادون النفس عمداً
٢١٢	٢٨٣ القصاص

أسباب امتناع القصاص العامة

٢١٣	٢٨٤ أولاً - إذا كان القتل جزءاً من القاتل
٢١٣	٢٨٥ ثانياً - انعدام التكافؤ
٢١٧	٢٨٦ ثالثاً - أن يكون الفعل شبه عمد
٢١٨	٢٨٧ رابعاً - أن يكون الفعل تسبياً
٢١٨	٢٨٨ خامساً - أن تكون الجنائية وقعت في دار الحرب
٢١٨	٢٨٩ سادساً - عدم إمكان الاستيفاء
٢١٩	٢٩٠ أسباب امتناع القصاص الخاصة بمادون النفس
٢١٩	٢٩١ أولاً - عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٢٢١	٢٩٢ ثانياً - عدم المماثلة في الموضع
٢٢١	٢٩٣ ثالثاً - المساواة في الصحة
	كيف طبق الفقهاء شروط القصاص الخاصة
	أولاً - في أيامة الأطراف ومايجرى مجراها
٢٢٣	٢٩٤ الجفن
٢٢٤	٢٩٥ الأنف
٢٢٦	٢٩٦ الأذن
٢٢٧	٢٩٧ الشفتان
٢٢٧	٢٩٨ اللسان
٢٢٨	٢٩٩ السن بالسن
٢٢٨	٣٠٠ اليد
٢٢٨	٣٠١ الإليتان
٢٣١	٣٠٢ ويؤخذ الذكر بالذكر
٢٣٢	٣٠٣ وتؤخذ الأنثيان بالأنثيين
٢٣٢	٣٠٤ الشفران
٢٣٢	ثانياً - في إذهاب معاني الأطراف
٢٣٤	ثالثاً - القصاص في الشجاج
٢٣٥	القصاص في الجراح
٢٣٦	القصاص في القسم الخامس
	استيفاء القصاص
٢٣٧	٣٠٩ مستحق القصاص
٢٣٨	٣١٠ هل يحبس الجاني إذا أخر القصاص
٢٣٨	٣١١ مدى سلطة الولي والوصي

رقم الصفحة		رقم الفقرة
٢٣٩	هل يصح قصاص الصغير والمجنون	٣١٢
٢٣٩	من يلي الاستيفاء	٣١٣
٢٤٠	كيفية الاستيفاء في الشجاج والجراح	
٢٤٢	كيفية القصاص في الجراح	
٢٤٢	كيفية القصاص في الأطراف	
٢٤٢	كيفية الاستيفاء	٣١٤
٢٤٤	الاستيفاء عند تعدد المستحقين	٣١٥
٢٤٦	هل يمكن قطع أطراف الجاني قصاصاً	٣١٦
٢٤٨	تكرر أفعال الجاني	٣١٨
٢٥٠	التداخل	٣١٩
٢٥٢	السراية	٣٢٠
٢٥٢	السراية إلى النفس من فعل محرم	٣٢١
٢٥٢	السراية إلى النفس من فعل مباح أو مأذون فيه	٣٢٢
٢٥٣	سراية القود	٣٢٣
٢٥٣	السراية إلى مادون النفس	٣٢٤
٢٥٤	السراية لمعنى	٣٢٥
٢٥٥	السراية لعضو	٣٢٦

سقوط القصاص

٢٥٧	فوات محل القصاص	٣٢٨
٢٥٨	العفو	٣٢٩
٢٥٩	من يملك العفو	٣٣٠
٢٥٩	الصلح	٣٣٢

العقوبات الأصلية الثانية

٢٦٠	التعزير
-----	---------

العقوبات البديلية

٢٦١	أولاً - الدية	
٢٦١	والأرش على نوعين	٣٣٨
	ما تجب فيه الدية الكاملة	٣٤٠
٢٦٣	الأنف	٣٤٢
٢٦٣	اللسان	٣٤٣
٢٦٤	الذكر	٣٤٤
٢٦٤	الصلب	٣٤٥
٢٦٥	مسلك البول ومسلك الغائط	٣٤٦
٢٦٥	الجلد	٣٤٧
٢٦٦	شعر الرأس وشعر اللحية والحاجبين	٣٤٨
٢٦٦	اليدين	٣٤٩
٢٦٧	الرجلان	٣٥٠
٢٦٨	العينان	٣٥١
٢٦٨	الأذنان	٣٥٢
٢٦٩	الشفتان	٣٥٣
٢٦٩	الحاجبان	٣٥٤
٢٦٩	الثديان والخصيتان	٣٥٥
٢٧٠	الأنتيان	٣٥٦
٢٧١	الشفرة	٣٥٧
٢٧١	الإليتان	٣٥٨
٢٧١	اللحيان	٣٥٩

رقم الصفحة		رقم الفقرة
٢٧١	أشفار العينين	٣٦٠
٢٧٢	أهداب العينين	٣٦١
٢٧٢	أصابع اليدين وأصابع الرجلين	٣٦٢
٢٧٢	الأسنان	٣٦٣
٢٧٤	إذهاب المعاني	
٢٧٥	١ - السمع	٣٦٥
٢٧٥	٢ - البصر	٣٦٦
٢٧٥	٣ - الشم	٣٦٧
٢٧٥	٤ - الذوق	٣٦٨
٢٧٦	٥ - الكلام	٣٦٩
٢٧٦	٦ - العقل	٣٧٠
٢٧٧	المشي والجماع	٣٧١
٢٧٧	الصبر	٣٧٢
٢٧٩	معاني أخرى	٣٧٣
٢٧٩	ما يجب في فوات بعض المعنى	٣٧٥
	ما يجب فيه أرش مقدر	
٢٧٩	الأطراف التي لها أرش مقدر	٣٧٦
	أرش الشجاج	
٢٨١	الموضحة	٣٧٨
٢٨٢	الهاشمة	٣٧٩
٢٨٢	المنقلة	٣٨٠
٢٨٢	الآمة	٣٨١
٢٨٣	الداءفة	٣٨٢

أرش الجراح

هل تتساوى الديات لكل الأشخاص

الأشئ ثم بعدها التكافؤ

٢٨٤	دية الأشئ فيما دون النفس	٣٨٤
٢٨٥	الأرث غير المقدر أو الحكومة	٣٨٥
٢٨٧	تعليظ الدية	٣٨٨
٢٨٨	من يحمل الدية في العمد	٣٨٩
٢٨٨	هل تجب الدية حالة	٣٩٠
٢٨٨	التداخل في الديات	٣٩١

العقوبات البدلية الثانية

التعزير

٢٩٠	عقوبة الجناية على مادون النفس خطأ
-----	-----------------------------------

الفصل الثالث

الجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه

٢٩٢	أى الجناية على الجنين أو الإجهاض	
٢٩٣	ما يحض الحامل	٣٩٧
٢٩٤	انفصال الجنين	٣٩٩
٢٩٧	قصد الجاني	٤٠٨
٢٩٨	العقوبات المقررة للجنينة على الجنين	٤١٢
٢٩٩	أولاً - انفصال الجنين عن أمه ميتاً	٤١٣
٣٠٠	ثانياً - انفصال الجنين عن أمه حياً وموته	٤١٥

بسبب الفعل

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٣٠١	٤١٦ ثالثاً — انفصال الجنين عن أمه حياً ولم يميت
٣٠١	٤١٧ رابعاً — انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عدم انفصاله
٣٠١	٤١٨ خامساً — أن يترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أو موتها
٣٠٢	٤١٩ الكفارة
	إثبات الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين
٣٠٣	٤٢١ الإقرار
٣٠٥	٤٢٥ إقرار زائل الفعل
٣٠٦	٤٢٧ إقرار المسكره
٣٠٨	شروط الإكراه
٣١١	٤٣٤ حكم إقرار المسكره
٣١٢	٤٣٥ الإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل
٣١٤	٤٣٨ رجوع المقر عن إقراره .
	السراية
٣١٥	٤٤٠ الجرائم التي توجب عقوبة بدنية
٣١٧	٤٤٢ الجرائم التي توجب تعزيراً بدنياً
٣١٨	٤٤٥ إثبات الجرائم الموجبة لعقوبة مالية
	القائمة
٣٢١	٤٥٠ معنى القسامة
٣٢٤	٤٥١ اختلاف الفقهاء في شرعية القسامة
٣٢٧	٤٥٤ لماذا شرعت القسامة
٣٢٨	٤٥٦ هل شرعت القسامة للإثبات أم للنفي

٣٢٩	الجرأثم التي تجوز فيها القسامة	٤٥٧
٣٣٣	كيفية القسامة	٤٦٢
٣٣٤	من يدخل القسامة	٤٦٣
	شروط القسامة	٤٦٩

القرآن

٣٤٢	النكول عن اليمين وردھا	
٣٤٣	مسائل عامة عن الحدود	
٣٤٣	تعريف الحد	٤٧٧
٣٤٣	الحد والجناية	٤٧٨
٣٤٥	جرأثم الحدود	٤٧٩

الكتاب الأول

في الزنا

٣٤٦	الزنا في الشريعة والقانون	٤٨٠
٣٤٧	أساس عقوبة الزنا في الشريعة والقانون	٤٨١
٣٤٧	الواقع يشهد للشريعة	٤٨٢

الفصل الأول

في أركان جريمة الزنا

٣٤٩	تعريف الزنا	٤٨٣
٣٤٩	أركان جريمة الزنا	٤٨٤
	الركن الأول : الوطاء المحرم	
٣٥٠	الوطاء المعتبر زنا	٤٨٥
٣٥٢	الوطاء في الدبر	٤٨٦
٣٥٣	وطاء الزوجة في دبرھا	٤٨٧

رقم الصفحة		رقم الفقرة
٣٥٤	وطء الأموات	٤٨٨
٣٥٥	وطء البهائم	٤٨٩
٣٥٦	وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية	٤٩٠
٣٥٧	وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة	٤٩١
٣٥٩	الوطء بشبهة	٤٩٢
	وطء المحارم	٤٩٣
٣٦٣	الوطء في نكاح باطل	٤٩٤
٣٦٤	الوطء في نكاح مختلف عليه	٤٩٥
٣٦٤	الوطء بالإكراه	٤٩٦
٣٦٦	الخطأ في الوطاء	٤٩٧
٤٦٧	الرضاء بالوطء	٤٩٨
٤٦٧	الزواج اللاحق	٤٩٩
٣٦٨	وطء من وجب عليها القصاص	٥٠٠
٣٦٨	المساحقة	٥٠١
٣٦٩	الاستنماء	٥٠٢
٣٧٠	العجز عن ادعاء الشبهة	٥٠٣
٣٧١	إنكار أحد الزانين	٥٠٤
٣٧٢	ادعاء أحد الطرفين الزوجية	٥٠٥
٣٧٣	بقاء البسكرة	٥٠٦
	الركن الثاني	
	تعهد الوطاء	

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

٣٧٦	التطور التشريعي لعقوبة الزنا	٥٠٨
-----	------------------------------	-----

المبحث الأول : فى عقوبة البكر

٣٧٩	عقاب البكر الزانى	٥٠٩
٣٧٩	أولاً - عقوبة الجلد	٥١٠
٣٨٠	ثانياً - التغريب	٥١١
٣٨٠	تغريب المرأة	٥١٢
٣٨١	ما هية التغريب	٥١٣

المبحث الثانى : فى عقوبة المحسن

٣٨٣	تشديد عقوبة المحسن	٥١٤
٣٨٤	الرجم	٥١٥
٣٨٤	الجلد	٥١٦
٣٨٦	حالات مختلف على عقوبتها	٥١٧
٣٨٦	حالة اللواط	٥١٨
٣٨٧	حالة وطء المحارم	٥١٩
٣٨٨	حالة وطء البهائم	٥٢٠

المبحث الثالث : فى الإحصان

٣٨٩	الإحصان شرط الرجم	٥٢١
٣٨٩	معنى الإحصان	٥٢٢
٣٩٠	أنواع الإحصان	٥٢٣
٣٩٠	شروط الإحصان	٥٢٤
٣٩٤	زنا المحسن بغير محسن	٥٢٥

الفصل الثالث

فى الأدلة على الزنا

٣٩٥	الأدلة المثبتة للزنا	٥٢٦
-----	----------------------	-----

المبحث الأول : في الشهادة

٣٩٥	عدد شهود الزنا	٥٢٧
٣٩٦	الشروط العامة للشهادة	٥٢٨
٣٩٦	أولاً - البلوغ	٥٢٩
٣٩٧	ثانياً - العقل	٥٣٠
٣٩٨	ثالثاً - الحفظ	٥٣١
٣٩٨	رابعاً - الكلام	٥٣٢
٣٩٩	خامساً - الرؤية	٥٣٣
٤٠١	سادساً - العدالة	٥٣٤
٤٠٥	سابعاً - الإسلام	٥٣٥
٤٠٧	ثامناً - انتفاء موانع الشهادة	٥٣٦
٤١٠	الشروط الخاصة للشهادة على الزنا	٥٣٨
٤١٠	أولاً : الذكورة	
٤١١	هل يصح أن يكون الزوج شاهداً	
٤١١	ثانياً : الأصالة	
٤١٥	ثالثاً : أن لا يتقدم الحد	
٤١٧	رابعاً : أن تكون الشهادة في مجلس واحد	
٤١٨	نامساً : أن يكون عدد الشهود أربعة	
٤١٦	شهود الإحصان	
٤٢٧	سادساً : أن يقع القاضى بشهادة الشهود	
٤٣١	علم القاضى	
	المبحث الثانى الإقرار	
٤٣٥	إقرار زائل العقل	٥٣٩

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٤٣٦	٥٤٠ إقرار النائم
٤٣٦	٥٤١ أثر التقادم على الإقرار
٤٣٧	٥٤٢ التحايل على الإقرار
٤٣٨	٥٤٣ الإقرار في مجلس القضاء
٤٣٨	٥٤٤ الرجوع عن الإقرار
٤٤٠	٥٤٥ القرآن
٤٤١	٥٤٦ اللعان

تنفيذ العقوبة

٤٤١	٥٤٧ مقدار الحد
	مقارنة بين الشريعة والقانون على الأدلة على الزنا
٤٤٢	٥٤٨ التكيف الشرعى لحد الزنا
٤٤٢	٥٤٩ تعدد العقوبات
٤٤٢	النداخل
٤٤٣	الجب
٤٤٤	٥٥٠ من الذى يقيم الحد
٤٤٥	٥٥١ علانية التنفيذ
٤٤٥	٥٥٢ كيفية التنفيذ فى الرجم
٤٤٨	٥٥٣ كيفية التنفيذ فى الجلد
٤٥٠	٥٥٤ التنفيذ على الحامل
٤٥٢	٥٥٥ التنفيذ على المريض
٤٥٢	المريض الذى يرجى شفاؤه
٤٥٣	المريض الذى لا يرجى شفاؤه

موانع التنفيذ

٤٥٤	يُمْتَنَعُ التَّنْفِيزُ إِذَا جَدَّ مَا يَسْقُطُ الْحَدَّ بَعْدَ الْحُكْمِ بِهِ وَمَسْقُطَاتُ الْحَدِّ .	٥٥٦
-----	--	-----

الكتاب الثاني

القذف

٤٥٥	تعريف القذف —	٥٥٧
٤٥٥	قاعدة الشريعة في إثبات القذف والسب	٥٥٨
٤٥٦	بين الشريعة والقانون	٥٥٩
٤٦١	النصوص الواردة في القذف	٥٦٠
	المبحث الأول : أركان جريمة القذف	
٤٦٣	الركن الأول : الرمي بالزنا أو نفي النسب	
٤٧٣	الركن الثاني : إحصان المقذوف	
٤٧٧	الركن الثالث : القصد الجنائي	
٤٧٨	هل تشترط العلانية في القذف	
٤٨٠	المبحث الثاني : في دعوى القذف	
٤٨٠	من يملك الخصومة	٥٦٧
٤٨٣	بين الشريعة والقانون	٥٦٨
٤٨٤	هل حد القذف حق لله أم حق للعبيد	٥٦٩
	المبحث الثالث : في الأدلة على القذف	
	يثبت القذف بالطرق الآتية	
٤٨٨	أولا — الشهادة	٥٧١
٤٨٩	ثانيا — الإقرار	٥٧٢

رقم الصفحة	رقم الفقرة	
٤٩٠	٥٧٣	ثالثا - الخميني
		المبحث الرابع : عقوبة القذف
٤٩١	٥٧٤	للقذف عقوبتان
٤٩١		عقوبة الجلد
٤٩١		عدم قبول الشهادة
٤٩٢	٥٧٥	تعدد العقوبات
٤٩٢	٥٧٦	تداخل عقوبات القذف
٤٩٤	٥٧٧	هل تتداخل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى
٤٩٥	٥٧٨	مسقطات العقوبة

المكتتاب الثالث

في الشرب

٤٩٦	٥٧٩	تحريم الشرب
٤٩٨	٥٨٠	النصوص الخاصة بالخمر
٤٩٨	٥٨١	معنى الشرب عند الفقهاء
		المبحث الأول : في أركان الجريمة
	٥٨٢	الركن الأول :
٥٠١		الشرب
٥٠٤	٥٨٣	السكر
٥٠٥		الركن الثاني : القصد الجنائي
٥٠٥		عقوبة الشرب
٥٠٧	٥٨٦	التداخل
٥٠٨	٥٨٧	كيفية تنفيذ الجلد
		المبحث الثاني : الأدلة على الشرب

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٥٠٩	أولاً — شهادة الشهود ٥٨٨
٥١٠	ثانياً — الإقرار ٥٨٩
٥١١	الرأفة ٥٩٠
٥١١	المكر ٥٩١
٥١٢	القيء ٥٩٢
٥١٣	هل يقضى القاضى بعله ٥٩٣
٥١٣	امتناع التنفيذ ٥٩٤

المكتاب الرابع

السرقه

٥١٤	أنواع السرقه ٥٩٥
٥١٥	السرقه المعاقب عليها بالتعزير ٥٩٦
	المبحث الأول : فى أركان السرقه
٥١٨	الركن الأول : الأخذ خفيه
٥٢٦	نظرية الهتك المكامل ٥٩٩
٥٢٦	تعدد الجناة ٦٠٠
٥٣١	التعاون على الإخراج ٦٠١
٥٣٦	الأخذ بالتسبب ٦٠٢
٥٣٨	التسليم بنفى الأخذ خفيه ٦٠٣
٥٤٢	الركن الثانى : أن يكون المأخوذ مالاً
٥٤٣	أولاً - أن يكون مالاً منقولاً ٦٠٦
٥٤٤	ثانياً - أن يكون مالاً متقوماً ٦٠٧
٥٤٤	ثالثاً - أن يكون المال محرراً ٦٠٨

رقم الصفحة	رقم النقرة
٥٥٥	٦٠٩ ١ - حرز بالمكان وحرز بنفسه
٥٥٦	٢ - حرز بالحافظ أو حرز بغيره
٥٧٦	٦١٠ السرقات من الأقارب
٥٨٠	٦١١ رابعاً : أن يبلغ المال المسروق نصيباً
٥٨٨	الركن الثالث : أن يكون مملوكاً للغير
٥٩٤	سرقه مال المدين
٦٠٢	سرقه السكفن
٦٠٤	الأشياء المباحة
٦٠٤	الأشياء المتروكة
٦٠٤	اللقطه ٦١٥
٦٠٦	الركن والسكنز
٦٠٨	الركن الرابع : القصد الجنائي
٦١٠	٦١٧ عقوبة الشريك إذا كان الشريك الآخر لا يقطع
	المبحث الثاني : في أدلة السرقة
٦١١	٦١٨ أولاً - البيئة
٦١٤	من يملك الحصومة
٦١٥	٦١٩ ثانياً - الإقرار
٦١٧	٦٢٠ ثانياً - الخمين
	المبحث الثالث : فيما يترتب على ثبوت السرقة
٦١٨	٦٢١ أولاً - الضمان
٦٢١	٦٢٢ ثانياً - القطع
٦٢٢	٦٢٣ محل القطع
٦٢٨	٦٢٤ موضع القطع

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٦٢٨	٦٢٥ التداخل
٦٢٩	٦٢٦ من الذى يقيم الحد
٦٢٩	٦٢٧ تعليق اليد بعد قطعها
٦٢٩	٦٢٨ مستقطات القطع
٦٣٥	٦٣٠ الشروع فى السرقة
٣٣٦	٦٣١ مق يعتبر الفعل شروعا فى الجريمة

الكتاب الخامس

الحراية

٦٣٨	٦٣٢ تعريف :
٦٣٨	٦٣٣ مقارنة بين السرقة والحراية
٦٤١	٦٣٤ ممن تحدث الحراية
٦٤٤	٦٣٥ مكان القطع
٦٤٥	٦٣٦ المقطوع عليه
٦٤٦	٦٣٧ الأدلة على جريمة الحراية
٦٤٧	٦٣٨ عقوبة الحراية
٦٤٨	٦٣٩ إخافة السبيل لا غير
٦٥٠	٦٤٠ أخذ المال لا غير
٦٥٢	٦٤١ القفل لا غير
٦٥٢	٦٤٢ القفل وأخذ المال
٦٥٣	٦٤٣ كيفية الصلب
٦٥٤	٦٤٤ مدة الصلب
٦٥٥	٦٤٥ حكم موت المحارب قبل إقامة الحد عليه

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٦٥٥	٦٤٦ هل يقتص ممن قاتل المحارب أو قاطعه
٦٥٧	٦٤٧ هل يشترط في القتل من المحارب أن يكون عمداً
٦٥٨	٦٤٨ حكم الجراح التي يحدثها المحارب
٦٥٩	٦٤٩ الحد والضمان
٦٥٩	٦٥٠ التداخل
٦٥٩	٦٥١ مستقطات الحد
٦٦٣	٦٥٢ حق الله وحق الفرد في عقوبة القتل
٦٦٤	٦٥٣ عدم وجوب الحد المانع
٦٦٥	٦٥٤ حكم سقوط الحد بعد وجوبه
٦٦٦	٦٥٥ هل مسؤولية القطاع الجنائية تضامنية
٦٦٨	٦٥٦ هل مسؤولية القطاع المدنية تضامنية
٦٦٩	٦٥٧ مسؤولية المحارب إذا كان صيباً أو فاقد العقل
٦٧٠	٦٥٨ حكم المال المأخوذ حراية

الكتاب السادس

البغي

٦٧١	٦٥٩ النصوص الواردة في البغي
٦٧٣	٦٦٠ تعريف البغي
٦٧٤	٦٦١ أركان البغي
٦٧٥	٦٦٢ الركن الأول : الخروج على الإمام
٦٨٧	٦٦٣ الركن الثاني : أن يكون الخروج مغالبة
٦٩٧	٦٦٤ الركن الثالث : قصد الجنائي (قصد البغي)
٦٩٧	٦٦٥ مسؤولية الباغي الجنائي والدية

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٦٩٧	٦٦٦ مسؤولية الباغي قبل المغالبة وبعدها
٦٩٨	٦٦٧ مسؤولية الباغي أثناء المغالبة
٦٩٩	٦٦٨ مسؤولية الباغي المدنية
٧٠٢	٦٦٩ الاستعانة بالذميين
٧٠٤	٦٧٠ الاستعانة بأهل الحرب

الكتاب السابع

الردة

٧٠٦	٦٧١ النصوص الواردة في الردة
٧٠٦	٦٧٢ تعريف الردة
٧٠٧	٦٧٣ أركان الردة
٧٠٧	٦٧٤ الركن الأول : الرجوع عن الإسلام
٧١٣	٦٧٥ ردة المجنون وإسلام من في حكمه
٧١٤	٦٧٦ ردة السكران وإسلامه
٧١٥	٦٧٧ ردة الصبي وإسلامه
٧١٨	٦٧٨ ردة المكره وإسلامه
٧١٩	٦٧٩ الركن الثاني : القصد الجنائي
٧٢٠	٦٨٠ عقوبات الردة
٧٢٠	٦٨١ أولا - العقوبة الأصلية
٧٢٢	٦٨٢ الاستتابة
٧٢٣	٦٨٣ مدة الاستتابة
٧٢٤	٦٨٤ كيفية التوبة

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٧٢٤	٦٨٥ من لا يستتاب
٧٢٧	٦٨٦ ما يترتب على التوبة
٧٢٧	٦٨٧ ثانياً - العقوبة البديلة
٧٢٨	٦٨٨ ثالثاً - العقوبة التبعية
٧٢٨	٦٨٩ ١ - مصادرة مال المرتد
٧٣٠	٢ - نقص أهلية المرتد