

سلسلة الثقافة العامة

التشريع الجنائي الإسلامي

مقارناً بالقانون الوضعي

تأليف
عبد القادر عودة

الجزء الثاني

دار الكاتب العربي
بيروت

بسم الله الرحمن الرحيم

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

وبعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية ، وفقنى 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

الجنــــــــــــــــايات

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

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

وأكثر الفقهاء يتكلمون عن القتل والجرح والضرب تحت عنوان الجنابات متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق اسم الجنابة 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) ويجعلونه 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 المنهج 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 — واهب الجليل للعطاب ج ٦ ص ٢٣٠ .

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 بمصداً 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 مخالفة أو جنحة أو أكثر جسامه منها 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 المرتد إذا لم يتب والحربي إذا لم يسلم أو يعط الأمان . محرم وهو قتل المصوم 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 كـ

(١) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٤ .

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 و قتل خطأ ولا

وسط بينهما ، والقتل العمد عند هؤلاء هو كل فعل ارتكب بقصد العدوان إذا أدى لموت الجاني 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) :

(١) عمد وهو ما تمعد فيه الجاني الفعل المزهق قاصداً لإزهاق روح الجاني عليه.

(ب) شبه عمد وهو ما تمعد فيه الجاني الاعتداء على الجاني عليه دون أن يقصد

قتله إذا مات الجاني عليه نتيجة للاعتداء ويسمى شراح القوانين الوضعية هذا النوع من القتل بالضرر المفضي إلى الموت (ح) قتل خطأ ويكون في حالات

أولها : إذا تمعد الجاني الفعل دون أن يقصد الجاني عليه كمن يرمى عرضاً فيصيب شخصاً وتسمى هذه الحالة الخطأ في الفعل . وثانيها : إذا تمعد الجاني الفعل وقصد

الجاني عليه على ظن أن الفعل مباح بالنسبة للجاني عليه ولكن تبين أن الجاني عليه معصوم كمن يرمى من يظنه جندياً من حنود 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) يراجع الجزء السابع من حاشية الشبراخيتي مع نهاية المحتاج للرملي ص ٢٣٣ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٤٠ .

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

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

الزيلي ج ٦ ص ٩٧ .

يتسبب الجاني في الفعل كن يحفر حفرة في الطريق فيسقط فيها أحد المارة ليلاً وتؤدي السقطة لوفاته .

ثالثاً : التقسيم الرابعي : 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 كن يرمى صيداً فيصيب شخصاً . والثاني أن يقصد من يظنه مباح القتل كحربي 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 كن 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) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ . بدائع الصنائع ج ٩ ص ٣٣٣ .

(٣) الحربي هو المنتمى إلى دولة محاربة ، والمرتد هو المسلم الذي ترك دينه ، والمعصوم هو من لا يحل 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 قسماً مستقلاً^(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 حريياً 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 إلحافه بالخطأ باعتباره جارياً مجراه .

كذلك لاحظ هذا الفقيه أن الفقهاء يلحقون بحكم القتل ما ليس بقتل في الحقيقة لاعمداً 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 الجاني أو متولداً عن فعله ، وليس من واطع 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 التنائي يختلف عن باقي التقاسيم في أنه لا يمتزف بالقتل شبه العمد وأن الخلاف بين التقسيمات فيما عدا ذلك خلاف ظاهري 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 .

الدقيق : ولما كان التقسيم الثلاثى هو أشهر التقاسيم فسنجعله أساساً لبحثنا دون غيره خصوصاً وأنه يتفق مع التقسيم الذى سار عليه قانون العقوبات المصرى وغيره من القوانين الوضعية فقد قسم قانون العقوبات المصرى القتل إلى عمد وخطأ وضرب أفضى إلى الموت أى القتل شبه العمد .

المبحث الأول

فى

القتل العمد

٦ - القتل العمد هو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجنى عليه أى أن تعمد الفعل المزهق لا يكفي لاعتبار الجانى قاتلاً متعمداً بل لابد من توفر قصد القتل لدى الجانى فإذا لم يقصد الجانى القتل وإنما تعمد فقط مجرد الاعتداء فالقصد ليس قتلاً عمداً ولو أدى لموت المجنى عليه وإنما هو قتل شبه عمد كما يعبر عنه فقهاء الشريعة وضرب أفضى إلى موت فى لغة شراح القوانين الوضعية .

٧ - ويعتبر القتل العمد فى الشريعة من أكبر الكبائر وأعظم الجرائم . وقد جاء القرآن والسنة بتحريمه وتعظيم شأنه وتحديد عقوبته .

تحريم القتل من القرآن : قال الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ومن قُتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل إنه كان منصوراً ﴾ [الإسراء آية : ٣٣] وقال : ﴿ والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً ﴾ [سورة الفرقان آية : ٦٨] وقال : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً ﴾ [سورة الإسراء آية : ٣١] وقال : ﴿ قل تعالوا أتتل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش

ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون ﴿ [الأنعام : ١٥١] - وقال جل شأنه : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بنى 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 : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص . فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [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 : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عوفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب ألهم * ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون ﴾ [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 منى 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
فى 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
مؤمنًا 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 فى الشريعة ثلاثة : أولها : أن يكون الجانى
عليه آدمياً حياً . ثانيها : أن يكون القتل نتيجة لفعل الجانى . ثالثها : أن يقصد
الجانى إحداث الوفاة .

وهذه الأركان هى نفس أركان جريمة القتل العمد فى قانون العقوبات
للصلى وغيره من القوانين الوضعية .

الركن الأول

القتيل آدمى حى

٩ - تقع جريمة القتل على النفس فهى بطبيعتها اعتداء على آدمى حى ، ولذلك
سماها الفقهاء بالجناية على النفس ، فلتحقق وقوع الجريمة يجب أن يكون الجانى
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 يفضي 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 يصاد فعلم 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 عليلاً 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 والفروض فيمن يصل لهذه الحالة أن يكون عاجزاً عن النطق فاقد 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 للخطاب ج ٦ ص ٢٤٤ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٨ .

(٢) أصحاب هذا رأى هم الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكيين راجع للمراجع السابقة .

يعتبر في حكم الحياة ما دام لم يسلم الروح وهو يرت 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 عجل 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 لجريمة قتل من نوع خاص ويعاقب على فعله بالعقوبة خاصة ، وستنكلم فيما بعد عن هذه الجريمة ويتفق القانون المصري 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 الجنسية الجنى عليه أو دينه أو لونه أو سنه أو نوعه أو ضعفه أو صحته أى أثر على اعتباره مقتولاً عمداً فيستوى أن يكون القاتل أجنبياً أو من رعيا دولة الجاني ويستوى أن يكون متديناً أو غير متدين يعتقد 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 متمعد ولو كان طبيباً قصد أن يخلص القاتل من آلام مرضه المستعصى ...

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

(١) من هذا رأى أصحاب المذهب الظاهري وبعض المالكيين . راجع مواهب الجليل للخطاب ج ٦ ص ٢٣٣ ، ٢٤٤ والشرح الكبير للرددير 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 القتيل معصوماً أى غير مهدر الدم .

١٧ — والعصمة أساسها فى الشريعة : الإسلام والأمان ويدخل تحت الأمان عقد الجزية والمواعدة والمهنة وعلى هذا يعتبر معصوماً المسلم والذى ومن بينه وبين المسلمين عهد أو هدنة ومن دخل أرض الدولة بأمان ولو كان منتصياً للدولة محاربة ما دام الأمان قائماً ويعتبر الإذن بالدخول أماناً حتى تنتهى مدة الإذن . فهؤلاء 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 ومنفعة الإسلام وبالأمان فأهل دار الإسلام معصومون بوجودهم فى دار الإسلام ومنفعة 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 الفنى ص ٤٧٦ ،
٦٠٦ وما بعدها ج ١٠ ، والإقناع ج ٤ ص ١٧٣ الفنى 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 برده وخروجه عن الإسلام والمستأمن والمعاهد يصبح مهدر الدم بانتهاج أمانه ونقضه عهده ، ولا عصمة أصلا لرعايا الدولة المحاربة ويسمى الفرد منهم حربيا اصطلاحا ، والحربى مهدر الدم أصلا إلا إذا استأمن فأمن فإنه يعصم عصمة موقوتة بمدة أمانة وإلا إذا عقدت دولته عهدا ينهى حالة الحرب مؤقتا أو دخلت فى الذمة فإنه يصبح معصوما بعقد المودعة أو عقد الذمة .

١٩ — وكما تزول العصمة بالردة وباتتهاء 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 القائمىن بالأمر فيها ، ويسمى الثائرون 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 قاتلا لأن قتل المهدر لا يعتبر جريمة من حيث فعل القتل إذ الفعل مباح ولكن لما كان قتل المهدرين من شؤون السلطات العامة وموولا إليها فإن قتل الأفراد لهم يعتبر اعتداء على السلطات العامة ومن ثم يعاقب قاتل المهدر باعتباره مرتكباً لجريمة الاغتياث على السلطات العامة لا باعتباره قاتلا وهذا هو الراجح فى المذاهب الأربعة^(٣)

(١) يرى أبو 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 بالفارى أن يرجع إلى ما كتبه 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 =

٣٩ - الحربي : هو من ينتمى لدولة محاربة والإجماع على أنه مهدر الدم فلا يعاقب قاتله باعتباره قاتلاً عمداً 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 كان ضبط في أرض الوطن أو استؤسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرها فلا يؤخذ 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 استثنائه 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 » .

لكن إذن الإمام واجب في إقامة الحد فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم (المهذب نان ص ٢٨٧) وما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أربع إلى الولاية : الحدود . والصدقات . والجميات . والنوى » - 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 قتل أو قطعاً وإنما يسأل باعتباره مفتاتحاً على السلطات العامة ، أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا والقدف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أى أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يخلف عنهما . والفرق بين الحالين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جرمه 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 ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة .

للشريعة باعتباره قاتلاً لأن الحربى مباح الدم أصلاً كما قلنا لحرابته فضبطه أو أسره لا يعضمه 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 والجنى 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 تجيز 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 مهدر 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 تعزيراً لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ، كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحسان ، وقتل نفس بغير نفس» ولقوله «من بدل دينه فاقتلوه» وعقوبة الحد فى الشريعة لا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها فيعتبر الجانى مهدرأ لوجوب تنفيذ العقوبة فإذا نفذها عليه أى شخص فقتله فقد قتل مهدرأ بحمد من حدود الله مباح القتل كما لو قتل زانيا محصناً .

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

والأصل أن قتل المرتد لاسلطات العامة فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافئات عليها فيعاقب 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 لبیت المال ، وحجتهم أن المرتد يجب استتافته فهو بعد رده كافر فن قتله فقد قتل كافراً محرم القتل فتجب عليه دية لبیت 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 فاقترضت منطقها أن لا يعاقب على تغيير الدين ، والشريعة الإسلامية أساسها الدين الإسلامي فاقترضت 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 يتب قتل حتماً .

(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 التمرح الكبير للردير ج ٤ ص ٢٧١ .

عَلِمَ يَنْصُ عَلَى عِقَابِ الْمُرْتَدِّ ، وَعَدَمِ النَّصِّ لَا يَعْنِي أَنَّ الرَّدَّةَ مَبَاحَةٌ وَلَا عِقَابُ عَلَيْهَا لِأَنَّ الرَّدَّةَ جَرِيمَةٌ مُعَاقَبٌ عَلَيْهَا بِالْقَتْلِ حَدًّا طَبَقًا لِنُصُوصِ الشَّرِيعَةِ الَّتِي لَا تَزَالُ قَائِمَةً وَلَا يُمْكِنُ أَنْ تُلغَى أَوْ تُنسخَ بِالْقَوَانِينِ الْوَضْعِيَّةِ كَمَا يَبِينُ ذَلِكَ فِي الْجُزْءِ الْأَوَّلِ مِنْ هَذَا السِّكْرَابِ عِنْدَ السِّكْلَامِ عَلَى الرِّكْنِ الشَّرْعِيِّ لِلْجَرِيمَةِ فَمَنْ يَقْتُلُ الْآنَ مُرْتَدًّا لَا يُعَاقَبُ عَلَى قَتْلِهِ لِأَنَّهُ أَتَى فِعْلًا مَبَاحًا طَبَقًا لِلشَّرِيعَةِ وَاسْتَعْمَلَ حَقًّا مِنْ الْحُقُوقِ الَّتِي قَرَرَتْهَا لَهُ الشَّرِيعَةُ^(١) .

٢٣ - ارْتِكَابُ جَرِيمَةٍ مِنْ جَرَائِمِ الْخُدُودِ عَقُوبَتُهَا الْقَتْلُ : إِذَا ارْتَكَبَ شَخْصٌ جَرِيمَةً مِنْ جَرَائِمِ الْخُدُودِ الْمُقَدَّرَةِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى عَقُوبَتُهَا الْقَتْلُ أَصْبَحَ مُهْدِرًا وَزَالَتْ عَصْمَتُهُ بِارْتِكَابِهِ هَذِهِ الْجَرِيمَةَ لِأَنَّ مَحَلَّ الْجَرِيمَةِ حَدٌّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ ، وَالْخُدُودُ فِي الْأَصْلِ وَاجِبَةُ التَّنْفِيزِ فَوْرًا وَلَا تَحْتَمِلُ التَّأْخِيرَ أَوْ التَّهَانُوسَ ، كَمَا أَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الْعَفْوَ أَوْ إِقْفَافَ التَّنْفِيزِ ، وَتَزُولُ الْعَصْمَةُ مِنْ يَوْمِ ارْتِكَابِ الْجَرِيمَةِ لِأَنَّ يَوْمَ الْحُكْمِ بِعَقُوبَتِهَا لِأَنَّ أُسَاسَ زَوَالِ الْعَصْمَةِ هُوَ إِيْتَانُ الْجَرِيمَةِ وَلَيْسَ الْحُكْمُ بِالْعُقُوبَةِ فَالزَّانَا مِنْ مَحْضِ عَقُوبَتِهِ الرَّجْمُ أَيْ الْقَتْلُ ، فَإِذَا أَنَا شَخْصٌ أَصْبَحَ مُهْدِرًا بِمَجْرَدِ ارْتِكَابِ الْجَرِيمَةِ ، فَإِذَا قَتَلَهُ آخَرٌ فَقَدْ قَتَلَ شَخْصًا مُبَاحًا الْقَتْلُ وَلَا يُعَاقَبُ عَلَى جَرِيمَةِ الْقَتْلِ مَا دَامَ أَنَّهُ يَسْتَطِيعُ إِثْبَاتَ وَقُوعِ الزَّانَا بِالْأَدْلَةِ الْمُقَرَّرَةِ لِإِثْبَاتِ الزَّانَا فَإِذَا عَجَزَ اعْتِبَرَتْ قَاتِلَا وَعُوقِبَ بِالْعُقُوبَةِ الْمُقَرَّرَةِ لِلْقَتْلِ الْعَمْدِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْنِي مِنَ الْعِقَابِ إِطْلَاقًا إِذَا أُثْبِتَ الزَّانَا لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مُفْتَنَاتًا عَلَى السُّلْطَاتِ الْعَامَةِ الَّتِي اخْتَصَّتْ نَفْسُهَا بِتَنْفِيزِ الْعُقُوبَاتِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُعَاقَبَ بِعُقُوبَةِ الْاِفْتِنَاءِ عَلَى السُّلْطَاتِ الْعَامَةِ .

وَمِثْلُ الزَّانَا مِنْ مَحْصَنِ جَرِيمَةٍ قَطَعَ الطَّرِيقَ الْمُعَاقَبَ عَلَيْهَا بِالْقَتْلِ أَوْ الْقَتْلُ وَالصَّلْبُ فَإِنْ مَرَّتْ كِبَاهَا تَزُولُ عَصْمَتُهُ بِارْتِكَابِهَا وَيَصْبِحُ مُهْدِرُ الدَّمِ فَمَنْ قَتَلَهُ لَا يُعَاقَبُ عَلَى قَتْلِهِ وَإِنَّمَا يُعَاقَبُ فَقَطْ عَلَى اِفْتِنَائِهِ عَلَى السُّلْطَاتِ الْعَامَةِ .

وَلَيْسَ فِي جَرَائِمِ الْخُدُودِ الْمُقَدَّرَةِ حَقًّا لِلَّهِ مَا يُعَاقَبُ عَلَيْهِ بِالْقَتْلِ إِلَّا الزَّانَا مِنْ مَحْصَنِ

(١) رَاجِعْ مَا كُتِبَ عَنْ اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ وَأَدَاءِ الْوَاجِبِ فِي الْجُزْءِ الْأَوَّلِ مِنْ هَذَا السِّكْرَابِ .

وقطع الطريق والردة وقد تكلمنا عن الردة في الفقرة السابقة .

٢٤ - ارتطاب جريمة القتل المعاقب عليها بالفصلص : يعتبر القتل قصاصاً

حداً من حدود الله . ولكنه حد مقدر حقاً للأفراد وليس حقاً مقدرًا 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 إهذاراً نسبياً مطلقاً، فهو مهدر فقط بالنسبة لأولياء القتل ولكنه معصوم بالنسبة لغيرهم، فإذا قتله أحد ولاية دم القاتل فلا يعتبر قاتلاً عمداً لأن لأولياء القتل في الشريعة حق استيفاء القصاص من القاتل إذا كان القتل ظلماً وعدواناً تحقيقاً لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ 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 عنداً إذا قتله في غير حرب. أو حيال أى دفاع عن النفس

٢٦ - ولايزيل العصمة ارتكاب أية جريمة أخرى معاقب عليها بالقتل مادامت العقوبة لا تجب 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 لاتزيل العصمة ولا تهدر الجاني حتى ولو حكم بها لأن 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 مهدد الدم لأولياء الدم حتى يعفوا ، فإن عفواً أو عفاً 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 مهدد 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 مهدداً ، فإهدار 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 تحمل الإمهال والتأخير في تنفيذ العقوبة . فاقضى هذا اعتبار مرتكب الجريمة المعاقب عليها بالقتل مهدرًا 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 بتوقف على معرفة حال الجاني عليه ، فإن كان معصوما . فالجاني مسؤول عن قتله ، وإن كان مهدرًا فلا مسؤولية .

وقد اختلف في تحديد وقت العصمة ، فأبو حنيفة يرى أن وقت العصمة هو وقت الفعل لا غير فإن كان الجاني عليه معصوما وقت الفعل ، فالجاني مسؤول عن فعله وإلا فلا ، فإذا جرح مسلماً يقصد قتله ثم ارتد الجرح 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 معصوما ، فكان القتل هدرًا .

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 في 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 . فكذا أنه 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 في تحديد وقت العصمة عند الرمي فيرى أبو حنيفة أن وقت العصمة هو وقت الرمي لا وقت الإصابة ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن وقت العصمة هو وقت الإصابة لا وقت الرمي ، وحجة أبى حنيفة أن مسئولية الجانى تترتب على فعله ، ولا فعل منه غير الرمي ، ولا يدخل في قدرته غيره ، فيصير قاتلا به إذا كان المجنى عليه معصوما عند الرمي ، وحجتهما أن العبرة بوقت التلف وهو وقت الإصابة ، فإن حصل التلف في محل معصوم استحق الجانى العقوبة وإن كان الحل غير معصوم وقت التلف فلا عقوبة وعلى هذا لو رمى شخص آخر برصاصة ، فارتد المجنى عليه بعد الرمي وقبل أن يصاب فالجانى مسئول عند أبى حنيفة لأن المجنى عليه كان معصوما وقت الرمي 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 في المذاهب الثلاثة يختلفون في تحديد وقت العصمة حالة الرمي ، فيرى بعضهم أنه وقت الرمي ، 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 وضح فقهاء المذهب الشافعي قاعدة لتغير حال المجنى عليه بين العصمة والإهدار فقالوا :

«إن كل جرح وقع أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغير الحال في 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 في 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 من 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 ضربا أو جرحا أو ذبحا أو حرقا أو خنقا أو تسميما

(١) نهاية المحتاج ص ٢٦٤ وما بعدها .

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

٣٠ - أداة الفعل ووسيلة - ولما كان العرف قد خصص لكل آلة استعمالاً ، ولكل فعل من الأفعال القاتلة أداة أو وسيلة تحدده أو يحدث بها ولا يمكن أن يحدث الفعل القاتل بغيرها ، ولما كانت الوسائل والأدوات القاتلة تختلف اختلافاً بيناً في 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 يلي آراء الفقهاء المختلفة .

٣١ - رأى مالك : ولا يشترط الإمام مالك شروطاً خاصة في الفعل القاتل أو في أداة القتل فعده « أن كل ما تعمد به الإنسان من ضربة بلطمة أو بسكرة 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 يضطرعان 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 والفضب فصرعه فمات ، أو أخذ برجله فسقط فمات فهو قتل عمد^(١) » .

هذا هو نص المدونة ، وظاهر منه أنه لا يشترط في الفعل القاتل أو أداة القتل شروطاً خاصة ، فاللطمة وهي 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 التي وضعت بين قوسين هي نص المدونة مع تصرف اقتضاه 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 أياً كان نوعها ، أو بإصابة المقتل كعصر الأثنيين وشدة الضغط والخفق^(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 الذى 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 خطأ مع تعمد الجاني الفعل وقصده القتل

٣٢ - رأى الشافعى وأحمد : ويشترط الإمامان الشافعى 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 ، كالسوط والعصا الخفيفة ، ونوع يقتل نادراً بطبيعته كالإبرة غير المسممة واللطمة واللكزة .

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

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ .

(٣) المثل ما ليس له حد يجرح ولا سن يطن 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 مما يقتل غالباً إذا بولغ في إدخالها في غير مقتل ، أو إذا غرزت في مقتل كالحلق 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 الجعفي على المنهاج 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 ٣٢٧ 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 والمروءة والرمح الذى 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 مدقة مكسرة كالخشبة الكبيرة والحجر الثقيل . والصور الآنية لا تعتبر في رأى أبي حنيفة قتلاً عمداً ، ولو كانت نية الضارب منصرفه 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 الشافعى وأحمد إذا كانت صورة الفعل أو ظرفه أو حال الجنى عليه أو موقع الإصابة وأثرها في جسمه مما يجعل الأداة قاتلة غالبا .

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

الجنى عليه فهذه الصورة لا تعتبر قتلا عمداً عند أبي حنيفة ، لأن أداة القتل لا تقتل غالباً ، ولأنها غير معدة للقتل ، أما عند مالك والشافعى وأحمد فهى قتل عمد ، وقد اعتبرها مالك عمداً لجرد تعدد الفعل بقصد العدوان ، أما الشافعى وأحمد فقد اعتبرها هذه الصورة قتلا عمداً ، لأن موالاة الضرب حتى الموت تجعل أداة القتل قاتلة غالباً ويكفى عندهما كما قدمنا أن تكون الأداة قاتلة غالباً ليكون الفعل قتلا عمداً .

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

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

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

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

مالك لا يعترف 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 أياً 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 لهما ، 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 قتل الصوت . . . الحديث » فاقترض منهم طبيعة هذا التقسيم أن يفرقوا بين نوعين من الأفعال المتممة 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 ولما يطلع الآخرون عليه ، وأن وجوده يكون دائماً مشكوكاً فيه ما لم يدل عليه دليل خارجي فإذا وجد هذا الدليل الخارجي زال الشك ، ومن ثم رأوا أن قيام قصد القتل في نية الجاني لا يكفي وحده لثبوته ، واشترطوا 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 الخارجي الظاهر على نية الجاني ولما أرادوا تحديد هذا الدليل الخارجي اختلفوا : فرأى الشافعي وأحمد أن الدليل على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالباً . ورأى أبو حنيفة أن الدليل الخارجي 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 بأي 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 عمداً ، ولم يعتبره قتلاً عمداً ، لأن الضربة أو الضربتين مما لا يقصده القتل عادة ، بل يقصده التأديب والتهديب 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 عمداً 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 بها التأديب والتهديب ، والقاعدة عند أبي حنيفة أنه إذا جاء الاحتمال ، جاءت الشبهة ، وإذا جاءت الشبهة امتنع القول بتوفر قصد القتل وبالتالي بتوفر القتل العمد .

أما في المقتل . 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

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 أيًا كان نوعها . لأنها إذا كانت كذلك فهي بذاتها دليل على توفر قصد القتل وانتفاء قصد التأديب والتهذيب ، فإذا انغم 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 الجنى عليه أو الفعل أو غير ذلك ، كما أنهما اعتبرا الموالاة في الضرب قتلاً عمداً . لأن الموالاة تجعل الآلة قاتلة غالباً ، واعتبروا الضرب بالمثل 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 المنقل واعتبرا القتل به قتلاً عمداً ، بينما اعتبر أبو حنيفة القتل بالمثل قتلاً شبه عمداً كما بينا ، وحجتهم أن الضرب بالمثل 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 لا انتفاء شبهة في القصد ولوجود العمد كاملاً^(١) .

٤٠ - بين التريعة والقانون : - لا تفرق 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 .

٤١ - ويختلف الشراح فيما إذا كانت وسيلة القتل لاتحدث القتل غالباً ، وكانت تحدثه في الكثير أو النادر ، كمن يلطم آخر أو يلكزه أو يضربه بعضاً رفيعة ، أو يجرحه في غير مقتل وهو قاصد قتله . فيرى البعض وهم أصحاب الفطرية 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 بالمثل ، 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 المقتل^(١).

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

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

٤٥ - ويعرفونه 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 الجلال 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 المكره
داعية القتل .

٢ - شرعى : كشهادة الزور على القتل ، 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 القتل .

(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 الفزائلى .

فإن حفر البئر علة للموت ولكن الحفر ليس هو الذى أُمات المجنى عليه ، وإنما السقطة هى التى أُمات ، 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 المجنى 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 ما أثر 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 المباشرة 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 سُمى القتل قتلاً مباشراً وإذا كان سبباً سُمى القتل قتلاً بالتسبب .

٤٨ - قمره المجنى عليه على دفع أثر المباشرة والتسبب - ويدق الأمر فى تحديد المسؤولية إذا كان المجنى 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

قاتلاً ، إذ الموت نتيجة لبقاء الجنى عليه في الماء وليس نتيجة إلقائه فيه ، ومختلف الفقهاء في تطبيق 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 موثقاً 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 بقاءه 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 وهباً أسبابه للمجنى عليه فهو قاتل عمداً ، ولو كان الموت معلقاً 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) المفتي ج ٩ ص ٣٢٦

(٢) راجع الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ - المفتي ج ٩ ص ٣٢٢ وما بعدها - مواهب الجليل

ج ٦ ص ٢٠١ ، ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

٥٠- رأى زوي صيفز - وأبو حنيفة كبقية الفقهاء لا يفرق بين القتل

المباشر والقتل بالنسب ويعتبر كليهما قتلاً عمداً ولكنه يجعل عقوبة القصاص للقتل المباشر ويدروها عن القاتل بالنسب ويجعل بدلاً منها الدية ، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي القصاص ، ومعنى القصاص المائلة ، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة ، فيجب أن يكون الفعل مقتص عنه قتلاً بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة القصاص المائلة في الفعل ، فمن 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 تسبياً إذا كان فعلاً واحداً ، فإذا تعددت أفعال الجاني أو تعدد الجناة تعددت تبعاً لذلك أفعال المباشرة والنسب ، وقد تكون الأفعال جميعها مباشرة وقد تكون جميعها تسبياً ، وقد يكون بعضها مباشرة وبعضها تسبياً

٥٢- اجتماع مباشرتين فأكثر : - إذا تعددت أفعال الجاني المباشرة فسواء كانت كلها قاتلة إذا انفردت أو بعضها فقط هو القاتل ، وسواء وقعت بمجموعة 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 متآلئين أو وقعت منهم على التعاقب ، وقبل الكلام على هاتين الحالتين يجب أن نعرف أولاً معنى التآلؤ .

٥٣- التآلؤ : - الأصل في التآلؤ 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 فاقتله ، فأبى فامتعت عنه فطاوعها ، فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة ورجل آخر والمرأة وسادما فقتلوه ثم قطعوه أعضاء وألقوا به في بئر ، ولما ظهر أمر الحادث وفشا بين الناس أخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف ثم اعترف الباقيون ، فكتب إلى عمر بن الخطاب بنحبر ما حصل ، فكتب إليه عمر أن اقتلهم جميعاً ، وقال : « والله لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » .

وروى عن علي أنه قتل ثلاثة قتلورجلاً ، وعن ابن عباس قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان قتل الجماعة بالواحد إجماعاً لأنه عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجب 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 يسلّمون 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 - واللفظ الجزء ٩ ص

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

لا يعتبرون متماثلاً إلا من اشتراك في ارتكاب الفعل بصفته فاعلاً له ^(١) .

أما مالك فيعتبر متماثلاً كل من حضر الحادث وإن لم يباشر الفعل إلا أحدهم أو بعضهم ، لكن بحيث إذا لم يباشره هذا لم يتركه الآخر فهو يعتبر متماثلاً كل من حضر ولو كان ريثة أى رقيباً بشرط أن يكون مستعداً لتنفيذ ما اتفقوا عليه ^(٢) .

٥٤ - القتل المباشر على الوجهين : - 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 ونحشها ، فإذا أحدث أحدهم جرحاً والآخر عشرة وإذا أحدث أحدهم جرحاً فاحشاً وأحدث الآخر جرحاً أقل فحشاً 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 جراح أو ضارب .

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

(١) - الشرح الكبير للدردير ج 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

والانقاع ج ٤ ص ١٧٠

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

وإذا كان فعل كل منهم منفرداً لا دخل له في الزهوق ولكن أفساهم 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 يسكن بينهم اتفاق سابق ، ولو كانت الضربة الحاصلة من أحدهم ليست بذاتها قاتلة 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 ، فيرم 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 القتل على الاجتماع مصحوباً دائماً بتوافق الإرادات أي التماثل .

أما من يرون أن التماثل هو الاتفاق السابق وليس التوافق ، فيستطون الأحكام السابقة للجاعة 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 ص ١٩ ص ٦١٥

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٣ والافتاء ج ٤ ص ١٧٠

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

منهم سوطاً أو نحو أن يضربوه على التوالي .^(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 فكلهما مسئول عن قتله عمداً ولا عبثاً 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 الساقون 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 الآخران باعتبارهما قاتلين^(٢) .

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

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، 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 برء 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 فللاولياء أن يسموا على أيهما ويقتصموا منه . ^(٢) وإن رماه أحدهما . من شاقق فتلتصاه آخر بالسيف ففقد 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 فكلهما يعتبر قاتلاً ، وإن ألقاه في لجة لا يمكن الخلاص منها فالتقمة 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 سبب أو التقمة

(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 بطراً 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 رقبة فاقاتل هو الثاني ،
 أما لو ذبحه الأول فجاء الثاني وجسم المذبوح لا يزال ينتفض فقتله نصفين فاقاتل
 هو الأول ، أما الثاني فيعتبر معتدياً على حرمة ميت ويعزر ، وإن شق الأول
 بطنه ومزق أحشائه ولكن بقيت به حياة مستقرة فجاء الثاني وقطع رقبة
 فالثاني قاتل والاول جرح ، 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 المتخفن^(٣).

وإذا شق شخص بطن آخر ثم جاء ثان فحز رقبة فالآخر هو القاتل أما
 الأول فجرح 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 جارحاً 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 رأى ، 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 صنايير الغاز بقصد قتله خنقاً ، وأشعل الثالث النار فى المنزل بقصد قتله حرقاً » فإن مسئولية الجفأة تترتب طبقاً للقواعد التى سبق أن بينها فى حالة تعدد المباشرة ، سواء كانت الأفعال على الاجتماع أو التعاقب ، وسواء أكان هناك تمالؤ أم 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 فعلان مباشر مع فعل

متسبب ، فلا يخرج الأمر فى تحديد مسئولية المباشر والمتسبب ، عن حالة من ثلاث .

أولاً : أن يقلب السبب المباشرة ويقلب 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 للمتسبب 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 فخفق آخر كان يسبح في الماء أو كمن ألقى إنساناً من شاهق فتلقاه 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 المتسبب المباشر مسئولين معاً عن القتل كحالة الإكراه على القتل ، فإن المكره وهو المتسبب هو الذى يحرك المباشر وهو المكره ويحمّله على ارتكاب الحادث ، ولولا الأول لما فعل الثانى 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 لأبى حنيفة .

٥٨ - تسبب الجانى في فعل فائن مباشر من المجنى عليه :

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

فلو أن إنساناً طلب آخر قاصداً قتله بسيف مجرد أو ما يخيف كرمح أو سكين فهرب منه فتبعه الجانى وتلف المجنى عليه في هربه . بأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خرّ في مهواة أو سقط فتلف أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار فعلى كل هذه الصور يعتبر الطالب قاتلاً عمداً ، ولو أن هرب المجنى عليه هو الذى 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) الفتى 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 ألقي على إنسان حية فمات رعباً ، ومن دلى إنساناً من شاهق فمات من روعته — قبل أن يضربه بسيف أو يترك ليسقط على الأرض .

وعند مالك ^(٢) أن القتل فى هذه الاحوال عمد مادام الجانى قد تعمد 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
فالتقت 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
والجنون 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 الجاني 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 والجاني عليه فيها من الظهور بمكان بحيث يكون من الظلم أن يفتل
الجاني من العقاب ، ومع ذلك فهناك من القوانين الوضعية ما يأخذ بنظرية
الشرعية الإسلامية ، فالقانون الإنجليزي يعاقب على القتل إذا كانت وسيلة
القاتل لقتل فريسته معنوية لا مادية .

٦٠ - تعذر 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 - القسريع 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 أهمل 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 عاتق 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 فقطع 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 فى إحداث الموت ، بل يكفي أن يكون فعل الجاني سبباً فعلاً فى إحداثه .

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

ولا يعتبر فعل الجاني سبباً للموت إذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل وموت المجنى عليه ، أو إذا كانت قائمة ثم انقطعت بعد ذلك بفعل من شخص آخر ينسب إليه الموت دون فعل الجاني الأول ، أو إذا كان فى إمكان المجنى عليه أن يدفع أثر الفعل دون شك فامتنع عن دفعه دون أن يكون للجاني دخل فى امتناعه . والجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعله ، أو كان نتيجة غير مباشرة لهذا الفعل ، وسواء كان السبب قريباً أم بعيداً مادام بالفعل سبباً للنتيجة .

لكن فقهاء الشريعة مع هذا لا يسمحون بتوالى الأسباب إلى غير حد ؛ بل يقيدون هذا التوالى بالعرف ، لأن السبب عندهم هو ما يولد 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 بالغوا فأخذوا 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 ما بقى للناس ، 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 بأمرى المضاد .

٦٤ - نغم 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 يؤكد 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 قاتلاً ولو كان غير كاف وحده لإحداث الوفاة ، أو كانت الوفاة لم تحدث لولا أعمال أخرى اقترنت بهذا الفعل أو تلتها ، 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 والإنجليزية أقرب إلى العدل من النظرية الفرنسية ، لأن الأولى تفتح الباب واسعا 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 ، وعيها 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 للمستشفى 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 فالجاني قاتل ، وإن لم يكن كافياً فهو غير قاتل ، فمثلاً إذا ضرب الجاني 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 الجاني لا يعتبر مسؤولاً عن غرق الجنى عليه ، أما إذا كان غرق السفينة ناشئاً عن عجز الجنى عليه عن إدارة السفينة بسبب إصاباته فيكون الجاني مسؤولاً عن الغرق ، لأن عجز الجنى عليه من الضرب كاف لتحقيق هذه النتيجة .

٦٩ - وتقيد النظرية بكفاية السبب لتحقيق النتيجة معناه تقيدها بالعرف لأن مقياس الكفاية ليس مادياً . وإنما هو معنوى يرجع إلى ما تعارف عليه الناس وما تقبله عقولهم وترتاح إليه نفوسهم ، وإذا كان العرف هو المقياس الذى تقاس به كفاية الأسباب لتحقيق النتيجة فى الشريعة الإسلامية ، فمعنى 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 للفقهاء الإسلامى وإنما منشأه أن المحاكم المصرية تفضل فى هذه المواضع النظرية الألمانية الإنجليزية

على النظرية الفرنسية ، والنظرية المفضلة تتفق مع الشريعة الإسلامية ، فمثلاً حكمت محكمة النقض المصرية في قضية ضرب أفضى إلى موت بأنه : « متى ثبت أن الضرب الذى وقع من المتهم هو السبب الأول للحرك لعوامل أخرى تعاونت وإن تنوعت على إحداث وفاة المجنى 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 المجنى عليه بسكين متعمداً قتله ، فأحدث به جرحاً في تجويف الرئة نتجت عنه الوفاة . يكون مرتكباً لجناية القتل عمداً وإن تسكن 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 المجنى عليه قد عولج أحسن علاج طبقياً للعلوم الحديثة ^(٣) .

(١) قض 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) قض ٢٢ / ١١ / ٩١٣ شرائع ١ ص ٨٦ .

٧٠- القتل الترك :وكما يجوز في الشريعة الإسلامية أن يكون القتل بفعل مادی أو معنوی أى بفعل إيجابی ، فإنه يجوز أن يكون القتل بالسلب ، أى بغير فعل إيجابی بصدور عن الجاني بحيث يمتنع الجاني عن عمل معين فيؤدى امتناعه إلى قتل المجنى عليه ، فمن حبس إنساناً ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالى الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله ، وذلك ما يراه مالك ^(١) والشافعى ^(٢) وأحمد ^(٣) أما أبو حنيفة فلا يرى القتل قتلاً لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا صنع لأحد في الجوع والعطش ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان القتل 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 في القتل بالتسبب عندهما وعند أبي حنيفة .

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

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

وإذا حضرت نساء ولادة فقطعت إحداهن سررة 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 ٢٩٤

(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٥

(٦) واهب الجليل للعطاب ج ٦ ص ٢٤٠

(٧) المغنى ج ٩ ص ٥٨١

الحبل البشري فمات بعد القطع بقليل فهي قاتلة له عمداً ، ومن الممكن القول باعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرثن الربط ، لأن المهلك ترك الربط فاهلاك 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 ، فنلا 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 وإن كانهم 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) الاتفاق ج ٤ ص ٢٠٥

(٣) المفتي 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) فكأن 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 الفرنسى وهى تماثل نصوص القانون المصرى لا تنسج للعقاب على القتل بالترك . وأنه إذا كان لابد من العقاب على هذه الجرائم ، فيتعين إصدار تشريع خاص يعاقب عليها أما في إنجلترا والقانون الانجليزي 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 بمقوِّبة القتل العمد .

وفي ايطاليا نص في قانون العقوبات الإيطالى الصادر في ١٩٠٠/١٠/١٩ على أنه إذا لم يمنع الإنسان حادثاً هو ملزم قانوناً بمنعه فإن عدم منعه هذا الحادث يساوى إحداثه ، أى أن القانون الإيطالى 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 الحننى عليهما (١) توجب الشريعة الوفاء بالمعقود 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 فصلاً وأسف الآخر بعد العثور عليه ، وظهر من تشريح جثة القتيل أن وفاته حصلت من الصدمة العصبية الناشئة 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 بنية 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 القتال : 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 المحصن أم غير ملتزم لها كالخربي - أما العصمة بالنسبة للقاتل فهي التزام أحكام الإسلام سواء كان الملتزم مهدر الدم أو محقونه ، فيعتبر المرتد والزاني المحصن والقاتل عمداً معصومين إذا ارتكبوا القتل ولو كانت دماؤهم مهجرة 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 فلاس له أن يتخذ من ذلك سنداً لارتكاب أي 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 معصوما 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: ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفر لهم ما قد سلف ﴾ [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 معصوما وعوقب على كل جريمة يرتكبها بعد العقد .

٧٤ - كل ما سبق محله أن يكون من شأن فعل الجانى إحداث الوفاة 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 - بدائع الصنائع 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 أصلا 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 التعايل القانوني لعدم العقاب . وليس في مبادئ الشريعة ما يمنع قبول مثل هذا التعايل .

على أن فقهاء الشريعة إذا كانوا لم يذكروا شيئا في باب القتل عن عقاب من حاول جريمة مستحيلة فليس معنى ذلك أن العقاب غير جائز شرعا ، 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 بالقصاص والدية إذا ارتكبت فعلا ، فإذا حاول الجاني ارتكابها واخفقت وسائله في الوصول إلى النتيجة المنشودة فمقوبته التعزير ، وتقدير عقوبة التعزير وتقديرها متروك للسلطة التشريعية ، تحدده كما تشاء وعما تشاء فضلا 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 فعلا فإما أن يكون ذلك راجعا 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 مقدوفا ناريا أو رماه بسهم لم يصبه ، أو ضربه بسيف فحاد 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 ، فن 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 فجعلته أولاً في كل جريمة لم يشروع فيها حد. وجعلته ثانياً في كل جريمة شرع فيها حد إذا كانت الجريمة لم تتم لأن الحد شرع فقط للجريمة التامة، فيبقى مادون التام لعقوبة التعزير.

فمثلاً جريمة الزنا من جرائم الحدود، وحدها الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن وهي لا تتم إلا بالوطء، ومعناه دخول الحشفة أو قدرها في الفرج فإذا لم تتم الجريمة على هذا الوجه فلا رجم ولا جلد وكانت العقوبة التعزير فيما دون الوطء أى فيما دون تمام الجريمة، وجريمة السرقة حدها القطع وهي 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 وهي لم تتم. وكذلك جريمة القتل حدها القصاص. ولا تتم إلا بفعل من الجاني يقع على المجنى عليه ويكون من شأنه إحداث الوفاة، فإذا بدأ المتهم جريمته وخاب أثرها لسبب لا دخل لإرادته فيه وجب التعزير.

أما إذا أصيب المجنى عليه وشفى من إصابته فالفعل لا يعتبر في الشريعة جريمة لم تتم أو بتعبير آخر شروعا في قتل وإنما يعتبر جرماً، لأن فعل الجاني كونه جريمة تامة مستقلة هي جريمة الجرح. ولهذه الجريمة عقوبة خاصة في حالة العمد هي القصاص كما أمكن ذلك أو الدية، فليس إذن ثمة ما يدعو لاعتبار الفعل جريمة لم تتم وتعزير الجاني عليه.

وقد أخذ القانون المصرى كغيره من القوانين الوضعية بهذه الطريقة في جرائم الضرب فإذا لم يترك الضرب عاهة مستديمة، أو لم يؤد لوفاة المجنى عليه، فلا يعتبر الجاني شارعا في 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 . فكأن 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 بالعقوبة التى يراها مناسبة له .

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

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

٧٧- القتل بالحدود : والحدود هو كل آلة محددة جراحة أو طاعنة لها مؤثر

فى البدن . أى تفرق أجزاء الجسم ، ولا يشترط أن يكون الحد 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 الحد السكين والرمح والبندقية والمسلة والسهم والقنبلة والسيف ، وحكم الحد أن الجانى إذا أحدث به جرحاً كبيراً فادى 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 فبقي خفياً - أى سقيماً - حتى مات أو مات فى الحال فى المسألة رأيان عند الشافعى وأحمد : - أولهما : 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 . والحد لا تشترط فيه غلبة ظن

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 للموت وكان من آلة
قاتلة معدة للقتل

ويرى مالك أن الجرح والفرز قتل عمد سواء كان في مقتل أو في غير مقتل ،
مادم 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 بمقتل : والمقتل هو ما ليس له حد كالعصا والحجر . وآراء
الفقهاء مختلفة في المقتل .

فمالك يرى كل قتل بالمقتل هو قتل عمد ، سواء كان المقتل يقتل غالباً أو
لا يقتل غالباً ، مادام الفعل متعمداً على وجه العدوان لا على وجه اللعب والتأديب
ويرى الشافعي وأحمد أن الضرب بمقتل يقتل غالباً هو قتل عمد إذا أدى للموت
كالعصا الفليضة والحجر وعمود الحديد . ويلحق بالمقتل ما يعمل عمله كإلقاء حائط
أو سقف والإلقاء من شاق ، ويعتبر أن القتل عمداً أيضاً ولو كان الضرب
بمقتل صغير كعصا خفيفة أو حجر صغير أو لكمة يد في مقتل أو في حال ضعف

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ . المفتي 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 .

المضروب لمرض أو صفر أو حر مفرط أو برد شديد ، ولو ضربه ضربة واحدة . وكذلك يعتبر قاتلاً عمداً ولو لم يكن الضرب في مقتل ، ولو لم يكن للضروب ضعيفاً أو صغيراً . . . الخ ، وذلك في حالة تكرار الضرب ؛ لأن تكرار الضرب وموالاته 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 بالثقل قتلًا شبه عمد أيًا كان الثقل ثقيلاً أو خفيفاً لأنه يشترط أن تكون الآلة قاتلة غالباً وأن تكون معدة للقتل ، والثقل 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 والصفر ، فهذه إذا استعملت في القتل كان القيل عمداً ولو لم تكن محددة أو طاعنة أي ولو كانت مثقلاً كالعمود والملسكة 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 المحدد . 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 بالثقل قتل عمد إذا كان للثقل يقتل غالباً واعتبر الثقل آلة معدة للقتل باستعماله في القتل ، فتوفر الثقل شرطاً أبي حنيفة ، وهو أن يكون قاتلاً غالباً . وأن يكون معداً للقتل ، فإذا لم يكن للثقل قاتلاً

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

وما بعدها

(٢) الزيلعي ج ١ ص ٩٨

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

وحجة أبي حنيفة في المثل في القتل 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 . أي أن الضرب به لا يكون إلا شبه عمد ولم يستثن من ذلك إلا الحديد الذي لاحد له ، لأن الحديد آلة معدة للقتل بطبيعتها بقوله تعالى ﴿ وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ﴾ ولأن القتل بعمد الحديد معتاد ، أما بقية الأئمة فقد فسروا الحديث على أن المقصود به المثل الصغير كالعصا الرفيعة والسوط والحجر الصغير وهذا أساس الاختلاف بين الأئمة في حكم المثل .

٧٩ - **اللقاء في مهلكة** : 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 فعلاً يقتل مثله ، وإن فعل به السبع فعلاً أو فعله الآدمي لم يكن عمداً فالفعل ليس قتلاً 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 القواثل .

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 كثعبان الحجاز أو سبع صغير فقيه رايان :

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 الآدمي ، ولأن الفعل سبب غير ما جىء^(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 زيتته ، أو ألقى السبع عليه ، أو أغرى السبع به فهو قتل شبه عمد ، لأن السبع يثبت في المضيق وينفر بطبيعته من الآدمي 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 المهلك 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) المفتي 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 رأيه 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 المحل المهلك ، فقد جعل المسئولية في حالة العجز كما فعل بعض الشافعية ، ومن لم ير هذا ولا ذاك . فقد حل الجانى 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 - القريب والتحمي : يتميز مذهب الشافعى وأحمد في هذه المسألة

ومن رأيهما أن الجانى 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 الجانى 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 المسؤولية على الجانى ،

فرأى 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 آدمي 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 تمسح 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 فألقى في ماء مفروق وهو مكتوف أو زمن أو ضعيف فالفعل قتل عمد إن مات ، وإن منع من السباحة عارض بعد الإلقاء كريح أو موج فمات فشبهه عمد ، وإن كان المعارض قبل الإلقاء فالفعل عمد لأن الإلقاء مهلك غالباً .

وإن كان يحسن السباحة فامتنع عنها مع إمكانها فهلك فيرى البعض أن لامتسولية على الملقى لأنه هلك بامتناعه عن السباحة . ويرى البعض أن الفعل قتل شبه عمد لأن الإنسان لا يسلم نفسه للموت عادة ، وقد يمتنع 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) الملقى 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 أبا يوسف ومحمداً يريان أنه ممد 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 المجنى عليه يستطيع النجاة بالسباحة وكان يحسنها وليس ثمة ما يمنعه منها بأن لم يكن مشدوداً ولا متقللاً 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 اللعب^(٢) .
وأساس الخلاف بين الفقهاء هو اختلاف وجهة نظرهم في شروط آلة القتل أو وسيلته ، وقد سبق أن شرحنا هذا للوضوح في فقرة ٣٢ وما بعدها .

٨١ - الخنق : المقصود من الخنق منع خروج النفس بأى وسيلة سواء شقق الجاني المجنى عليه بحبل أو خنقه بيديه أو بحبل أو غمه بوسادة أو بأى شيء 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 وضعهما 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 ومحمداً 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 وضع الطعام والشراب : يعتبر الحبس مع منع الطعام والشراب قتلاً عمداً عند الشافعى وأحمد إذا مات المحبوس 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 ، والمتنشف قد يصبر أكثر من المرفه . فتراعى هذه الاعتبارات ، فإن مات فى مدة يموت فى مثلها

(١) الشرح الكبير مع المفتى ج ٩ ص ٣٢٦

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤

(٣) الشرح الكبير الدردير 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 الغرض 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 لانقضاء قصد الإهلاك إذ الفاعل لم يأت
بفعل مهلك أي 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 بغيرهما 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 بموجب 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 ظملاً وهو عالم بذلك ومتعمد له اعتبر قاتلاً له حكم عليه عمداً ، وولى الدم إذا قتل المحكوم عليه بالقصاص ظملاً 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 عبثاً فهو قاتل له عمداً ، وإذا سلّ عليه سيفاً فمات فزاعور فهو قاتل له عمداً^(٢) .

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

وإذا بعث السلطان لامرأة ليحضرها إلى محل الحكم فأفزعها ذلك وأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه فإن ماتت المرأة من الإجهاض الذي ترتب على الفرع فالحدث قتل شبه عمداً - وكذلك من استعدى السلطان على امرأة فأحضرت إلى محل الحكم ففزعت 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 الشافعى فى مجموعته مع مذهب أحمد ، إلا أن الشافعية منقسمون فى هذه المسألة ، فالبعض يفرق بين المميز وغير المميز ، ويرون أن لامتسولية على الفاعل إذا كان الجنى 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 فى حالة المتسولية قتلا شبه عمد ، لأن الوسيلة لا تقتل غالباً ، ولكن القائلين بقصر العقوبة على حالة غير المميز بعضهم يعتبر الفعل قتلاً عمدًا وبعضهم يعتبره شبه عمد .

وللشافعية رأى خاص فى 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 يؤدى 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 قتلاً شبه عمد^(٢) .

٨٥ - القسم : لا يخص فقهاء الشريعة للتسميم فصلاً خاصاً مكثفين

(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 رضى الله عنه . فقد طلب امرأة ففرغت وأخذها الطلق فألقت ولدًا صابح صيحين ومات . فاستشار عمر أصحاب النبي ، فقال بعضهم : ليس عليك شئ إنما أنت وال ومؤدب . وصمت على . فقال عمر ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا رأيهم فقد أخطأ رأيهم . وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك . إن ديتك عليك لأنك أفرغتها فألقته . فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك . والفقهاء وإن انفقوا على متسولية السلطان فإنهم يختلفون فيما يحمل الدية أهو السلطان نفسه وعاقلته أم بيت المال . . . ؟

بتطبيق القواعد العامة على هذا النوع من وسائل القتل كما يطبقونها على التفريق والتحرير . وهم يخالفون في طريقهم 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 تختلف عن عقوبة القتل العمد ، ومن ثم كان هناك مايدعو للتخصيص ويرى مالك 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 مالك 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 خاط الجانى السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله دون إذنه وأكله فلا مسئولية على الجانى ، لأن الداخلى هو الذى قتل نفسه بفعله ، وإذا دخل المجنى عليه المنزل بإذنه أى بإذن الجانى . وأكل الطعام المسموم دون إذنه فالحكم ما سبق ^(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 الشافعي عن مذهب أحمد فيما عدا ذلك . أى في حالة تقديم الطعام المسموم للجنى عليه . أو وضع السم في 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 بالغاً 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 في كل حال شبه عمد ، ولعل حجّتهم أن البالغ العاقل يستطيع أن يمتنع عن تناول المادة المسمومة بعكس غير المميز فإنه يفرّ 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 المسمومة 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 الجنى عليه أن الطعام مسموم ثم تناوله ، ففي هذه الحالة تغلب المباشرة السبب ويقطع فعل الجنى عليه فعل الجاني . وإذا دس الجاني السم في طعام الجنى عليه أو شرابه فأكله جاهلاً ومات ، فيرى الشافعيون فيه الآراء الثلاثة السابقة ، ولا يفرقون هنا بين المميز وغير المميز كما في حالة تقديم الطعام أو الشراب المسموم إلى الضيف^(١) .

وأما الخلاف بين الشافعي وأحمد هو الاختلاف الروائي في تحديد 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 أو دسه 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 أُلْفَعِل الواحد يصلح أن يكون قتلا 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 المجرد 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 المجرد عن نية القتل مادام أنه لم يتعمد الفعل على وجه اللعب أو التأديب فالجاني في كلا الحالين قاتل عمداً^(١) وهذا الرأي يتفق على منطبق 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 يوم 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 كما 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 ٢٤ . الفرح الكبير للردوير ج ٤ ص ٢١٥ .

فإن قصد القتل الآلة الملائمة للفعل والتي تستعمل غالباً كالسيف والبندقية والعصا الغليظة وإن قصد الضرب دون القتل اختيار الآلة الملائمة لقصد الضرب بالقلم أو العصا الخفيفة أو السوط . فاستعمال الآلة القاتلة غالباً هو المظهر الخارجي لنية 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 الجنى عليه واستغفوا بهذا الشرط الدال على قصد القتل عن مدلول الشرط أي أنهم أقاموا الدليل مقام المدلول فلم يعد بعد هذا ما يدعى لاشتراط قصد القتل ، لأن اشتراط أن تكون الآلة قاتلة غالباً يغني 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 فتتلا يعرف الزيلعي وهو حنفى المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئاً عن قصد القتل ولكنه يجتهد 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 الزيلعي عن قصد القتل ولكنه حين يتكلم عن شرائط القصاص يقول إن القاتل عمداً يجب أن يكون متعمداً القتل قاصداً إياه^(٢) ويعرف صاحب المذهب وهو

(١) الزيلعي 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 فيموت 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 المجنى 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 بشرط 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) للمذهب ج ٢ ص ١٨٤ ، ١٨٥

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٩ ، ٢٢٠

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٠٣ ، ٤٠٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ - ٢٤٠ ، حاشية

البجيري على المنهج ج ٤ ص ١٢٩ ، ١٣١

(٤) المغني ج ٩ ص ٣٢١ ، ٣٣٧

(٥) الاقناع ج ٤ ص ١٦٣ ، ١٦٨

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 .

الرضا 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 عمدًا . 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 : « ادروا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم في فعل مكون لجريمة 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)

والرأي 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 عمدًا ، 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 والشرح الكبير 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 بالجرح : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ، لأن الأطراف عندم 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 .

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

ويفرقون فى مذهب مالك أيضاً بين قصد شخص معين وبين قصد شخص غير معين فإن قصد الجانى معيناً 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 معلقاً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط ، وتطبيقاً لهذا النص حكمت محكمة النقض بأنه إذا صوب شخص بندقية إلى جمع محترق ، وأطلق منها عياراً نارياً أو عدة أعيرة نارية أصاب بعضها شخصاً أو أكثر من هذا الجمع وقتله ، عد القاتل مرتكباً للجريمة 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 الجانى قتل شخص معين فيصيب غيره ، ويراد بالخطأ فى الشخصية أن يقصد الجانى قتل شخص على أنه زيد فيقتل غيره . 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) قضى ١٢ ديسمبر ١٩٢٨ بحاماة 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 القضب لا على وجه اللعب أو التأديب وبعض فقهاء المذهب يرى أن الحالة الأولى ليست قتلاً 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 محرر ، 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 غير 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 رأى 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 - الفهرست المسمى : ولا شك أن الشريعة الإسلامية تعرف حق المعرفة

(١) مواهب 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 ٢٢٧ الإقناع ج ٤ ص ١٦٨

والمغني ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٤) نفس ١٦٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ قضية ٢٠٨٥ سنة ٤٦ ق .

المجنى عليه أو في اللطمة ذاتها ما يدعو الجاني إلى العلم بأن اللطمة قد تؤدي الوفاة
 ١٠٠ - اثبات القصد الجنائي - يشترط أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن
 يثبت القصد القتل ثبوتاً لاشك فيه فإن كان هناك شك في أن الجاني قصد القتل
 اعتبر الفعل قتلاً شبه عمد ويستدل هؤلاء الفقهاء أصلاً على وجود قصد القتل
 بالآلة أو الوسيلة التي استعملها الجاني 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 وللجاني 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 تكفي به إذا لم يكن ثمة ما ينفيه
 ويصح لها أن تضيف إليه أدلة أخرى من ظروف الواقعة أو ظروف المتهم والمجنى
 عليه أو أقوال الشهود .

وليس في مذهب الإمام مالك ما يمنع من الاستدلال على قصد المتهم بالآلة
 المستعملة في القتل أو بمحل الإصابة ولكن ليس من الضروري في المذهب إثبات
 قصد القتل لدى الجاني 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 .

متعمداً ﴿ 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 قتيل السوط والمصا والحجر مائة من الإبل » وبأن عمر وعلياً وعثمان وزيد بن ثابت وأباً موسى الأشعري والمغيرة قالوا بالقتل شبه العمد ولا يخالف لهم من الصحابة كما يحتجون بأن القصد مسألة تتعلق بنية الجاني ولا يطاع 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 أي 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 تمعدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد أو غير ذلك مما يفضى إلى الموت فإن في هذا الفعل معنيين أولهما : معنى العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب وثانيهما : معنى الخطأ

(١) يبر 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 لتفهم جيداً الفرق بين العمد وشبه العمد في القصد .

به حيواناً مفترساً كالذب أو أليفاً كالكلب^(١)

١٠٧ - ويستوى أن يحدث الفعل أثراً مادياً في جسم المجنى عليه أو أن يحدث به أثراً نفسياً يؤدي بحياته فن شهر 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 بحسم 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 هند الشافعي وأحمد عن مسؤولية الجاني عن القتل شبه العمد ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله كمن طاب إنساناً بسيف مجرد أو بندقية أو ما يخيف فهرب منه فتلف في هربه كأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو غرق في ماء أو احترق بنار أو سقط فتلف 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 اعتبار 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 المصداً فقط وبخالفه في هذا أبو يوسف ومحمد وريان الفعل قتلاً 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 المهردين 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 مهردون فيما يختص بتنفيذ العقوبة عليهم ، فمن قطع يد السارق لا يعاقب على قطعه ، ولكنه يعتبر معتدياً 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 الجنى عليه مهرداً لإهداراً كلياً . ولكن إذا كان الإهدار جزئياً لتنفيذ حد لا يقتل من الحدود التي ذكرناها الآن ثم مات الجنى عليه نتيجة لتنفيذ الحد من أحد الأفراد فهل يعتبر الفعل قتلاً 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 انتظراً لتعديل الشهود فقطعه قاطع فلا غفوة عليه إذا عدلت الشهود - أي ثبتت عدالتهم وصلاحهم -

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

(٢) نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٥٤ .

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 الاقليات 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 مخير 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 وشق 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 شارباً 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 انتهى إليه حالة الجنى عليه .

١١١ - ويصح أن يصدر الفعل من الجاني مباشرة . كأن يضرب الجنى عليه بمصاً أو يرميه بحجر ، ويصح أن يتسبب في الفعل دون أن يباشره كأن يفرى به كلباً فيعضه فيموت من العضة أو يضع له مزقاً في الطريق فيسقط فيه فيموت من سقطته ، فالجاني مسؤول عن القتل شبه العمد في حالتي المباشرة والتسبب ، ولا فرق عند أبي حنيفة في القتل شبه العمد بين عقوبة القتل المباشر والقتل بالتسبب كما هو الحال في القتل العمد .

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

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

وهذا هو رأى مالك والشافعي 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 ، المغني ج ٩ ص ٤٤٣ .

حدث بفعل مأذون فيه ، ولا يعتبر جريمة ، فأتولد 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 أتاه 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 المجنى عليه ، وهذا هو المميز الوحيد بين جريمتى القتل العمد وشبه العمد ، ففي الأول يتعمد الجانى إصابة المجنى عليه وفى الوقت ذاته يقصد من الإصابة قتله ، وفى الثانى يتعمد إصابة المجنى عليه ولا يتعمد قتله فالفاصل بين الجريمتين أصلاً هو قصد الجانى ، فإن قصد القتل فالفعل قتل عمد وإن قصد مجرد العدوان ولم يهصد 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

عبثاً^(١) ويستدل على القصد بعد الآلة المستعملة بشهادة الشهود واعتراف الجاني ،
وتتميز 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 - القصر المسمى : والجاني في القتل شبه العمد مأخوذ بقصده
الاحتمالي ، فإن نيته لانتجه لقتل الجنى 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 - القصر الممرود أو غير الممرود : ويستوى عند الفقهاء في القتل
شبه العمد أن يقصد الجاني شخصاً معيناً بالفعل الذي أدى للقتل ، أو يقصد شخصاً
غير معين أياً كان ، فالجاني مسؤول في الحالين عن فعله ، ويماقب عليه بمقوبة
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 توفي
الجنى 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 جرحاً 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 بتعدد 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 المجنى عليه الذي أصابته ضربة من الغير مطالباً بأن يعمل كل احتياط لما عساه أن يحدث من هذه الضربة طالما أنه لم يعمل عملاً إيجابياً ساءت به حالته^(٢). وحكمت أيضاً محكمة النقض بأنه إذا كان سبب الوفاة هو التسمم الصيدي الناشئ من الإصابة مع الضعف الشيخوخي. فلا يقبل من المتهم القول لعدم توفر رابطة السببية بين الضرب والوفاة، لأنه متى كان الضرب الذي وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك للعوامل الأخرى المتنوعة التي تعاونت بطريق مباشر أو غير مباشر على إحداث النتيجة النهائية، فإن المتهم مسؤول عن كافة النتائج التي ترتبت على فعله، ومأخوذ في ذلك بقصد الاحتمالي ولو لم يكن يتوقع هذه النتائج لأنه كان يجب عليه قانوناً أن يتوقعها^(٣).

المبحث الثالث

في القتل الخطأ

١٢٢ - الأصل في 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) قض ٢٠/١١/٩٣٣ قضية رقم ٢٠٥٨ سنة ٢ في.

رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله علياً 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 وكمن يرمى ما يحسبه حيواناً فيقتل 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 ، وكمن ترك حائطه دون إصلاح ، فسقط على بعض المارة أو كمن أراق ماء في الطريق فانزلق به أحد المارة وسقط على الأرض فخرج 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 يباحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعله أو المتسبب فيه إذا كان يمكن التحرز منه ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصر في الاحتياط والتبصر فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسئولية .

القاعدة الثانية : إذا كان الفعل غير مأذون فيه (غير مباح) شرعاً وأتاه 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 الشيء 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 مسئولية 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 لا مسئولية عنه .

(٣) - ما تنيره الدابة بسيرها من الغبار والحصى الصفار لاضمان فيه أى لا مسئولية عنه لأنه لا يمكن التحرز فيه أما إثارة الحصى السكبار ففيه المسئولية لأنها لا تثار إلا عند السير العنيف وهو مما يمكن التحرز منه .

(٤) - إذا أوقفت الدابة في الطريق العام فقتلت إنساناً فمن 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 في 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 في غير ملكه فهو مسئول عما أصابته من شيء بيدها أو رجلها وعما عطب بروثها أو بولها أو لعابها لأنه متعد بالوقوف في غير ملكه .

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

(٧) - ولو نفرت الدابة أو انفلتت من صاحبها بالرغم منه فما أصابت في نفاهاها وانفلاتها فلا مسؤولية عنه لقوله عليه السلام : «العجاء جبار» أى البهيمة جرحها جبار ولأنه لا صنع له في نفاهاها 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 فوات ، 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 وعمّا 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 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 فحرت 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 . والمضى 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 مباحا عنها في حالة ما إذا لم يكن مباحا فإن كان الفعل مباحا 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 واتباع 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 صيدا فأصاب إنسانا 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 مثلا بل يصح أن يكون أي 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 شرفه 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 طالبت المدة أو قصرت فإن لم يمت 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 - وليس يكون 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 للعمد وفيما ذكر
هناك الكفاة^(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 مخالفته أوامر السلطات
العامة ونصوص الشريعة .

١٣٨ - ومن المسلم به أنه لا عقاب على عدم التحرز في ذاته ، أو مخالفة
الأوامر والنصوص ، فإن لم يكن شيء 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 اللعب 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 قتل شبه عمد كما يخالف القانونيين المصري والفرنسي الذين يقرران
الفعل ضرباً أفضى إلى موت ، وهو يتفق مع رأي بقية الفقهاء ، أما فيما يختص بالأفعال التي
ترتكب بقصد اللعب أو تنشأ عنه فرأى مالك فيها يتفق مع رأي بقية الفقهاء كما يتفق مع
القوانين الوضعية .

ورأى أبو حنيفة من الخطأ أن يضرب إنسان كلبه فيعقر آخر فيقتله ، وحجته أن الكلب
لا يعقر مكرها ، و يمكن يعقر مختاراً فلا يمكن أن ينسب لصاحب الكلب إلا أنه أهمل ،
وخالفه أبو يوسف وعمد ويعتبران الفعل قتل شبه عمد ورأيهما يتفق مع رأي الشافعي وأحمد
أما مالك فيعتبر الفعل قتل 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 تصويره 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 ، وبمجرد 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 حدا معيناً من الجسامة ، فيستوى أن يكون خطأ الجاني جسماً أو تافهاً ، فهو مسؤول جنائياً بمجرد حصول الخطأ وعليه أن يتحمل نتيجة خطئه ، وهي نتيجة لا تختلف باختلاف جسامة الخطأ أو تفاهته ، 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 الجنى 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 ، وخش هذه الإصابات ، مادامت الإصابة المنسوبة للجاني مهلكة بذاتها أو ساهمت في إحداث الوفاة . وتعتبر رابطة السببية متوفرة سواء كان الموت نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن يعبث بيندقيته فتنتلق منه خطأ فتصيب الجنى عليه فتقتله ، أو كان الموت ليس نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن حفر بئراً على وانا ، فجاء السيل ودحرج بجوارها حجراً فعثر الجنى 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 ثلاثاً بغض النظر عن جسامه فعل كل منهم وعدد إصاباته مادام فعله قد ساهم في إحداث الوفاة .

١٤٦ - وإذا اشترك الجنى عليه مع الجاني في الخطأ ، تخفف العقوبة بقدر نصيب الجنى عليه لأنه اشترك في الفعل ، فأعان على نفسه ، فمثلاً إذا اشترك أربعة في حفر بئر فوقت عليهم فمات أحدهم ، فعلى كل من الثلاثة الباقين ربع دية فقط ، وإذا كان عشرة يرمون بالمنجنيق فرجع عليهم بنحطهم فأصاب أحدهم

فمات فعلى 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 ، مادام الجانى هو المتسبب في الفعل ، فمن يعبث بيندقيته ، فتنتطلق 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 فعمرت شخصاً فمات من المقر فالقاتل هو القائد .

المبحث الرابع

في عقوبات القتل العمد

١٤٨ — للقتل العمد في الشريعة أكثر من عقوبة ، منها ما هو أصلى ، ومنها ما هو تبعي 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 بازتكاب 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 - وعقوبة 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 : أولها - 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 مقررة بدلاً من الأولى أو بمعنى آخر لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية

وبدلهما ولكن يجوز الجمع بين بدلين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين مثلاً يجوز الجمع بين الدية والتعزير وكلاهما بدل من عقوبة القصاص ويجوز الجمع بين القصاص والسكفارة 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 ولسبب 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 تختلف 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 القاتل 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 ويعملون هذه التفرقة في الحكم بين الوالد والولد بأن الحاجة إلى الزجر والردع في جانب

(١) بدائع من تلخيص ٢٣٥ ، المهذب 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 يحى 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) ويعلل 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 يرحم 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 وهي أحد الوالدين فاستوت في الحكم مع الأب فضلاً عن أنها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها ولأحد رأى آخر غير معمول به وهو قتل الأم بولدها ويعلل هذا رأى بأن الأم لا ولاية لها على ولدها فتقتل به ويرد على هذا رأى 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) المغنى 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 والدآ .

(٥) مغنى 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 تقتضى بأن يقتل كل منهما بالآخر لولا النص الخاص الذى جاء قاصراً على الولد . وأن الوالد أعظم حرمة وحقاً على الابن من أى شخص أجنبي فإذا كان الابن يقتل بالأجنبي فبالأب أولى كذلك فإن الابن 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 أضعفه فذبحه 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 حانقاً ولو بسيف أو حذفه بحديدة 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 لدرء الحد عنه^(٣) فلا يقتص منه ، وإما عليه دية مغلظة .

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 مغلظة ، وأن للدية المغلظة ، هي العقوبة البدلية 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 تعليلا للحكم ، ولاشك أن أحد العقابين 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 ، فكأن 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 الأئمة بن سعد والزهرى الزوج على الأب . فالابن وماله ملك لأبيه طبقاً لحديث الرسول . والزوجة ملك للزوج بعقد 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 كالأجنيين ، 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 ينمقدها لها عليه كما ينمقدها 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 ، أي بما وجب عليه من صداق ونفقة ، ولو أورث هذا شبهة لأورثها في الجانبين لا في جانب واحد .

١٥٥ — ثانياً : يشترط مالك والشافعي وأحمد أن يكون المجنى عليه مكافئاً للجاني ، فإن لم يكن مكافئاً امتنع الحكم بالقصاص ، ويعتبر المجنى عليه مكافئاً للجاني عندهم ، إذا لم يفضل الجاني 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 بالصغير والقوى بالضعيف ، والعالم بالجاهل . والعاقل بالجنون والأمير بالمأمور ، والذكر بالأنثى . الخ .

ولاحلاف بين الفقهاء في قتل الرجل بالرجل والأنثى بالأنثى لقوله تعالى :

﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾ 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 على بن أبى طالب - يرى أصحاب هذا الرأى بأن الرجل يقتل بالمرأة أو يعطى 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 بقى 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 لاتكفى الرجل ، ولا تدخل تحت قول النبي : « للمسلمون تنكافأ دماؤهم » فلم يقتل الرجل بها وهى لاتكافئه ؟ وكيف تؤخذ نصف الدية مع القتل وقد أجمع العلماء على أن الدية لاتجتمع مع القصاص ؟ وأن قبول الدية يحرم دم القاتل ويمنع القصاص ^(٢) وأصحاب الرأى الثانى يرون أن الذكر يقتل بالأنثى كما تقتل الأنثى بالذكر . ومن هذا الرأى الأئمة الأربعة وحجتهم قوله تعالى : « الحر بالحر » وقوله عليه السلام : « المسلمون تنكافأ دماؤهم » وأنه صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب القرائض والسنن وذكر فيه أن الرجل يقتل بالمرأة ، والرجل والمرأة شخصان يحد كل منهما بقذف الآخر ، فيقتل كل منهما بالآخر كالرجلين ، ولا يجب مع القصاص شئ ، لأنه قصاص واجب ، فلا تجب معه الدية كسائر القصاص واختلاف الديات لاعبرة به في القصاص ، بدليل أن الجماعة تقتل بالواحد ، والنصرانى بالمجوسى ، مع اختلاف دينهما ، والعبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

(١) المفتى 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 . والمساكفة 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 الجدل 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 تالحق بالحقيقة درأاً 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 ، فالنخعي وداود يريان قتل السيد بعبده لما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدهناه » ^(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 وحشت عليه هي الشريعة الإسلامية .

ب - الإسلام . قتل المسلم بغيره : يرى مالك والشافعي ، أن المسلم لا يقتل بكافر أياً 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 المكفر 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 الأُمى شبهة العدم لثبوتها مع قيام المناق وهو الكفر - والأصل في الكفر أنه مبيح 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 بمقوِّبة القصاص عامة فالله تعالى يقول: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ ويقول: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ ويقول: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾ فهذه النصوص عامة لم تفصل بين قتل وقيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم، فمن ادعى التخصيص والتقييد فهو يدعيه بلا دليل ولقد قال الله تعالى: ﴿ولسكم في القصاص حياة يا أولى الألباب﴾ وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لأن العداوة الدينية تحمله 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 يخدعه 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 وملا بعدهما - المذهب ج ٢ ص ١٨٥ المعنى. ج ٩ ص ٣٤١ وما بعدها.

(٢) مواهب الحليل ٣٣٣.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣.

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

ويردون على القول : بأن في عصمة الذمي شبهة العدم ، بأن دم الذمي حرام لا يحتمل 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 رضي 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 أبي حنيفة يتفق مع القوانين الوضعية الحديثة ، فهي لا تفرق في العقوبة لاختلاف الدين ، والقانون المصري لا يفرق بين ذمي ومسلم فكلها 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 مكثر سواد الكفار ، ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان الرسول ، وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً وهذا هو الذي أورثه الشبهة ، ولو كنا 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 القاتل 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 الميبح^(٤) ويرى مالك والشافعي وأحمد ، أن الكفار يقتلون بعضهم ببعض دون تفريق ، فالذمي يقتل بأي كتابي أو مجوسي أو مستأمن^(٥) ولو اختلفت ديانتهم

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) المنى ج ٩ ص ٣٣٥ .

(٢) المنى 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 . المنى 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 ليظل القصاص عن نفسه، وفي هذا ما يفوت الغرض من فرض القصاص وهو الحياة ومنع القتل، قال الله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون﴾.

وهناك رواية عن أحمد: بأن القصاص يسقط عن الجناة إذا تعددوا وتجب عليهم الدية، ويرى ابن الزبير وابن سيرين وآخرون: أن يقتل من القاتلين 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 القتيل للقاتل ثالثها - الأمر بالقتل، رابعها - الإكراه على القتل.

أولا الإعانة في حالة التماؤ:-

ذكرنا قبلاً أن التماؤ عند أبي 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 المغنى ج ٩ ص ٣٣٦، ٣٣٧.

كل منهم قاتلاً ، ولو كان فعله بالذات غير قاتل ، ما دام اللوث كان نتيجة أفعال الجميع ، أما في حالة التوافق فلا يعتبر المباشر قاتلاً 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 .

ولكن الخلاف في حكم من اتفق ولم يحضر القتل ، أو أعان عليه ولم يباشره فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يزون القصاص من المباشر فقط ، وتعزيز من لم يباشره ، ومالك يرى قتل من حضر ولم يباشره ومن أعان ولم يباشره ، كأن كان ربيعة 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 يباشره القتل بنفسه^(١) .

وقد جاء في فتاوى ابن تيمية^(٢) أمثلة على هذه الحالات المختلفة ، ففيها إذا اشترك جماعة في قتل مصوم « أي محرم القتل » بحيث أنهم جميعاً لو باشروا قتله ، 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 .

وغیره ، وجاء فی الفتاوی أيضاً : إذا وعد رجل رجلاً آخر علی قتل معصوم بمال معین فقتله وجب القتل علی الموعود . وأما الواعد فیجب أن یعاقب عقوبة تردعه وأمثاله عن مثل هذا ، وعند بعضهم یجب علیه القود .

ثانیاً — إمساک القتیل للقاتل :

إذا أمسک رجل آخر فجاء ثالث فقتله فلا مسؤولية علی المسک ، إذا لم یمسکه بقصد القتل أو لم یکن یعلم أن القاتل سیقته ، أما إذا أمسکه بقصد القتل فقتله الثالث فلا خلاف فی القصاص من الثالث أی مباشر القتل ، وإنهم اختلفوا فی المسک علی الوجه الذی سنبینه بعد .

فمالک^(١) یرى قتل المسک قصاصاً إذا أمسک القتیل لأجل القتل فقتله الطالب وهو یعلم أن الطالب سیقته ، لأنه یامسکه تسبب فی قتله ، وبیشترط البعض أن یكون لولا الإمساک ما أدرکه الطالب ، ولا یشرط البعض هذا الشرط^(٢) فإن أمسکه لیضر به الطالب ضرباً معتاداً أو لم یعلم أنه یقصد قتله لعدم رؤيته آلة القتل معه مثلاً ، أو کان قتله لا یتوقف علی الإمساک ، فعقاب المسک هو التعزیر وليس القصاص .

ویلحق مالک بالمسک الدال علی القتل إذا ثبت أنه لولا دلالته ما قتل المدلول علیه^(٣)

ویرى أبو حنیفة^(٤) والشافعی^(٥) تعزیر المسک ولو أمسک الجنی علیه بقصد القتل وهو عالم بأنه سیقته ، لأنه فعل الطالب مباشرة وفعل المسک تسبب ، وقد تغلبت المباشرة علی السبب وقطعت أثره ، كما أن السبب غیر ملجئ .
وفی مذهب أحمد^(٦) — رأیان : أولهما یرى القصاص من المسک ، لأنه لو لم

(١) الشرح الکبیر ج ٤ ص ٢١٧ .

(٢) القصاص ص ١٣٢ (٣) الشرح الکبیر للدریدر ج ٤ ص ٢١٧ .

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

(٦) الشرح الکبیر ج ٩ ص ٢٣٥ وما بعدهما .

مسك القتل ما قدر الطالب على قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما معاً فهما شر يكان فيه
وعليهما القصاص ، وإذا كان فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك نسيباً 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
الذى قتل ويحبس الذى أمسك لأنه حبسه إلى الموت » ولأن علياً رضى الله عنه
قضى بقتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت .
ويرى البعض أن مدة الحبس متروكة تقديرها لولى الأمر ، لأن الحبس نوع
من التعزير وليس حداً^(١) .

وإذا اعتبرنا الحبس تعزيراً لا حداً فإن الرأي الثانى في مذهب أحمد يتفق مع مذهب
أبي حنيفة والشافعى ويفسر الفقهاء الإمساك بمعناه الأعم ، فلا يقصرونه على الإمساك باليد
فيدخل تحته منع القتل من مبارحة مكانه بأى وسيلة كانت حتى يتمكن منه القاتل
أو حبس القتل في مكان لا يستطيع الخروج منه ، فإذا اتبع رجل آخر ليقته
فهرب منه فقابله 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) الشرح الكبير ج ٩ ص 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 فإما 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 التالمؤ ، فإذا لم يحضره فعليه التعزير ، وينبغي أن يلحق بحضور القتل الإعانة 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 ويعزز 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 رأي أحمد فيما سبق مع رأي مالك تمام الاتفاق^(٤) ويتفق رأي 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 ٤٤ ، ٤٤ .

(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

إكراها أحدهما 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 كالألة 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).

رابعاً : 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 غالباً ولأن المباشر أى المكره قتل المجنى عليه ظمناً لاستبقاء نفسه فأشبه ما إذا اضطر للأكل فقتله ليأكله والقول بأنه مباحاً غير صحيح لأنه يستطيع أن يمتنع عن القتل ولكنه لم يفعل إبقاء على نفسه^(٣).

وعند أبى 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) المهذب ج ٢ ص ١٨٩ .

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

وأحكام المرأة ص ٥٨٢ .

(٣) الفرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢١٦ - المغنى ج ٩ ص ٣٣١ المهذب 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 التفرق
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 مالكاً أما من أعان فجزاؤه القصاص عند مالك والتعزير عند
باقي الأئمة .

والقانون المصري يفرق بين عقوبة المشاركين في القتل وعقوبة الفاعلين
الأصليين إذ تنص المادة (٢٣٥) عقوبات على أن المشاركين في القتل الذي
يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام يعاقبون بالإعدام أو بالاشغال الشاقة المؤبدة
أى أن القانون المصري يخالف بين عقوبة الفاعل والشريك ولايسوى بينهما
وهذه هي وجهة نظر الفقهاء فكأن 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 بعقوبة القصاص جزاء
على جريمة القتل العمد ولكن يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن نسبة
القتل الممد إليه كمن يحدث بالجنح 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 الخطيء 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 : يتمتع القصاص عن الفاعل إذا لم يكن فعله موجباً للقصاص كأن كان فعله قتلًا خطأ أو قتلًا 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 ولا كنهما 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 : ادرؤوا 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 . والفرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ - المنقح ص ٣٧٩ وما بعده .

تشاركوا في القتل عادين متممدين 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 بامداً ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك وأساس اختلافهم هو تطبيق القاعدة لا غير، ففهم من رأى تطبيقها في كل حالة لا يعاقب فيها أحداً 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 الخاطيء 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 فيجئ ثالث ويخرج المقطوع جرحاً يؤدي مع القطع إلى موته فإن المقتص أو الدافع لا قصاص 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 وهذا الاحتمال شبهة تدرك الحد عن

يجب عليهم القصاص ولأحمد 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 والجنون فبعضهم يرى أن شريك الصبي والجنون لا يقتص منه والقائلون بهذا ينظرون إلى فعل الصبي والجنون ويقولون إن من المتفق عليه بين أغلب الفقهاء أن عمد الصبي والجنون خطأ فإذا كان فعلهما يوصف بأنه خطأ ولا قصاص في الخطأ فشريكهما يأخذ حكم العامد مع الخطيء ولا يقتص منه فهذا الفريق يغلب صفة الفعل على صفة الفاعل - والفريق الثاني يأخذ برأي الشافعي وهو أن عمد الصبي والجنون عمد ويرى أن الإعفاء من القصاص أساسه صفة الفاعل وإذن فلا يستفيد من الشريك ، والفريق الثالث يرى أن العبرة بفعل الشريك فما دام أنه تعمد الفعل فقد وجبت عليه عقوبة العامد دون النظر إلى فعل شريكه أو صفته^(٣).

١٥٨ - رابعا القتل بالنسب : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن القتل بالنسب 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 بالنسب 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 - الفرح الكبير

الدردير ج ٤ ص ٢١٩، ٢١٨ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها - المغني ج ٩ ص ٣٧٣ وما بعدها

المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٣) المغني ج ٩ ص ٣٧٩ وما بعدها (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

١٥٩ - خامسا : أنه يكون الولي مجبرودا : - إذا كان ولي القتيل

مجهولا لا يجب الحكم بالقصاص في رأي أبي حنيفة لأن وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الإيجاب له ^(١) ويخالف في ذلك باقي الأئمة .

١٦٠ - سادسا : أنه لا يكون 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 القتيل من أهل دار الحرب ثم أسلم ولم يهاجر إلى دار الإسلام وحالة ما إذا كان القتيل 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 الحالتين أن العصمة في الحالة الأولى محل شبهة لأن القتيل وإن كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب لقوله تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن ﴾ فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة في عصمته ولأنه إذا لم يهاجر إلينا مكث 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 أبي 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 أبي حنيفة القدرة على الاستيفاء وقت وقوع الجريمة ^(٢) .

أما مالك والشافعي وأحمد فيرون القصاص من القاتل سواء كان القتيل في دار الإسلام أو في دار الحرب وسواء هاجر المقتول من دار الحرب أو لم يهاجر مادام القاتل قد قتل وهو يعلم بإسلام القتيل 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 - مري 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 مالكاً وأبا حنيفة يريان أن القصاص واجب عينا بينما الشافعي وأحمد يريان أن القصاص ليس واجباً عينا وأن الواجب هو أحد الشيثين غير عين، إما القصاص وإما الدية، وللولى خيار التعيين إن شاء استوفى القصاص وإن شاء أخذ الدية من غير توقف على رضاء القاتل وعلى اعتبار التعزير بدلا من الدية. ويترب 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 فمن 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 لحكم 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 بدلاً من أخرى وإنما العقوبة البدلية تمثل عقوبة لم يحكم بها .

١٦٢ - تمرد الفتلى : 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 كلهم قتله 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 لا قيمة له ، مادام أحد الأولياء يريد القصاص ، وإنما تجب الدية بدلاً من القصاص إذا امتنع القصاص . وهنا لا يمكن امتناعه مادام أحد الأولياء يطلبه ، لأن محل القصاص واحد بالنسبة للجميع^(١) .

ويرى الشافعى^(٢) أن حقوق الأولياء لا تتداخل ، فإن قتل الجاني واحداً بعد واحد اقتص منه للأول لأن له مزية بالسبق ، وإن سقط حق الأول بالعفو اقتص للثاني ، وإن سقط حق الثاني اقتص للثالث وهكذا ، وإذا اقتص من الجاني لواحد بعينه ، تعين حق الباقيين في الدية ، لأن القصاص قاتهم بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية كالومات القاتل ، وإن قتلهم دفعة واحدة أو أشكل الحال ، أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة ، اقتص له لأنه لا مزية 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 فبادر غيره واقتص 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 ماسبق . كما لو قتلهم في غير المحاربة ، ورأى البعض أنه يقتل بالجميع ، لأن القتل في المحاربة حق الله تعالى ولا يسقط بالمعفو فتدخل العقوبات ، بمكس ما إذا كانت حقاً لآدميين فإنها لا تدخل .

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 الباقيون الدية ، وحجته في ذلك ، أن محل القصاص وهو القاتل تعلقت به حقوق لا يتسع لها معاً ، فإذا اكتفى المستحقون بمحل القصاص فيكتفى به ، فأساس فكرته أنه ما دام 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 ، وهذا متفق عليه من أحمد وأبى حنيفة والشافعى ، ويرى مالك أن يقتل في كل الأحوال ولا يقطع ، لأنه بالقتل ي تلف الطرف فيسقط القصاص بتلف محله ^(٢) وكذلك الحكم لو تأخر القطع عن القتل .

(١) الفنى ج ٩ ص ٤٠٥ - ص ٤٠٨ .

(٢) الفنى ج ٩ ص ٤٠٨ ، نرح الدردير ص ٢٣٦ مذهب 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 في القتل

١٦٣ - مستحق القصاص : عند مالك العاصب الذكر ، فلا دخل فيه زوج ولا لأخ لأم ، ولا لجد لأم ، ويقدم الإبن فابن الإبن ، ثم يليهم الأقرب فالأقرب من العصبه والجد والأخوة ، سواء في ولاية القصاص ، ويعتبر كلاهما في مرتبة الآخر . وأبناء الاخوة أقل مرتبة من الجد ، لأنه بمنزلة أبيهم ، والمراد بالجد ، الجد القريب فهو الذى يتساوى مع الأخوة في 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 شيئا فعلا ، فمن قتل وعليه دين محيط بتركته أو لم يترك شيئا ، فالقصاص لوارثيه الذين كان يحتمل أن يرثوه لو ترك شيئا^(٢)

وعند مالك ترث المرأة القصاص إذا توفرت فيها شروط ثلاثة : أولا - أن تكون وارثة كبنت أو أخت . ثانيا - أن لا يساويها عاصب في 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 وو مذهب الشافعي رأيان آخران : أحدهما أن القصاص للعصبه ، والثانى لمن ورث بالنسب لا بالدم - 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 إذا 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 وحتجهم 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 ابتداء ، 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 يتبعص ، 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) الفرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) الفرح الكبير للرددير ج ٤ ص ٢٢٧ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٢ ،

اللفظ ج ٩ ص ٤٥٩ .

النظرية الثانية : ويقول بها الشافعي وأحمد وأبو سيف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الشركة وحجتهم أن القصاص يجب بالجناية ، وأنها وقعت على المقتول . فكان ما يجب 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 يفرد بالقصاص وعليه أن ينتظر بلوغ الصغير لأن حق القصاص مشترك بينهما وليس لأحد الشريكين أن يفرد بالتصرف في حق مشترك دون رضا شريكه .

١٦٥ - وإذا لم يكن للقتيل 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 الحربى إذا دخل دار الإسلام فأسلم ، لأن الظاهر أن لا ولي له في دار الإسلام ^(٢) .

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

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

(٢) الفرح الكبير للردير 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 : ﴿ ومن قُتلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾ ولوجود سبب الولاية في حقه على السكال ، 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 بمعرفة 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 ومصلحة . أما أبو يوسف فيرى الانتظار ومالك يرى الاستيفاء للوصي والوالى .

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

(١) نهية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٥ .

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

للشرازملي . (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

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 للولي 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 والمعتوه حق العفو لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق . والحق للصغير والمعتوه وليس لهما ، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وهب للصغير ولا يتبهما 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 رضاء الجاني ويظهر أن أبا حنيفة يرى أن العفو لا يكون عفواً مادام متوقفاً على رضاء الجاني وإنما يكون صلحاً ولذلك فهو لا يتكلم إلا عن العفو المطلق المقيّد دون قيد أما عند مالك فيعتبرون التنازل عن القصاص إلى الدية عفواً ولو أن الأمر معلق على رضاء الجاني ويعبر عنه هكذا ، ويعبر عنه أكثر الشراح بالصلح ومن عبر عنه بالعفو عبر عنه أكثر من مرة بأنه صلح مما يدعو إلى الاعتقاد بأن لفظ العفو تجاوز في التعبير وقد جاء هذا التعبير في الشرح لآمن المتن مما يؤكد فكرة التجاوز 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 بقتل 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 يدرأ فيها القصاص للصغير والمجنون^(٢) ولا شك أن الرأي الأول أقرب للعدالة والمنطق من الرأي الثانى .

١٦٨ - تعدد 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 السكّال ، هذا هو الأصل ، إلا أن الفقهاء يشترطون اتفاق مستحقى القصاص عليه قبل الاستيفاء . وحضورهم لاحتمال 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 - التمرّيع الجنائى الإسلامى ٢)

القصاص يجب عيناً^(١) إلا أن المقتص يعمّر 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 قدرّ 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 ، ولعدم قابليته للتجزئة ، ويؤيدون رأيهم بأن علياً رضى الله عنه أوصى الحسن بصد أن ضربه ابن ملجم 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 ، المشرح الكبير للمدريد ج ٤ ص ٢١٢ البحر

الرائق ص ٣٠٠ - ٣٠١

(٢) في مذهب الشافعي رأى مرجوح ملخصه ، 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 كلاهما قاتل لبعض النفس -

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

مطلقاً فلم يقيده 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 عفوهِ ، ولأنه قديمفو دون أن يشمر الحاضر بعفوه ، فإذا أجز للحاضر أن يستوفى ، استوفى 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 فيثبوس منسه حال استيفاء القصاص ، لأنه ليس من أهل العفو .

ويفرقون في مذهب مالك بين الغيبة القريبة ، والغيبة البعيدة الميثوس منها أى من عودة صاحبها ويرون الانتظار في الغيبة القريبة دون البعيدة ، وهذا هو الرأى الراجح ، وهناك رأى لا يفرق بين الغيبة القريبة والغيبة البعيدة ^(١) .

أما الشافعى وأحمد ومعهما محمد وأبو يوسف فيريان أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يميز لبعضهم استيفاء القود إلا بأذن الباقيين ، فإن كان فيهم صغير ينتظر بلوغه ، أو مجنون تنتظر إفاقته 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 يميز انفراد أحد المستحقين بأحد البدلين وهو الدية لم يميز له أن يفرد بالبدل الآخر وهو القصاص ، ويستدلون على أن للصغير والمجنون حقهما في القصاص بأربعة أمور : أمرهما : أنه لو كان منفرداً لاستحق القصاص ، ولونافاه الصغير مع غيره لنافاه منفرداً .

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

(٢) هناك رواية عن أحمد : بأن لكسكار 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 للدية 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 يطلو سراح الجاني متى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير ويضيق المجرم ؟

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 يفارق الجفون ، وقد حبس معاوية بن أبي سفيان هدية بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر عليه ذلك ، ويعلمون 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 القتيل 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) الفرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٢ - ٣٩٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

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

المذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

الافتراء 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 القتل ليقص 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 الحيف وأن لا يُعذب المقتص القاتل ، وأن يحسن قتله^(٣) فإن القصاص يجب أن يتم تحت إشراف السلطة التنفيذية ، وليس ثمة ما يمنع من أن تتولاه السلطة التنفيذية اليوم لضمان التنفيذ على وجه المطلوب

١٧٣ - الزمن من التعدي إلى غير القاتل : يشترط في الاستيفاء أن

لا يتعدي 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 : ﴿ فلا يسرف في القتل ﴾ وقتل الحامل إسراف ، وروى عن رسول الله أنه قال : « إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً وحتى تكفل ولدها ، وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها » ولقد قال الرسول للغامدية التي زنت : « أرجعي حتى تضعي ما في بطنك ، فلما وضعته قال لها ، أرجعي 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 يحىء أوان فطامه ، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء من الأم ، لأن الولد يستغنى عنها بلبن المرضعة ، وكذلك إذا أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها أو وجد له مرضعة غير راتبة أو نساء يتناوبن 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 خبرت 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 فمعنى الحديث نفى 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 - بدائمه 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 بالمثل 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 مات أو أجافه جائئة ، أو أوضحه موضحة مات فليس له أن يقطعه أو يحيفه أو يوضحه ثم يقتله طبقا لرأى أبى حنيفة وأحد 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 ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ولأن السيف أوحى الآلات أي 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 بخشب أو حبسه أو منعه الطعام والشراب مات فللولي أن يقتص بمثل ذلك لقوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم

(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 .

فعاقبوا بئيل ما عوقبتم ﴿ ولما رواه البراء عن الرسول عليه السلام قال: « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه » ولأن القصاص موضوع على المائلة والمائلة ممكنة بهذه الأسباب فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولى أن يقتص بالسيف فى 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 فى 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 يمت كرر عليه الضرب بالسيف لأنه قتل مستحق وليس هاهنا ما هو أوحى من السيف فيقتل به .

وإن قتله بمنقل 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 وبقى إزهاق الروح فوجب بالسيف وإن جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه وأوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كله ويوضح رأسه لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ فإن مات فقد استوفى حقه وإن لم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يقطع منه عضو آخر ولا أن يوضح فى موضع آخر لأنه يصير قطع عضوين بعضو وإيضاح موضعين بموضحة .

وإن جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه فيرى البعض أن يقتل بالسيف ويخالف مالك الشافعى فى أنه يرى أن يكون القصاص بالسيف دائماً كلما ثبت القتل بقسامة أو كان القتل بما يطول أمره كنع الطعام والشراب ولا يقتص فى الجائفة ولا فى 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 يجوز القتل بها في غير القصاص لجاز القتل بها في القصاص كالتقطع من المفصل وحز الرقبة فإن اقتص بالجائفة وقطع الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يحاف جائفة أخرى ولا أن يقطع منه عضو آخر فيصير جائفتان بجائفة وقطع عضوين بعضو .

١٧٥ — حكم الفممين : 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 يكفي 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 المستوفى أن يقطع الطرف ثم يقتل لأن حق الجنى عليه في المثل والمثل هو القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة 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 بالجنى عليه ^(٢) .

١٧٦ — مذهب المستحقين 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 - المغني 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 باقى الأئمة هذا الشرط وليس عندهم مانع من أن يتم الاستيفاء بمعرفة الوكيل فى غياب الموكلين .

١٧٧ - نفقر آفة القتل : وإذا أراد الولي الاستيفاء بنفسه فعلى السلطان

أن يتفقد الآلة التى يستوفى بها ، فإذا كانت كالةً منعه الاستيفاء بها لثلاث مذبذبات ، وإن كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن ، وإن عجل فاستوفى بالآلة كالة أو مسمومة عزز ، فالولى الذى يستوفى يجب أن يكون خبيراً بالاستيفاء ، وأن تكون الآلة التى يستوفى بها صالحة للاستيفاء . وكل ذلك قصد منه أن لا يعذب الجانى 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 شىء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته »^(٢) .

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

السيف أداة للقصاص ، أنه أسرع فى القتل وأنه يزهق روح الجانى 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 ، والكبرى الكهربائى وغيرهما مما يفضى إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يخلف الموت عنه عادة ، ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد ، وأما الكرسى الكهربائى فلأنه 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 ، المرح 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 ليستوفى 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 يוכלهم 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 يستوفى في حقه على الطريقة القديمة ، وأنها تقضى بحرمان الأولياء من استيفاء القصاص بأنفسهم وترك الاستيفاء لمن تعينهم الدولة من الموظفين الخبيرين ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاؤوا القصاص أو لا يأذنوا إذا رأوا العفو .

سقوط القصاص

١٨٠ - نكف عقرية القصاص بأربعة أسباب هي : فوات محل القصاص

- العفو - الصلح - إرث حق القصاص .

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

(١) المفتى 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 الجاني 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 القاتل 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 الجاني بمرض أو قتل فى قصاص بشخص آخر أو زنا أو ردة ، فى كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب بدلها الدية .

أما إذا قتل ظلماً ، فىرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول ، فمثلاً « من قتل رجلاً فعدا عليه أجنبى فقتله عدداً ، 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 الجاني 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 الجاني ، 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 ما ضمن بسببين على سبيل البذل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الأمثال^(١).
ونستطيع أن ندين مدى الخلاف بين الفقهاء في المثل الآتي : إذا قتل محمد
عليه ، فإن لأولياء محمد حق القصاص على علي ، فإذا مرض علي ومات سقط
القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقاً لرأى مالك وأبي حنيفة ، ولأوليائه الدية
في مال علي طبقاً لرأى الشافعي وأحمد ، فإذا كان موت علي سبباً أن زيداً أطلق عليه
عياراً نارياً عمداً فقتله أو صدمه بسيارته خطأ فقتله ، فقد سقط معه القصاص ، ولا شيء
لأولياء محمد كما يرى أبو حنيفة ، وطبقاً 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 .
وطبقاً لرأى الشافعي وأحمد يسقط القصاص وتكون لأولياء محمد دية في مال علي

١٨٢ - الهفو : 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 : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم
القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ إلى أن قال : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء
فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ وفي سياق قوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن
النفس بالنفس ﴾ إلى أن قال : ﴿ فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾ 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
مجاناً أو عن الدية ، فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجاناً فهو عاف ، ومن تنازل
عن القصاص مقابل الدية فهو عاف ، وإن كان مالك يرى أن العفو عن الدية
يحتاج ليفادته رضا الجاني بدفع الدية بخلاف الشافعي وأحمد اللذين يريان أن العفو
عن الدية يعتبر نافذاً 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 ، وللايتهما مقيدة بالنظر لمصالح الصغير ، والعضو ضرر محض لأنه إسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملكه كذا 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 مبينا 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 وللولى 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 عفو أمع أنهم يعتبرون الواجب بالقتل العمدة هو القصاص عينا ويوجبون رضا الجاني إذا أختار الأولياء الدية ولكن بعضهم يعتبر هذا صلحا لا عفوا ومن يعتبرونه عفوا 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 عفوا^(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 بالنا عاقلا فإن لم يكن كذلك فلا يملك التصرف فيه وإن كان الحق ثابتا لأنه من التصرفات الضارة والتي لا تجوز إلا للعاقل البالغ^(٣) .

ويملك العفو عند مالك من يملك حق القصاص ، وهو العاصب الذكر الأقرب درجة للمقتول والمرأة الوارثة التي لا يساويها عاصب فى الدرجة ، والتي لو كان فى درجتها رجل ورث بالتعصب^(٤) ويشترط مالك أيضا فى العافى أن يكون بالنا عاقلا .

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

للقصاص واحداً بالنا عاقلا رجلاً أو امرأة فهو يملك العفو وحده عند

(١) راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٠ وهواهب 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 .

أبي 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 بمفوه 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
 قتيلًا ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة المقتول ، وهي أخت القتيل
 قد عفوت عن حقى . فقال عمر : الله أكبر عتق القتل ، وفي رواية عن زيد قال :
 دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فقال بعض إخوتها قد
 تصدقت ، ففضى لسائرهم 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 كيف ملئ 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 القتيل .

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 ففغت 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 يعفو 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 عفوئه 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 أبى حنيفة والشافعى 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 الشافعى وأحمد فلا حاجة لرضاه ولكن الدية لا تجب عند مالك وأبى 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 وأبى حنيفة ولا مسئولية عليه عند الشافعى وأحمد وأبى 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 أباً حنيفة برأه المشبهة . أما الفريق الآخر ، فحجته أن نفس القاتل صارت ملكاً لولي

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٢ .

(٢) واهب 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 المعفو 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 يأخذون 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 يأخذها 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 يدرؤون 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 بالعفو وبسقوط 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 طامعاً بالعفو وأن يحكم
 بالقصاص بسقوط القصاص وإن لم يتوفر هذان الشرطان درى القصاص للشبهة
 لأن مالكاً يرى أن حق الولي لا يسقط في القود بعفو الشريك وهذا الخلاف
 يستبرشبه تدرأ القصاص^(١) [تبحث هذه المسألة من كتب المالكية] .

كل ما سبق إذا كان القصاص الواحد مشتركاً بين مستحقين متعددين فعفا
 أحدهم أو بعضهم عن نصيبه أما إذا وجب لكل من المستحقين قصاص كامل غير
 مشترك قبل القاتل فإن الحكم يختلف فلو قتل الجاني رجلين فعفا ولي أحدهما عن
 القاتل فإن عفوه لا يسقط حق ولي القاتل 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
 فحق 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 الفنى

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 القتل
يصح أن يكون العفو من القتل قبل موته فإن عفا المجرع عن الجاني وبراً 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 المجرع 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 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 يقتصر 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 الأرض فيما تسرى إليه ، والظاهر أن هذا الحكم عند مالك ^(١) .

وإن عفا المجرع ثم سرى الجرح إلى النفس ومات . فيرى أبو حنيفة
وأصحابه ، أن العفو إذا كان بلفظ الجنابة أو الجراحة وما يحدث منها صح العفو
ولا شيء على القاتل ، لأن لفظ الجنابة 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 ، المهذب 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 بقاؤه 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 في النفس لأنه لا يتبعض^(٢) وفي 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 في الجرح ، ويسقط القصاص في النفس لأنه سقط في الجرح ، إذ القصاص لا يتبعض فإذا سقط في البعض سقط في 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 في الحال ، ويسأل عن السراية للعضو والنفس ، ويمتبر في حالة السراية إلى النفس قاتلاً عمداً ويقتص منه بقسامة في حالة العمد^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

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

(٤) المذهب ج ٢ الشرح الكبير ج ٩ ، النفى 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 -
ولكنهما 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 ، ويحمل القصاص قاصراً على الجناية التي لا يجب فيها القصاص .

هل يعتبر عفو الجاني 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 للقاتل ورأى يرى الجواز ، فإذا أخذ بالرأى الأول كان العفو لغواً إلا
في الجرح الحاصل قبله ومن رأى مالك وأبى حنيفة أن عفو الجاني 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 أحمد أن العفو لا يعتبر وصية ولو عبر عنه العاق 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 للمال ، ومن ثم فلا يعتبر وصية ، أما إذا تعيين الموجب بأن أبرأه
الجاني عليه من الدية ، أو وصى له بها . فالتعرف وصية لأنه تمليك المال لما بعد
الموت ، وقد اختلفوا في المذهب في صحة الوصية للقاتل ، فرأى البعض أن
الوصية لا تصح للقاتل ويترتب على هذا رأى أن الجاني يلزم بدية النفس بعد
ختم 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 الجنابة ، 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 شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه وماصولوا عليه فهو لهم » وفي عهد معاوية قتل هوي 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 يجرى فيه الربا فأشبه 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 حالا أو مؤجلاً بخلاف ما إذا كان الصلح على الدية وليس على انقصاص 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 صلحاً لا عفواً لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا والدية لا تجب إلا برضاء الجاني فإسقاط القصاص على الدية يقتضى رضا الطرفين فهو صلح لا عفو أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو على الدية عفواً لا صلحاً 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 يعلان 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 ذممة الجانى فإذا كان الجانى معسراً وقت الصلح فبرى مالك عدم الرجوع عليه .

١٩٣ - ويصح أن يكون الصلح من الجنى عليه ويصح أن يكون من الولى قبل الموت أو بعده وحكم الصلح فى هذه الحالات جميعاً هو حكم العفو على الوفاق والخلاف التى ذكرنا فى العفو .

١٩٤ - وإذا صالح الولى 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 الذي ذكرنا في العفو وإذا تعدد الأولياء ولكل منهم قصاص كامل فصالح ولى أحد القتلى فلاّخرين أن يستوفوا ولو تعدد القاتلون فصالح الولي أحدهم كان له أن يقتص من الآخرين وهكذا كل ما ذكر في العفو ينطبق في حالة الصلح .

١٩٥ - وصلح الجنى عليه حكمه حكم عفوّه سواء سرى الجرح وانتهى بالبراءة أو الموت على الوفاق والخلاف الذي ذكرنا في 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 في 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 أبيه 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 ولمن بقي من المستحقين نصيبهم من الدية^(١) ومن الأمثلة التي يضرّبونها على سقوط القصاص بإرثه ما يأتي :

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 فلاّن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواء أو من يشاركه في 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

المغني ج ٧ ص ٣٦٢ وما بعدها .

لا يتبعض وصار كما لو عفا بعض مستحق 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 مقارناً أسقط طارئاً .

ولو قتلت امرأة أخازوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداء 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 تسكن 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 لسكونه قتلاً بحق ، فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون 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 جريمته أولاً . ويرى البعض الاقتراع بينهما ، والرأى الأخير مذهب الشافعي ، واختلفوا في مذهب أبي حنيفة ، فرأى زفر ترك الأمر للقاضي يتدبّر 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 معاً ، 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 الفعلين 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 تخلف 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 فستحق 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 عصبية لأنهم ورثوه عن 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) الفتى 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 فلأن 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 يعق 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 وجهنم 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 .

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٢٤ .

وأن عمرو بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي فوداهما ولم
يوجب كفارة^(١).

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن لا كفارة في القتل العمد لأن الكفارة دائرة
بين العباد والمقوبة فلا بد من أن يكون سببها دائر بين الحظر والإباحة لتعلق
العبادة بالمباح والقتل بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة فلا تناظر به الكفارة
ولأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلا يجوز إثباتها بالقياس بل لا بد 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 شرعي أو للنفو^(٣).
وسنذكر فيما يلي أحكام الكفارة مقارنة في المذاهب مع ملاحظة الفرق
بين ما يحيزها في القتل العمد ومن لا يحيزها.

٢٠٠ - على من تجب الكفارة؟ تجب الكفارة عند الشافعي وأحمد
على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ عاقلاً أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم . لا يستثنى
من ذلك إلا الحرني فتجب على الذمي والمعاهد والمستأمن^(٤) ويرى مالك أنها
تجب على الصبي البالغ والعامل والمجنون . ولكنها لا تجب إلا على مسلم لأنها
عقوبة تعبدية^(٥).

ويرى أبو حنيفة أن الكفارة لا تجب إلا على مسلم بالغ ، فهي لا تجب على
الصبي والمجنون وغير المسلم ، لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان بالشرائع أصلاً ،
أي لا مسؤولية عليهما ، ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ، والكفارة وإن

(١) المغني ج ١٠ ص ٤٠ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٤) المغني 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 - تعدد الكفارة بتعدد 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 تتعدد 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 قياسا على ما جاء في كفارة الظهار ، ويعترض على هذا الرأي بأن الله ذكر العتق والصيام فقط في القتل ، وذكر العتق

(١) المعنى ج ١٠ ص ٣٩ ، ٤٠ ، والمهذب ج ٢ ص ٢٣٤ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

والصيام والإطعام في الظهر ، ولو وجب الإطعام في القتل لذكره كما ذكره في حالة الظهر^(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 ، وذكراً 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 بالتسبب : - وتجب الكفارة عند مالك والشافعي وأحمد سواء كان القتل مباشراً أو تسبباً ، ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة في القتل بالتسبب أيا كان نوعه أى ولو كان خطأ^(٣) .

العقوبات البدلية للقتل العمد

٢٠٣ - عقوبات القتل العمد البدلية بثلاثة : الدية ، التعزير ، الصيام والدية والتعزير بدل من القصاص ، والصيام بدل من الكفارة ، وسنبين فيما يلي أحكام هذه العقوبات الثلاث واحدة بعد أخرى :

(١) المغني ج ١٠ ص ٤١ ، المهذب 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 ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٤ .

أولاً : الدية :

٢٠٤ - الأصل في وجوب الدية المكتتاب 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 الجلمة

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 محله 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 الدية : 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) وحجتهما أن رسول الله قال : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » وأنه جعل دية كل ذى عهد على عهده ألف دينار .

يقوم مقام الآخر ويرى أحد ومعه أبو يوسف ومحمد ، أن الدية تجب في ستة أجناس : الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل^(١).

وكان الشافعي يرى قديماً رأى مالاً 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 فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً ثم غلت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين ، فما زالت تغلو 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 الموائل ، وروى عن عمرو بن شعيب أنه قام خطيباً فقال ألا إن الإبل قد غلت ، فنقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة . وعلى أهل الشاة اثني شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها .

(١٢ - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

الدية ، فإذا اعتبرت الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل أصولاً ، لم يكن لولى الدم أن يمتنع عن تسلم 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 فلآخر منعه لأن الحق متعين 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 ما نحن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ، ولأن حق الولي يتعين في الإبل دون غيرها فليس له أن يطالب بأكثر منها^(١) .

٢٠٧ - مقرر العواجب من كل جنس : الواجب من الإبل هو مائة من الإبل ومن الذهب ألف دينار والدينار مثقال من الذهب ومن الورق اثنا عشر ألف درهم طبقاً لرأى مالك وأحد 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 نهب البرية في القتل العمر : 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 جان إلا على نفسه » والواقع أن الجناية هي أثر فعل الجاني فيجب أن يقتص بضررها كما يقتص بنفسها .
مقدار ما يلزم به القاتل من الدية : إذا تعدد الجناة ولم يكن قصاص
 فعليهم دية واحدة للقتيل تقسم عليهم بحسب عددهم ولا يلزم كل منهم دية 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 أجدته من إصابات ولا يلزم كل واحد من القتولين دية 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 تعمدا 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 رأي باقي الأئمة وهو المرجوح والثاني : 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 في مالهما^(٢) .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٤ ، ٣٣٦ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١ ، شرح الدردير ص ٢١٠ ، المغني ج ٩ ص ٥٠٦ .
 المذهب ج ٢ ص ٢١٠ .

٢١٠ - أوصاف الإبل في دية العمر : - يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية في القتل العمد مائة من الإبل تقسم أربعاً 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 رأي يتفق معهما أن دية العمد مائة من الإبل مثلثة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وحقة 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 قتييل عمد الخطأ قتييل السوط والنصا 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 ولما تحمل إلا ثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة وأي ناقة حملت فهي خلفه تجزى في الدية ولو لم تبلغ السن لأن لفظ خلفه مطلق ولو أسقطت قبل قبضها فعلى القاتل بدلها .

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 مغلظة والفرق بينهما ثم تضاف مثل نسبة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ والمغنى ج ٩ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ .
(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٧ .

هذا الفرق على الذهب أو الفضة فنلا إذا كانت قيمة الدية من الإبل مخفضة ستائة وقيمتها مغلظة ثمانمائة فالفرق بينهما يساوى المخفضة فيضاف على الذهب أو الورق ما يساوى ثلثه ويرى أحد أن الدية تغلظ في العمد لأسباب ثلاثة هي : القتل في الحرم ، والقتل في الشهور الحرم ، وقتل الحرم واختلفوا في المذهب في التغليظ لقتل ذى رحم محرم وصفة التغليظ عند أحد 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 أحد 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 أحد 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 وأحد 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 ويكون العامد تغليظاً بتثبيت الدية وجعلها في ماله^(٤) .

٢١٣ - هل تتساوى الديات لكل الأشخاص ؟ تختلف الديات لسببين أولهما : الجنس ، وثانيهما : التكافؤ والأول متفق عليه والثاني مختلف فيه وفيما عدا

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٩٩ وما بعدها ، المهذب 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 السبيين فلا اختلاف فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوي 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 وعلى 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 للكلام على الحرية ولكننا نستطيع أن نلخص رأى الفقهاء في ذلك فنقول : إنهم كانوا يحملون دية الرقيق قيمته التي يساويها وقت القتل فإن كانت أكثر من دية حر فهي ديته وإن كانت أقل فهي ديته

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 فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ 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 الضمري 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 بمثل 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 والمصمة 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 الذي دية كاملة وحجته أن عثمان قضى بهذا في رجل قتل رجلاً من أهل الذمة.

ودية المجوس عند الأئمة الثلاثة ثمانمائة درهم ونسأوهم 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 تبني على الدين والمتعلقة بالدنيا.

ثانياً: التعزير:

٢١٦ - يعتبر التعزير عقوبة بدلية في القتل العمد ويوجب 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، المفرد ج ٩ ص ٥٢٧ وما بعدهما، المهذب ج ٢ ص ٣١١.

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 بالقتل قصاص 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

كان أحد الشهرين ناقصاً فإذا صام من وسط الشهر تحسب المدة بالأيام باعتبار الشهر ثلاثين يوماً^(١).

٢١٩ - وإذا لم يستطع الصوم لمرض أو كبر فيرى مالك وأبو حنيفة وبعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أن الصوم يثبت في ذمته وليس عليه شيء آخر بدلا من الصوم ويرى بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أن عليه إطعام ستين مسكيناً قياساً على كفارة الظهار فقد نص فيها على العتق وعلى الصيام ثم الإطعام عند العجز عن العتق والصيام^(٢).

٢٢٠ - ولا يجب الصيام أصلاً إلا على بالغ عاقل^(٣) وترتب على هذا أن الصيام يجب تأخيرهِ لحين البلوغ أو الإفاقة عند من يقول بأن الكفارة واجبة على الصبي والمجنون.

العقوبات التبعية للقتل العمد

٢٢١ - العقوبات التبعية للقتل عقوبتان : الأولى : الحرمان من الميراث الثانية : الحرمان من الوصية .

« أولاً » الحرمان من الميراث

٢٢٢ - الأصل في ذلك قوله عليه السلام : « ليس للقاتل شيء من الميراث وليس للقاتل ميراث بعد كصاحب البقرة » .
وقد اختلف الفقهاء في تطبيق النص اختلافاً كبيراً بحيث لا يتفق مذهبان في هذه المسألة .

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٢٧ ، مجمع الأنهر ج ١ ص ٤٢٦ : المذهب ج ٢ ص ١٢٩ الإقناع ج ٤ ص ٩٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٩ . المذهب ج ٢ ص ٢٣٤ المنقح ج ١٠ ص ٤١ .

(٣) مجمع الأنهر ج ١ ص ٢٢٤ ، مواهب الجليل 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 اقتص 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 يمنعان من الميراث أم لا ؟ فرأى البعض أن لا يمنعا 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 متهماً باستعجال الميراث حرم من الميراث كما في
القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم في الزنا على أساس البينة على مورثه فإنه يحرم
لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث ، وإن لم يكن متهماً باستعجال الميراث فلا
حرمان لو حكم عليه في الزنا بإقراره .

والرأى 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 تسبباً ، 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
الدرائع 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 تسبباً ، 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
والجنون 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
صوناً 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 بحلة 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

العدواني وشبه العمد العدواني والخطأ وما جرى مجرى الخطأ بشرط أن يكون القتل مباشراً لاقتلاً بالتسبب وأن يكون القاتل بالعملاً 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 ينعقد بإجازة الورثة .

٢٣٠ - وفي مذهب الشافعي وأحمد نظريتان : أما الأولى : فيرى

أصحابها أن الوصية لا تصح للقاتل وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى

(١) واهب الجليل ج ٦ ص ٣٦٨ شرح الدردير ص ٣٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٩ - ٣٤٠ .

فريقين : فريق يرى أن الوصية لاتصح ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لامصلحة الورثة فأجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغي 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 أصلي : وهو الدية والكفارة ، ومنها ماهو بدل : وهو التعزير والصيام ، ومنها ماهو تبعي : وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية .

العقوبات الأصلية

أولا - الدية

٢٣٢ - الدية: هي 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 في شبه العمد عقوبة أصلية لأنها ليست بدلا من عقوبة أخرى ، ولأنها العقوبة الأساسية لهذا النوع من القتل ، ولكن الدية في القتل العمد تعتبر عقوبة بدلية لا أصلية لأنها بدل من عقوبة القصاص وهي العقوبة الأصلية للقتل العمد .

٢٣٣ - الأجناس التي تجب فيها دية القتل شبه العمد : تجب دية القتل شبه العمد في نفس الأجناس التي تجب فيها الدية في القتل العمد . فهي عند الشافعي تجب في الإبل وحدها ، وعند مالك وأبي حنيفة تجب في ثلاثة أجناس هي : الإبل والذهب والفضة وعند أحمد وأبي يوسف ومحمد تجب في ستة أجناس هي : الإبل والذهب والفضة والشعير والغنم والحمل .

وقد بينا أسباب هذا الخلاف وسند كل فريق وأهمية هذا الخلاف وما قلناه
عن هذا كله في دية القتل العمد ^(١) .

٢٣٤ - مقدار الواجب من كل نفس : 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 تماوي المرات 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 البرية في شبه العمد : لا يرى التغلظ في شبه العمد إلا
أحمد للأسباب التي بيناها عند الكلام على التغلظ في دية العمد وصفة التغلظ
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 الطبيب والخاتن وهو كل من جاز فعله شرعاً ، وقيل : اللطمة
والوكرة 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 الجليل ج ٦ ص ٢٢٦ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٧ .

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 والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وأبو بكر الأصب ، ويرون أن دية القتل شبه العمد على القاتل في ماله لأنها موجب فعله الذي تعمده 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 ما رواه أبو هريرة قال : « اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها أى على عاقلة الجانية » ويقولون إن القتل العمد يختلف عن القتل شبه العمد في 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 مغلفة 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 الرية على الجاني ابتداء أصم على العاقل ؟ 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 يحفظه فقد فرطوا ، وهذا التفريط يقتضي 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 نستطيع حل 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 تؤدي نية شبه العمد : من المتفق عليه بين الأئمة الثلاثة أن دية شبه العمد ليست حالة وأنها تجب مؤجلة في ثلاث سنوات ، فيؤدي 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 ، المتن ج ٩ ص ٤٩٢ ، ٤٩٤ ، المذهب

ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٦٧ -

وإذا وجبت الدية بالصالح 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).

٣٤٠ - هل تحمل العاقلة كل الدية في القتل شبه العمر؟ 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 للدية » ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه موجب جنائته وبدل متلفه، فكان عليه كسائر الجنائيات والمتلفات، وإلتماخواف 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 الموضحة » . « أرش الموضحة نصف عشر الدية الكاملة »^(٣).

ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ماقل أو أكثر من الدية لأن ما أزم بالكثير أزم بالقليل من باب أولى^(٤).

ويرى مالك أن الدية إذا بلغت ثلث دية الجنى 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 رأى أن الثلث يحمله الجاني، وينظر في هذا إلى مصلحة الجاني فإن كانت دية أقل اعتبرت دون دية الجنى عليه فلو جنى مسلم على مجوسية ما يبلغ ثلث ديتها أو ثلث ديته حملته عاقلة، ولو جنى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ ، المغنى ج ٩ ص ٥٠٤ - ٥٠٦ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥٠٥ - ٥٠٦ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٥٥ .

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

يجوس أو مجوسية على مسلم ما يبلغ ثلث دية الجاني حملته العاقلة ولو كان أقل من ثلث دية الجنى عليه ، ويجعل مالك وأحد مالا تحمله العاقلة حالاً لا مؤجلاً أما أبو حنيفة والديات كلها مؤجلة عنده^(١) .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى أبو حنيفة ومالك أن يتحمل الجاني من الدية ما يحمله أفراد العاقلة ، أما الشافعي وأحد فيريان أن لا يحمل الجاني شيئاً . ويرى مالك أن يتحمل الجاني مع العاقلة وتظهر أهمية هذه الآراء المختلفة إذا ما أخذنا بالرأى القائل بأن الديات تتفاوت بحسب الدين فإن دية المجوسى وعابد الوثن أقل من ثلث الدية فلا تحملها عنه العاقلة طبقاً لرأى أحمد وهى أكثر من نصف العشر لأنها $\frac{1}{10}$ من الدية فتحملها الدية طبقاً لرأى أبى حنيفة والمرأة المجوسية ديتها تبلغ $\frac{1}{10}$ فلا تحملها العاقلة فى رأى أبى حنيفة وأحد ولكن تحملها طبقاً لرأى الشافعي والكتابية ديتها $\frac{1}{10}$ الدية الكاملة فلا تحملها العاقلة طبقاً لرأى أحمد وتحملها طبقاً لرأى أبى حنيفة والشافعي .

٢٤١ - هل تتحمل العاقلة الديات عن الزمام والحاكم ؟ من المتفق عليه

أن ما يجب على الإمام والحاكم فى غير الحكم والاجتهاد فهو على العاقلة إذا كان مما تحمله العاقلة ، أما ماوجب عليه بسبب الحكم والاجتهاد ففيه نظريتان فى مذهب الشافعي وأحد : 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 فى بيت المال لأن الخطأ يكثر فى أحكامه واجتهاده . فيجب العقل على عاقلته بحجف بهم ولأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٧ ، المغنى ج ٩ ص ٤٩٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

أرشد جنابته 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 وبسائر ذوي الأرحام والزوج ليسوا من العاقلة .

مذهب الشافعي أن الأب والجد والابن وابن الابن لا يدخلون في العاقلة وهو رأي أحد وجهته مارواه أبو هريرة عن الرسول عليه السلام قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداها الأخرى فقتلتها فاخصموا إلى رسول الله فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها . وفي رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ميراثها لبنيها والعقل على العصبه وإذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه في معناه ومساو له في العصبه ولأن مال ولده ووالده كله 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 العصبه في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب وآبؤه وأبناءؤه أقرب الناس إليه فكانوا أولى بتحمل عقله . ولأن الرسول قضى كما روى عمرو بن شعيب بأن عقل المرأة بين عصبيتها [من كانوا لا يرثون شيئاً إلا مافضل عن ورثتها] وإن قتلت فعقلها بين ورثتها^(٣)

ويدخل في العاقلة سائر العصبات مهما بعدوا لأنهم عصبه 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 الشافعي وأحمد فلا يريان أهل الديوان من العصابة .

ويشترك في العقل الحاضر والغائب من العصابة طبقاً لرأى أبي حنيفة وأحمد لأن الغائبين استتوا مع الحاضرين في التعصيب والإرث فاستتوا 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 الشافعي يأخذون بالأول والبعض يأخذون بالرأى الثاني^(١) وتقسم الدية على العاقلة مع مراعاة الأقرب فالأقرب ولا يحتمل 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 تكاف العاقلة من المال ما يحجب بها ويشق عليها لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجاني والتخفيف عنه فلا يخفف 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 ٩

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 منقال على الموسر وربع منقال 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 جنباً 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 وهي 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 ، والمغني ج ٩ ص ٥٢٠ ، مواهب الجليل ص ٢٦٧

للنساء والصبيان والمجانين والفقراء وهؤلاء لا عقل عليهم فلا يجوز صرف ما يستحقونه فيما لا يجب عليهم ، وهذه النظرية رواية عن أبي حنيفة لمحمد 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 الشافعي 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 الجاني ابتداء فيرون إلزام الجاني بها أو بما بقي 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 ما توزع 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 في الجزء الأول أهمية نظام العاقلة وتحملها الدية ودللتنا على أنه نظام عادل وإن كان يلوح في ظاهر الأمر أنه يحمل الإنسان وزر غيره وقلنا إننا لو أخذنا بالقاعدة العامة فيحمل كل مخطيء 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 الجاني غنياً وعلى بعضها إذا كان متوسط الحال أما إذا كان الجاني فقيراً

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ المتن 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 كما تنعدم بين المجنى عليهم وقلنا إن هذا النظام قصده أن يحصل المجنى عليهم على حقهم كاملاً وأنه يحقق العدالة والمساواة على جميع الوجوه وقلنا أكثر من ذلك فليراجعه من شاء .

لسكن هذا النظام على مافيه 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 وقرباتهم وانتعوا إلى قبائلهم وأصولهم أما الآن فلا شيء من هذا بحيث ينذر أن تجد شخصاً 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 حائلاً 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 المصرية تلزم نفسها بإعانة الفقراء أو العاطلين ، فأولى أن تلزم نفسها بتعويض ورثة القتيل المسكوبين ، ولقد سبقتنا بعض البلاد الأوروبية إلى هذا العمل . فأنشأت صندوقاً 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 الذي 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 البدلية

٢٤٥ - العقوبات البدلية 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 يدعوا لتكرار القول .

عقوبات القتل الخطأ

٢٤٧ - عقوبات القتل الخطأ منها ما هو أصلي 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 روعى في تقديرها انعدام قصد الجاني فاكتفى 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 لأوصاف 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 فأيجابها على الجاني في ماله مجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تحقيقاً 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 لهما من الصحابة فاتبعهم في ذلك أهل العلم وعله التأجيل أنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة .

وما لا تحمله العاقلة يجب حالاً عند مالك والشافعي وأحمد ولكن أبا حنيفة

يرى التأجيل فيما يجب على العاقلة وما يجب على الجاني .

(١) المفنى 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 ؟
 رأى 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 مالک 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 مربعة فكأن دية العمد وشبه العمد منغلظة بطبيعتها عند الشافعي ويوجب أحمد التغليظ للقتل في الحرم ، وللقتل في الشهور الحرم ، والقتل المحرم . 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 بدلا من دية الخطأ فإن قتل ذارحم محرم مثلاً فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه .

٢٥٤ - ولا تحمل العاقلة دية القتل العمد سواء درىء القصاص للشبهة أو وجبت الدية بالعمو أو الصلح وهذا متفق عليه بين الأئمة لأن العاقلة حملت في الخطأ وشبه العمد لانعدام القصد إلى القتل ولعذر الجاني أما العمد 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 زواجره : -- الأولى --

على عاقلته الدية لورثته إذا قتل نفسه . والقائلون بهذا الرأي بعض فقهاء مذهب أحمد وحجتهم : (أن رجلاً ساق حماراً فضربه بعضاً كانت معه فطارت منها شظية ففقت عينه فجعل عمر ديبته على عاقلته وقال هي يد من أيدي المسلمين) ويحتجون بأنها ليست إلا جناية خطأ كأي جناية خطأ دبتا 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 : عاصم ابن الأكوع بارز مرحباً يوم خيبر 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 الجاني 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

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

الجناية على ما دون النفس

٢٥٩ - يعبر فقهاء الشريعة بالجناية 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 والمصر 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 الحاكم 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 يمجذبه فيوقعه على الأرض يعد مرتكباً لجريمة الضرب عمداً .

٢٦٠ - الجنابات على ما دونه 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 تتحدد 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 بغض 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 والذكر والأشيين 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 تفويت منفعة العضو مع بقاءه قائماً فإذا ذهب العضو ذاته فالفعل من القسم الأول ويدخل تحت هذا القسم تفويت السمع والبصر والشم

والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشى ، ويدخل تحته أيضاً تغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها كما يدخل تحته 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 الحدود ، وباقي الأئمة يرون ما كان في الرأس والوجه مطلقاً شجة .

٢٦٥ - والشجاج عند أبي حنيفة أمر عشرين^(١) :

- ١ - الخارصة : وهى التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم .
- ٢ - الدائمة : وهى التى يظهر منها دم 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 .

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 دامة والثانية طارصة والثالثة سمحاقاً والسادسة ملطاة ويحذف مالك الثامنة وهى الهاتمة ويرى أنها تسكون 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 الدامغة بهذا الاسم 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 الأثنيتين أو الدبر أو الحلق . وغير الجائفة ما لم تكن كذلك أى التى لاتصل إلى الجوف^(٣)

٢٦٩ - انقسم الخامس ما لا يدخل تحت الأقسام السابقة :

ويدخل تحت هذا القسم كل اعتداء أو إيذاء لا يؤدى إلى إبانة 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) المهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٦١٩ وما بعدها

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٦ ، المهذب 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 والمصر 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 يرى 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 يفضي إلى النتيجة غالباً والثاني هو قصد الضرب بما لا يفضي إلى النتيجة غالباً مثل أن يضربه 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) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ ، المغني ج ٩ ص ٤١٠

أما أبو حنيفة فلا يفرق بين العمد وشبه العمد إلا في النفس ، ويكتفى عنده
تعمد الفعل فيما دون النفس ^(١) وليس ما يمنع عند مالك والشافعي وأحمد أن يكون
الجانى مسؤولاً عن الجناية ولو لم تكن الجناية مباشرة لفعله كمن طلب لإنساناً
بسيف مجرد فهرب منه فخر به سقف فأصيب بجرح أو كسر لأنه هو الذى الجأ
الجنى 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 وضحت فمذه
شبه عمد لأن الغالب أن اللطمة لا تؤدى لإيضاح ولو رماه بحصاة فورمت ثم أوضحت
فهى 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 . فمثلاً ابن رشد يضرب مثلاً على شبه العمد اللطمة التي
تفقاً العين ، لأن اللطمة لا تفقاً العين غالباً ^(٣) بينما يرى الشافعي أن اللطمة التي تفقاً
العين عمد محض لأن اللطم يؤدى غالباً لفقاً العين ^(٤) .

٢٧٣ - ويستوى أن يكون الفعل مباشراً أو بالتسبب فالضرب باليد
وشد حبل رفيع في طريق الجنى عليه ليتعثر فيه 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 المصرى كما ذكرنا من قبل لا يتسع للأفعال المعنوية أما في فرنسا
فيما قبل على الفعل المعنوى فيما دون النفس لأن القانون الفرنسى يجعل في حكم
الضرب أنواع التعدى والإيذاء الأخرى بينما القانون المصرى 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 .

(٥) (٢٤ - التصريح الجنائى الإسلامى ٢)

٢٧٥ - ويشترط أن يكون الجاني عليه معصوما فإن لم يكن كذلك فالفعل مباح ولا يعتبر جريمة وقد تكلمنا عن المعصمة 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 أتاح لاعماء 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 تكلمنا عن الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية كما تكلمنا 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 تنقلب على الشرع في القتل إذا كان الشرع 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 بحذافيره 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 — فرق هـامس : 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 منفعتة 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 لأنها يسولان 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 البذل والمستبدل يناهين طبيعة الاستبدال ويترتب على ذلك أيضا 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 ممكنا 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 اقتصر في بعض الجرح سقط حقه في الباقي ولا شيء له وهو بالخيار إن شاء اقتصر ولا شيء له وإن شاء أخذ الدية وهذه نظرية مالك وأبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد .

وَيَمْتَنَعُ الْحَكْمُ بِالْعُقُوبَةِ الْأَصْلِيَّةِ إِذَا امْتَنَعَ الْقصاصُ أَوْ سَقَطَ لِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ الَّتِي تَذَكَّرُهَا بَعْدَ ، وَهَذِهِ الْأَسْبَابُ بَعْضُهَا عَامٌ وَبَعْضُهَا خَاصٌّ بِمَا دُونَ النَّفْسِ .

أسباب امتناع القصاص العامة

٢٨٤ - أورو : إِذَا كَانَ الْقَتِيلُ جِزْءًا مِنَ الْقَاتِلِ : إِذَا كَانَ الْقَتِيلُ جِزْءًا مِنَ الْقَاتِلِ امْتَنَعَ الْحَكْمُ بِالْقصاصِ وَيَكُونُ الْقَتِيلُ جِزْءًا مِنَ الْقَاتِلِ إِذَا كَانَ وَلَدَهُ فَإِذَا جَرَحَ الْأَبُ وَلَدَهُ أَوْ قَطَعَهُ أَوْ شَجَّهُ فَلَا قِصاصَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «لَا يَقَادُ الْوَالِدُ بَوْلَدِهِ» ، أَمَّا الْوَلَدُ فَيَقْتَصُّ مِنْهُ لَوَالِدِهِ طَبَقًا لِلنُّصُوصِ الْعَامَةِ ، وَيَدْخُلُ تَحْتَ لَفْظِي الْوَالِدِ وَالْوَلَدُ كُلُّ وَالِدٍ وَإِنْ عَلَا ، وَكُلُّ وَلَدٍ وَإِنْ سَفَلَ ، وَحَكْمُ الْأُمِّ هُوَ حَكْمُ الْأَبِ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، وَالْجَدَّةُ كَالْأُمِّ سِوَاهُ كَانَتْ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ أَوِ الْأُمِّ . وَيَرَى مَالِكُ الْقِصاصِ مِنَ الْأَبِ فِي الْقَتْلِ إِذَا لَمْ يَكُنْ شَكٌّ فِي قَصْدِ الْقَتْلِ وَلَكِنَّهُ لَا يَرَى الْقِصاصَ مِنَ الْأَبِ فِي غَيْرِ الْقَتْلِ وَيَرَى تَغْلِيظَ الدِّيَةِ عَلَيْهِ وَالتَّغْلِيظَ عِنْدَ مَالِكٍ هُوَ تَثْلِيثُ الدِّيَةِ ^(١) .

وعلى هذا فليس ثمة خلاف بين الأئمة الأربعة في امتناع القصاص من الوالد لوالده إذا جنى عليه فيما دون النفس ، وقد تكلمنا عن هذا الموضوع بتوسع عند الكلام على القتل العمد .

٢٨٥ - ثانيا : انعدام التكافؤ : إِذَا انعدم التكافؤ بين الجاني عليه والجاني فلا قِصاصَ وينظر إلى التكافؤ من ناحية الجاني عليه وحده لا من ناحية الجاني . وفي مذهب مالك هذا شرط التكافؤ في النفس إما فيما دون النفس فهو يشترط التكافؤ من الوجهين فعنده لو قطع كَفْرًا أو عبداً يدمس لم يكن له أن يقتص منها ولو قطعها فليس لها أن يقتصا منه ^(٢) .

فإن كان الجاني عليه مكافئاً للجاني أو خيراً منه وجب القصاص وإن كان لا يكافئه امتنع القصاص ولا يشترط في الجاني أن يكافئ الجاني عليه لأن شرط

(١) مواهب الجليل - ج ٦ ص ٢٥٦ .

(٢) مواهب الجليل - ج ٦ ص ٢٤٥ ، شرح الدردير ص ٢٢٢ .

التكافؤ وضع لمنع قتل الأهل بالأدنى ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأهل .
 وأساس التكافؤ عند مالك والشافعي وأحمد : الحرية والإسلام ، وأساس
 التكافؤ عند أبي حنيفة الحرية والجنس ، وسنتكم 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 مالك 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 مالك خرج عليها

(١) انظر ج ٩ ص ٣٤٨ - ٣٥١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠ ، المذهب

ج ٣ ص ٢١٥ - 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 الأنثى يقتص منها للذكر والذكر يقتص منه للأنثى وهذا فى 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 أرشيهما امتنع القصاص فى طرفيهما سواء كان الجانى هو الذكر أو الأنثى^(٣).

التماثل فى العدد : يشترط أبو حنيفة التماثل فى العدد بين الجنى عليه والجانى فيجب أن يكون الجانى واحداً ليقتص 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 سنّاً 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 تماثلة بين جارحة وجوارح ، كيد واحدة وأيدى لافى الذات ولا فى المنفعة ولا فى الفعل . أما فى الذات فلا شك فيه لأنه لا تماثلة بين العدد والفرد من حيث الذات

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٥ ، راجع الفقرة ١٥٣ .

(٢) المغنى 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 لا تقطع بالشلاء لقوات المائلة من حيث الوصف مع التساوى في الذات . فأولى أو يمتنع القصاص لقوات المائلة في الذات وأما في المنفعة فلأن منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة ومن المنافع مالا يتأتى إلا باليدين كالكتابة والخياطة ، وأما في 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 أبي حنيفة وجه في مذهب أحمد .

ويرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من الجماعة الواحد ، وحجتهم أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع على يده ثم جاء بآخر فقالا هذا هو السارق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثانى وغرمهما دية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعكما فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحد ولأنه أحد نوعى القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس .

ويرى الشافعي وأحمد ، أنه يجب للقصاص من الجماعة بالواحد أن يكون اشتراك الجماعة في 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 المسكرين كلهم والمسكره أو يتعاونوا في 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

سرة حتى بانت 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 بمفرده اقتص منه ^(١) .

أما مالك ففرق بين حالة التماؤ وعدم التماؤ فإن تماؤوا 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 تماؤ فإن تميزت أفعالهم أخذ كل منهم بفعله ، وإن لم تتميز أفعالهم فعليهم القصاص كما لو تماؤوا وهناك من يرى ألا قصاص عليهم وعليهم الدية ^(٢) ولا يشترط الشافعي وأحمد التماؤ فيما دون النفس ويكفي التوافق للقصاص من الجميع .

٢٨٦ - ثانياً : أنه يكون الفعل شبه عمر : - 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 تربة . وهي شبه عمد إذا كان الفعل متعمداً ولكنه لا يؤدي غالباً إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن لطم آخر فقأ 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) المغني ج ٩ ص ٣٧٠ وما بعدها ، المذهب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢ .

(٣) الفرح 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 تعمّد الفعل.

٢٨٧ - رابعا : أنه يكوره الفعل تسهيا : 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 تكوره الجناية قر 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 إظهار 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 لنفس 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 أجاز الجانى الجنى عليه أو شجبه آمة أو دامة فالقصاص لا يمكن فى هذه الحالات ، لأنه لا يمكن إجازة 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 دون النفس : أسباب امتناع

القصاص الخاصة بما دون النفس هي : أولاً - عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف .
ثانياً - عدم المماثلة 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 الحل 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 ملائمه ، فإن كان القطع من غير مفصل أو لم يكن له حد ينتهى إليه
كالقطع من قصبة 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 الرأى أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب
أحمد ، الرأى الثانى : يرى أصحابه أن يقتصر من أول مفصل داخل في محل الجناية
وله حكومة في الباقي حيث لا يمكن القصاص على وجه المماثلة من غير المفصل ،
فن قطع ذراعه من نصف العضد كان له أن يقتصر من المرفق ويأخذ حكومة
عن نصف العضد ، ومن قطع ذراعه من نصف الساعد كان له أن يقتصر من
الكوع ويأخذ حكومة عن نصف الساعد من هذا الرأى 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 الفائل : 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 البديل 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 رأى 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 يودي إلى الإقتصاص من الباضعة أو السمحاق موضحة إذا

(١) الفرح السكبير للددير ج ٤ ص ٢٢٤ ، المدونة ج ١٦ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

كان اللحم أى لحم الشاج خفيفاً ، أو الاقتصاص من السمحاق متلاحة ، أو باضعة إذا كان لحم الشاج أخف من لحم المشجوج^(١) .

وأساس اختلاف الفقهاء فى جميع ما سبق 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 محل الجنابة ، فلا يؤخذ شيء 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 اليمينية إلا باليد اليمينية 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 الشيثين 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 للاقتصاص 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 ، المذهب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٢ - المذهب 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 الشافعي وأحمد في أخذ الشلاء بالصحيحة فيشترطان أن يقرر أهل الخبرة أن قطع العضو الأشل لا يؤثر على حياة المقتص منه لأن الشلل علة وللعلل 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 للجاني فإن لم يكن فيه نفع فلا قصاص .

ويرى مالك والشافعي وأحمد القصاص بين الأشلين للمساواة ويرى بعض فقهاء مذهب الشافعي أن لا قصاص لأن الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها على الأجسام . أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص بين الأشلين لأنه يشترط التماثل في الأرض 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 السكامل بالناقص ، فثلاً لا تؤخذ يد ولا رجل كاملة الأصابع بيد أو رجل تنقص أصبعاً أو أكثر لانعدام المساواة ، وهذا هو رأى أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، ولكن يجوز أخذ الناقص بالسكامل . فتؤخذ اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً أو أكثر باليد أو الرجل الصحيحة ، وليس للمقتص شيء عند أبي حنيفة ورأى في مذهب أحمد ، وله عند الشافعي ورأى في مذهب أحمد أرش ما نقص لأنه وجد بعض حقه فآقتص فيه ، وعدم بعضه فانتقل القصاص فيه إلى البديل وهو الأرض ، أما مالك فيرى قطع اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً واحداً بالسكاملة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٦ ، ٣٠٨ - بدائع الصنائع ص ٢٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٥٨ - ٤٤٨ .

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 فيتمين قطع الناقصة بالكمال 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 أظافر بيد لا أظافر لها، لكن تؤخذ اليد ذات الأظافر الصحيحة باليد ذات الأظافر 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 للتأمل والمساواة وهو رأى الشافعي وأحمد ويتفق مع رأى مالك.

ويرى أبو حنيفة، أن مقطوع الإبهام إذا قطع يد مقطوع الإبهام فلا قصاص لأن قطع الإبهام توهين للكف، ويسقط تقدير الأرش، فلا يعرف إلا بالحرز والظن، فتعذر المائلة. وعند بقية الفقهاء القصاص واجب للتأمل^(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 لانهائه إلى مفصل فوجب فيه القصاص، ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير، وجفن الضرير بجفن البصير، لأنهما متساويان في السلامة من النقص وعدم الإبصار ليس نقصاً في الجفن ذاته

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ - النمرج الكبير ج ٩ ص ٤٤٨ - ٤٤٩ - المذهب 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، المذهب 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 المألن منه ، لأنه ينتهى إلى مفصل ، ويؤخذ الكبير بالصفير والأقنى بالأفطس. والأشم بالأخشم الذى لا يشم . لأنهم امتساويان في السلامة من النقص وعدم الشم نقص في غيره ويؤخذ البعض بالبعض ، وهو أن يقدر ما قطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجانى ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأن أنف الجانى قد يكون صغيراً وأنف الجانى 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 لانتهاؤه إلى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بالجذام ، ولكن يؤخذ المارن الصحيح بالمارن المريض بالجذام ما دام لم يستط 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 الجنابة 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 اللارن ، لأن له حداً ينتهى إليه وهو مالان منه ، أما إذا قطع بعضه ، أو كان القطع من قصبه الأنف فلا قصاص لعدم استيفاء المثل في البمض . ولأنه لا قصاص من العظم ، وإن كان أنف القاطع أصغر خيراً المتطوع أنفه الكبير إن شاء قطع وإن شاء أخذ الدية ، وكذلك إذا كان قاطع الأنف أخشم لا يحد الريح أو أخرج الأنف أو بأنفه نقصان من شيء أصابه فإن القطوع بخير بين القطع وبين أخذ دية أنفه ^(١) .

العين : تؤخذ العين بالعين عند الفقهاء الأربعة لقوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ ولأنها تنهى إلى مفصل فجرى القصاص فيها ، وتؤخذ العين السليمة بالضعيفة خلقة أو من كبر ، فتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة ، وعين الكبير بعين الصغير والأعمش ، ولا تؤخذ الصحيحة بالفأمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وتؤخذ الفأمة 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 قصاص 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 .

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 بذله دية كاملة ، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء ، إذ لا تؤخذ عينان بعين واحدة ، ولا أخذ مجنى ييسرى ، فوجب الرجوع ببذل نصف الضوء ، ويرى البعض أن ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية . لأن الزيادة هنا غير مثمرة فلم يكن لها بدل . ويرى مالك أن الصحيح إذا فقأ عين الأعور فللأخير أن يقتص أو يأخذ دية كاملة لانصف دية ^(١) .

٢٩٦ - الأذنة : وتؤخذ الأذن بالأذن عند الأئمة الأربعة لقوله تعالى ﴿والأذن بالأذن﴾ ولأنه يمكن القصاص لانتهاؤه إلى حد فاصل : وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وأذن الأصم بأذن السميع ، لأنهما متساويان في السلامة من النقص ، وعدم السمع نقص في غير صوان الأذن وتؤخذ بعض الأذن ببعضها ويراعى في تقدير المقطوع 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 للزيفة ، ولا يؤخذ صحيح بمشقوق لأنه يأخذ أكثر من حقه . وتؤخذ 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 ، المغنى ج ٩ ص ٤٣٠ - ٤٣٢ ، المذهب ج ٢

ص ١٩١ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٨ .

(٢) موهب 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 - الشفاه : ويؤخذ الشفة بالشفة ، وهو ما بين جلد الذقن والخدين ، علواً وسفلاً لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهي إلى حده معلوم ، والقصاص فيه ممكن وهذا هو رأي الأئمة الأربعة ، وفي مذهب الشافعي ، من يرى أن لا قصاص في الشفتين لأنه قطع لحم لا ينتهي إلى عظم ، وهو رأي مرجوح ، وفي مذهب أبي حنيفة يرون القصاص في الكل ، ولا يرون القصاص في الجزء لعدم إسكان القصاص بدون حيف ^(١) .

٢٩٨ - اللسان : ويؤخذ اللسان باللسان عند مالك والشافعي وأحمد لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن له حداً ينتهي إليه ، فاقص فيه ، ولا يؤخذ لسان الفاطق بلسان الأخرس ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه ، ولا يرى مالك القصاص في هذه إلا إذا كان في اللسان منفعة للجاني كما هو الحال في اليد الشلاء ، وإن قطع نصف اللسان أو ثلثه أو رבעه اقتصر من لسان الجاني في مثل ذلك القدر ، وفي مذهب الشافعي رأى يرى عدم القصاص في البعض ، لأنه لا يؤمن أن يتجاوز القدر المستحق ولكنه رأى مرجوح والمذهب أن ما يمكن القصاص في كله يمكن القصاص في بعضه ^(٢) ، أما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص في اللسان كله أو بعضه إذ القاعدة عنده أن ما يتبعض وينبسط لا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المائلة ، ولكن أبا يوسف يرى القصاص في 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 - الفرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٢ ، الفرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ .

٢٩٩ - السن بالسن : ويؤخذ السن بالسن لقوله تالي ﴿ 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 المنقوع 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 روضعه ثم نبتت بعد ذلك ، وإلا فلا قصاص ، حيث إنها تعود بحكم العادة كما كانت قبل السقوط أو الكسر^(١) .

٣٠٠ - اليد : 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 المجنى 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 المجنى

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ ، ٢٦١ - المذهب ج ٢ ص ١٩٢ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤ : البحر الرائق ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

عليه أرش الباقي ، وبعضهم يرى أن لا شيء له مع القصاص ، ومذهب الشافعي أن له أرش الباقي .

وقياساً على ما سبق يكون الحكم في الأعضاء ذات المفصل ، 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 يجيز هو وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يأخذ من أصابع الجاني ما يقابل الأصابع المقطوعة لأنها داخلة في الجنابة ويمكن استيفاء القصاص فيها ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما مالك فيجيز القصاص بين اليد الكاملة واليد الناقصة إذا كان النقص في الجاني أو المجنى عليه أصبعاً واحداً ، أيا كانت ، ولا مقابل للأصبع الزائدة فإن زاد النقص عن أصبع واحد فلا قصاص ، ولا يجيز مالك ما يجيزه 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 وإس 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 المعلوم 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 ، ويجيز الشافعي وبعض فقهاء أحمد القصاص من الأصابع الأصلية

على ما ذكرنا آنفاً ، ومذهب مالك يحيز القصاص لأن نقص أصبع واحدة لا يمنع من القصاص .

ويجوز أخذ الزائد بالأصلي ، فإن قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية ، فله جنى عليه عند الشافعي أن يقتل من الكف لأنه دون حقه ، ولا شيء له لنقصان أصبع أصلية ، لأن الأصبع الزائدة تقوم مقامها ، إذ أنها مثلها في الخلقة . وفي مذهب أحمد رأى يرى أن لاقصاص لاختلاف الزائدة عن الأصلية ، ورأى يرى القصاص إذا كانت الزائدة في محل الأصلية ، ورأى يرى القصاص مطلقاً لأن الزائدة لا عبرة بها .
ويظهر أن أبا حنيفة يحيز أخذ الزائد بالأصلي ، لأنه يعتبر الزيادة نقصاً ، والقاعدة عنده أن الناقص يؤخذ بالسكامل ^(١) .

والقاعدة عند مالك : أنه لا يؤخذ السكامل بالناقص . ويؤخذ الناقص بالسكامل ، إلا إذا رضى المجنى عليه أن يأخذه دون مقابل النقص حتى لا يجمع بين قصاص ودية .

فمثلاً إذا قطع صاحب اليد السليمة أقطع الكف لم يقتل للأقطع من يد السليم حيث لا يؤخذ كامل بناقص ، لكن إذا قطع أقطع الكف يد غيره من المرفق فله جنى عليه القصاص بأن يقطع اليد الناقصة من المرفق وله أن يختار الدية ، فإذا قطع اليد الناقصة فلا شيء له ^(٢) .

ولا يحيز مالك لمن قطع من مفصل أن يقطع الجاني من مفصل أدنى منه داخل في الجنابة ولورضى الجاني 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 .

ويقتض 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 المزلل ، ولا قصاص عنده في مزلل ، حتى أنه يرى أن لاقصاص بين يدين في كل منهما أصبع زائدة ، ولكن أبا يوسف يرى القصاص في هذه الحالة للمساواة بين اليدين .

٣٠١ - الإليتان : - وتؤخذ الإليتان بالإيتين وهما الناتئتان بين الظهر والفخذ ، وهو زأى مالك . ويأخذ به بعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد ، وحجتهم قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن الإيتين ينتهيان إلى حد فاصل ، فوجب فيهما القصاص كأي عضو له مفضل ، أما البعض الآخر فيرى أن لاقصاص لأن الإيتين لحم متصل بالجم وليس له حد فاصل يؤمن معه الحيف وهو رأي أبو حنيفة (١)

٣٠٢ - ويؤخذ الذكر بالذكر : لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهي 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 ينتهي إليه .

ويؤخذ بعضه ببعضه عند مالك وأحمد ، وفي مذهب الشافعي رأيان أرجحهما أخذ البعض ببعض ، وعند أبي حنيفة تؤخذ الحشمة بالحشفة ولاقصاص في بعضها ولا في بعض الذكر غيرها .

ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الحمصى 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 بالأشل 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 الأثنان بالأثنين لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه ؛ فإن قطع أحد الاثنين وقال أهل الخبرة يمكن أخذها من غير إتلاف الأخرى اقتص منه حتى لا تؤخذ اثنيان بواحدة ، وهذا هو رأى الشافعى وأحمد والظاهر من مذهب مالك ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص فى الاثنين حيث لا حد لهما ينتهيان إليه فيهما^(١) .

٣٠٤ — الشفاعة — قياس مذهب مالك أن فى الشقرين القصاص ، وقياس مذهب أبى حنيفة لا قصاص فيهما ، وفى مذهب الشافعى وأحمد رأيان : أحدهما يقول بالقصاص ، والثانى يرى أن لا قصاص ، وحجة الأول أن لهما حداً ينتهيان إليه ، وحجة الثانى أن الشقرين 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 تابعا للطرف فى هذه الحالة .

والأصل أنه لا قصاص فى تفويت منفعة معانى الأطراف لعدم إمكان الاستيفاء ، ولكن معظم الفقهاء لا يرون مانعا من محاولة القصاص ، فإن أمكن الاستيفاء ، فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإن لم يتمكن ألزم 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 ٢٤٢ — 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 لا قصاص فى شعر الرأس والحاجبين 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 المجنى عليه حقه ، وإلا وجب عليه الدية بدلاً من القصاص ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد^(١) ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص في الفعل ولا في ذهاب المعنى ، ولو كان الفعل أصلاً يمكن القصاص فيه كالموضحة التي تذهب البصر ، لأن القصاص على وجه المائلة غير ممكن ، إذ الفعل الذي يراد القصاص فيه جرح مذهب لمعنى طرف ، وإحداث مثل هذا الجرح على وجه التماثل غير ممكن ، ويرى أبو يوسف ومحمد القصاص في الفعل إذا كان مما يجب فيه القصاص وفي المعنى الدية ، وهناك رواية عن محمد عن ابن سماعة أن في الفعل والمعنى القصاص معاً إذا كان القصاص من المعنى ممكناً كالإبصار ، أما إذا كان القصاص من المعنى غير ممكن فلا قصاص إلا في الفعل ، ويرى بعض أصحاب الشافعى أن لا قصاص في السرماية أصلاً وهو رأى مرجوح وليس هو المذهب^(٢) .

ويضربون مثلاً لتطبيق القواعد السابقة في حالة وجوب القصاص في الفعل رجل ضرب آخر فشججه موضحة ذهب معها سمعه أو بصره أو شمه ، فلم يجنى عليه عند مالك والشافعى وأحمد أن يقتص من الموضحة ، فإن ذهب معها السمع أو البصر أو الشم فقد أخذ حقه ، وإن لم يذهب عوّل بما يذهب بصره أو سمعه أو شمه دون جناية على العين أو الأذن أو الأنف ، فإن كان إذهاب المعاني يقتضى الجناية على هذه الأعضاء لم يجز إذهاب المعاني . ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص في الموضحة ولا في غيرها ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص في 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 ٤٤٢

فقط ، ورأى محمد عن ابن سماعة ، ورأى بعض فقهاء مذهب الشافعى يرى القصاص المباشر من الموضحة ومن المين ، ولا يرى القصاص المباشر من السمع والشم لأنه غير ممكن .

ويضربون مثلاً في حالة عدم القصاص شجرة 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 الدامة .

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 والسمحاق إن أمكن القصاص في السمحاق ، بينما ذكر محمد في الأصل أن القصاص واجب في الموضحة أو السمحاق والباضعة والدامة ، لأن استيفاء مثل يمكن 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 ، لكنها يريان أن المجنى 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 المجنى 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 البديل 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 .

أما 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 والسمحاق 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 كانت 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 متممداً القتل لأن الجراحة تصبح بالسراية نفساً^(٣) .

ويرى الشافعي وأحمد القصاص في جراح الجسد إذا كان الجرح في معنى

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩٠ - الفرح 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 والمضد والساق والخذ فهذه يمكن المائلة فيها فيجب فيها القصاص . ولكن بعض أصحاب الشافعى لا يرون القصاص فى جراح الجسد أيا كانت . وهو رأى مرجوح وحبثهم أن موضحة الرأس لها أرش مقدر ، أما جراح الجسد فلا ، ورد عليهم بأن الأساس فى القصاص ليس الأرض ، وإنما قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ^(١) .

وأساس اختلاف الفقهاء هو اختلاف التقدير ، فمن رأى القصاص ممكناً على وجه المائلة فى معظم الجراح كذلك قال به . ومن رآه غير ممكن أصلاً كآبى حنيفة قال لا قصاص ، ومن رآه ممكناً فى الإيضاح فقط كالشافعى 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 والمصلا 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 المصلا 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 غوqبتم به ﴾ فأمر بالمائلة فى العقوبة والقصاص . فالواجب أن يفعل بالمعتدى كما فعل فإن لم يمكن كان الوجه ، 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

حسًا وشرعًا من التمييز بغير جنس اعتدائه ، وقدره وحقيقته ، وقد استدلل على صحة رأيه بأن أحمد بن حنبل قال بالقصاص من اللطمة والضربة ، وأن أبا بكر وعثمان وعليًا وخالد بن الوليد أقادوا من لطمة ، وأن عمر بن عبد العزيز أقاد رجلا صفعه آخر حتى سلح^(١) ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد القصاص من اللطمة إذا ذهبت بضوء العين^(٢) ولكنهم لا يرون القصاص في اللطمة وحدها .

استيفاء القصاص

٣٠٩ - **سحق القصاص** : مستحق القصاص فيما دون النفس هو المجنى عليه دون غيره وله أن يستوفي القصاص إذا كان بالغًا عاقلًا . 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 قصاصًا استحق للصغير أو المجنون ، لأن القصاص للتشفي ، ولا يتوفر هذا المعنى في قصاص الولي والوصي . فينتظر بلوغ الصغير وإفاقة المجنون^(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 ، ويعطل 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 الموقنين ج ٢ ص ٢ وما بعدها .

(٢) المهلب ج ٢ ص ١٩٩ المعنى ج ٩ ص ٤٢٨

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٢ .

(٤) النسخ الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ - مذهب ج ٢ ص ١٩٦ .

الأموال، وللوصى ولاية استيفاء المال . فأخير له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس ، لأنه في حكم استيفاء المال^(١).

٣١٠ - هل يحبس 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 الولى والوصى : تتأثر سلطة الولى 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 لا وأبى حنيفة منعا الولى 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 للولى والوصى الصلح على القصاص مقابل مال بشرط أن لا يقل عن الدية أو الأرش ، فإن صالحا على أقل من ذلك كان للصغير والمجنون الرجوع على الجاني بما نقص من الدية أو الأرش ، ويقيد مالك الرجوع على الجاني بأن لا يكون معسراً وقت الاتفاق ، وإذا رجع المجنى عليه على الجاني لم يكن للجاني أن يرجع على الولى أو الوصى 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 البعز الراش ج ٨ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٣) المراجع السابقة .

والشافعي وأحمد لا يريان أن للولى حق الاستيفاء ، ولا يجعلان للوصى أو القيم دخلاً في هذا الحق ، ولكنهما يعطيان الولى حق المعفو عن القصاص إلى الدية ، ولا يعطيانه حق المعفو مجاناً ولولى الجنون أن يفو على المال عند البعض بالشرط السابق . وليس له المعفو عند البعض لأن نفقته في بيت المال^(١) .

٣١٢ - هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ : المسألة في منع الصغير والمجنون من الاستيفاء قبل البلوغ والإفاقة ، أن القصاص حق ، وأن استعماله يقتضى الأهلية فيمن يستعمله ، فإذا وثب الصغير أو المجنون بالجاني فعلاً به مثل ما فعل بهما كأن كان الجاني قطع يد الصغير فقطع الصغير يده ، فبرى البعض أنه يصير مستوفياً لحقه لأن عين حقه أتلفه ، فأشبهه مالهو كانت له ودیعة عند رجل فأتلفها ، فإن المودع لديه لا يسأل عن الودیعة 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 يلى 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 يخيف المقتص فوجب أن يكون تحت إشراف السلطان .

ومذهب أبى 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) نهایه المحتاج ج ٨ ص ٢٨٤ - والمهذب ج ٢ ص ٢٥٠ - والفرج الكبير ج ٩ ص ٣٨٥

(٢) الفرج الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ - والمهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

فإن الجنى 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 الجنى عليه من الذين لا يحسنون الاستيفاء^(١) .

ويرى مالك والشافعي - ورأيهما وجه في مذهب أحمد - يرون بأن الجنى عليه ليس له أن يستوفى فيما دون النفس بأي حال ، سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجاني أو يجنى 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 يقولان 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) بدائع 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 الشافعي وأحمد عند الاستيفاء بمكان الشجة والجراحة من العضو المصاب مادام هذا المكان في عضو الجاني لا يتسع للقصاص ، ويعتبران عضو الجاني كله ، أعلاه وأسفله ، ووجهه وظهره محلا للقصاص حتى تستوفي الجراحة المائلة طولا وعرضا ، ولكنهما يشترطان أن يبدأ من حيث بدأ الجاني إذا كانت الجراحة لاتأخذ كل العضو وأن لاينتقل القصاص من عضو إلى عضو آخر فإذا لم يتسع عضو الجاني كله لمثل الجراحة التي بعضو الجني عليه . اكتفى بما اتسع له عضو الجاني فقط . وهذا لا يظهر إلا إذا كان عضو الجاني أصغر من عضو الجني عليه أما إذا كانت مثله فالاستيفاء في نفس الحل .

فمثلا إذا كانت رأس الشاج أصغر من رأس المشجوج ، وكانت الموضحة في مقدم الرأس أو في مؤخره أو قزعتة وأمكن أن يستوفي قدرها في موضعها من رأس الشاج لم يستوف في غيرها . وإن كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الشاج استوفى بقدرها ، وإن جاوز الموضع الذي شجه في مثله لأن الجميع رأس ، فإن كانت في مقدم الرأس فلم يتسع لها مقدم الرأس استوفى بقية الشجة في جانب الرأس وإن كان قدرها يزيد على كل رأس الجاني لم يجز أن ينزل إلى الوجه والفتق لأنه قصاص في غير العضو الذي جنى عليه وهو الرأس وإن أوضح الجاني كل رأس الجني عليه ، ورأس الجاني أكبر من رأس الجني عليه ، بدأ الجني عليه بالقصاص من أي جانب شاء ، لأن الرأس جميعها محل للجناية ، وإن أراد أن يستوفي بعض حقه من مقدم الرأس ، وبعضه من مؤخره فهناك رأيان : رأى يقول بعدم جوازه لأنه يأخذ موضحين بموضحة ، ورأى يقول بالجواز مادام لايجاوز قدر الجناية وموضعها وهو الرأس ، إلا أن يقول أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أو شين .

أما إذا كان رأس الجاني هو الأكبر فللمجني عليه أن يستوفي مثل شجته في مكانها . وهذا هو رأى الشافعي وأحمد^(١) .

(١) المذهب ج ٢ ص ١٩٠ - المغني 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 الجنى 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 يقتصرها 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 مالم تسكن 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 التعمد إليه ، فيجب أن يستوفى مادون السيف بالآلة الملائمة للقصاص ، ويتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاؤه ، ولقد

منعنا القصاص كلية فيما تحشى الزيادة في استيفائه ، فلأن يمنع الآلة التي يحشى منها الزيادة أولى ، فإن كان الجرح موضحة أو مألشبهها فيقتص بالموسى أو بحديدة ماضية معدة لذلك ، ولا يستوفى إلا من له علم كما قدمنا كالجراح ومن في حكمه ، وإن كان على موضع الجراحة شعر خلق ، 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 الملمع 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 بآلة ماضية معدة للاستيفاء وأن يكون الاستيفاء من خبير يأتي به على أرفق وجه وأسهله^(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 - بهائم الصنائع ص ٣٠٩ - مهذب ج ٢ ص ١٩٩ - المغنى ج ٩ ص ٤١٢ .

(٢) مواهب الجليل ص ٢٣٥ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٤٤٩ .

٣١٥ - الاستيفاء عند تعدد المستحقين : إذا تعدد المستحقون وكان محل

حق كل منهم غير محل الآخر فلكل منهم أن يستوفى حقه في أى وقت يشاء .
حيث لا يتوقف استيفاء حقه على استيفاء الآخرين .

أما إذا تعدد المستحقون لمحل واحد كأن قطع رجل يمين رجلين . فإن محل القصاص للمجنى عليهما هو يمين الجاني . وحكم هذه الحالة عند مالك ، أنه إذا حضر المجنى عليهما معاً أو حضر أحدهما وتقيب الآخر فإن يد الجاني تقطع وليس لهما شيء غير ذلك ، وهذا تطبيق لنظريته فإن القصاص واجب عيناً ، وإن حقهما 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 واختلفت حقوقهم . بأن استحق أحدهم كل العضو واستحق بعضهم بعض العضو . كان قطع لواحد السبابة اليمينية ، 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 الثلاثة فيقتص للأول في السبابة ثم تقطع بقية أصابعه ، ثم تقطع اليد من المرفق .

ويرى أبو حنيفة أنهما إذا حضرا جميعاً فلها أن يقطعا يمين الجاني وبأخذها 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 فيستوفى الباقي من الأرش .

وهذا الرأي تطبيق لنظرية أبي حنيفة في وجوب القصاص عيناً ، تلك

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 خيراً 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 بغفو أو صلح 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 حقاله ،
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 أزداد 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 ، خيراً بين القصاص والدية ، ولا شيء له إذا
اقتص عند بعض فقهاء مذهب أحمد ، وله أرش للناقص عند الشافعي وبعض الفقهاء ،

(١) المفتي ج ٩ ص ٤٤٩ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٩٥ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٣ - المفتي 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
ولم 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
ممكّن . 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 يكن 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 الثلاثة فيقطع الأصبع ثم تقطع بعد ذلك اليد وفي
الحالين لا شيء للمبني 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 النقصان ويخير صاحب اليد بين القصاص والدية ، لأن
الكف صارت معيبة بقطع الأصبع فوجد حقه ناقصاً فثبت 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 يطالب ، فإن جاء

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٠ .

(٢) المواهب ج ٦ ص ٢٥٦ - الدردير ص ٢٣٦ .

صاحب الأصبع بعد ذلك أخذ الأرض 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 الفصل الأول للأول ، والفصل الثاني للثاني والمفصل الثالث للثالث . وعند أبي حنيفة إن جاوزوا جميعاً يقطع المفصل الأعلى لصاحب المفصل الأعلى . ثم يخير صاحب المفصلين ، إن شاء استوفى حقه قصاصاً من المفصل الأوسط ولا شيء له من الأرض ، 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 إيفاء حقوقهم بقدر الأمكان وذلك في البداية بما لا يسقط حق بعضهم ، فالبداية بقطع المفصل الأعلى لا تسقط حق الآخرين في القصاص أصلاً لإمكان استيفاء حقيهما من النقصان ، ولكن البداية بالقصاص لصاحب الأصبع تسقط حق صاحب المفصل وصاحب المفصلين ، أما إذا جاوزوا 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 .

الأرشف ، ولصاحب الأصبع الخيار بين أن يقتص من المفصل الباقي ولا شيء له ، وإن شاء أخذ دية الأصبع . وإذا جاء صاحب المفصل أولاً ، فهو كالو جاوزوا معاً ^(١) .

أما الشافعى وأحمد فعندهما يقتص أولاً لمن جنى عليه أولاً ، فإن كان صاحب الأصبع هو الذى جنى عليه أولاً اقتص له وللآخرين الأرشف فيما قطع منهما ، وإن قطع صاحب المفصلين أولاً اقتص له ولصاحب المفصل أرشف ما قطع منه ، وخير صاحب الأصبع بين أن يقتص فى المفصل الباقي ويأخذ أرشف مفصليه عند الشافعى 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 الثانى خير على الوجه السابق ، فإن اقتص تعين حق صاحب المفصلين فى 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 الثانى فى القطع خير بين القصاص والدية ثم خير بعده صاحب الأصبع ^(٢) .

ويقاس على ما سبق قطع اليد اليمنى لشخص من المصمم وقطع نفس اليد لآخر من المرفق .

٣١٨ - تكرر أفعال الجاني: وإذا قطع المفصل الأعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثانى منها ، فبرى مالك القصاص من المفصل الثانى إلا إذا كان الجاني يقصد المثلة فيقطع المفصلان واحداً بعد واحد ^(٣) .

ويرى أبو حنيفة القصاص فى المفصل الأول ولا قصاص عنده فى المفصل الثانى وعليه أرشفه 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) المغنى ج ٩ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ - للمهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

(٣) الفرح 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 متحققا 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 فالفعلان جنابة 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 ، فالمائلة متوفرة والقصاص فى الثانى لاختلاف 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 عندم فى غير مفصل ، أما عند مالك فعليه القصاص فى الجنايتين 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 ما لم يكن الجانى قد قصد المثلثة فيقتص من القطعين ، وعند أبى حنيفة أيضاً يقتص من القطع الثانى ، لأن الفعلين يعتبران جنابة واحدة ، والقطع الثانى من مفصل ، وليس فى مذهب الشافعى وأحمد ما يخالف رأى أبى حنيفة^(٣) .

وإذا قطع من رجل يمينه من المفصل فاقصص 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 ، فبرى 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 برء 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 بدخل 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 برء القطع فقد اختلفوا ، ففريق يرى

(١) نفس المرجع السابق .

(٢) الدردير ج ٤ ص ٢٣٦

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ - الأهدب ج ٢ ص ١٩٥ .

دخول ما دون النفس في النفس وفريق يرى أنه لا يدخل .
وإن قطع يدرجل وقتل آخر ، فمذموم مالك يندرج الطرف في النفس ،
فيقتل 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 المقبول
والقاعدة أنه إذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يحز إسقاط أحدهما ^(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 العمدة قصاص ، 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 ألزم بدية واحدة ، ومن قطع شخصاً ثم قتله بعد براءة القطع
ألزم 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 سرائتها بالقتل ، فلا يسقط ضمانها كما لو اندمات . ولكنه رأى
مروجح 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 - المذهب 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 ما دون 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 قتلا 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 فعلا 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 مأذونا في إتلافها كالحكموم عليه بالقتل قصاصا 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 قتلا قصاصا 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 قصاصا 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 ،
وبقى بعد ذلك أن نتكلم على سراية القود .

٣٢٣ - سراية القود : إذا اقتض شخص من طرف الجاني فسرى القصاص
إلى نفس الجاني ومات فلا مسؤولية على المقتص عند مالك والشافعى 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 ، فعندهما أن من
مات من حد أو قصاص لادية له ، وشأن القصاص شأن الحد فى السرقة ، فإنه قطع
مستحق مقدر ، فإذا لم تضمن سريته فى السرقة فلا تضمن فى 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 فى فوات الحياة عادة وقد وجد ، وكان القياس أنه يجب القصاص ،
إلأنه سقط للشبهة الناشئة عن استحقاق الطرف فدرىء القصاص ووجبت
الدية ، ويرى أبو حنيفة أن الأمر فى إقامة حد السرقة لا يختلف عن هذه الحالة
إلأن الضرورة إلى عدم إيجاب الضمان على الإمام ، لأن إقامة الحد واجب
عليه ، والتحرز عن السراية ليس فى وسعه ؛ فلو أوجب عليه الضمان لامتنع الأئمة
عن إقامة الحدود ، وفى 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 المقتص^(١) .

٣٢٤ - السراية إلى مادونه النفس : إذا كان الفعل مباحا أو مأذونا فيه
فسرى إلى مادون النفس ، كأن قطع أصبعًا قصاصًا فشلت اليد ، أو ضرب زوجته

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٧٣ - بدائع الصنائع ص ٣٠٥ - المذهب ج ٢ ص ٤٠٢

على ذراعها فآتلفه ، فالحكم هو ما ذكر في السراية إلى النفس على الاختلاف والوفاق الذي ذكر من قبل .

أما إذا كان بالفعل غير مباح ولا مأذون فيه ، فيفترق بين ما إذا كانت السراية لمعنى أو لمعضو .

٣٢٥ — 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 الجاني يجوز فيه القصاص أو لا يجوز .

فإذا كان يجوز فيه القصاص كما لو شجّه موضحة فأذهب بصره ، فيرى مالك والشافعي وأحمد^(١) أن يقتص من الشجرة فإن ذهب البصر بالقصاص من الشجرة ، فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإن لم يذهب عولج علمياً بما يزيل الإبصار دون جنابة على الحدقة ، فإن لم يزل الإبصار مع ذلك ففيه الدية .

ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص في الشجرة ولا في البصر وفيهما الأرض ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص في الموضحة والدية في الأبصار ، وهناك رواية أخرى عن محمد عن ابن سماعة في نوادره بأن القصاص يجب في الفعل والمعنى كلما أمكن القصاص في المعنى فإن لم يكن القصاص في المعنى ممكناً اقتص من الفعل فقط وفي المعنى الدية ، وحجته أن السراية تولدت من جنابة يقتص فيها إلى عضو يمكن فيه القصاص ، فوجب القصاص كما إذا سرى إلى النفس ، أما حجة أبي يوسف في عدم القصاص من المعنى بأن تلف المعنى حدث من طريق التسبب وليس بالسراية ، لأن الشجرة تبقى بعد ذهاب البصر . وحدث السراية يوجب تغيير الجنابة كالقطع إذا سرى إلى النفس ، فإنه لا يبقى قطعا بل يعتبر قتلا ، وهنا الشجرة لم تتغير فدل ذلك على أن ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب والجنابة 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 لمضو: يختلف الحكم في السراية لمضو بحسب ما إذا

كانت الجنابة مما يقتص فيه أو مما لا يقتص فيه فإن كانت الجنابة مما لا يقتص فيه فلا قصاص في الجنابة ولا في سرايتها وفيهما الدية أو الأرش بانفاق . وإن كانت الجنابة مما لا يقتص فيه فقد اختلف الفقهاء في ذلك ، فيرى مالك والشافعى أن القصاص في الجنابة فقط لا فيما سرت إليه فإن أدى القصاص إلى مثل ما أدت إليه الجنابة فقد استوفى المجنى عليه حقه وإن لم يحصل في الجاني مثل ما حصل في المجنى عليه فدية ما سرت إليه الجنابة في مال الجاني فثلاً إذا قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص في الأصبع فقط لأنه أتلفه بجنابة عمد ولا يجب في الكف لأنه يباشره بالإتلاف^(١) .

ويرى أحمد القصاص فيما سرت إليه الجنابة كلما كانت السراية إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة مثل أن يقطع أصبعاً فتتآكل أخرى وتسقط أو تتآكل الكف وتسقط فالأصبع الأخرى التي سرت إليها الجنابة والكف التي سرت إليها الجنابة كلاهما يمكن مباشرته بالإتلاف فيقتص فيهما لذلك وحجة أحمد في ذلك :

أن ماوجب فيه القود بالجنابة 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 الجنابة إلى ما لا يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة فالقصاص في الجنابة دون السراية كن قطع أصبعاً فشلت الكف أو شل بجواره أصبع آخر فالشل لا يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المائلة

(١) مهذب ج ٢ ص ١٩٤ - واهب الجليل ص ٢٤٨ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٥ .

فامتنع فيه القصاص ووجبت الدية فيما حدث فيه الشلل ^(١) .

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الجناية إذا حصلت في عضو فسرت 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 الإثنين بمثله على وجه المائلة فيمتنع القصاص ^(٢) .

وفضلا عن هذا فإن الجناية واحدة فلا يجوز أن يجب بها ضمانان مختلفان ، هما القصاص والمسأل 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 قطعًا مشلًا 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 متعدد لامتداد . فثلا إذا قطع أصبعًا فشلت إلى جنبها أخرى فأبو حنيفة لا يرى القصاص تطبيقًا للقاعدة التي سلفت ولأنه يرى أن الحل متعدد أما أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن فيرون القصاص في الأولى والأرش في الثانية لأن الحل متعدد بالفعل يتعدد بتعدد الحل حكمًا وإن كان متحدًا حقيقة لتعدد أثره وهنا تعدد الأثر فيجمل 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 للسقط 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 - الصلح .

٣٢٨ - فوات محل القصاص : - محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المائل لمحل الجناية فإذا فات محل القصاص لأى سبب كمرض أو آفة أو باعتهاء أو نتيجة استيفاء حق أو عقوبة سقط القصاص لأن محله انعدام ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله وإذا سقط القصاص لم يجب له جنى عليه شيء عند مالك أيا كان سبب السقوط لأن حق الجنى عليه في القصاص عينا فإذا سقط القصاص فقد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧

سقط حق المجنى عليه وهذا تطبيق دقيق لنظرية مالك من أن موجب العمد هو القصاص عينا وللمجنى عليه عند مالك إذا ذهبت 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 بآفة أو مرض أو ظلما، وبين قواته بحق تنفيذ عقوبة أو استيفاء وقصاص وفي الحالة الأولى لا يجب للمجنى عليه شيء. أما في الحالة الثانية فيجب له الدية بدل 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؛ وإتما هو صلح لأنه يتوقف بحسب نظريتهما على رضا الجاني بدفع الدية لأتبعهما 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 ملسكه وليه عند الشافعى وأحمد ، أما عند مالك وأبى حنيفة فلا يملكه الولى ولا الوصى ، وإنما يملكان حق الصلح فقط ، وسلطة الولى عند الشافعى مقيدة بأن يعفو على الدية بشروط تكلمنا عنها سابقاً .
أما المجنى عليه البالغ العاقل فله أن يعفو مجاناً أو يعفو على الدية .

٣٣١ — وإذا عفا المجنى عليه عن القصاص ، أو عفا وليه على الدية عند الشافعى وأحمد فقد سقط القصاص بالعفو إذا برأ المجنى عليه من جراحه دون أن تسرى إلى عضو آخر . فإن سرت إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فمعا 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 الشافعى 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 الجانى مسؤولاً عن السراية . ولكن لا يقتص منه لأن القصاص فى الأصبع سقط بالعفو ، ولا يجب فى الكف لأنها تلفت بالسراية مما يمتنع القصاص فيه فإن كان العفو على الدية وجبت الدية فى اليد كلها ، وإن كان العفو مجاناً 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 للولى أو الوصى أن يصلح على أقل من الدية فإن صالح على أقل منها صح الصلح وسقط

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٩ - المذهب ج ٢ ص ٢١٢ - المغنى ج ٩ ص ٤٧٢ -
حواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ - الدردير ص ٢٣٥ .

القصاص، ولكن للمجنى عليه أن يرجع على الجاني بما نقص عن الدية، ويشترط مالك للرجوع أن يكون الجاني معسراً وقت الصلح .

وقد تكلمنا عن الصلح والفرق بينه وبين العفو ومن يملكه وشروطه وفصلنا الكلام في هذا كله بمناسبة الكلام على الصلح على القصاص في القتل العمد وما قلناه هناك ينطبق هنا فيراجع .

المقوبات الأصلية الثانية

التعزير

٣٣٣ - يرى مالك أن يعزر الجاني على مادون النفس عمداً سواء اقتص منه أم لم يقتص لدرء القصاص أو للعفو أو الصلح على أن يراعى في التعزير أن يختلف بحسب الأحوال فمن اقتص منه عزز بعقوبة مناسبة يراعى في تقديرها أنه عوقب بعقوبة القصاص ، ومن لم يقتص منه يعزر تعزيراً شديداً يردعه عن ارتكاب جريمته في المستقبل ويقرر مالك أنه يجب التعزير مع القصاص للردع والزجر ولتناهى الناس عن ارتكاب الجريمة وأن الجاني إذا كان اقتص منه بمثل ما فعل في المجنى عليه إلا أن هذا لا يمنع من تعزيره لأنه ظالم والظالم أحق أن يحمل عليه .

ويرى أبو حنيفة والشافعي 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 في مذهب مالك ^(١) .

ويلوح أن الرأي الأخير أقرب إلى المنطق لأنه إذا كانت عقوبة القصاص تمجز عن ردع الجاني فلا شك أن عقوبة التعزير أعجز عن ردعه وتهذيبه .

٣٣٤ - وإذا كان الأئمة الثلاثة لا يوافقون على جعل التعزير عقوبة أصاية فليس عندهم ما يمنع من جعل التعزير عقوبة بدلية في حالة سقوط القصاص ، أو

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ - الدردير ج ٤ ص ٣٢٤ .

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 بتختار 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 مادون النفس عمداً وتكون الدية عقوبة أصلية إذا كانت الجناية شبه عمد لعمداً 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 المطمئنة :

تجب الدية الكاملة بتفويت منفعة الجنس وتفويت الجمال على الكمال وهي تفوت بإبادة 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 : ما لا نظير له في البدن ويدخل تحته الأعضاء الآتية :

الأنف ، اللسان ، الذكر ، الصلب ، مسلك البول ، مسلك الفائط ، 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 العيين - أي منابت الأهداب - الأهداب نفسها وهي الأشعار .

النوع الرابع :

ما في البدن منه عشرة وهو :

أصابع اليدين - أصابع الرجلين .

٣٤١ - والماعنى تجب في ذهابها الدية الكاملة ومثلها العقل والبصر والشم

والسمع والذوق والجماع والإيلاد والمشى والبطش والكلام ، وسنذكر عن

المعاني بعد الكلام عن الأعضاء فنستوفي الكلام عن إبانة الأعضاء ثم تتكلم
عن إذهب 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 بقي 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 الجناية أذهبت ذوق الأخرس أم لم تذهبه ، فإن كانت أذهبت
ففي اللسان الدية ، وإن كانت لم تذهبه ففي اللسان حكومة ، وفي مذهب أحمد

(١) مذهب ج ٢ ص ٢١٦ - مفتي 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 فكلت 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 بالقدرة على الإيلاج وهذا وجه في مذهب مالك ، أما الوجه الثاني فذهب 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 الأنثيين الدية » ، ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة وإذا

(١) مواهب الجليل ص ٦ ج ٢٦٢ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ - المهذب ج ٢ ص ١١٧ وما بعدها - المفتى 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 - المفتى 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 أحدوذب 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 فى منفعة كبيرة وليست فى البدن مثله ، فوجب فى تقويت 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 فأتت المنفعتان بحناية واحدة وجب على الجانى ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بحناية واحدة وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، ولكن فى مذهب مالك رأياً بأن فى كل من المسلكين حكومة^(٢).

٣٤٧ - الجملر : 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 - المذهب ج ٢ ص ٢٢٢ المفى ج ٩ ص ٦٢٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٣ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - مذهب ج ٢ ص ٢٢٣ - المفى ج ٩ ص ٦٣٣ .

أما أبو حنيفة وأحمد فلا يوجبان الدية في الجلد إطلاقاً ويريان الحكومة في هذه الحالات^(١).

٣٤٨ - شعر الرأس وسر 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 ففيه حكومة .

ويرى أحمد ما يراه أبو حنيفة ، ولكنه يزيد عليه أنه يحمل 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 - البرامه : 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 ، المذهب 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 المنكب ، قال بأن في الكف ومازاد عليها نصف الدية ، لأن ما زاد على الكف كله معتبر بدأ 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 أتملة من غير الإبهام ثلث دية الأصبع وفي كل أتملة من الإبهام نصف دية الأصبع لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع قسمت دية الأصبع على عدد أتمله وإن جنى على يد فشلت أو على أصبع فشلت أو على أتملة 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 أتملة شلاء وجبت فيها الحكومة . لأنه إتلاف جمال من غير منفعة^(١) وفي مذهب أحمد رأى بأن فيها ثلث الدية .

٣٥٠ - المرجع : 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 مفتى 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 أظفلة غير الإبهام ثلث دية الأصبع ، وفي كل دية من الإبهام نصف دية الأصبع لما ذكر في اليد .
وتجب الدية في قدم الأعرج ويد الأعسم إن كانتا سليمتين 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 - العنبر : 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 بقطع العينين وبفقهما ، كما تجب بذهاب الأبصار مع بقاء العينين قائمتين
٣٥٢ - الأذن : - 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 وإنما فيها جمال فقط وليس في الجمال إلا الحكومة^(١).

٣٥٣ — الشفتان: 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 فشاتا وجبت فيهما الدية لأنه أبطل منفعتهما وإن تقلصتا شيئا مع بقاء منفعتهما ففيهما حكومة^(٢).

٣٥٤ — الحاجبان: يرى أبو حنيفة وأحمد أن في الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية إذا أزيل الشعر بحيث لا يثبت 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 — الشربان والحلمتان: تجب الدية في ثدي المرأة لأن فيهما جمالا ومنفعة وتجب في إحداها نصف الدية وتجب الدية أيضاً كاملة في الحلمتين إذا قطعاً دون الثديين وفي أحدهما نصف الدية لأن في الحلمتين منفعة الثديين ويشترط مالك لوجوب الدية في الحلمتين أن ينقطع اللبن أو يفسد، فإن لم يتوفر هذا الشرط ففي الحلمتين حكومة أما باقي الأئمة فلا يشترطون هذا الشرط ويرون الدية في الحلمتين 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 ثدي الرجل فليس فيهما إلا الحكومة عند مالك والشافعي لأن في ذهابهما ذهاب جمال من غير منفعة وفي مذهب الشافعي من يرى في ثدي الرجل وحلمته الدية ، ولكن هذا الرأي ليس المذهب ، ولكنه يتفق مع مذهب أحد فهو يرى أن في ثدي الرجل وحلمته 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 ثدي الرجل وحلمته حكومة وقد بنى رأيه على أن ثدي الرجل وحلمته ليس فيهما جمال ولا منفعة ^(١) .

٣٥٦ — الأئنيان : تجب الدية في الأئنيان لما روى أن في كتاب الرسول لعمر بن حزم : « وفي البيضتين الدية » ولأن فيهما 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 الأئنيان فعليه الدية كاملة حيث أذهب منفعتهما فإن قطعهما لم تجب فيهما إلا دية واحدة ويرى أبو حنيفة ومن يقول من فقهاء مذهبي مالك وأحمد بأن ذكر الخصى والعنين فيه حكومه ، ويرى هؤلاء جميعا أنه إذا قطع الأئنيان مع الذكر مرة واحدة ففيهما ديتان ، دية للأئنيان ودية للذكر وكذلك الحكم لو قطع الذكر قبل الأئنيان ، أما إذا قطع الأئنيان قبل الذكر ففي الأئنيان الدية وفي الذكر حكومة لأنه يصبح بعد قطع الأئنيان ذكر خصي وذكر الخصى فيه حكومة ، أما القائلون بأن ذكر الخصى والعنين فيه الدية وهم الشافعية وبعض فقهاء مذهبي مالك وأحمد فيوجبون في قطع الذكر والأئنيان ديتان سواء قطعت الأئنيان 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 - الشفراء : الشفران أو الاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالنم وفي الشفرين دية كاملة إذا قطعاً حتى ظهر العظم وفي أحدهما نصفها لأن فيها جمالا ومنفعة في المباشرة وليس في البدن غيرها 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 أخذتا إلى العظم الذي تحتهما 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 أخذتا إلى العظم الذي تحتهما 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 نفعاً وجمالا وليس في البدن مثلهما 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 ونفعاً كاملاً وهى 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 - المذهب 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 - أهداب العينين : - يرى أبو حنيفة وأحمد أن في أهداب العينين الأربعة الدية كاملة لأن فيها جمالا ظاهراً أو نفعاً كاملاً وفي ربع كل واحد منهما الدية - لكن إذا قطعت الأهداب مع الأجفان ففيها كلها دية واحدة لأن الأهداب تابعة للأجفان كلمة التدى مع التدى والأصابع مع الكف . ويرى مالك والشافعي أن في الأهداب حكومة لأنها جمال لا منفعة فيه وإذا قطعت الأهداب مع الأجفان ففي مذهب الشافعي رأيان رأى : يرى أن لا شيء في الأهداب لأنها شعر نابت في العضو المتلف وهو الجفنين ورأى يرى أن في الجفنين الدية وفي الهدب الحكومة لأن فيه جمالا ^(٢) .

٣٦٢ - أصابع اليدين وأصابع الرجلين : - تكلمنا عن أصابع اليدين والرجلين مع اليدين والرجلين فلا داعي لتكرار الكلام عنهما وفيما ذكر هناك الكفاية ٣٦٣ - الأسماء : 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 بالناب والناب بالضررس فأرثها 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 ثغر وهو الذى أبدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت

(١) مفتى 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 مفتى ج ٩ ص ٥٩٣ .

سنه لم يعد بدلها ، فأما سن الصبي الذي لم ينفر فلا يجب بقلعها في الحال شيء 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 حكومة ، وإن عادت خارجة عن صف الأسنان بحيث لا ينتفع بها ففيها الدية وإن كان ينتفع بها ففيها حكومة .

وإن قلع سن من أثفر وجبت ديتها في 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 - وفي مذهب الشافعي يأخذ البعض رأى مالك والبعض بالرأى المضاد .

وتجب دية السن فيما ظهر من اللثة لأن ذلك هو المسمى سنا وما في اللثة يسمى سنخاً ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن أرشها وفي السنخ حكومة كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، 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 وضغط الطعام وجب أرشها وكذلك إذا ذهب بعض منافعها وبقي بعضها في رأى أحمد ، أما مذهب الشافعي 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 في مذهب أحمد .

وإن قلع سناً فيها داء أو أكلة فإن لم يذهب شيء من أجزائها ففيها دية السن الصحيحة لأنها كاليد المريضة ، وإن سقط من أجزائها شيء 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 التغير إلى الخضرة والحمرة والصفرة يساوي

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 أحد ، 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 خمسا 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 في الأسنان كلها إذا قلت 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 محل . ومثل ذلك سائر الأعضاء إذا ذهبت بنفعها لم يجب فيها إلا دية واحدة وهي دية العضو لا المنفعة لأن نفعها فيها فدخلت ديته وذهبها ولأن منافعها تابعة لها تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة .

أما إذا بقي العضو وذهبت منفعته فتجب الدية في المنفعة الذاهبة ، فن 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 في تحديد المعاني التي تجب فيها الدية كما سيدين لنا فيما بعد .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٣ - بدائع الصنائع ص ٣١٠ - مذهب ج ٢ ص ٢١٩

- 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 بمحجر في رأسه فذهب سمه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى عمر رضي الله عنه بأربع ديات والرجل حتى 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 الحكومه^(١).
- ٣٦٦ - ٢ - البصر : وفي البصر الدية لأنه منفعة العينين ، وكل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما ، وفي ذهاب إبطار 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 فمليه 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 أحدراي أن أحدهما : يرى في الذوق الدية ، والثاني لا يرى فيه الدية ، وتجب الدية إذا ذهبت

(١) المغني ج ٩ ص ٥٩٥ - المذهب ج ٢ ص ٢١٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها ، شرح الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ - مذهب ج ٢ ص ٢١٥ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها .

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢ - المذهب 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 نخرس 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 ففيها ديتان مع مراعاة ما ذكرنا من اختلاف 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 ويمتد به إلى مصالحه ويتق 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 كالاطمة أو التخويف ونحوها ففيه الدية لا غير وإن أذهب به 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 أذنت الشجرة أو قطع الطرف إلى الموت دخلت الشجرة والطرف في دية النفس ، فهكذا تدخل في دية العقل ، على أن زفر والحسن بن زياد لا يريان التداخل . وإن جنى

(١) الفرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ - المهذب ج ٢ ص ٢١٩ بدائع الصنائع ص ٣١١ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) المغني ص ٦٠٤ وما بعدها - الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٤ ، ٦٠٤ - المهذب 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 بالتدخل مع العقل فقط دون غيره من المعاني ، أما أبو يوسف فيقول بالتدخل 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 ، فقضى عليه عمر بأربع ديات وهو حيّ لكن إذا مات المجنى عليه من الجنابة لم تجب لإلدية 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 لإلدية 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 وأحمد 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 يضر به 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 تَصْعَرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ ﴾ أى لاتعرض عنهم بوجهك تكبراً كإمالة وجه البعير الذى به الصعر فمن جنى على إنسان جنافية تعوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب ، فيرى 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 ، وإتيام والجلوس ^(٣) .

ولكن بعض الشراح لا يرى مانعاً من القياس على هذه العشر ويضيف إليها اللبس ويرى أحمد أن فى تسويد الوجه الدية ^(٤) وفى ذهاب القدرة على الأكل الدية ^(٥) بينما يرى الشافعى فى تسويد الوجه حكومة جبرياً على قاعدته التى لاتوجب الدية إلا فى زوال منفعة .

ويرى الشافعى وجوب الدية فى إبطال الكلام وفى إبطال الصوت وفى إبطال قوة المضغ وفى إبطال قوة الإماء 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 ٢٦٠ - 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 الجمل ولو لم يكن قد فأت به منفعة .

٣٧٥ - ما يجب في فوات بعض المعنى : - القاعدة عند الفقهاء أنه إذا فأت المعنى كله وجبت فيه الدية ، فإن فأت بعضه وجب فيه بعض الدية بنسبة ما فأت ، هذا إذا كان التبعض معروفاً كذهاب الإبصار من عين دون أخرى أو كذهاب السمع من أذن دون أخرى أو كان الذاهب ممكن 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 التعمد بالأكثر لأنه ظالم ، والظالم أحق بأن يحمل عليه ، وفي الخطأ يلزم الخطأ بأقل ما يمكن^(١) .

ما يجب فيه أرش مقدر

٣٦٧ - يجب الأرش المقدر في الأطراف وفي الشجاج والجراح :

الأطراف التي 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 والأنثيين والثديين ، فأرش اليد المقدر نصف دية

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٣ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩

الفتى 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 وأحد . وفي أصابع اليدين والرجلين ، في كل أصبع عشر الدية ، وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل 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 وبقي 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 بغيراً وفي الباضعة بعيرين وفي المتلاحة 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 والمنقلة والآمة والدامغة .

(١) الفرح الكبير ج ٩ ص ٦١٩ - شرح الدردير ص ٢٤٠ - بمائع 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 للمواضع خمس خمس » .

ويجب الأرض 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 الأرض شيء آخر عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد ولو برئت للموضحة على شين والمشهور عند مالك أنه إذا برئت على شين موضحة الوجه أو الرأس ، أخذ من الجاني حكومة مقابل الشين وهذه الحكومة علاوة على الأرض ^(٢) ولا يجب الأرض 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 اندملتا 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 ، فأنفرد 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 أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك . فلأن 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 - أي الهاشمة - المنقلة في الوجه والرأس^(٢) .

ولو ضرب رأسه بمنقل فهشم العظم من غير إيضاح ففي مذهب أحمد والشافعي رأيان أولهما يوجب الحكومة لأنه كسر عظم من غير إيضاح والثاني يوجب خسا من الإبل لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عشر من الإبل وقد وجد الهشم فقيه 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 تسكر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم .

٣٨١ - الآمة : وتسمى الآمة والمأمومة وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ وأرشفها 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 - مهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، ٢١٣ شرح الدردير ص ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ - مهذب ج ٢

ص ٢١٣ - بدائع الصنائع ٣١٦ .

(٣) مهذب ج ٢ ص ٢١٣ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ .

٣٨٢ - الرامعة : 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 هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة لأنها لاتشارك نظائرها من الشجاج التي في الرأس والوجه في الاسم ولا تساويها في الشين والخوف على الجنى عليه 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 نخرج 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 - وباقى المراجع كما هي .

(٢) دردير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ - بدائع الصنائع ص ٣١٨ ، ٣١٩ - مذهب

ج ٢ ص ٢١٤ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٩ .

هل تتساوى الديات لكل الأشخاص

الأُنثى ثم بعدها التطفؤ

٣٨٤ - دية الأُنثى 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 فمثلاً 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 الخنجر 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 الخنجر عليها أرش إصاباتهما كاملاً . إذا لم يزد مجموعها على ثلث الدية فإن زاد فلها النصف فقط ولا ينظر إلى كل إصابة وحدها فمثلاً لو ضربها ضربة واحدة أو ضربتين في فور واحد فأصاب أصبعين من كل يد فمجموع 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 أتمد الفعل أو لم يتحد الفعل فتثلاً 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 فأرشهما ثلاثون من الإبل لأن مجموع أرشهما لا يبلغ ثلث الدية . ولو شجت أربع مناقل في فور واحد أو بضربة واحدة فمجموع أرشها 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 أرشهما كاملاً لأنه لا يبلغ ثلث الدية ولأن قاعدة اتحاد الحبل لا تراعى في المناقل .^(١)

٣٨٥ - الأُرسه غير المقرر أو الحكومة : يجب الأُرش غير المقرر

في الجنایات الواقعة على مادون النفس مما لا قصاص فيها وليس لها أرش مقدر ويسمى الأُرش غير المقرر في اصطلاح الفقهاء حكومة أو حكومة العدل .

ومعنى الحكومة عند الأئمة الأربعة: أن تقدر قيمة الجنى عليه باعتباره عبداً

قبل الجرح ثم تقدر قيمته بعد الجرح والبرء منه ثم تعرف نسبة النقص في القيمة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

ثم يؤخذ من اللدية بنسبة هذا النقص ، فذلك هو ما يستحقه الجنى عليه ولكن بشرط أن لا تبلغ الحكومة أرش جرح مقدر . فمثلا إذا كان الجرح مما قبل الموضحة كالسحق فلا يجوز أن يبلغ أرش الموضحة ، وحكى عن مالك أنه ما تخرجه الحكومة كأنها ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن .

ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي أن يكون التقدير بالنسبة للمعضو الذي حدثت به الإصابة لا بالنسبة للنفس ، أى أنه علم نسبة النقص قدر النقص على أساس دية العضو الذي أصيب لأعلى أساس دية النفس ، فإن كان النقص هو العشر مثلا والجنابة على اليد فالحكومة عشر دية اليد ، لعشر 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 الذي حدثت به الجنابة . وطريقة التقدير على أساس فرض الجنى عليه عبداً لاتصالح لليوم لأن الرقيق أبطل من العالم فلا يمكن معرفة القيم المختلفة .

ولقد علمنا أن بعض الفقهاء في مذهب أحمد والشافعي 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 الفنين فيأخذ القاضي بقولها ، وأن يكون التقدير بعد البرء لاقبله ويصح أن يجتهد القاضي في التقدير .

ومن المتفق عليه أن الحكومة تجب إذا شفى الجرح على شين فإذا شفى على غير شين فقد اختلفوا ، فيرى أحمد والشافعي أن الحكومة تجب ولو شفى الجرح على غير شين ، ويرى مالك التعزير فقط ، ويرى أبو يوسف أن فيها حكومة الألم ، ويرى محمد أن فيها أجره الطيب^(١) .

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ - الشرح 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
فمعنى 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 بمنقل 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 تغلظ إلا في
القتل الخطأ فقط وأنها لا تغلظ فيما دون النفس ^(١) .
ويرى مالك أنها تغلظ فيما دون النفس في العمد في حالة واحدة وهي جنایات
الوالد 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 والجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الحماية 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 الجنى 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 - التداخل 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 حكمومة لأن ديتها

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٥ - المغني ج ١ ص ٤٨٨ - المهذب ج ٢ ص ٢٠٩.

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠.

دخلت في دية الأصابع ومثل اليد الرجل ، والأجنان فيها الدية ، والأهداب فيها الدية أيضاً على رأى فإذا قطع الأجنان مع الهدب ففيهما دية واحدة لأنهما عضو واحد وإذا قطعت الأهداب ففيها الدية فإذا قطعت الأجنان بعدها ففيها حكومة لأن ديتها دخلت في دية الأهداب .

وفي الثدي لدية ، وفي حلمة الثدي الدية ، فإذا قطع الثدي والحلمة ممّا 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 الذكر 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 أحد ، فلو قطعت الأئمة مع الظفر فأرش الأئمة هو الواجب ، لأن أرش الظفر دخل في أرش الأئمة .

تراخل 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 لمعنى 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 .

تراخل أروسه المبراع والسجاج : - لا تدخل أروش الجراح والشجاج بعضها في بعض إلا إذا اتصل بعضها ببعض قبل الاندخال بفعل الجاني أو بالسراية فمن أوضح آخر موضعتين 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 موضعتين 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 برء 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 يتدخل . 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 الأرض 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 ٢٢٤ - مني ج ٩ ص ٢٨٦ ، ٢٩٦

في الخطأ فليس معنى ذلك أنه يمنع من التمييز في الخطأ وإنما معناه أنه رأى عقوبة للتمييز 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 المحكومة كل ذلك قد تكلمنا عنه بمناسبة الكلام عن الجناية 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 الدية ؟ : يحملها في العمد الجاني كما ذكرنا إلا ما استثناءه مالك ، ويحملها في الخطأ باتفاق العاقلة ، ويرى الشافعي وأحد أن الجاني لا يحمل مع العاقلة شيئاً ، ويرى أبو حنيفة ومالك أنه يحمل معها ، والمقدار الذي تحمله العاقلة يختلف بحسب آراء الفقهاء لما ذكرنا في القتل الخطأ .

٢ - أوصاف الرجل - الدية في الخطأ تجب نعمة باتفاق الفقهاء .

٣ - التغليظ في الخطأ - يرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد كما يرى الشافعي التغليظ فيما دون النفس ولسكن الظاهر^(١) أن المذهب هو عدم التغليظ ، ولا يرى أحد من الأئمة الآخرين التغليظ في الخطأ فيما دون النفس .

٤ - تأجيل الدية - تجب دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين إذا كانت كلمة .

(١) النفي 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 ، ويعلمون 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 عندم 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 ٢٣ - الإقناع ج ٤ ص ٢٠٩ .

٣٩٧ — ما يجرى الحامل : تقع هذه الجناية كلما وجد ما يوجب انفصال الجنين عن أمه ، ، وقد ينفصل الجنين حياً وقد ينفصل ميتاً ، وتعتبر الجناية تامة بمحدث 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 : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا فى هالك فلم ينصحوا لك إن ديتك عليك لأن أفزعته فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك^(٣) .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ ، ٥١٩ .

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٥ ص ٣١ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ .

٥١٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٠ - المغنى ج ٩ ص ٥٥٢ ، ٥٥٧ - الاقناع ج ٣ ص ٢٠٩ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٧٩ .

ومن الأمثلة على الأفعال العنوية تجويع المرأة أو صيامها ، فلو صامت فأدى الصوم إلى الإجهاض كانت مسئولة عن الجناية ومثل ذلك شتم ربيع 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 للجناية 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 الجناية على الجنين قائمة ما لم ينفصل

الجنين عن أمه ، فمن ضرب امرأة على بطنها أو أعطاها دواء 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 القطع بوجود الجنين وموته بفعل الجاني فإن العقوبة تجب على الجاني ، وهذا رأى لا يخالف فى شيء رأى الأئمة الأربعة لأنهم منعوا العقاب للشك ، فإذا زال الشك وأمكن القطع 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 الزرقاني ج ٨ ص ٣١ .

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣١ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٣٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ - شرح الزرقاني 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 - واء كان تام الخلقة أو كان مضغ أو علقه أو دمًا . 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 الحالتين .

وتثبت الحياة للجنين بكل ما يدل على الحياة من الاستهلاك 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 المطالب ج ٤ ص ٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٣٧ .

٤٠٣ - ويشترط الحنابلة لاعتبار الجنين منفصلا حيا أن تكون الحياة مستقرة فيه ، فلا يكون في حالة نزع أو في الرمق الأخير ، وأن يكون سقوطه أو انفصاله لوقت يعيش لمثله أى أن يكون لستة أشهر فصاعدا ، فإن كان لدون ذلك اعتبر أنه انفصل ميتا ، ولو انفصل والحياة فيه لأنها حياة لا يتصور بقاؤها ، ولأن الجنين لا يعيش غالبا إذا انفصل لأقل من ستة أشهر وبهذا الرأي قال المزني من أصحاب الشافعي^(١) .

٤٠٤ - ويعتبر المالكية والحنفية والشافعي الجنين منفصلا حيا عن أمه ولو انفصل لأقل من ستة أشهر مادام قد انفصل وفيه الحياة ، ولا يعتبرونه منفصلا ميتا إلا إذا انفصل فاقد الحياة . وإذا علمت حياته قبل تمام الانفصال كما لو خرج رأسه فصرخ مرارا ثم تم انفصاله ميتا فيعتبر أنه انفصل ميتا لاحيا لأن العبرة بحالة الجنين 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 ميتا لأن موت الأم سبب ظاهر لموته إذ حياته بحياتها وتنفسه بنفسها فتحقق موته بموتها فضلا عن أنه يجري مجرى أعضائها وموتها يستقط حكم أعضائها وعلى هذا فن المشكوك فيه أن تكون وفاة الجنين نتيجة لفعل الجاني ولا ضمان ولا عقاب بالشك .

أما إذا انفصل الجنين حيا بعد موت الأم فالجاني مسؤول عن قتله وعليه دية إذا مات بفعله ، فإن لم يمت فعليه التعزير ، وإذا انفصل بعضه ميتا في حياتها ثم انفصل كله بعد موتها فحكمه حكم انفصاله كله ميتا 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 تيقن 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 - فذهب الجاني : - مذهب مالك على أن الجنابة على الجنين قد تكون عمدية وقد تكون خطأ ، فهي عمدية إذا تعدد الجاني الفعل ، وهي غير عمدية إذا أخطأ الجاني بالفعل ويتفق مذهب مالك مع الرأي المرجوح في مذهب الشافعي^(٢) .

٤٠٩ - والقائلون بأن الجنابة عمدية يختلفون في وجوب القصاص من الفاعل إذا انفصل الجنين حياً ثم مات بسبب الجنابة ، 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 المطالب 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 والحنابلة أن الجنابة 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 الجنابة عمدية حال تعدد العمل لأن العمد الحض بعيد التصور لتوقفه على العلم بوجود الجنين وبحياها ، 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 الجنابة لما جعل الغرة على العاقلة .

٤١١ — وتظهر أهمية التفرقة بين العمد وغير العمد في حالة انفصال الجنين حياً حيث يرى بعض القائلين بعمدية الجنابة 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 وتحدها في حالتي شبه العمد والخطأ على حسب التفصيل الذي ذكرناه عند الكلام على تحمل الديات^(٣) .

٤١٢ — العقوبة المقررة للجنابة على الجنين : — تختل بالعقوبة المقررة للجنابة 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 .
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 المني
ج ٩ ص ٥٤٤ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ .
(٢) اسنى الطالب 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 . وستكلم عن هذه النتائج واحدة بعد أخرى والمقوبات المقررة لها .

٤١٣ — أولا : انفصال الجنين عن أمه ميتا : إذا انفصل الجنين عن أمه ميتا فمقوبة الجاني هي دية الجنين ، ودية الجنين غرة عبداً أو أمة قيمتها خمس من الإبل .

ولأصل في الغرة ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه استشار الناس في أملاص المرأة فقال المغيرة بن شعبه 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 أسراأتان من هذيل فرمت إحداها الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطها ، فاخصموا 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 شروطا خاصة لم نرداعيا لذكرها بعد أن أبطل الرق في العالم ، و بعد أن أجمع الفقهاء على تقدير الغرة بخمس من الإبل .

٤١٤ — وتجب الغرة في الجنين الذكور وفي الجنين الأنثى ولا فرق في قيمة ما يجب لكل منهما ويقدر الفقهاء دية الجنين الذكور 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 حالتى العمد والخطأ معا ولا فرق بين الحالتين إلا أن دية الجنين تغلظ في حالة العمد وتخفف في حالة الخطأ^(٣) وإلا أنها حالة في مال الجاني

(١) المنع ج ٩ ص ٥٣٥ .

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ ص ٣٢ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٧٠ .

أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ - المنع ج ٩ ص ٥٤١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ .

المتعمد لا تحمل العاقلة منها شيئاً ، أما في حالة الخطأ و يلحق بها شبه العمد فتحمل 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 القاتل لا يرث شيئاً من الغرة إذ لا ميراث للقاتل ^(١) .

وتتعدد الغرة بتعدد الأجنة ، فلو ألت الحمل جنينين حيتين فعلى الجاني غرتان وإذا ألت 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 وما يوجب الفعل :

وإذا انفصل الجنين عن أمه حيوات بسبب فعل الجاني فالعقوبة انفصاف 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 الذكر دية رجل ودية الأنثى دية امرأة أى نصف دية الرجل .

(١) المنى ج ٩ ص ٥٤٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٩٣ - حاشية ابن عابدين ص ١٨٠ الزرقاني ج ٨ ص ٣٣ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى الطالب ص ٩٠ - المنى ج ٩ ص ٥٤٣ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٧٠ 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 فلاندخل دية الجنين في ديتها ولا تدخل ديتها في ديات الأجنة ولو تعددت .

٤١٦ — ثالثا . انفصال الجنين مبأ ولم يمض : إذا انفصل الجنين حيا وعاش أو مات بسبب آخر غير الجناية كأن قتله آخر أو امتنعت الأم عن إرضاعه حتى مات فعقوبة الجناية على الجنين هي التعزير لا غير لأن موت الجنين حدث بسبب غير فعله ، أما العقوبة على قتل الجنين بعد انفصاله فهي عقوبة القتل العادى لأن الجريمة ليست إلا إزهاق روح إنسان حى .
والعقوبة التعزيرية التي توقع على الجاني بقدرها القاضى ويعينها من بين مجموعة العقوبات التعزيرية ما لم يكن ولى الأمر قد عين هذه العقوبة وقدرها .

٤١٧ — رابعا : انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عزم انفصاله :
إذا لم يترتب على الجناية انفصال الجنين أو ماتت الأم قبل انفصاله أو انفصل عنها بعد وفاتها فالعقوبة على الجناية في هذه الحالات جميعا هي التعزير مادام لم يرق دليل قاطع على أن الجناية أدت لموت الجنين أو انفصاله وأن موت الأم لا تدخل له في ذلك^(١) .

٤١٨ — خامسا : أنه يترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أو موتها :
إذا ترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أو قطع طرف من أطرافها أو موتها فعلى الجاني عقوبة هذه الأفعال بغض النظر عن العقوبات المقررة للجناية على الجنين لأن العقوبات الأخيرة خاصة بالجنين وليست خاصة بما يصيب أمه ، فإذا أعطى رجل امرأة دواء بقصد إجهاضها فماتت بعد أن انفصل ولدها ميتا فعليه دية المرأة باعتبار أنه قتلها قتلا شبه عمد وعليه غرة دية الجنين ، وإذا ماتت بسبب الفعل بعد انفصال ولدها حيا فعلى الجاني ديتان — دية المرأة ودية الجنين .

(١) راجع ما كتبناه عن انفصال الجنين .

وإذا ضرب شخص امرأة بالسيف فقد بطنها قاصداً قتلها 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 زراعها 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) ويقاب الجاني بها كلما ألتقت الأم جنينها سواء ألقته حياً أو ميتاً وسواء كان الجاني هو الأم أو أجنبي عنها ، وإن ألتقت الأم أجنة في كل جنين كفارة وهذا هو رأي الشافعي وأحمد^(٢) .

وإذا اشترك جماعة في الجناية فألقت المرأة جنيناً فديته عليهم بالحصص وعلى كل منهم كفارة .

ويجمل 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 متمم لما يقال هنا .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ — المفاتيح 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 إثبات هذه الجنائيات أربع طرق هي :

(١) الإقرار ... (٢) الشهادة .. (٣) القسامة ... (٤) قرائن الأحوال -

وستكلم عن هذه الطرق واحدة بعد أخرى .

الإقرار

٤٢١ - الإقرار لغة هو الإثبات من قر الشيء ، يقر قراراً إذا ثبت وشرعاً

الإخبار عن حق أو الاعتراف به ، والأصل في الإقرار الكتاب ، والسنة ، والإجماع . فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وَإِذَا أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ - إِلَى قَوْلِهِ - قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي ، قَالُوا : أَقْرَرْنَا ﴾ وقوله ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ ﴾ وفسرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار ، وقوله تعالى ﴿ وَلِيُمْلِلَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ - إِلَى قَوْلِهِ - فليملل وليه بالعدل ﴾ أي فليقر بالحق . وقوله تعالى ﴿ وَآخَرُونَ اعترفوا بذنوبهم ﴾ وقوله ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ ﴾ إلى آيات أخرى .

وأما السنة فماروى 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 بوجوب عليه الحد والقصاص والتعزير كما يوجب عليه الحقوق المالية .

٤٢٢ - والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتمدها إلى غيره كما يرى جمهور الفقهاء فإذا اعترف بكر بأنه قتل زبداً 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 الجمل 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 استمالة 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 ويكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون أو هو

شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسر عن الزنا فقال له « لعلك قبلت أو غزيت » وفي رواية « هل صاحبها ؟ قال نعم . قال فهل باشرتها ؟ قال نعم . قال هل جامعها ؟ قال نعم » .

وفي حديث ابن عباس « أنسكتها » ؟ قال : نعم ، قال : دخل ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم . قال : كما يغيب المروء في المسكحلة 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 .

٢٥٤ - إقرار زائل العقل : - إذا أقر بجرمة من فقد عقله لأي سبب كشرب دواء أو شرب مسكر أو نوم أو إغماء أو جنون فإن إقراره لا يعتبر إقراراً صحيحاً ولا يؤخذ به والسكن 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 محذور هو إقرار صحيح ، وأن السكران يؤخذ بإقراره إذا أقر وهو سكران إلا في الحدود الخالصة حقاً لله ، والقتل ليس منها . وكذلك الجنابة 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) الفتاوى ج ٥ ص ٢٧١ وما بعدها ج ١٠ ص ١٧٠ ، ١٧١ . واهب الجليل

ج ٤ ص ٤٣ .

(٣) حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٣٢٨ ، ٣٤٦ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢١

(٢٠ -) التشرع 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 عالماً 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 .

٤٣٦ - ومن المتفق عليه أن المسكر لا يشترط فيه أن يكون خمرأ ، 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 أبي حنيفة^(٢) ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يقلب 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) .

٤٣٧ - اقرار المكره :- قبل أن نعرف حكم إقرار المكره ينبغي أن نعرف شيئاً عن الإكراه .

تعريف الإكراه : نعرف الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره

(١) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٣ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨ .

(٣) سورة النساء آية ٣٤ .

(٤) الفتاوى ج ١٠ ص ٣٣٥ . أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٣ ص ٢٨٤ .

فيزول 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 الرضاء ويفسد الاختيار وهو ماخيف فيه تلف النفس ، ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً ، ونوع يعدم الرضاء أو يفسده ولكنه لا يؤثر على الاختيار ، وهو ما لا يخاف فيه التلف عادة كالحبس والعقيد والضرب الذي لا يخشى منه التلف ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجئ^(٤).

والإكراه التام يؤثر فيما يقتضى الرضاء 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 الرضاء كالإقرار والبيع والإجارة وما أشبهه .

٤٢٨ - ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد - ورأيهم مرجوح - أن الإكراه يقتضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبهه . 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 فأنتهى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فجعل يمسح الدموع من عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك 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 أجمعته أو ضربته أو أوقفته فهو لاء 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 فى 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 واقعاً — 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 - أولها : — أن يكون الوعيد مما يستتضر به بحيث يعدم الرضاء أو يفسده كالضرب والحبس والقيود والتجويب ، 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) الفتى ج ٨ ص ٢٦٠ - الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٣ .

(٢) الفتى 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 أو فرك أذن ، والبعض قد يرحب بمكثه 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 الابن 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 بجريمة ، ومن يمنع ابنته من الزفاف أو الذهاب إلى دار الزوجية إلا إذا اعترفت بجريمة ، فإنه يحملها على الإقرار كرهاً^(٤).

كذلك من يمنع عن آخر طعامه أو شرابه حتى يقر بجريمة فإنه يعتبر مكرهاً فى إقراره . وأمر صاحب السلطان يعتبر فى ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد ، وأمر غيره أكرهاً إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه^(٥).

وأمر الزوج لزوجه فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى الأذى إذا لم

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٤ 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 .

تطعمه فإن أطاعته وهي لا تخشى أذى إذا لم تطعمه فلا يعتبر الأمر إكراها^(١).

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعي وأحمد إذا لم يكن المال يسيراً ، فإن كان المال يسيراً فلا إكراه . وتقدير ما إذا كان المال يسيراً أو غير يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته ، فقد يكون المال يسيراً بالنسبة لشخص وغير يسير 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 ويكتفى لاعتبار الإكراه 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 هدده مشروع^(٤).

٤٣١ - ثانياً : - أن يكون الوعيد بأمر حال يوشك أن يقع إن لم يستجب المكروه ، فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه لأن المكروه لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه فياجأ للسلطات العامة أو يهرب من المكروه.

(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 - المفتى ج ٨

ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بتلبية طلب المكروه ويرجع في تقدير ما إذا كان الوعيد حالاً أو غير حال إلى ظروف المكروه وإلى ظنه الغالب المبني على أسباب معقولة ، ويعتبر الوعيد حالاً 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 غدًا إن لم تقر بكذا أو تفعل كذا . ولكن الأذرعى من فقهاء الشافعية يرى أن في النفس من هذه المسألة شيئاً وأنه إذا غلب على ظن المقر إيقاع ما هدد به لو لم يفعل فإنه يعتبر مكروهاً ولا سيما إذا عرف أن من عادة المهدد إيقاع ذلك الوعيد^(٢).

٤٣٢ - 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 سكام 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 بأى طريقة كانت ثم أنى الفعل بعد ذلك فإنه لا يعتبر مكروهاً . ويجب أن يكون ظن المكروه مبنياً على أسباب معقولة^(٤).

٤٣٤ - حكم إقرار المكروه : وإذا توفّر الإكراه على الوجه السابق وأقر المكروه على نفسه بجرّمة فإن إقراره يكون باطلاً ولا يؤخذ به لقوله تعالى ﴿ لا آمن أكرهه ﴾ 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 الرملى .

(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 لا انتفاء 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 رضي 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 يكره على الإقرار بجريمة ما فيقر بأخرى ، فأقراره فيما يتعلق بهذه الجريمة الأخرى صحيح لأنه أقر بما لم يكره 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 مكره 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) المبسوط 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 للقر 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 الإقرارين 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 للمرخسي ج ٩ ص ١٨٠

(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ . (٣) أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٩

بالفتى ج ٥ ص ٢٧٣ .

وإذا أكره حاكم أو قاض شخصاً ليقرب بجرمة عقوبتها القتل أو القطع كالقتل والسرقة فأقربها وقتل أو قطعت يده اقتص من أكرهه^(١) .

٤٣٨ - رجوع المقر عن إقراره : وإذا كان الإقرار صادراً من غير

إكراه ، فعدل عنه المقر قبل منه الرجوع عن إقراره فيما كان حقا لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه ، فأما حقوق الأدميين 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 الجنایات الواقعة على النفس وما. ونها وعلى الجنين كلها متعلقة بحقوق الآمين 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 الأدميين .

وعدول المقر عن إقراره لا أثر له أيا 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 ذوى عدل منكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ وأما السنة فمأروى واثل بن حجر قال : جاء رجل من خضرموت ورجل من كنفدة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي : يا رسول الله هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي : 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 قتيلاً على أبواب خيبر 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 التعزيرية وبين الجرائم التي توجب عقوبة مالية كالدية والغرامة .

٤٤٠ - الجرائم التي توجب عقوبة بدنية : العقوبة البدنية إما أن تكون القصاص وإما أن تكون عقوبة تعزيرية .

إثبات الجرائم الوهمية للقصاص : يشترط إتيان الجرائم للوجبة 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 جنائية فيحتاج إليه لدرته باشتراط الشاهدين المدلين كالحذود وهذا هو رأى 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 الرأى ^(٤) .

(١) المغني ج ١٢ ص ٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٠ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٥ - حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٢٢٠ - أسنى الطالب

ج ٤ ص ١٠٥ المغني ج ١٠ ص ٤١ (٤) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ .

لا يميزون إثبات الجريمة بأقل من ذلك ولو عفى المجنى عليه أو وليه عن القصاص إلى الدية وهى مال وما يوجب المال يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وبشهادة رجل ويمين المدعى على التفصيل الذى سذكره فيما بعد ، وحجتهم أن الواجب بالجناية أصلاً هو القصاص لا الدية وإنما وجبت الدية بالعفو أو الصلح والعفو والصلح كلاهما حق ثابت للمجنى عليه أو وليه أما طريقة الإثبات فليست من حقه بل هى حق الجماعة وهذا لا يؤدى العفو أو الصلح فى 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 فىرى 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 ١٠٠ - القنى ج ١٠ ص ٤٢ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٦٠ - الإفتاح ج ٤ ص ٤٤٥ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٤٧ .

القصاص 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 يمين^(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 لإثبات 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 ولا تقاس الشهادة في الجناية الموجبة للمال بالشهادة في الجناية الموجبة للقصاص ، لأن القصاص عقوبة محتاط لإسقاطها ، ودرئها فاحتيط في الشهادة على أسبابها^(٦) .

(١) تبصرة المحكام 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 الخنابلة 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 جنايتين 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 يميز شهادة المرأتين واليمين ولا يميزها الشافعى وأحمد وحجة مالك أن المرأتين أقيمتا مقام الرجل فى الأموال فيقاما 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 بامرأتين 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) المغنى ج ١٠ ص ٤٢ - المغنى ج ١٢ ص ٩ (٢) تبصيرة المحكام ج ٩ ص ٢٤١ .

(٣) المغنى ج ١٢ ص ١٣ (٤) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٦٠ حاشية

﴿ أن تَضِلَّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ﴾ فالنزاع في الأداء لافي التحمل .
والحديث الذي يتمسك به الحنفية ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن
اليمن تشرع في الحق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الأمانة لظهور
خيانتهم وفي حق الملاءن وفي القسامة وغير ذلك^(١)

ولقد شرعت اليمن من جانب المدعى عليه حيث لم يترجح جانب المدعى
بشيء إلا مجرد الادعاء ، ففي هذه الحالة يكون جانب المدعى عليه أولى باليمن
لقوته بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب هذا الأصل فإذا
ترجح جانب المدعى بلوث أو نكول أو شهادة شاهد كان أولى باليمن لقوة
جانبه بذلك فاليمين مشروعة إذن في جانب أقوى المتداعين^(٢) .

ويلاحظ أن الجرائم التي توجب عقوبة تعزيرية مالية تثبت عند الحنفية
بما تثبت به الجرائم التي 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 المحضة 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 كما وثق به القاضي^(٣) .

ويجيز الفقهاء عامة شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة للضرورة وبقبول مثل

(١) المتفق ج ١٢ ص ١٠ ، ١١ (٢) الطرق الحكيمة ص ٦٦ - ٧٥ .

(٣) الطرق الحكيمة 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 منعت 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 مالم يكن بمض الشهادة ميقتاً في هذه الحالة يثبت القدر المتيقن فمن شهد 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 شريفاً شهد عنده رجل بالقتل فقال : أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه فأعاد الرجل قوله الأول فقال له شريح قم فلا شهادة لك^(٢) .

القسامة

٤٥٠ - معنى القسامة : - القسامة معناها لغة القسم أى اليمين وهى تعنى أيضاً الوسامة فيقال فلان قسم أى وسيم ، ويذهب أهل اللغة إلى أنها القوم الذين يحلفون سُمُّوا باسم المصدر كما يقال رجل رضى ورجل عدل . ومعنى القسامة فى اصطلاح الفقهاء الأيمان المسكورة فى دعوى القتل ، يقسم

(١) نبصرة الأحكام ج ٩ 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 - التفسير الجنائى الإسلامى ٢)

بها أولياء القتل لإثبات القتل على المتهم أو يقسم بها المتهم على نفي القتل عنه^(١)
 مصدر القسامة الشرعي :- 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 ففترقا فأتى محبيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في
 دمه قتيلًا فدفعه 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 ؟ فمقله 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 برمته فقالوا : أمر لم نشهده كيف نخلف ؟ قال فتبرئكم يهود بأيمان 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 نسله .

وفي رواية متفق عليها فقال لهم تأتون بالبينة على من قتله فقالوا مالنا من بينة
 قال فيخلفون قالوا لا نرضى بأيمان 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 الطالب 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 .

أبي سعيد الخدري قال وجد قتيل بين قريتين فأمر النبي صلى الله عليه وسلم فذرع بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فالتقاه إلى أقربهما أي حملهم ديتة وكذلك روى عن عمر رضي الله عنه في قتيل وجد بين وازعة وأرحب وكتب إليه عامله بذلك فكتب إليه عمر أن قس بين القريتين فأيهما كان أقرب فألزمهم فوجد القتيل إلى وازعة أقرب فألزموا القسامة والدية^(١) وأخرج عبد الرزاق وابن شعبة والبيهقي عن الشعبي أن قتيلاً وجد بين وادعة وشاكر فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فأحلقهم عمر خمسين يميناً كل رجل ما قتلته ولا علمت له قاتلاً ثم أغرمهم الدية فقالوا يا أمير المؤمنين لا أيماننا دفعت عن أموالنا ولا أموالنا دفعت من أيماننا فقال عمر كذلك الحق وأخرج نحوه الدارقطني والبيهقي عن سعيد بن المسيب وفيه أن عمر قال إنما قضيت عليكم بقضاء نبيكم^(٢) وفي رواية أخرى أنهم قالوا أنبئنا أموالنا وأيماننا؟ فقال عمر أما أيمانكم فالحقن دماكم وأما أموالكم فلو جود القتيل بين أظهركم^(٣).

وأخرج البخاري والنسائي عن ابن عباس أن أول قسامة كانت في الجاهلية في بني هاشم، كان رجل من بني هاشم استأجره رجل من قريش من نخد أخرى فانطلق معه في إبله فمر به رجل من بني هاشم قد انقطعت عروة جوالقه فقال أغثنى بعقال أشد به عروة جوالقي لا ينفر الإبل، فأعطاه عقلاً فشده عروة جوالقه فلما نزلوا عقلت الإبل إلا بعيداً واحداً فقال الذي استأجره ما بال هذا البعير لم يعقل من بين الإبل؟ قال ليس له عقال فأين عقاله؟ فخذفه بعضاً كان فيه أجله، فمر به رجل من أهل اليمن فقال: أتشهد الموسم قال ما أشهده وربما شهدته، قال هل أنت مبلغ عني رسالة مرة من الدهر؟ قال نعم، قال فإذا شهدت فناد يا قريش فإذا أجابوك فناد يا آل بني هاشم فإن أجابوك فسل عن ابن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٢ - طرق الإثبات الصرعية ص ٤٤٨ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢١٤ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩١ .

أبى طالب فأخبره أن فلاناً قتلني في عقال ومات المستأجر فلما قدم الذي استأجره أتاه أبو طالب فقال ما فعل صاحبنا قال مرض فأحسنّت القيام عليه ووليت دفنه قال قد كان أهل ذاك منك فكث 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 فأناه 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 فأني 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 يخلقوا مكان مائة من الإبل فيصيب كل رجل منهم بعيران، هذان البعيران فاقبلهما مني ولا تعبر بيمينى حيث تعبر الأيمان فقبلهما وجاء ثمانية وأربعون فخلقوا قال ابن عباس فوالذي نفسي بيده ما حال الحول ومن الثمانية والأربعين عين تطرف^(١).

٤٥١ - اختلاف 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 الإسلامى 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 ٤٢٨ -

يكونون في بلد والقتيل في بلد آخر^(١) ومن حجبتهم أن الإيمان 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 فتعطف لهم رسول الله ليريمهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ولذلك قال لهم أن يحلفون خمسين عينا أعني لولاء الدم وهم الأنصار قالوا كيف تحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف تقبل إيمان 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 بنفسيها 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 «تحلفون 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 ونصبت للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أشرف العرب رؤساء الاجناد أرايت لو أن حسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا، قلت أرايت لو أن حسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق بمحمس ولم يروه أكنت تقطعه قال لا. وفي بعض الروايات قلت فإياهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم 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

ص ٣٥٧ - طرق الانبثاق 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 سبباً لإشادة 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 لم قبل اليمين وإذا كانت القسامة طريق الإثبات العمدة فقد وجب بها القصاص وهو عقوبة العائد كالبنية 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 لإشادة الدماء.

٤٥٣ - وأما أن البينة 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 ثبتت عن رسول الله أنه عرض القسامة أولاً على المدعين فلما أبوا جعلها في جانب المدعى عليهم ، وقد جعلت في جانب المدعين لأن جانبهم ترجح باللوث^(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 .

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 بالبيعة
على من قتله فقالوا مالنا من بيعة قال فتهلفون 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 بعين المدعى عليه فداء
الإمام من بيت المال وما جعلهم يرون إلزام المدعى عليه الدية إذا نكل عن الحلف

٥٥٥ هـ - والقسامة عند أبي حنيفة شرعت فوق ما سبق لملاحق التقصير في النصرة
وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتل فمن 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 وكفى من
كان أنقص 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 بالثمة والدية لوجود القتل بين أظهرهم^(٢).

٥٥٦ هـ - هل شرعت القسامة لإثبات أصم 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 لولاية القتل أن يشتبوا 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 - المنقح ج ١٠ ص ٧

نفي لأهل الحلة التي وجد فيها القتل لأن المدعين طبقاً لرأيه لا يحلفون وإنما يحلف أهل الحلة بالله ما قتلوه ليدرعوا عن أنفسهم القصاص وفي الوقت ذاته تجب عليهم الدية لوجود القتل بين أظهرهم وبأخذ أبو حنيفة بهذا الرأي لأنه يرى أن البيعة 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 فتسكون القسامة دليل نفي لهم^(١).

٤٥٧ - الجرائم التي تجوز فيها القسامة : من المتفق عليه أن القسامة لا تسكون إلا في جريمة القتل فقط فلا قسامة في جرح ولا في قطع عضو أو فقد منفعة ولا قسامة في ضرب أو إيذاء أو اعتداء أياً كان نوعه مالم يؤد للموت . ويستوى أن يكون القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ فني كل قتل أياً كان نوعه القسامة^(٢).

متى تسكون القسامة ؟

لا يحل 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 الميعن كما إذا اتهم ولي 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 ٣ 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 - المغني 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 القتيل في محلة أعدائه أو تفرق جماعة عن قتيل أو رؤية المتهم على رأس القتيل ومعه سكين وقول واحد ممن قبل 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 التواترة لوث عند الشافعيين وليست كذلك عند المالكيين^(٣) .

واللوث عند أحمد على الرواية المرجوحة هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنفخ ما بين الأنصار ويهود خيبر وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة والصوص 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 بقره 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 قتلاني فلان وكان هناك شاهد عدل يشهد بأنه رأى المتهم يقتل الجنى عليه فالقسامة واجبة مع تعدد اللوث ولا ينفى 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 القتيل 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 ٨ ص ٥٠ ، ٥٥ .

(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 أبى حنيفة الذى يرى القسامة بوجود الجثة وبها أثر القتل .

٤٥٩ - وإذا ادعى أولياء القتل القتل ولم توجد الجثة في محل المدعى عليهم ولم تكن عداوة ولا لوث فلا قسامة عند الجميع . ويرى البعض في هذه الحالة أن لا يحلف المدعى عليه وحجة القائلين بهذا أن الدعوى لا يقضى فيها بالنكول فلا يستحلف فيها كالحدود ويرى البعض أنه يستحلف والقائلون بهذا يحتاجون بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » ويرون أن النص يوجب اليمين لعومته 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 يحلف المدعى عليه يميناً واحدة وهو الرأى الراجح والبعض يرى أن يحلف خمسين يميناً وهو الرأى 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 والشافعى إذا علم القاتل وانعدمت البيعة المثبتة للقتل وكان لوث ، فإن كانت بيعة ثبتت القتل أو كان إقرار فلا قسامة ومعنى هذا أن القسامة عندهم دليل خاص مثبت للقتل إذا انعدم دليله الأصيل .

ويختص مالك بنوع من القسامة يوجبها مع توفر الدليل على القتل وذلك في حالة ما إذا أصيب الجنى عليه في جريمة القتل فلم يمت في الحال واستمر وقتاً يأكل ويشرب ويتكلم ثم مات بعدها فتجب القسامة على أولياء القتل 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 ولأهـ الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلاً خمسين يميناً فإن هم حلفوا على العمد فأنقذوا ، 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 ما تكون 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 القتل الذي لا يظهر قاتله اجتهدوا في منع المشبوهين من الإغارة بين ظهرانيهم وأخذوا على أيدي سفهائهم ومجرميهم كما أن كل من كان لديه معلومات عن القتل سابقة أو

لاحقة لن يتأخر في الغالب عن تبليغها للجهات المختصة بل إنهم قد يحملون القاتل على أن يقدم نفسه ويمترف 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 القاتل ابتداء خمسين يميناً .

ويستحب أن يستظهر في ألفاظ 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 اللتيم الجرمة بنفسه أو بالاشتراك مع غيره وعلى الحالف أن يبين ما إذا كان الجاني تعمد الفعل أم لم يتعمده فيقول مثلاً « والله إن فلاناً 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 وبرى . 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 قتله ولا معيناً على موته .

فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا أيمان المدعى عليهم برى المتهمون وكانت دية القاتل في بيت المال على رأى أحد ، وهو رأى لا يأخذه بقية الأئمة . وإن نكل المدعى عليهم عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا على رأى فيذهب أحد ولم يحبسوا على رأى الآخر ، وحبسوا المدة سنة على رأى مالك ، فإن لم يحلفوا عذروا - 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 ٣٧٣ - الشرح الكبير

أما أبو حنيفة فيرى أن القسامة على أهل المحلة ابتداء فإن حلفوا وجبت عليهم الدية وعنده أن الحلف لحقن دماء الخالفين لأن حفظ المحلة عليهم ونفع ولاية التصرف في المحلة عائد عليهم وهم المتهمون في القتل فكانت القسامة والدية عليهم^(١) ويحلف خمسون رجلاً من أهل المحلة 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 يدخل 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 . ويحيز الكسر لأن اليمين الواحدة لا تتبع بعض فلو حلف تسعة وأربعين حلف كل يميناً . وفي قول يحلف كل من الورثة خمسين يميناً لأن العدد يعتبر كيمين واحدة ، فإذا ردت اليمين على المدعى عليهم حلف كل واحد منهم خمسين يميناً كاملاً^(٣) .

٤٦٤ - حرقى 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 العصباء كل على قدر إرثه إن كانوا جماعة وإن كان واحداً حلفها وحده ، فإن انقسمت الأيمان في 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 تبويض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن البعض الآخر فوجب تكميل اليمين المكسرة في 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 يميناً سواء تساوا في الميراث أو اختلفوا فيه لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى^(١).

نائبهما : - أن يحلف من العصابة خمسون رجلاً كل واحد يميناً وهو قول مالك ، وعلى هذا يحلف الوارثون من العصابة ، فإن لم يبلغوا خمسین تمموا من سائر العصابة 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 وتجر اليمين عند الكسر على أكثر كسرها ، ولو كان صاحب الكسر الأكبر أقل نصيباً في الميراث كابن وبنت ، على الابن ثلاثة وثلاثون يميناً وثلاث ، وعلى البنت ستة عشر يميناً وثلاثان ، فتحلف البنت سبعة عشر يميناً والابن ثلاثة وثلاثين .

أما في العمد فلا يحلف إلا العصابة ، ولا يحلف في العمد أقل من رجلين من العصابة 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 عصابة غير ابنها وله إخوة من أبيه فله أن يستعين بهم^(٣).

٤٦٦ - ويرى أبو حنيفة أن القسامة لا تنجب إلا على الرجال فلا تنجب على صبي ولا مجنون ولو وجد القتل في ملك أحدهما ، لأن القسامة يمين ولا تنجب من أهل اليمين ولأن القسامة تنجب على من هو من أهل النصرة واليمين من أهل النصرة فلا تنجب القسامة عليهما وتنجب 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) المعراج الكبير ج ١٠ ص ٤٠ ، ٤١ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٦ ، ٥٧ .

البعض دخولها لأنها مؤاخذان بالضمان إلى لأفعالها 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 فعملها 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 يعينه 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 لفعليهما 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 أحد أن يقتصر بالقسامة في العمد ما لم يمنع مانع شرعى من القصاص^(١).

٤٦٩ — شروط القسامة : — لا تجب القسامة إلا إذا توفرت الشروط الآتية :

أولاً : أن يثبت أن للوث 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 القتيل بجرح في محلة فحمل إلى أهله فمات من تلك الجراحة وجبت القسامة والدية عند أبي حنيفة ولا يراها أبو يوسف بحجة أنه أصيب في المحلة ولم يميت فيها ولا قسامة فيما دون النفس . ويرد عليه بأن القتيل مات من الجراحة فكأن الجراحة وقعت قتلاً من وقت حدوثها .

ويشترط الحنفيون أن يوجد من القتيل 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 أبي حنيفة فإن علم فلا قسامة . أما عند مالك والشافعى وأحمد فيشترط للقسامة تعيين القاتل ، فإذا لم يعين فلا قسامة .

رابعاً : أن يتقدم أولياء القتيل بدعواهم أى باتهامهم لأن الدعوى لا تسمع على غير معين عند مالك والشافعى وأحمد ، ولأن القسامة يمين مقصود به دفع التهمة عند أبي 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 افرد 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 ينسكّر 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 يتهمنه 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 الناكّل 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 لا تجب 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 والأصار القريبة ، فإذا كانت بحيث يسمع الصوت وجبت القسامة والدية على أقرب المواضع 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 .

ولا قسامة في قتييل 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 قتييل وجد في سوق عامة إلا إذا كان السوق ملكاً لفرد أو أفراد أو مستأجراً لهم .
واختلف في قتييل السجن فرأى البعض القسامة على المسجونين ولم يرها البعض الآخر ^(١) .

القرائن

٢٧١ — عرفت الشريعة الإسلامية القرائن من يوم وجودها ، وبنى 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 القتييل في محلة المتهمين لأن وجود الجنة 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 الجنة 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 بالحل ، فإن الحل قرينة على الوطء المحرم المعتبر زناً ^(٣) .
ومن ذلك إثبات شرب الخمر بانبعاث رائحتها من فم المتهم ، فإن ثبوت الجريمة أساسه القرينة الاستفادة 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 الانبات 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 الحكيمة 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 بميزاتها 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 جمل 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) .

وبالرغم 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 الحكمة ص ٦ .

(٢) طرق الإثبات الشرعية ص ٥١٨ .

(٣) الطرق الإثبات الشرعية ص ٣-٦٦ .

هؤلاء ابن القيم فإنه يرى أن الحاكم إذا أهمل الحكم بالقرائن أضاع حقاً كثيراً وأقام باطلاً كبيراً ، وإنه إن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد ^(١) .

النكول عن اليمين وردھا

٤٧٢ - اختلف الفقهاء في اعتبار النكول عن اليمين طريقاً من طرق الإثبات ، فرأى بعضهم أن المدعى إذا لم يقم 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 والشافعى وقد صوبه أحمد فقال ما هو ببيعيد 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 الشافعى أنه يحكم باليمين المردودة في الجرائم المتعلقة بحقوق الآدميين كالقتل والضرب والشم سواء كانت العقوبة قصاصاً أو دية أو تعزيراً ، وكذلك في جرائم التعازير المتعلقة بالأمور العامة كطرح الحجارة في الطريق

(١) الطرق الحكيمة ص ٣ ، ٤ .

(٢) المغنى ج ١٧ ص ١٢٤ - الطرق الحكيمة ص ٨٤ وما بعدها - طرق الإثبات الشرعية ص ٤٣٨ ، ٤٥٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٤ وما بعدها ، تبصرة المحاكم ج ١ ص ١٦٩

(٣) تبصرة المحاكم 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 ، وثبتت بالإقرار مطلقاً من جهة أخرى .
أما إذا كانت الجريمة مما يوجب القصاص استحلف المدعى عليه باتفاق 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 الأرش لأن النكول عندهما إقرار فيه شبهة .

٤٧٦ - وإذا كان النكول عن اليمين في الجنابة على النفس حبس حتى يحلف أو يقر على قول أبي حنيفة لتعذر 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 - مؤنس المرجع ص ١٠٤ - المفى ج ١ ص ٧

(٢) طرق الاثبات الشرعية ص ٤٣٨ ، ٤٤٣ .

لأن النكول إقرار لا شبهة فيه في التعازير إذا الإقرار فيها لا يجوز العدول عنه ، ويصح طبقاً لرأى أبي 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 أبي 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 التناكل إذا كان القصاص فيما دون النفس ^(٢)

مسائل عامة

عن الحدود

٤٧٧ - تعريف الحد : - الحد لغة : هو النع 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) المغنى 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 الأزهري 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 المقررة 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 القاضى .

ومعنى أن العقوبة مقررة حقاً لله تعالى أنها مقررة لصالح الجماعة وحماية نظامها والفقهاء حينما ينسبون العقوبة لله جل شأنه ، ويقولون إنها حق لله يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة

وتعتبر العقوبة حقاً لله تعالى كلما استوجبتها الصلحة 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 تعالى كيداً لتحقيق المنفعة ودفع المضرّة والفساد ، لأن اعتبار العقوبة لله يؤدي إلى عدم إسقاطها بإسقاط الأفراد والجماعة لها^(٢) .

٤٧٨ - المحرر والجنائية: ويعبر بعض الفقهاء عن جريمة الحد بلفظ الجنائية ،

ويكتبون عن جرائم الحدود تحت عنوان الجنائيات^(٣) والجنائية لغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه فى الاصطلاح الفقهى اسم لفعل محرم شرعاً ، ولفظ الجنائية مرادف اصطلاحاً للفظ الجريمة ، ولما كانت الحدود جرائم فقد صح أن

(١) المرجع السابق .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣ بطلان الصنائع ج ٧ ص ٥٦ .

(٣) الوجيز للقرالى ج ٢ ص ١٦٤ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٠ .

نسمى 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 التعازير وعقوباتها غير مقدرة ، وإذا لم تكن عقوبة الجريمة مقدرة فالجريمة ليست حداً بل إنها لا تكون حداً إلا إذا كانت عقوبتها مقررة حقاً لله تعالى على الرأي المشهور .

٤٧٩ - جرائم الحدود : جرائم الحدود سبع وهي :-

(١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحراقة
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 لسلك 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 والقانون : 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 ، والمقبوبة في حالة الرضا للعيب 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 ، والأمرة 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 لحمة الزوجية .

٤٨٢ - الواقع بشهر للشريعة : ولعل ما حدث في أوروبا والبلاد الغربية عامة يؤيد نظرية الشريعة فقد تحللت الجماعات الأوروبية وتصدعت وحدتهم وذهب ربحهم 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 بقاء هذه الدول أو توقف نموها ، وترجع قلة النسل أولاً وأخيراً إلى امتناع الكثيرين عن الزواج ، وإلى العقم الذي انتشر بين الأزواج .

ولا يمتنع 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 يعدها مشاعاً بينه وبين الغير قبل الزواج .

والمرأة التي كانت أمينتها 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 تثقل 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 وألقى بشعوب أوروبا في بحر لحي يزخر بالفوضى والاضطراب .

ويستطيع الإنسان أن يرتب على هذه المفساد الاجتماعية نتائجها الخطيرة دون أن يخطئ الحساب ، ولو تدبر هذه النتائج القائلون بأن الزنا علاقة شخصية لعلوا أن الزنا من أخطر الجرائم الاجتماعية ، وأن مصلحة 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 ينالون حاجتهم من المرأة دون زواج ، وبدأت المرأة لا تهتم بالاتصال بالرجل كزوج لأنها تستطيع أن تتصل به كما تشاء من غير طريق الزواج ، وقد صحب 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 للملك^(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 الجنائى .

(١) شرح الزرقاني وحاشية الفياني ج ٨ ص ٧٤ ، ٧٥ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٠ حاشية الدسوقي 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 المنهج ج ٤ ص ٧٠٩ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٠ - المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ .

(٥) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٢٥٦ .

(٦) شرح الأزهارج ج ٤ ص ٣٣٦ .

وستتناول أثناء الكلام على هذين الركنين وجوه الخلاف بين الفقهاء .

الركن الأول

الوطء المحرم

٤٨٥ - الوطء العبر زنا : هو الوطء في الفرج ، بحيث يكون الذكر في الفرج كالليل في المسحطة والرشاء في البئر ، ويكفي لاعتبار الوطء زنا أن تغيب الحشفة على الأقل في الفرج أو مثلها إن لم يكن للذكر حشفة ولا يشترط على الراي الراجح أن يكون الذكر منتشراً .

وإدخال الحشفة أو قدرها يعتبر زنا ولو دخل الذكر في هواء الفرج ولم يحس جدره ، كما أنه يعتبر زنا سواء حدث إنزال أم لم يحدث .

ويعتبر الوطء زنا ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج مادام هذا الحائل خفيفاً لا يمنع الحس والذة^(١)

والقاعدة أن الوطء المحرم المعتبر زنا هو الذي يحدث في غير ملك ، فكل وطء من هذا القبيل زنا عقوبته الحد ما لم يكن هناك مانع شرعي من هذه العقوبة . أما إذا حدث الوطء أثناء قيام الملك فلا يعتبر الفعل زنا ولو كان الوطء محرماً ، لأن التحريم في هذه الحالة عارض ، فوطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المخرمة أو التي ظاهر منها أو آلى منها كل ذلك محرم ولكنه لا يعتبر زنا^(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 المفق والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٣٩١ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٤ - أسنى المطالب ج ٥ ص ١٢٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٠١ - المفق والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ - 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 بمقوبة تعزيرية ملائمة^(١) ، ولو كانت المعصية في ذاتها مقدمة من مقدمات الزنا كالمفاخدة 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 لا طأ 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 بحرم فإن ثالثهما الشيطان»^(٤) فإذا حرمت الخلوة بها فلا بد أن 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 القم ، 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 كتبناه عن العاصي 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 تقزيرية ، فإن الشريعة مع هذا تعتبر الفعل في الحالين جريمة تامة ، ولا تعتبر الوطء جريمة تامة وما دون الوطء شروعا 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 ، ويشاركون في هذا الرأي محمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة ^(٢) وحتهم في التسوية أن الوطء في الدبر مشارك للزنا في المعنى الذي يستدعي الحد وهو الوطء المحرم ، فهو داخل تحت الزنا دلالة فضلا عن أن القرآن سوى بينهما فقال جل شأنه والخطاب موجه لقوم لوط ﴿ إنكم لتأتون الفاحشة ﴾ ^(٣) وقال ﴿ إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء ﴾ ^(٤) وقال ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾ ^(٥) وقال ﴿ واللذان يأتياها منكم فآذوهما ﴾ ^(٦) فجعل الوطء في الدبر فاحشة ، والوطء في القبل فاحشة فسى أحدهما بما سى 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 السلام عن هذه الملاحظة في الجزء الأول من التفسير الجنائي الإسلامي

ص ٣٤٣ ، ٣٤٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المفتي ج ١٠ ص ١٦٠

شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٣٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ .

(٣) الفسكيوت ٢٨ (٤) الأعراف ٨١ (٥) النساء ١٥

(٦) النساء ١٦

(٧) أخرجه البيهقي في استاده محمد بن عبد الرحمن ، وقال لا أعرفه والمحدث منكر بهذا الإسناد ورواه أبو الفتح الأزدى في الضعفاء والطبراني في الكبير من وجه آخر وفيه للفضل الجبل وهو مجهول وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده عنه « يراجع » في كل ما سبق نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠ .

ورى أبو حنيفة أن الوطء في الدبر لا يعتبر زنا سواء أكان الموطوء ذكراً أم أنثى، ورجته أن الإتيان في القبل يسمى زنا والإتيان في الدبر يسمى لواطاً واختلاف الأسامي 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 يوجب 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 زناً وإنما يرونه معصية فيها التعزير ورجته 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 أحد ، وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة أن الفعل زنا يعاقب عليه أصلاً بعقوبة الحد ، ولكن هذه العقوبة تدرأ لشبهة الملك وللإختلاف 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 الإختلاف 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 يطمئنن فإذا طهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب 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 ويرى جواز ذلك عن الشافعي ومالك ، وكذبت الرواية عن ابن عمر وعن الشافعي ، وقيل إن الشافعي قال بذلك في القديم وبش أصحاب مالك لا يروون عنه هذه الرواية ، وقد أفتى متأخرو أصحابه بالتحریم أما جمهور الفقهاء فيرون تحريم إتيان الزوجة في الدبر مستدلين بنص القرآن وما ورد في التحريم من أحاديث صريحة بقوى بعضها بعضاً * يراجع 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 العود 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، لا شك 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 ولكمهم يرونه معصية يعزر عليها^(١).

٤٨٨ — وطء الأموات : — ووطء 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 تعاقه النفس ولا يشتهي عادة، فلا حاجة إلى الجزع عن الفعل، والحد إنما يجب للزحر، 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 الطالب ج ٤ ص ١٢٦ — المغني ج ١٠ ص ١٦٢ — المحلى ج ١١ ص ٣٨٠ و ج ١٠ ص ٦٩ — شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٣٦
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — المغني ج ١٠ ص ١٥٢ — شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٣٦

إنما ، حيث انضم إلى الفاحشة هتك حرمة الميت^(١) وأصول الظاهريين 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 لا لتذاده 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 والحيوانات على العموم لا يعتبر زنا عند مالك وأبي حنيفة ولكنه معصية فيها التعزير ، وفي حكمة أن تمكن المرأة من نفسها حيواناً كقرد مثلاً ، ولا يرون الفعل زناً لأن اعتباره كذلك يوجب فيه عقوبة الحد وهى 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 يقتدر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه^(٣) .

وللشافعى وأحمد رأيان أرجحهما يتفق مع رأى أبى 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 - المقى 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) المقى 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 تمسك من نفسها حيوانا ، 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 الماتية سواء عزر الواطيء أو قتل ومن يرى من الشافعيين قتل الواطيء يرى أيضا قتل البهيمة ، أما الزيدون فيكرهون لحمها وشرب لبنها ولا يرون قتلها^(٣) .

ويرى الظاهريون أن واطيء البهيمة ليس زانيا ، لأن فعله ليس زنا ، ولم يرد نص يلحقه بالزنا ، ولكن لما كان وطء البهيمة محرماً أصلاً ففاعل ذلك فاعل منكر ومتركب معصية عقوبتها التعزير وليس في فعله ما يبيح قتل البهيمة أو ذبحها^(٤) .

٤٩٠ - وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية : - لاحد 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 مميزاً .

وقد اختلف في حكم المرأة التي يطؤها الصبي أو المجنون ، فرأى أبو حنيفة أن المرأة التي يطؤها الصبي أو المجنون لاحد 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 لاحقيقة 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 - المفتي ج ١ ص ١٦٤ - شرح الأزهاري 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 طاعت 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 السقاب امتنع عن الصبي والمجنون لمضى 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 وحجتها أن كلاما من الزانى والزانية مؤاخذ بفعله ، وقد فعلت المرأة ماهى به زانية ، لأن حقيقة زناها انتضاء شهوتها بآلته وقد وجد ذلك ^(٣) .

وفى مذهب أحمد رأيان أرجحهما يتفق مع مذهب الشافعى ، والثانى يفرق كذهب مالك بين ما إذا كان الواطىء صبيًا أو مجنونًا ، ويرى أصحاب هذا رأى الثانى أن تحد المرأة إذا طاعت المجنون ولا تحد إذا وطئها صبي لم يبلغ سنه عشر سنوات ، فإذا بلغ هذه السن حدث . 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 الأزمهرار ج ٤ ص ٣٣٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ (٤) الفقى 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 غيره ، بينما يجعله أبو حنيفة منوطاً بصلاحية 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 لاتشهى فى هذه السن ، وأن وطأها يشبه مالو أدخل إصبعه فى 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 يتمدى 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) المفتى 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 « ادروؤا الحدود بالشبهات »^(١) ولذلك فهم يرون أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزبد ، 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) لقول الله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾^(٤).

أما باقي الفقهاء فيصححون حديث « ادروؤا 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 ادروؤا الحدود بالشبهات ، روى عن طي 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 « ادروؤا الحدود بالشبهات . ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم » وروى عن عتبة بن عامر ومما أيضاً موقوفاً وروى منقطعاً وموقوفاً على عمر ، ورواه ابن حزم في كتاب الايصال عن عمر موقوفاً عليه ، وروى من طرق أخر أثبتتها مؤلف نيل الأوطار ج ٧ ص ١٩ . - ويضد ذلك الحديث المروي عن أبي هريرة « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفاً » رواه ابن ماجه والحديث المروي عن عائشة « ادروؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج غلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئه في الضو خير من أن يخطئه 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 وعلة 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 يقتضي درء الحد سواء اعتمد الفاعل بمحل الفعل أو بحرمة ، لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ - شبهة في الفاعل : كمن يظاً 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 المجزأة 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 يحجر أبو حنيفة النكاح بلا ولي ، ويميز مالك النكاح بلا شهود ، ويميز ابن عباس نكاح المتعة ، ولا يحجز جمهور الفقهاء هذه الأنسكة ، ونتيجة هذا الخلاف أن لا حد على الوطء في تلك الأنسكة المختلف عليها ، لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ،

ولو كان الفاعل يمتد 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 يشقه عليه . وتثبت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمى بفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا ، كمن يظن زوجته المطلقة ثلاثا أو بائنا على مال في عدتها وتعليل ذلك أن النكاح إذا كان قد زال في حق الحل أصلا لوجود الميطل للحل 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 أيضا ، وهذا وإن لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر في حقه درءا لما يندرى بالشبهات .

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلا ، وأن يعتقد الجاني الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتا فلا شبهة أصلا ، 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 ثلاثا في العدة أو بائنا على مال وكنا المختلعة - أما بقية المواضع فخاصة بالجوارى ولا عمل للتمرض لها بعد إبطال الرق .

وبقية الفقهاء يخالفون الحنفين في ذلك ولا يرون شبهة في هذه المواضع الثمانية ، ومن ثم فهم لا يعتبرون شبهة الفعل في جريمة الزنا - راجع شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٧ - ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ - وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - والنفى 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 ، ويعمل 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 بلا عقد ولو كان العقد متفقاً على تحريره وكان الفاعل عالماً بالتحريم 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 الطالب ج ٤ ص ١٢٧ - للفتى 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 ممتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً آخر - إذا وطئ فيه فهو زنا موجب للحد ، ولا عبرة بوجود المقد ولا أثر له ، وبذلك قال مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والزيديون ، وهو ما قال به أبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة ^(٢) .

(١) يراجع في كل ما سبق شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ المتن ج ١٠ ص ١٥٢ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ - شرح الأزهري 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 - المتن ج ١٠ ص ١٥٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ ، ٢٤٨ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٤٨ .

ولكن أبا حنيفة يرى أن وجود العقد شبهة تدرك الحد، ومن ثم فمقبولة الوطء عنده هي التعزير ^(١).

٤٩٥ - الوطء في نظام مختلف عليه : - ولا يجب الحد في نكاح مختلف على صحته، كنكاح التمتع والشفار 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 تدرك بالشبهات إلا عند الظاهريين ولذلك فهم يرون الحد في كل وطء قام على نكاح باطل أو فاسد ^(٢).

٤٩٦ - الوطء بإكرام : - ومن المتفق عليه أنه لا حد على مكروهة على زنا لقوله تعالى ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ ^(٣) ولقوله ﴿ فمن 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 الإكرام يعتبر شبهة عند القائلين بالشبهة، والحدود تدرك بالشبهات.

ومن المتفق عليه أنه لا فرق بين الإكرام بالإلحاح وهو أن يغلبيها على نفسها وبين الإكرام 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 جاءت 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 - أسى الطالب

ج ٤ ص ١٢٦ - الفتى ج ١٠ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٩ - شرح الأزمهر ج ٥ ص ٣٤٨

(٣) الأنعام : ١١٥

(٤) البقرة : ١٧٣

(٥) ابن حزم ج ٧ ص ٣٣٤

(٦) رواه الترمذى وراجع التاج ج ٣ ص ٣٦

أن نمسكه من ثعبانها ففعلت ، فقال لى ما ترى فيها ؟ قال إنها مضطرة ، فأعطها شيئاً وتركها .

وإذا أكره الرجل على الزنا فعليه الحد وهو رأى المرجوح فى مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الزأى أن المرأة تكره لأن وطيقها التمسكين أما الرجل فلا يكره ما دام ينتشر ، لأن الانتشار دليل الطواعية ، ومقتضى هذا الزأى أنه إذا لم يكن انتشار وثبت الإكراه فلا حد .

والزأى الراجع فى هذه المذاهب جميعاً أنه لا حد على الرجل إذا أكره لأن الإكراه يتساوى أمامه الرجل والمرأة ، فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه ، ولأن الانتشار قد يكون طبعياً وهو دليل على الفحولية أكثر مما هو دليل على الطواعية ، ولأن القول بأن التخويف ينأى الانتشار غير صحيح ، لأن المكروه 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 مكروهة أو مكروه ، فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها ، أو أمسك رجل فأدخل إحليله فى فرج امرأة فلا شئ عليه ولا عليها سواء انتشر أو لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هى أو لم تنزل ، لأنها لم يفعلوا شيئاً أصلاً ، والانتشار والإمضاء فعل الطبيعة الذى خلقه الله تعالى فى المرأة أحب أم كره لا اختيار له فى ذلك ^(٢) .

وإذا مكنت المرأة مكروها من نفسها دون أن يقع عليها إكراه فعليها الحد دونه ، لأن فعلها زناً ، ولأنها ليست مكروهة ، ولا عبرة بإعفاء الرجل من العقاب

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ، ١٦٦ ، أسقى الطالب ج ٤ ص ١٢٧ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٤ - المغنى ج ١٠ ص ١٥٨ شرح الأثرار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٣١ .

فإنه أعنى لإكراهه على الفعل ، وليس لها أن تستعيد 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 لقوله تعالى ﴿ وليس 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 بعتقدها 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 هنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه ، وبمجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون داليل الحل ليستند الظن إليه ؛ هذا لأنه قد ينم على الفراش غير الزوجة من صديقاتها وقربياتها ، فلم يستند الظن إلى ما يصلح دليل حل ، وكذلك الحكم إذا كان أعشى ، 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

محرمه عليه فأجابته زوجته فوطئها يظنها الأجنبية التي دعاها فلا حد عليه ،
لاتقاء 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 المدلسة فلا تعتبر زانية وعليها التمييز ^(٢) .

٤٩٩ - الزواج المصحق : - 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 بالنكاح 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 زناً 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 لزوجها 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 الأزهاري 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 ٢٠٢ .

٥٠٠ - وطء من وجب عليها القصاص : ومن وجب له القصاص على امرأة فوطئها وجب عليه الحد ، ولا يعتبر استحقاقه القصاص عليها شبهة تدراً 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 لِأَعْيُنِهِمْ هُمْ 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 ذا محرّم ، فإذا أباحت المرأة فرجها لغير زوجها من امرأة أو رجل فهي لم تحفظه وهي من العاديين .
ويروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الباب قوله «لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة ، ولا يفض الرجل إلى الرجل في ثوب واحد ولا تفض المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد»^(٣) وهذا النص صريح في تحريم السحاق لأنه إفشاء المرأة إلى المرأة .

ويستبدل البعض بما رواه أبو موسى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان 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) المتن ج ١٠ ص ١٩٥ .

(٢) المؤمنون : ٦٤ ، ٥٠ .

(٣) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦ .

(٤) راجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠ .

والزنا المتعاقب عليه بالحد يقتضى الإيلاج ، فكان السحاق مما يجب فيه التعزير
لأحد كما لو باشر الرجل المرأة دون الفرج أى دون إيلاج^(١) .

٥٠٢ - استمنا : - واستمنا الرجل بيد امرأة أجنبية لا يعتبر زنا ،
وكذلك إدخال الرجل الأجنبي أصبه في فرج امرأة ولكن كلا الفعلين معصية
فيه التعزير على الرجل والمرأة سواء حدث إنزال أو لم يحدث .

أما استمنا الرجل بيده يسمى بالخضضة وجلد عميرة فختلف فيه . فالملكيون
والشافعيون يحرمونه مستدلين على ذلك بقوله تعالى ﴿ والذين هم لفروجهم
حافظون ، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى
 وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾^(٢) فالرجل المسلم مطالب بحفظ فرجه إلا على
اثنين زوجه وملك يمينه ، فإن التمس لفرجه منسكجاً 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 لاستجلاب 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 في 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 الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ - نهاية المحتاج ج ٧
ص ٤٠٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٦ - المفتى ج ١٠ ص ١٦٢ - المحلى ج ١١ ص ٣٩٠
شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .
(٢) المؤمنون : ٥ ، ٦

إلا التعمد لزول الشيء فليس ذلك حراماً أصلاً أقول 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 الاستمراء لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا من الفضائل . وروى لنا أن الناس تكلموا فى الاستمراء 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 يأمرون شبابهم بالاستمراء يستغفرون بذلك .

وما قيل فى استمراء الرجل يقال عن المرأة إذا عرضت فرجها شيئاً دون أن تدخله حتى ينزل أو مسّت فرجها بشمالها حتى ينزل ، والحكم فى ذلك هو حكم الاستمراء فى المذاهب المختلفة^(١) .

٥٠٣ — العجز عن ادعاء الشبهة : — ويرى أبو حنيفة أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة يعتبر بذاته شبهة دارئة للحد فالزاني الأخرس والزانية الخرساء لا يحدان ولو ثبت الزنا ضدّها بشهادة الشهود ، لأنهما يعجزان عن ادعاء الشبهة ، ومن المحتمل أن يدعيّاها لو استطاعا النطق ، وكذلك الشأن فى الجنون الذى زنا حال إفاقته ، بل يذهب أبو حنيفة إلى أن الأخرس لا يحسد 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 — المذهب ج ٢ ص ٢٨٦ — الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٦ — الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ — المحلى ج ١١ ص ٢٩٣ — شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٣٦ والمجزء 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 ٦٠ .

علق وجوب الحد على البيان المنتهى ، والبيان لا ينتهى إلا بالصريح وهو الخطاب والعبارة ، ولا ينتهى بالكتابة والإشارة ^(١) .

ويرى الزيدون ما يراه أبو حنيفة من أن الخرس والجنون شبهة تدرك 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 ثبت الزنا بالبينة ، كذلك يقولون بإقرار الأخرس بالكتابة وإقراره بالإشارة كلما أمكن فهم إشارته دون شك فيها ^(٣) ويرى الظاهريون أنه إذا كانت البينة فلا معنى للإنكار ولا للإقرار ^(٤) . وهم فوق هذا لا يعترفون بالشبهة ولا يرون درء الحدود بالشبهات ، ومقتضى هذين المبدأين أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة لأثره على الحد .

٥٠٤ — إنظر أصم الرائيين : ويرى أبو حنيفة أن إنكار أحد الزانين يعتبر شبهة إذا أقر الآخر ولم يكن دليل غير الإقرار ، فلا يعاقب المنكر لأنه لا دليل عليه إلا إقرار التهم الآخر والإقرار حجة قاصرة على المقر . ولا يحد المقر لأننا صدقنا المنكر في إنكاره فصار المقر محكوماً بكذبه ، وتعليل ذلك أن الحد اثني في حق المنكر بدليل موجب للنفى 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 للمقر 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) بمانع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ .

(٢) شرح الأزهري ج ٤ ص ١٥٩ ، ٣٥٠ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٠ — تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٧١ — النقي جزء ١ ص ١٧١ .

(٤) المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ .

من أن المقر يحد 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 الزانيين 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 مكره ولم يصل إقراره بما يفسده ، فقد لزمه إقراره ولا رجوع له بعد ذلك ، فإن رجع لم ينتفع برجوعه ، وقد لزمه ما أقر به 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 ما لم يثبت قيام الزوجية ، وأصول الظاهريين والزيديين تقتضي الأخذ بهذا الرأي^(٢)

وإذا ضبط شخص يظن امرأة فادعى الرجل والمرأة الزوجية فالقول قولها على ما يرى جمهور الفقهاء ما لم يشهد الشهود بزناها ، إلا أن مالكا يوجب عليهما أن يثبتا الزوجية .

فإذا شهد الشهود بزناها فلا يسقط ادعاء الزوجية الحد إلا إذا أقاما البينة

(١) تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٣٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٥٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — المغني ج ١٠ ص ١٦٨ — المحلى ج ٨ ص ٥٢٠ وج ١١ ص ١٥٣ شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ — المغني ج ١٠ ص ١٥٨ — المرفقة ج ١٦ ص ٣٠٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٤ .

على النكاح ، لأن الشهادة بالزنا تنفي 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 أو لا 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 الواطئي 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 النافي 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 انظاهرى يرى أن الحكم يختلف بحسب ما يقرر النساء على ضعه 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 وأغلة في داخل الفرج لا يبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٨ — الفتى ج ١٠ ص ١٦٢

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٤ .

بإبلاغ الحشفة بحب الحد فيقام الحد عليها ، لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم^(١)
وسواء سقط الحد بالشبهة أو باليقين من أن الإبلاغ يزيل البكارة فإنه يبقى
بعد ذلك أن الفعل الذي شهد عليه الشهود معصية يجب فيها التعزير .

الركن الثاني تمسك الوطاء

٥٠٧ — يشترط في جريمة الزنا أن يتوفر لدى الزاني أو الزانية نية الممد
أو القصد الجنائي ، ويعتبر القصد الجنائي متوفراً إذا ارتكب الزاني الفعل وهو
عالم أنه يبطأ امرأة محرمة عليه أو إذا مكنت الزانية من نفسها وهي تعلم أن
من يبطأها محرم عليها .

فإن أتى أحدهما الفعل متممداً 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 ، وكمن وجد في فراشه امرأة فوطئها معتقداً أنها
زوجه ، أو كمن وجدت في فراشها رجلاً فكنته معتقدة أنه زوجها . وكمن
تزوجت ولها زوج آخر كتمته عن زوجها الأخير فلا مسؤولية على الزوج الأخير
مادام لا يعلم بالزواج الأول ، وكمن مكنت مطلقها طلاقاً بائناً وهي لا تعلم أنه طلقها
ويشترط أن يعاصر القصد الجنائي إتيان الفعل المحرم ، فمن قصد أن يزني
بامرأة ثم تصادف أن وجدها في فراشه فأتاها على أنها امرأته لا يعتبر زانياً لانعدام
القصد الجنائي وقت الفعل كذلك لو قصد إتيان امرأة أجنبية فأخطأها وأتى
امرأته فإنه لا يعتبر زانياً ولو كان يعتقد أنه يأتي الأجنبية لأن الوطاء الذي
حدث غير محرم .

والأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا يحتج في دأر الإسلام بمجهل الأحكام^(٢)

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٠ — أسنى المطالب .
ج ٤ ص ١٣٢ — المفتي ج ١٠ ص ١٨٩ — المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٥٠ .
(٢) راجع مبحث « أثر الجهل على المسؤولية » في الجزء الأول من كتاب التفسير
الجنائي ص ٤٣٠ وما بعدها .

فلا يقبل من أحد أن يحتج بجعل تحريم الزنا ، وبالتالي انعدام القصد الجنائي ،
ولكن الفقهاء يبيحون استثناء الاحتجاج بجعل الأحكام بمن لم تيسر له ظروفه
العلم بالأحكام كسلم قريب عهد بالإسلام لم ينشأ في دار الإسلام وتحتل ظروفه
أن يجعل التحريم ، أو كجنتون أفاق وزنا قبل أن يعلم بتحريم الزنا ففي هاتين
الحالتين وأمثالها يكون الجهل بالأحكام علة لانعدام القصد الجنائي ^(١) .

وإذا ادعى الجاني الجهل بفساد نوع من أنواع النكاح أو بطلانه مما يعتبر
الوطء فيه زنا ، فيرى البعض أن لا يقبل احتجاجه بجعل الحكم ، لأن فتح هذا
الباب يؤدي إلى إسقاط الحد ، ولأن المفروض في كل فرد أن يعلم ما حرم عليه
ويرى البعض قبول الاحتجاج لأن معرفة الحكم تحتاج لفقهاء وتحقق على غير أهل
العلم ، وأصحاب هذا الرأي الأخير يجعلون الجهل بالحكم شبهة تدرأ الحد عن
الجاني ولا تعفيه من عقوبة التعزير ، ومما يؤثر من قضاء الصحابة في هذاب الباب أن
امراة تزوجت في عدتها في عهد عمر رضى الله عنه فلما عرض عليه الأمر قال هل
علتما ؟ فقالا : لا . فقال لو علمتما لرجعتكما ، فجلدها أسواطاً ثم فرق بينهما . وأنت
امراة إلى على بن أبي طالب رضى الله عنه فقالت إن زوجي زنا بماريتي . فقال
الزوج صدقت هي وما لها لي حل ، فدرأ على عن الرجل الحد بادعاء الجهالة ^(٢)

وبلاحظ أن هناك فرقا بين قول الاحتجاج بجعل تحريم الزنا وقبول
الاحتجاج بجعل فساد النكاح أو بطلانه ، فقبول الاحتجاج الأول يؤدي إلى
إعفاء الجاني من العقوبة على أساس انعدام قصده الجنائي ، وقبول الاحتجاج
الثاني عند من يقبله لا يعدم القصد الجنائي وإنما يقوم الاحتجاج شبهة تؤدي إلى
درء الحد ولاتعفف من عقوبة التعزير .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٦ - المهذب ج ٢

ص ٣٨٤ - المغني ج ١٠ ص ١٥٦ - المحلى ج ١١ ص ١٧٨ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٤٨

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٥ - المغني ج ١٠ ص ١٥٦

المحلى ج ١١ ص ١٨٨ .

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

٥٠٨ - النذور الفسريعى لعقوبة الزنا : — كانت عقوبة الزنا في صدر الإسلام الحبس في البيوت ، والإيذاء بالتمعير 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 فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها إن الله كان توابا رحيم ﴾ (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) المعنى ج ١١ ص ٢٢٩ وما بعدهما .

(٣) المعنى ج ١٠ ص ١١٩ .

وهناك فريق ثالث رأى أن النص الثانى وهو قوله ﴿واللذان يأتيانها منكم﴾ ناسخ لقوله تعالى ﴿واللآتى يأتيان الفاحشة من نسائك﴾ والقائلون بهذا رأى يحملون قوله عز وجل ﴿واللذان يأتيانها 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 التمثيب - وعلى رجم المحصن دون جلده مع خلاف في الجلد ، وستعرض 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 أنشئت بك كتاب الله إلفاضت لى بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أوفقه منه نعم فاقض بيننا بكتاب الله واثبتنى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل ، قال إن ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وإنى أخبرت أن على ابني لرجم فافنديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله

(١) المعلى ج ١١ ص ٢٢٩ (٢) النور : ٢

(٣) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

صلى الله عليه وسلم ، والذي نفسى بيده لأفضين بينكما بكذاب الله ، الوليدة والغنم
رد وعلى ابنك جلد مائة وتعريب عام ، واغذُ يا أنيس - لرجل من أسلم - إلى
امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، قال فغدا عليها فاعترفت بأمرها فأمر بها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجعت^(١) .

ح - ما روى 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
الزاني ، والمفارق لدينه التارك للجماعة^(٢) » .

وأما فعلة 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
في 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 أدلقتنا 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 ما في بطنك ، قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ،
قال : فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : إذن
لا ترجعها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال :
إلى رضايعه يا نبي الله ، قال فرجمها^(٤) .

(١) رواه الجماعة (٢) رواه الجماعة (٣) متفق عليه

(٤) رواه مسلم والدارقطني

ح - وروى ابن عمر أن اليهود أتوا النبي صلى الله عليه وآله وسلم برجل وامرأة منهم قد زنيا ، فقال : ماتجدون في كتابكم ، فقالوا نسخم وجوههما ويغزيان ، قال كذبتم إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فاثقلوها إن كنتم صادقين فبجأوا بالتوراة ، وجأوا بقرارهم ، فقرأ حتى إذا انتهى إلى موضع وضع يده عليه ، فقيل له ارفع يدك ، فرقع يده فإذا هي تلوح ، فقال أو قالوا : يا محمد فيها الرجم ولكننا كننا نكفكته فيما بيننا ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فرجما ، قال : فلقد رأيته يجنأ عليها يقيمها الحجر بنفسه ^(١) .

وإذا كان الشارع قد فرق في العقوبة بين المحصن وغير المحصن ، فذلك لأن المحصن إذا زنا بعد أن توفرت مواقع الزنا لادنيه 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 المحصن

المبحث الأول

في عقوبة البكر

٥٠٩ - عقاب البكر الزاني : - إذا زنا البكر سواء كان رجلاً أو امرأة عوقب بعقوبتين : أولاهما 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 وتشد عقوبة الحر ، مراعية في ذلك ظروف كل منهما ، ولكننا إن تعرض هنا إلا للعقوبة المقررة للأحرار ناظرين في ذلك إلى أن الرق انتهى في كل أنحاء العالم ، وأن لاحتاجة تدعو إلى بيان عقوبة الرقيق

٥١٠ - أو - عقوبة الجلم : - 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) ولقول 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 للقاضى 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 ولى الأمر لا يملك شيئاً من ذلك ، ولا يملك العقو عنها كلها أو بعضها .

وستتكم 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 هى عقوبة تعزيرية ، ومن هذا رأى الشيعة الزيدية^(٣) ويرى مالك والشافعى وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب ، ويعتبرون 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 عليهما إجماعاً^(٤) .

ومن هذا رأى الظاهريون فإنهم يرون التغريب حداً ثابتاً بصرح النص^(٥)

٥١٢ - تغريب المرأة : ويرى مالك أن التغريب جمل 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 الزرقانى ج ٨ ص ٨٣ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٤ - المنى 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 يحمل 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 ، ونقي 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 المالكيون الخبر الوارد في التغريب ، ويجعلونه في حق الرجل دون المرأة ، إذ يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومة فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة للذكورة فيه ، ووجوب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك ، وفضلا 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 الزيدوني ^(٣) .

ويرى الشافعي وأحمد أن التغريب معناه النفي من البلد الذي حدث فيه الزنا إلى بلد آخر ، على أن يراقب للمغرب 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 - المفني ج ١٠ ص ١٣٣ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - المفني ج ١٠ ص ١٣٤ - المحلى ج ١١ ص ٣٣٢ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠ - حاشية ابن عابدق .

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 الشيء من عمل الحاكم إلى عمل غيره دون التقيد بمسافة معينة، فلو نفي 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 عن العودة إلى بلده قبل انتهاء المدة، أو إلى مادون 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 الإجماع وحتى لا تفرق السنة^(٧) أما الحنابلة فيرون إعادة التغريب في حالة الرجوع عن أن يبنى على مدة التغريب السابقة بحيث يعاد تغريبه ليكمل ما بقي من الحول لالبيدأ حولا 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 والشافعي وأحمد، ولكن الظاهريين يرون أن

(١) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٠ - المنى ج ١٠ ص ١٣٦ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٢
(٣) مسافة القصر تختلف عليها فذهب مالك والشافعي وأحمد وآخرون إلى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالبر 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 ١ وما بعدها.

(٤) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٠ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٨ - المنى ج ١٠ ص ١٣٦
(٥) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٠ (٦) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٠
(٧) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٠ (٨) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٢

تستتم مدة التغريب الأولى ثم تبدأ في الثانية^(١) لأن القاعدة عندم 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 - تدمير عقوبة المحصن : - فرقت الشريعة بين المحصن والبكر في عقوبة الزنا ، وخففت عقوبة البكر وشددت عقوبة المحصن ، وجعلت عقوبة البكر الجلد والتغريب 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 يعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوة فعقابه أن يحلده مائة جلدة ويغرب سنة ، وشقيقه في هذه العقوبة الخفيفة تأخيرها 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 للزواج أبدياً حتى لا يقع

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ - الإقناع ج ٤

(٢) المراجع السابقة .

ص ٢٥٢ - المحلى ج ١١ ص ١٣٤

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 بينهن ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن أبواب الحلال ، وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلاً وقد انقطعت الأسباب التي تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع أن تنقطع المعاذير التي تدعو لتخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحسن 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 المحسن وغير المحسن هي الجلد مستنديين 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 المحسن 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 المحسن 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 ، والشيعة 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 ينطوى في الحد الأكبر . لأن الحد إنما وضع للجزء لا للكل . ولا تأثير للجزء بالضرب مع الرجم . وأصحاب هذا الرأي هم جمهور الفقهاء . وهم يسلمون بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم . ولكنهم يعتبرون الجلد منسوخاً أو دخلاً في الرجم ، ومن أصحاب هذا الرأي مالك وأبو حنيفة والشافعي وهو رواية عن أحمد^(٣) .

وهناك رأى 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 الأزهار 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 المطلب 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 يظفر الله إليهم ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم : شيخ زان وملك كذاب وعامل مستكبر »^(٢) .

٥١٧ - هارت مختلف ملي 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 - حالة اللواط : يترتب على اعتبار اللواط زنا أن يعاقب عليه بعقوبة الزنا ، 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 والمواط به بعقوبة الزنا ، فمن كان محصناً رجم ومن لم يكن محصناً جلد وغرب وحجة أصحاب هذا الرأي ما رواه 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 رجم أما الموطء به فلا يرمى به وإنما يجلد ويغرب في كل الأحوال سواء كان ذكراً أو أنثى محصناً أو غير محصن لأن الإحصان

(١) المحلى 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 - المهذب

ج ٣ ص ٢٨٥ - المغني ج ١٠ ص ١٦١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣

(٥) أخرجه البيهقي وأبو داود والطيالسي وراجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠

جمل للقبل وهو يؤتى في الدبر ولا يتصور في الدبر إحصان . وعلى هذا فالملوط به إذا اعتبر فعله زنا فهو زنا من غير محصن مادام الإحصان لم يجعل للدبر ، وثالثها : أن عقوبة اللواط والموط 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 . فسكان 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 فريان 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 - هانر لوط ، 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 محرم 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) الحلى ج ١١ ص ٢٨٥

(٥) المغني ج ١٠ ص ١٥٣ .

لما رواه البراء قال : « لقيت عى 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 ذك محرم فاقتلوه »^(٢) .

ويرى الظاهريون أن من وقع على امرأة أبيه بمقد 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 . فمن وقع على واحدة منهن كان زانياً طبقاً للنصوص العامة .

٥٢٠ - هاته 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 زنا قياساً على إتيان الرجل المرأة . ويخجلون

(١) رواه الحسة (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 ٢٥٢ - المحلى ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨ .

(٥) المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٦) رواه أحمد وأبو داود والترمذى .

عقوبة الحصن الرجم وعقوبة غير الحصن 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 ماعلى واطىء البهيمة^(٣) وإن كان بعض الشافعيين يصرحون بأنه ليس على المرأة إلا التغزير^(٤) .

المبحث الثالث

فى الإحصان

٥٢١ — **الرمم** شرط الرجم : رأينا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية تفرق فى العقوبة بين الحصن وغير الحصن ، 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 لعلة واحدة ، وكل واحد من هذه المجموعة يعتبر بذاته شرطاً أو علة لوجوب الرجم .

٥٢٢ — معنى **الرمم** . الإحصان لغة : معناه الدخول فى الحصن أو المنع قال تعالى ﴿ لتحصنكم من بأسكم ﴾ ويقال أحصن إذا دخل فى الحصن . وللإحصان 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 ٣٣٦

(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 أيماكم 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 أتين 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 شرعا : 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 - الوط في نكاح صحيح : يشترط لقيام الإحصان أن يكون هناك وطء في نكاح صحيح ، وأن يكون الوطء في القبل لقوله عليه السلام « والثيب بالثيب الجلد والرجم » والثيباة تحصل بالوطء في القبل^(٦) .

(٢) التحريم ١٢ :

(١) النساء : ٢٥ :

(٤) النساء : ٢٥ :

(٣) المائدة : ٥ :

(٥) التور : ٤ :

(٦) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧ - المغني ج ٩٠ :

ص ١٢٦ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ - شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٤٢ :

ولا خلاف في أن عقد النكاح الخالي من الوطء لا يحصل به إحسان ، 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 حدم جلد مائة وتقريب عام .

والوطء الذي يؤدي إلى الثيابة هو الإيلاج في القبل على وجه يوجب الفسل ، أو هو تغيب الحشفة أو مثلها في القبل سواء أنزل أو لم ينزل ، ولا يكفي مثل هذا الوطء وحده لوجود الإحسان بل يجب أن يكون الوطء في نكاح ، لأن النكاح هو الإحسان لقوله تعالى ﴿ والحاصلات من النساء ﴾ يعني المتزوجات ، 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 يحسن 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 يحسن ولو كان في نكاح صحيح^(٣) .

ثانياً — البلوغ والعقل : وهما شرطاً 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 الإحسان لأن اشتراطهما وقت ارتكاب الجريمة لا يفتى عن اشتراطهما في الإحسان ، فيشترط إذن أن يكون

(١) يرى الهادي من فقهاء الزيدية اعتبار الإحسان بالخلوة ، ولكنهم يتأولون رأيه ويقولون إنه أراد الخلوة مع الدخول — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

(٢) المتن ج ١٠ ص ١٢٦ — الإقناع ج ٤ ص ٣٥٠ — المذهب ج ٢ ص ٢٨٣

أسنى المطالب 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 المطالب 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 الواطء يصير محصنًا بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون ، فلو بلغ أو أفاق فزنا 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 والجنون ، 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 يدعوا لاشتراط الإحصان (٢) .

ثالثًا - وهو رد الكمال فى الطرفين حال الوطء : أو بتعبير آخر ، ينبغى أن تتوفر شروط الإحصان فى الواطء والموطوءة حال الوطء الذى يترتب عليه الإحصان ، فيطأ مثلاً الرجل العاقل امرأة عاقلة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فى أحدهما فهما معاً غير محصنين . فإذا كان الجانى متزوجاً ودخل بزوجه فى نكاح صحيح ولكنها مجنونة أو صغيرة ، فالجانى غير محصن ولو كان هو نفسه بالغاً عاقلاً ، هذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد (٣) .

ولكن مالكا لا يشترط توفر شروط الإحصان فى الزوجين لإحصانها معاً ،

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ المفتى ج ١٠ ص ١٢٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٨٣ - المفتى ج ١٠ ص ١٢٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣٣ - المفتى ج ١١ ص ١٢٨

وعنده أنه يكفي أن تتوفر شروط الإحصان في أحد الزوجين ليكون محصناً بغض النظر مما إذا كان الزوج الآخر تتوفر فيه هذه الشروط أم لا ، فشرط تحصين الذكر عنده أن تتوفر فيه شروط الإحصان مع إطاعة موطوءته له ولو كانت صغيرة أو مجنونة ، وتتحصن الأنثى عند مالك بتوفر الإحصان فيها و يبلغ واطئها ولو كان مجنوناً^(١).

وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما يتفق مع رأي أبي حنيفة وأحمد ، وثانيهما يتفق مع مذهب مالك^(٢).

وفي مذهب الشيعة الزيدية نفس الرأيين ، ثم رأى ثالث يرى أن المجنون لا يحصن العاقل بأي حال^(٣)، وإن أحصن البالغ من لم يباغ .

والذين يشترطون اجتماع شروط الإحصان في الزوجين يملكون 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).

رابعاً - 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 المفتي ج ١٠ ص ١٢٨ .

الإسلام ، ويتفق المذهب الظاهري مع مذهب الشافعي وأحد في هذه الوجهة ، أما المذهب الزيدي ففيه الرأيان وأرجحهما ما بقول به الشافعي وأحد^(١) .

ويترب على هذا الخلاف أن المسلم المتزوج من كتابية إذا زنا لا يرحم في رأي 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 وأحد والظاهريين وبعض الزيديين لأن هؤلاء لا يعتبرون الإسلام شرطاً من شروط الإحصان .

٥٢٥ زنا المحصن بغير محصن : بينا فيما سبق شروط الإحصان ما اتفق عليه 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 الزائنين لوجوب الرجم على أحدهما ، ويرون رجم من توفرت فيه شروط الإحصان من الزائنين ، فإذا كان أحد الزائنين 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 - المنى ج ١٠ ص ١٢٩ - المحلى ج ١١ ص ١٥٨ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٤٤ .

الفصل الثالث

في الأدلة على الزنا

٥٢٦ — **الأدلة المتبعة للزنا :** لا تثبت جريمة الزنا بالمعاقب عليها بالحد إلا بأدلة خاصة هي :

(١) الشهادة (٢) الإفراز (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 فاستشهدن عليهن أربعة منكم﴾^(١) وقوله ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾^(٢) وقوله ﴿ولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾^(٣) .
ولقد جاءت السنة 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 : ١٥٠

(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 أخذ في ظهرك » ^(٢).

وليس لسكل 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 - أولاد 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 ن لا تقبل فى الجرائم أولى وفيها عقوبة متلفة للنفس أو للعضو ^(٥).

وإذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لا تقبل شهادة من هو دون البلوغ

(١) رواء الجماعة إلا مسلماً والنسائى

(٢) رواء النسائى (٣) البقرة : ٢٨٢

(٤) أخرجه ابن ماجة وابن حبان والدارقطنى والطبرانى والحاكم فى المستدرک وراجع خليل الأوطار ج ٦ ص ١٦٠

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ - وحاشية ابن عابدين

ج ٤ ص ٥١٣ ، ٥٢٠ - المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ - الاقناع ج ٤ ص ٤٣٦ - المحلى ج ٩

ص ٤٢٠ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٩٣

فإن مالك يرى استثناء أمن هذه القاعدة ، قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء بشروط خاصة أهمها : أن يكون الشاهد مميزاً ، أى ممن 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 ينحصر 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 . والعاقل من عرف الواجب عقلاً ، الضروري وغيره ، والممكن والممتنع ، وما يضره وما ينفعه غالباً ، فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه ، ولكن تقبل الشهادة ممن يجن أحياناً في حالة إفاقته إذا كان يفيل إفاقة يعق 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 - الحفظ : ويشترط في الشاهد أن يكون قادراً على حفظ الشهادة ، وفهم ما وقع بصره عليه ، مأموناً على ما يقول ، فإن كان مغفلاً لم تقبل شهادته . ويلحق بالغفلة كثرة الغلط 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 للمغفل ويقول : إنه شر من الفاسق في الشهادة^(٢) والزيديون يردون شهادة من غلب عليه السهو والنسيان ، فإن تساوى ضبطه ونسيانه فالأكثر لا يصححون شهادته ، والأقلون يحفلونها موضع اجتهاد^(٣)

٥٣٢ - رابعاً : الكلام : يشترط في الشاهد أن يكون قادراً على الكلام فإن كان آخرس فقد اختلف في قبول شهادته : ففي مذهب مالك يقبلون شهادة الآخرس إذا عرفت إشارته وفي مذهب أحمد لا يقبلون شهادة الآخرس ولو فهمت إشارته ، إلا إذا كان يستطيع الكتابة فأدى الشهادة بخطه ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ - المذهب ج ٢ ص ٣٤٢ - أسنى الطالب ج ٤

ص ٣٥٣ - الإقناع ج ٤ ص ٤٣٧

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٨٥

(٣) شرح الأزهار 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 كعبارة 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 - خلاصة : 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 المشهود له والمشهود عليه ، ولأن الأعمى لا يميز إلا بالنفحة 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 أعمى 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 والسمع . ولكن أبا يوسف يميز 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 التسماع 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 الأزهاري ج ٤ ص ١٩٢

(٢) البحر الرائق وحاشية منحة الخالق ج ٧ ص ٨٤ ، ٨٥ - طرق الابنات

ويقبل المالكيون شهادة الأعمى في الأقوال ، ولو كان قد تحملها بعد العمى مادام فطنا لاشتبه 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 يجيزون أن يكون شاهداً في الأفعال كالقتل والنصب ، 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 ويقين . 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 يجيزون شهادة الأعمى كلما تيقن الصوت : أى أنهم يجيزون شهادته في الأقوال مطلقاً . أما في الأفعال فيجيزون شهادته في كل ما تحمله قبل العمى إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه^(٣) .

ومذهب الزيديين لا يكاد يختلف عن مذهب الشافعي ، فالقاعدة عندهم أن شهادة الأعمى لا تصح فيما يفتقر إلى الرؤية عند الأداء ، فإذا شهد بما يحتاج إلى المعاينة عند أداء الشهادة لا تقبل شهادته إلا أن يسكون المشهود عليه في يده من

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٣٥٣ — أسنى الطالب 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 والنكاح ، 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 البينة ولم يشترط أعمى من مبصر وما كان ربك نسياً^(٢) .

٥٣٤ - سارسا - المراءى : 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 تشل جميع ما افترض الله تعالى على العباد
القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره ، ولا ينحصر 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 محافظ
على ترك الصفائر فهو العدل ^(٤) .

ويعرف الحنفيون العدالة بأنها الاستقامة على أمر الإسلام ، واعتدال العقل
ومعارضة الهوى ، وليس لكالها 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 وتركب الصفائر
وكان ذلك نادراً من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته لأنه لا يوجد من يمحض
الطاعة ولا يخلطها بمعصية ، وإن كان ذلك غالباً في أفعاله فسق ووردت شهادته

(١) ذى المقد 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 الإكثار من الصفات استجاز أن يشهد بالزور ، فالحكم مطلق على الغالب من أفعاله ^(١) .

ويعرف الحنابلة العدالة بأنها استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله ، ويعتبر لها شيئان . أولهما : الصلاح في الدين وهو من وجه أداء الفرائض بسننها الراتبة ، فلا تقبل الشهادة ممن داوم على تركها لفسقه ، ومن وجه آخر اجتناب الحرم فلا يرتكب كبيرة ولا يذم على صغيرة . وثانيهما : استعمال المروءة وهو الإتيان بما يحمله ويزينه ، وترك ما يذمسه 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 الاتعمال في بلد يستقبح فيه مشى مثله حافياً ، وعلى ترك ما فعله مباح يوجب ذمه عرفاً . كالأكل في السوق . وفي حانوت الطباخ لنير الغريب ، ولا يراد بالمروءة نظافة الثوب . وفراة الركوب وجودة الآلة وحسن الشارة بل المراد التصون والسمت الحسن . وحفظ اللسان . وتجنب المجون والسخف . والارتقاء 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 يأتي الإنسان بما يعتذر منه مما يبغضه عن مرتبته عند أهل الفضل ، وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتقاء عن كل خلق دنى . والمروءة عند محمد هي الدين والصلاح ^(٤) .

والمروءة عند الشافعيين هي الإنسانية . وهي مشتقة من الرء . 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» .

والمرءة عند الحنابلة 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 التزه عن المحظورات الدينية^(٣) ويعرفها بعضهم بأنها ملازمة التقوى والمرءة .

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 تنفي 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 والظاهريون أن العدالة تفترض في الشاهد حتى يثبت جرحه ، بمعنى أنه إذا لم يجرح الشهود عليه الشاهد قبلت الشهادة دون أن يكون على القاضي أن يتحرى 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 رضي الله عنه إلى أبي موسى والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو محدوداً في حد أو ظنيماً في ولاء أو قرابة » وحجة الظاهريين أن فاعل الكبيرة فاسق وأن من عدها عدل لقوله تعالى : ﴿ أَنْ تَحْذَرُوا كِبَائِرَ مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرَ عَنْكُمْ

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٤٣

(٢) الفقه ج ١٢ ص ٣٣ - الأتباع ج ٤ ص ٤٣٧

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٤ - البحر الزخار ج ٥ ص ٥٠

(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٣ ، ٣٩٥

سيئاتكم^(١) وما كفره الله وأسقطه لالحل لأحد أن يذم به صاحبه ولا أن يصفه به^(٢)

ويرى المالكيون والشافعيون والحنابلة والزيديون ومهم 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 تختلف عليها :

الاستثناء الأول : شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض :

يرى الحنفيون قبول شهادة الذميين على مثلهم والحربيين 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 - الافناع 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 للصحة العامة وتحقيقاً للمدالة، وهما بذلك يرجحان رواية ضعيفة عن أحمد يجوز قبول الشهادة^(١).

ولا يقبل المالكيون والشافعيون شهادة غير المسلمين، وهذا يتفق مع الرواية المشهورة في مذهب أحمد - وهي الرواية المعمول بها - كما يتفق مع المذهب الظاهري^(٢).

الاستفتاء الثاني: شهادة غير المسلمين على المسلمين في الوصية حال السفر: يرى الحنابلة أنه إذا شهد بوصية المسافر الذي مات في 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 في الأرض فأصابكم مصيبة الموت﴾^(٣). ويتفق رأى الظاهريين مع رأى الحنابلة في قبول شهادة غير المسلم إذا لم يوجد غيرهم.

أما المالكيون والحنفيون والشافعيون والزيديون فلا يقبلون شهادة غير المسلم في هذه الحالة، وحجتهم أن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق، ولأن الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا في تأويل الآية: فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء، ومنهم من قال المراد بقوله ﴿من غيركم﴾ أي من غير عشيرتكم، ومنهم من قال معنى الشهادة في الآية هو اليمين^(٤).

الاستفتاء الثالث: شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة:

يرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلم على المسلم في كل

(١) الطرق الحكمية ص ١٥٧، ١٦٣

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩ - المغني ج ١٢

(٣) سورة المائدة ١٠٦

ص ٥٣ - المحلى ج ٩ ص ٤٠٦

(٤) المغني 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 .

ويجيز مالك شهادة الطيب 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 لأولادها ، 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 والمغني ج ١٢ ص ٥٤ والطرق الحكمية ١٥٩ ، ١٧١ ، ١٧٤

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤

(٣) البحر الرائق ج ٧ ص ٨٧ ، ٨٩ (٤) المهذب ج ٢ ص ٣٤٧

(٥) الإقناع ج ٤ ص ٤٢١

عليه وسلم أنه قال « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى حنة » والظنين أئمتهم ، والقريب متهم بمحاباة قريبه .

ويرى الظاهريون والزيديون أن القرابة لا تمنع من قبول الشهادة مادام الشاهد عدلاً ، فكل عدل مقبول لكل أحد وعليه^(١) .

ب - العداوة : وجمهور الفقهاء لا يقبلون شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة من الشاهد والمشهود عليه في أمر الدنيا كالأموال والموارث والتجارة ونحوها . أما إذا كانت غضباً لله لفسقه وجراته 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 الزيدي^(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 بنهيها .

أما المتقدمون من فقهاء المذهب فيرون أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع من الشهادة ما لم يفسد 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 المتأخرون خالفوا رأيه لما رواه أبو داود مرفوعاً « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه » . والغم هو الحقد^(٣) .

(١) المحل ج ٩ ص ٤١٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٩ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٢٥٢ - المذهب ج ٧

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 للمشهود له تخرجه إلى مالا يحل فهي جرحة 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 شنآن 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 والمشهود له ما يمت على الظن بأن الشاهد يحابي المشهود 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 يجر لنفسه نفعاً . والأصل في عدم قبول الشهادة للتهمة قوله تعالى ﴿ وأدنى ألا ترتبوا ﴾^(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 .

والفقههاء 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) الحلى ج ٩ ص ٤٩٨ ، ٤٢٠

(٢) سورة البقرة : ٢٨٢ .

وأحد 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 الفصوص قاطعة في أن عدد الشهود لا يقل عن أربعة^(٢) وأن شهادة الرجل تعادل شهادة امرأتين^(٣) فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداها فتذكر إحداها الأخرى^(٤) 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 يجزىء 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^(٥) 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 - المنقح 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 . المذهب ج ٢

ص ٣٥٠ - المنقح ج ١٠ ص ١٧٥ .

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٨٥ ، ١٨٦

وقد روى عن عطاء وحاد 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 يكفر الزوج شاهداً؟ لا يجيز مالك والشافعي وأحمد أن يكون للزوج 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 ملتبسة بجر نفع، والزوج ملحق على نفسه بهذه الشهادة لحوق العار وخلو الفراش خصوصاً إذا كان له منها أولاد صفار^(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 حد أو يلعن، فإن لم يكن قاذفاً لكان شاهداً فإن كان عدلاً ومعه ثلاثة عدول فهي شهادة تامة وعلى المشهود عليها حد الزنا^(٦).

ثانياً : الأصول : ويشترط أبو حنيفة الأصالة في الشهود، أي أن يكونوا شهداء الحوادث بأنفسهم، فلا تقبل عنده شهادة الشاهد على الشاهد^(٧) أي الشهادة السماعية، كما أنه لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي، أي أنه لا يقبل شهادة شهود الإثبات أمام قاض غير القاضي الذي ينظر الدعوى ويفصل فيها إذا شهدوا كلهم

(١) المغني ج ١٠ ص ١٧٥ (٢) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٨ - المذهب ج ٢ ص ٣٨٤ الاقناع 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 الأصيل يسترعى 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 قدردها الشرع من وجه برد شهادة الفروع فى عين الحادثة التى شهد بها الأصول إذ هم قائمون مقامهم فيصار ذلك شبهة فى درء الحد عن المَشْهُود 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 بالوفاة والمرض والغيبه ، 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 فيها 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 ٥٤٤

(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
القاضي إلى القاضي ، وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضي
إلى القاضي ، لأن الكتاب لا يثبت إلا بتحمل القاضي الذي كتبه الشهادة فكان
حكمه حكم الشهادة على الشهادة^(١).

ويرى أحد أن الشهادة على الشهادة لا تقبل إلا في حق يقبل فيه كتاب
القاضي إلى القاضي ، وترد فيما يرد فيه^(٢) ولا يقبل كتاب القاضي عند أحد في حد
لله تعالى كالزنا ، ويقبل في كل حق آدمي من المال وما يقصد به المال كالدية
والقصاص والقذف . ويعملون التسوية بين كتاب القاضي والشهادة على الشهادة
بأن كتاب القاضي ليس إلا شهادة على شهادة^(٣).

ولا يقبل الزيدون الشهادة على الشهادة في الزنا ، لأن القاعدة عندهم أن
الشهادة على الشهادة (أو الارعاء) تجوز في جميع الحقوق إلا الحد والقصاص^(٤)
ولا يشترط مالك الأصالة في الشهود ، فتجوز عنده الشهادة على الشهادة في
الحدود وغير الحدود كما يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود وغير الحدود .
ويشترط في مذهب مالك أن يتقل 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 في
الشاهدين الناقلين أن لا يكون أحدهما شاهداً أصيلاً ، كأن يشهد شخص على
معاينة الجريمة ، ويشهد مع غيره على شهادة آخر عاين الجريمة^(٥).

وفي 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 ، ٢٠٠

(٥) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٥

أما إذا شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة الأربعة فلا تقبل الشهادة ، لأنهم وجوبون 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) .

ويموز عند مالك أن يجتمع شهادة النقل بشهادة الأصل وينفق 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 الاثنان 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 منعه من قبول الشهادة على شهادة الحاضر حجة أصلاً من قرآن ولا من سنة ولا من قول أحد سلف ولا قياس ولا استقول
المحل ج ٩ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩

مرضاً يتمتع 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 فتثبت شهادة الشاهد الأصل^(١) ورأى أبو حنيفة والشافعي وأحمد في كتاب القاضى إلى القاضى يتفق مع قاعدة القانون المصرى فى المسائل الجنائية ، إذ يوجب أن يسمع الشهود القاضى الذى يحكم فى القضية . أما رأى مالك والظاهرين فيتفق مع قاعدة القانون المصرى فى المسائل المدنية ، إذ يحيز فى المسائل المدنية أن يسمع الشهود قاض غير الذى يحكم فى القضية ثم يرسل بالشهادة مكتوبة إلى زميله الذى ينظر موضوع القضية .

ثالثاً : أنه لا يتقدم المرد : - يشترط أبو حنيفة لقبول الشهادة أن لا يكون حادث الزنا قد تقدم ، والأصل فى مذهب أبو حنيفة أن شهادة الشهود بحادث متقدم لا تقبل إلا فى حد القذف خاصة ، وعلة التفرقة بين القذف وغيره من الحدود أن الشاهد لا يستطيع أن يتقدم بشهادته فى القذف إلا بعد رفع الدعوى ، ولا يحرك الدعوى إلا المَقْذوف 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 الله تعالى لقوله جل شأنه ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾^(٢) وبين أن يتستر على الحادث لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الحادث حتى قدم عليه العهد دل بذلك على اختيار جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فهو دليل على أن الضغينة هى التى 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

والضئينة ، 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 ، وللمستفاد من قول عمر إن الشهادة المتأخرة تورث التهمة ولا شهادة لتهم 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 بقدره 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

لظروف كل حالة لان اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متمذراً، ولكن بعض فقهاء المذهب قدروا التقدم بشهر وقدره البعض الآخر بستة أشهر^(١).

أما مالك والشافعي وأصحابهما ومهم الزيدون والظاهريةون فلا يعترفون بالتقدم ويقبلون الشهادة المتأخرة والإقرار بجرمة قديمة ولا يردونها لقدمها^(٢).

وفي مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع رأى أبي حنيفة والثاني يتفق مع رأى مالك والشافعي وهو الرأى المعمول به في المذهب^(٣).

رابعاً - أنه تذكره الشهادة في مجلس واحد : ويشترط عند مالك وأبي حنيفة وأحمد أن يتقدم شهود الزنا بشهادتهم في مجلس قضائي واحد ، وليس من الضروري عند أحد أن يأتي الشهود مجتمعين ، فيصح أن يأتوا متفرقين مادام مجلس القضاء منعقد ، فإذا انقضى المجلس فلا تقبل شهادة المتأخر منهم ، واعتبر من أدى الشهادة فإذا ما دام 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 مجلس في أما كن الشهود فلما بدأت المحكمة سماع الشهود لم يكن عددهم متكافئاً فلما سئل أحدهم جاء الثاني ولما سئل الثاني حضر الثالث وهكذا فإن شهادتهم لا تقبل ويمتدرون قذفة^(٤).

ولا يشترط الشافعيةون والزيدون والظاهريةون 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 الأزهري 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

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 بكر ونافع وشبل بن مبيد ولم يشهد زياد فحد 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 لكملت 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 للأمور به ، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد به المجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة^(٢) .

فهامسا : أنه يكون عدد 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 يحد الشهود إذا نقص عددهم

(١) الفتن ج ١٠ ص ١٨٧ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٩

(٢) الفتن ج ١٠ ص ١٧٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٠ - شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٩٧ - الفتن 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 الراى ولم يشرع للشهداء أو البينة ، وقد فرق القرآن ● والسنة بين الشاهد من البينة وبين القاذف الراى 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 شعبة حينما لم يكمل الرابع الشهادة وكان ذلك بمحض من الصحابة فلم ينكره أحد .

وإذا تبين أن الشهود الأربعة ليس لكلهم أو لبعضهم أهلية الشهادة كأن كان أحدهم فاسقاً أو محدوداً في قذف ، فيرى مالك سقوط الشهادة وأن على الشهود جميعاً الحد ، لأنها شهادة لم تكمل ، هذا إذا تبين انعدام الأهلية قبل الحكم ، أما إذا كان ذلك بعد الحكم فلا حد 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 جلداً فكذلك يحد الشهود ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبى حنيفة ، وعند محمد وأبى يوسف يجب الأرض في بيت المال . وإن كان الحد رجماً فلا يحد الشهود لأنه تبين أن كلامهم وقع قذفاً ، ومن قذف حياً 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 .
ويفرون 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 نصح شهادته متحتملاً 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 ففيه 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 تكمل 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 تفريطهم ، 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 يحد الشهود إذا نقص عددهم مادام أنهم قد جاءوا بحجىء الشهود .

ومذهب الزيديين على أنه إذا كمل عدد الشهود سقط حد القذف عنهم ولو لم تكمل عدالتهم لكن إذا لم يكونوا عدولا لم يحد المقتضوف ، وكذلك لو كان أحد الشهود غير أهل للشهادة كالأعمى والمجنون فإن الحد يسقط عن الشهود وعن المقتضوف^(٣) ومعنى ما سبق أن الشهود لا يحدون 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 تكمل الشهادة وحد شهود الرؤية عند من يرى حد الشهود إذا لم

(٢) المفتى ج ١٠ ص ١٨١

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨

تكمل الشهادة^(١) ولم يحّد 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 ويحدّ الشهود الثلاثة عند أبي حنيفة والزيديين وعلى الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد .

وتقبل شهادة الشهود ولو اعترفوا بأنهم تمددوا 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 ، فبرى مالك أن يحّد 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 مجبوب أو يظهر الشخص المدعى بقتله ، وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلا تسقط الشهادة ولا ينقض الحكم ولكن يعاقب الشهود^(٤) .

(١) يحّد الشهود في هذه الحالة طبقاً لمذهب مالك وأبي حنيفة وزيد وعلى الرأي الراجح في مذهب الشافعي ومذهب أحمد ولكنهم لا يحدّون 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 - المنقح ج ١٠ ص ١٧٧
 شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٧٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح الأزهار 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 يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع ، ويحتمل 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 يجز 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 تفريط ولأنهم شهدوا والعدد تام ورجوع الراجع لا يمتكنهم 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) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ ، ٣٥٨ - المفتى ج ١٠ ص ١٨٢

وعند أحمد إذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحلف
أصح الروايتين ، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة والثانية يحذف الثلاثة دون الراجع
لأنه إذا رجع قبل الحلف فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم فيسقط عنه الحلف ولأن
في درء الحلف عنه تمكيناً له من الرجوع الذي تحصل به مصلحة الشهود عليه
وفي إيجاب الحلف عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحلف^(١) .

والمذهب الزيدي على أن رجوع الشهود قبل الحكم يبطل الشهادة وكذلك
الحال في الرجوع بعد الحكم وقبل التنفيذ^(٢) ، ولذلك يحذف 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 يبطل
للشهادة 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 لأعلى 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 عرّضت
على امرأة أو أكثر فإذا شهدن بأنها كذلك درىء الحلف عنها وتسكنى 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 الزيدي

(١) المفتى ج ١٠ ص ١٨٢ (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٢١٥

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٤٨

(٥) الحل ج ١١ ص ٢٦٠

(٤) المحلى ج ٩ ص ٤٢٩

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 تزل ، 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 لدرء الحد^(٣) ولكنه لا يكتفى 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 المتهم 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 - المفتي ج ١٠ ص ١٨٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٠

(٢) المذهب 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 فيمكن في إثباتها بما يثبت به التعزير وهو يثبت بشاهدين كما يرى البعض ^(٦) ، ويثبت برجل وامرأتين وأربع نسوة وبرجل واحد أو امرأتان مع يمين الطالب ، كما يثبت النكول والإقرار ^(٧) .

ويرى بعض الفقهاء من 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 الزرقاني ج ٧ ص ١٩٧ - المذهب ج ٢ ص ٣٥٩ - الاقناع ج ٤ ص ٤٥١

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٦ (٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ (٥) سورة النور : ٤

(٦) المذهب ج ٢ ص ٣٥٠ - المفتي ج ١٠ ص ١٩٠ ، ١٩١

(٧) المحلى ج ٩ ص ٣٩٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - حاشية ابن عابدين ج :

٥١٠ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٨٠ وما بعدها

محرم ، فإن لم يكن الفعل وطئاً كالإباشة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين^(١)
 ساردا : أنه يقتنع القاضي بشهادة الشهود : ولا يستلزم أداء الشهود للشهادة
 أن يحدلثهم بالزنا مالم يقتنع القاضي بصحة الشهادة فإذا اختلف 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 حدم 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
 ولا احتمال أن تكون شبهة تدرأ 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 بها في
 بيت آخر ، أو أن يشهد اثنان بأنه زنى بها في بلد غير البلد الذي شهد صاحباها ،
 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 كملوا أربعة^(٢) .

ويرى ابن الماجشون من فقهاء المالكية أن شهادة الشهود تصح ولو اختلفوا
 إذا كان الخلاف فيما لو لم يذكره 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 - المغنى ج ١٠ ص ١٩٠ ، ١٩١

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ - المذهب ج ٢

ص ٣٥٧ - المغنى ج ١٠ ص ١٨٣

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩

وعند الشافعي ومالك وزفر لاحد على المشهود 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 المسكره ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ، ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين ، وذلك يمنع من قبول الشهادة أو يكون شبهة في دزم 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 قاذبان 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 إجماعاً على 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 فقيهم 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 للمرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما اتفئ عنه الحد للشبهة ^(٢) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ - المهذب ج ٢

ص ٣٥٧ - المفتي ج ١٠ ص ١٨٣

(٢) يراجع في كل ماسبق مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤

ص ١٦٦ - المهذب ج ٢ ص ٣٥٧ - المفتي 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 أجزأوا 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 بامرأة أجنبية عنه ، وكان الشهود على يقين من ذلك فإذا اختلف الشهود بعدها في المكان أو في الزمان أو في وصف الزنى 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 نفتقر 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 مبنية لماهية الزنا وكيفيته ومتى كان وأين وقع وبين زنا وعلى للقاضي أن يستفصل الشهود في هذا كله ليصل إلى حقيقة الأمر .

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٤٧

(٣) المنهج ج ١٠ ص ١٨٨

فأما عن ماهية الزنا فلا أن الزنا اسم يقع على أنواع لا توجب 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 الفرج بحيث يكون الذكر في الفرج كالليل في المسحلة .

وأما عن الكيفية فلاحتمال أن يريد الشهود بالزنا الجماع فيما دون الفرج ، 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 متقادم ، والتقدم على رأى أبى حنيفة يمنع من قبول الشهادة كما قدمنا ، ولاحتمال أن يشهدوا على زنا وقع منه وهو صغير .

وأما عن المكان فلاحتمال أن يكون الزنا الذي يشهد به البعض وقع في بلد غير البلد الذي يشهد البعض الآخر بحصول الزنا فيه ، أو لاحتمال أن يكون الزنا وقع في دار الحرب أو البغى ومثل هذا الزنا لا يعاقب عليه في رأى أبى حنيفة . وأما عن المزني 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 فعليهم أن يبينوا شروطه وعلى القاضي أن يستفصل منهم ذلك لاحتمال أنهم يجهلون ماهية الإحصان .

وعلى القاضي أن يستفصل كل مسقطات الحد كما عليه أن يستفصل كل ما يثبت به 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) يراجع في كل ما سبق شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٧٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ ، ١٦٥ - المهذب ج ٢ ص ٣٥٤ - الافئدة ج ٤ ص ٤٣٣ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٥١

علم القاضى : وإذا شهد القاضى حادث الزنا وقت وقوعه فليس له أن يقضى بعله 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 كثيره من الأفراد لا يجوز له أن يتكلم بما شهده ما لم تكن لديه البينة الكاملة ، ولو رعى القاضى زانياً بما شهده 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 علمه متصفاً لشهادة الثلاثة ^(٣) .

أما رأى الثانى فى مذهب الشافعى فيقوم على جواز أن يحكم القاضى بعله 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 ، فلا يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى ^(٤) .

والمذهب الذى يردى لا يجوز للقاضى أن يحكم بعله فى الحدود إلا فى حد القذف ويجوز له أن يحكم بعله فيما عدا ذلك فيحكم بعله 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 - المغنى ج ١٠ ص ١٩١ - المهذب ج ٢ ص ٣٢٠

(٤) المهذب 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 ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ ﴾ ^(٣) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه » فصح 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 أبوحنيفة وأحمد أن يقر الزانى بالزنا أربع مرات قياساً على اشتراط الشهود الأربعة ولما رواه أبو هريرة فقال: أتى رجل من المسلمين (وهو معاذ) 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 « أبك جنون » قال لا قال « أحصنت » 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 بفلاتة رواه أبو داود وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هى 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 أقرت أربعاً رجلك 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 يتعدد 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 بالتكرار ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « وعديا 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 ماعز حتى أقر أربع مرات فراجع إلى أن الرسول استنكر عقله ولذا أرسل لقومه مرتين يسألهم عن عقله حتى أخبروه بصحته فأمر بجمه ^(٢) ويشترط أبو حنيفة أن تكون الأقاير الأربعة في مجالس متخلطة 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 ماعز 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 ١٣١

(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 ضايعتها؟» قال نعم قال «فهل باشرت؟» قال نعم قال «هل جامعها؟» قال نعم ، وفي حديث ابن عباس «أنكته» لا يكن قال نعم ، قال دخل ذلك منك في ذلك منها؟ قال نعم ، قال وكما يغيب المروء 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^(١) .

ويترتب على هذا أن الزاني إذا أقر فلا يؤخذ بإقراره قضية مسلمة 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 وكيفيته ومكانه وعن الزنى بها وعن زمان الزنا فإذا بين ذلك كله على وجه يجعله مسئولاً جنائياً سأله أمحصن 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 فجلبه الحد وتركها^(٢) .

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨ - المفق 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 - المفق 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 فكذبتة 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 موجب للنفي 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 أمتي 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 - المنقح 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 إفاقة 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 فلوزنا 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 صحته 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 علق الحد على البيان المتناهي والبيان لا يتناهي إلا بالصرح والإشارة والكتابة بمنزلة السكناية ولكن الأئمة الثلاثة يقبلون إقرار الأخرس إذا فهمت إشارة^(٣).

ومن المتفق عليه أن البصر لا يعتبر شرطاً في الإقرار فأقرار الأعمى بالزنا صحيح ولا يقبل الإقرار ممن لا يتصور وقوع الفعل منه كالجبوب إذ لا يمكن أن يقع منه الفعل لانعدام الآلة ، ويقبل إقرار الخصى والعننين 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 بل الزنا 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) المفتي ج ١٠ ص ١٧٠ (٢) المفتي ج ١٠ ص ١٧٠

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٩ - المفتي ج ١٠

ص ١٧١ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١ (٤) المفتي ج ١٠ ص ١٧١ - بدائع الصنائع

ج ٧ ص ٥٠ (٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١

٥٤٢ - التمايل 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 القاضى 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 حقاً لله كحد الزنا^(٢).

ولا يشترط مالك والشافعى وأحمد 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 عدولاً عن الإقرار لأنه تكذيب للشهود والقاضى. أما إن أ كذب نفسه فى إقراره فإن تكذيبه يعتبر رجوعاً عن الإقرار^(٤).

ورأى أحمد 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 يكفى 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 القدير ج ٤ ص ١٢١ - المنقح 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 يَحْتَمَلُ أن يكون صادقاً في الرجوع وهو الإنكار ويَحْتَمَلُ 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 الملك مستها كذلك قال عليه الصلاة والسلام لامرأة متهمة بالسرقه أسرقت؟ قولي لا ما أخالك سرت. وليس ذلك إلا تلقيناً للرجوع عن الإقرار ولو لم يكن الحد محتمل السقوط بالرجوع ما حُكِمَ بالتلقين معنى وتلك هي السنة للإمام 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 المرحوم 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 الطالب

ج ٤ ص ١٣٢ - المفتي 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 أبى 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 ٢٠٦

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 أرحمهما يرى أن لا يقضى القاضي على أساس ما رآه أو علمه أو سمعه والثاني يرى أحباه أن يقضى القاضي بما رآه أو سمعه أو علمه^(٣).

القرائن

٥٤٥ - القرائن : للقريظة المعتبرة في الزنا هي ظهور الحمل في امرأة غير متزوجة أو لا يعرف لها زوج ويلحق بنفي المتزوجة من تزوجت بصبي لم يبلغ الحلم أو بمحبوب ومن تزوجت بالغا فولدت لأقل من ستة أشهر والأصل في اعتبار قريظة 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 ستة 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

العلائية أن يظهر الحمل 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 إكراهها ولا وطأً بشبهة فلا حد عليها أيضاً ما لم تعترف بالزنا لأن الحد أصلاً لا يجب إلا بينة أو بإقرار^(١) .

٥٤٦ - اللعان : 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 - مقرر الحد : إذا ثبت الزنا دون شبهة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبة الحد وهي رجم المحصن وجلد غير المحصن مائة جلدة وتغريبه .

(١) المتن ج ١٠ ص ١٩٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨١

(٢) المتن ج ١٠ ص ١٩٢ - أسنى الطالب 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 استوجبت 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 المضرّة وحتى لا تسقط العقوبة بإسقاط الأفراد لها

وتمتاز عقوبة الحد عن غيرها من العقوبات بأنها لا تقبل عفو ولا صلحاً 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 بينهما مما 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 مثل 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 أو 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 للمتعدد 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 للاحكام بها فالعقوبات تتداخل مادامت لم تنفذ ولو تعددت الأحكام الصادرة بها أى أن صدور الحكم بعقوبة مالا 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 كما كل الميتة والدم ولحم الخنزير فهذه الجرائم قد حرمت لحماية مصلحة 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 يتمتع مع

تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإنه تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ومن ثم فهي في الشريعة العقوبة الوحيدة التي تجب ماعداها وهناك خلاف على نظرية الجب ومداها وقد فصلنا القول عن تعدد العقوبات والتداخل والجب في القسم العام ونسكتفي هنا بما ذكرنا^(١).

٥٥٠ — من النرى يقيم الحد؟ من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تقويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ولأن الحد يقتدر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الخيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء نفسه 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 والنيء» 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 عبيده ولم ترداعياً للتعرض لهذا المبحث بعد أن ألنى الرقيق في العالم.

(١) نرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - المنى ج ١٠ ص ١٩٧ - الانعام ج ٤ ص ٢٤٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧
(٢) المنى ج ١٠ ص ١٤٦ وما بعدها - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٤

٥٥١ - **عربية التنفيذ** : ويجب أن يقام الحد في علانية لقوله تعالى ﴿وليشهد عذابهم طائفة من المؤمنين﴾ وتتوفر العلانية دائماً كلما كان الحد رجماً إذ المفروض أن عدد الزمّة غير محدود وأنه يجب أن يكون من السكّنة بحيث يقضى على الرجوم بسرعة أما في الجلد فيكفي 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 لما عز ولا للجهنية ولا لليهوديين قال أبو سعيد لما أمر 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 - المفنى ج ١٠ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المفنى ج ١٠ ص ١٢٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣

والسنة أن يحاط بالرجوم فيرمى من جميع الجوانب ويرى البعض أن يصف الرماة ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كما رجمه صف تنحوا وحجة ماقاله على حين رجم شراحة الهمزانية حيث أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة فقال لهم ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا 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 متناعهم ليس صريحا 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 ماروى عن على لما أراد أن يرجم شراحة الهمزانية حيث قال : الرجم رجم سرور رجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها وتعتزف 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 إجماعا . كما أن في الأمر ببداية الشهود احتيال للدرء الحد.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ - المغنى ج ١٠ ص ١٢٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٣ - المغنى ج ١٠

ص ١٢٤ ، ١٣٨ (٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣

لأن الشاهد قد يَحْتَرَى على الشهادة الكاذبة ولكنه لا يجرؤ على القتل إذا علم أنه شهد كاذباً^(١).

ويرتب أبو حنيفة على رأيه أن الشهود إذا امتنعوا من البداية 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 البداية 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 عَمَى أو خرس أو بحد للقذف فلا يقام الحد على المشهود عليه وحجة أبي حنيفة أن طرؤ 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 جعل التنفيذ مكملًا للقضاء وهذا يتفق مع نظرية أبي حنيفة^(٣).

ويقام حد الرجم في أى وقت في الصيف وفي الشتاء وفي الصحة والمرض لأنه حد مهلك فلا معنى للتحرز من الهلاك ولكنه لا يقام على الحامل حتى تضع لأن إقامته تؤدي إلى هلاك الولد والحكم لم يصدر ضده وسنتكلم 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 - المغنى 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 .

ويرى المرجوم بحجارة معتدلة الحجم وما يقوم مقام الحجارة كالمدر والخزف ففي خبر ماعز أنه رمى بالعظام والمدر والخزف ولا يرمى للرجوم بالحصىات الخفيفة حتى لا يطول تعذيبه ولا يرمى بالصخرات الكبيرة لئلا تدمغه فيموت به التذليل المقصود واختار أن تكون ملء الكف .

وليس هناك عدد محدد للحجارة التي يرمى بها المرجوم فقد تصيب 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 للرجوم وإذا هلك المرجوم سلمت جثته لأهله ولهم أن يصنعوا بها ما يصنع بسائر الموتي يفسلونه ويكفونوه ويصلون عليه ويدفونوه وبهذا أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بعد رجم ماعز حيث سئل عما يصنع بجثته فقال « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم » .

٥٥٣ كفة التفيز 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 ببس 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 كلن ثلاثة احتسبت الضربة ثلاث ضربات وهكذا^(٢) ويرى مالك وأبو حنيفة أن تنزع عن الرجل المحدود ثيابه إلا ما يستعورته^(٣) ويرى الشافعي وأحمد أن لا يجرّد 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 المرحوم 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 . وحد 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 المحدث دون أن يسجن وليس للجلاد أن يرفع يده إلى ما فوق رأسه

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٨٧ - الاقتناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٨ - الاقتناع ص ٢٤٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٨٧

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ ، ١٢٧ - الاقتناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٨٨ - مرجع آخر للشافعي عن ضرب الظهر - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٤

(٢٩ - التذريع 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 الحدود لأنه حد زاجر لأحد مهلك ، فلا يقام في الحر الشديد ولا البرد الشديد إذا خشى 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 لمرض أو لحر أو لبرد ولكنه يقام بسوط يؤمن معه التلف فإن خشى من السوط أقيم بأطراف الثياب ، وما أشبه مما يحمله الحدود وعلى هذا فلا خلاف بين الرايين لأن كلاهما ينظر إلى عدم هلاك الحدود 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 بني غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقررة بالزنا وهي حامل وقالت إنها حبلى من الزنا فقال لها « ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك » فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال الرسول « إذن لا ترجعها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه » فقام رجل من الأنصار فقال إلى إرضاعه يابى الله فرجها . وقد جرى صحابة الرسول من بعده على هذا فيروى أن امرأة زنت في أيام عمر رضى الله عنه فهم عمر برجها 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 رضى 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 - الاقناع 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 - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦ - المتقى ج ١٠ ص ١٤٠ ، ١٤١

إتلافاً لمصوم 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 تتمدى 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 اللبن ثم إن كان له من يرضعه أو يتكفل برضاعه رجعت وإلا تركت حتى تطفئه^(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 . مع التلف فإن خيف عليها من السوط أقيم بالنكول ، يعني شمر الخنجر وأطراف الثياب وحجة هذا الفريق الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب المريض الذي زنا فقال «خذوا له مائة شمر أخضر بوه بهاضمة 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 أجعلها فإذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت إن أناجلتها 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 والجنينية ولم يسأل عن استبرائهما وقال لأنيس: اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها ورجم 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 جلدًا أو رجماً على الزانية المتزوجة إذا مكث ماء الزنا ببطنها أربعين يوماً ولو كان الزوج قد استبرأها وتؤخر أيضاً إذا لم يستبرئها الزوج ولو لم يمض على الزنا أربعون يوماً وتؤخر 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 تمض على ماء الزنا أربعون يوماً في بطنها أو مضى عليه هذه المدة ولم يكن في الإمكان حملها فإن كان الحمل ممكناً أخر تنفيذ الحد عليها حيضة 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 الذي 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 حديثة عهد

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ - المفتي 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 أقام الحد على قدامى بن مظعون في مرضه ولم يؤخره وانشر 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 كالقضيبي 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 شفائه إما أن يترك لمرضه فلا ينفذ عليه الحد أو ينفذ عليه كاملاً فيفضى 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 ضفتا فاضرب ولا تحفث ﴾ فهذا أولى من ترك أو قتل المريض بما لا يوجب القتل ^(٣) .

ولكن ما لا يمكن 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 - المغني ج ١٠ ص ١٤١

المغني ج ١٠ ص ١٤١

المغني ج ١٠ ص ١٤٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١

موانع التنفيذ

٥٥٦ - يتمتع التنفيذ إذا جدد ما يسقط الحد بعد الحكم به ومسقطات الحد هي :

١ أو ٢ : يسقط الحد برجوع المقر عن إقراره إذا كان الزنا ثابتاً بالإقرار سواء كان الإقرار حريماً أو ضمنياً وقد سبق أن فصلنا الكلام عن الرجوع ومتى يسقط الحد

ثانياً : عدول الشهود : ويسقط الحد ببدول الشهود عن شهادتهم قبل التنفيذ كلهم أو بعضهم مادام عدد الشهود الباقين 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 يوافق عليه الأئمة الثلاثة .

خامساً : موت الشهود قبل الرجم خاصة وهو مذهب أبي حنيفة أيضاً ولا يأخذ به الأئمة الثلاثة .

سادساً : زواج الزاني من المزني 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 زناً 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 فقيهما 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 سكنت 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 المجنى عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها كالرمي بالزنا والرشوة ويعتبرون القول سباً إذا كان ماري به المجنى 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 ما رماه

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 يفييه 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 المصري 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 الذي يقوم عليه القانون المصري هو حماية حياة الأفراد الخاصة وهو نفس الأساس الذي تقوم عليه القوانين الأوربية لأن مصدرها جميعاً واحد هو القانون الروماني فالقانون الوضعي يقوم في جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ويعاقب الصادق والكاذب على السواء والمبدأ الأساسي في 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 يحمي البراء من السنة الكاذبين الملققين فإنه يحمي الملوئين والجرمين والفاستقين من السنة الصادقين ، وإذا كان هذا المبدأ قد عني 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 في 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 يحمي 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 رقيقاً 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 ذالك هو مبدأ القانون فى جرائم القول يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهاوا عن المنكر وأن يخطوا من قدر السيئ ليرفعوا من قدر الحسن والإحسان .

وقد شعر واضعو القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه فاستنتوا منه حالات أربع هى :

١ - حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه 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 - مانه 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 للنأيبة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكة وأخلاقه .

٣ - **مادة انعقاد البرلمان :** فإن أعضاءه لا يؤاخذون على ما يبدون من الأفكار والآراء في المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاءون دون تخرج أو خوف من المحاكمة والعقاب ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين في أن القاذف في 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 مختلفاً لما قال .

٤ - **مادة المحاكمة والتقاضى :** فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف والسب الذي يحدث من الخصوم أو وكلائهم في دفاعهم الشفوي أو الكتابي 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 في جرائم القول وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة وهى مستثنيات المبدأ فى مصر وهى لا تكاد 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 يعمض 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 لبنات تالفة غير متماسكة ، فلا يكاد ينتهي من بنائه حتى ينجر عليه من السقف أو ينقض من القواعد .

أما المبدأ الأساسي للجرائم 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 يظن 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 وأمنوا 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 الفساد والرياء وحماية الأفراد من مسابقة الأهواء ، وترى الصدق فضيلة تستحق التشجيع لا العقاب 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 ، وإيس للمقذوف 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 إيذاؤه ^(١) .

بل إن قاذف أى شخص بمعصية يعزر على القذف مادام المقذوف قد عوقب من قبل على معصيته لأن القذف كان لمجرد 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 وماهن 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 الذى يجب به الحد هورمى الحصن بالزنا أو نفى النسب عنه وظاهر من هذا التعريف أن أركان جريمة القذف التي يجب بها الحد ثلاثة : ١ - الرمى بالزنا أو نفى النسب . ٢ - أن يكون المقذوف محصناً . ٣ - القصد الجنائى .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ ، ٢١٣

الركن الأول الرمي بالزنا أو نفى النسب

٥٦٢ -- يتوفر هذا الركن كلما رمى الجاني المجنى عليه بالزنا أو نفى نسبه مع عجزه عن إثبات ما رماه به . والرمي بالزنا قد يكون نفياً لنسب المجنى عليه وقد لا يكون فمن قال لشخص يابن الزنا فقد نفى نسبه ورمى أمه بالزنا ومن قال لشخص يازانى فقد رماه بالزنا ولم ينف نسبه . فالرمي بالزنا يكون نفياً لنسب المجنى عليه إذا تمدى القذف لأمه . أما نفى النسب يقتضى دائماً رمى أم المقذوف 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 نفى 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 بالتميزير وكذلك يعزر على القذف بالزنا ونفى النسب إذا لم تستوف شروط الحد .

ويعزر أيضاً على كل قذف لا ينسب فيه للمقذوف معصية ولو كانت وقائع القذف صحيحة .

إذا كان القذف مما يؤلم المقذوف ويؤذى شعوره كأن ينسب للمقذوف أنه عقيم أو مجنون أو مريض بالشلل أو السل أو أنه أسود اللون أو بشع الخلقة 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 للمقذوف أو لم يصح لأنه إذا صح ما نسبته للمقذوف 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

المعنى ج ١٠ ص ٢١٠ ، ٢١٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٩ - ٢٩١

فالقذف ليس إلا إيذاء للمقذوف وإيذاء له دون مبرر . وإذا لم يصح مانسبه للمقذوف فإنه وإن لم يكن فيه ما يشين أو ماتحرمه الشريعة إلا أنه افتراء يؤلم المفتري 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

إرادة 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 فعلية 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 وأكثر الشافعية والحنابلة^(٢) والقاعدة العامة عند الفقهاء أن كل ما يوجب حد الزنا على فاعله يوجب حد القذف على القاذف به وكل ما لا يجب 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 بالمساقة أو بالوطء مستكرهة 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 والشافعى 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 بمقوق الأفراد ولأن القذف حق لا تستوفى عقوبته إلا بالمطالبة فهو أشبه بالقصاص ولأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب للإبن على أبيه كالقصاص وإذا كان من المسلم به أن الإبن لا يقتص من الأب ولا يقطع في سرقة

(١) تراجع المراجع السابقة .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ - نهاية المحتاج

ج ٧ ص ٤٠٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ ، ٢١٠

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢١٠ - شرح الزرقانى 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 المتوفاة أولاد
القاذف وليس لهم أن يطالبوه بحد القذف « الدعوى تسقط دائماً عند أبي حنيفة
بالوفاة وليس للورثة أن يحلوا محل المذوف لأن حق القذف ليس من الحقوق
المالية التي تورث » (١) .

وفي مذهب مالك رأيان : أحدهما يتفق مع الرأي السابق . وثانيهما : للابن
أن يطالب أباه بحد القذف لأن نص القذف عام فينطبق على الأب كما ينطبق
على غيره . ولأن العقوبة حد والحد حق الله فلا يمنع من إقامتها قرابة الولاد
ولكن القائلين بهذا الرأي يسلّمون بأن الابن يفسق بمطالبة بحد أبيه أي أن عدالة
الابن تسقط لمباشرته سبب عقوبة أبيه لأن الله تعالى يقول ﴿ ولا تقل لم أف -
ولا تنهرهما ﴾ 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 مالا 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 للأُم والأب وإن قال يا ابن الزنا
أو يا ولد 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 - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

إن قال ما أنا بزنان وليست أمي بزانية أو قال يا ابن منزلة الركبان أو ذات الراية أو قال لامرأة : فضحت زوجك وجعلت له قرونا أو أفسدت فراشه ونكست رأسه فذلك هو التعريض أو السكناية .

ولا خلاف في أن القذف الصريح معاقب عليه بعقوبة الحد أما القذف القائم على التعريض والسكناية فيختلف على عقوبته فيرى أبو حنيفة وما يراه رواية من مذهب أحمد : أن لا حد على القذف بالتعريض أو السكناية وإنما فيه التمييز ، وحجة أصحاب هذا الرأي ما روى أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتى وابت 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 قولا 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 والسكناية يحتمل غيره والاحتمال شبهة والحدود تقرأ بالشبهات ^(١) .

والأصل عند الشافعي أن لا حد إلا في القذف الصريح ولكنه يوجب الحد من القذف بالتعريض والسكناية إذا ثبت أن القاذف نوى بما قال القذف لأن السكناية 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 السكناية 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 - المفتي ج ١٠ ص ٢١٣

(٢) للذهب ج ٢ ص ٢٩٠

عرض الأب بولده أو قذفه بالكفاية 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 فمكانه قال يازاني أو قال أما أنا فليست بلائط فمكانه
قال يلائط أو قال أما أنا فأني معروف فمكانه قال أبوك ليس بمعروف ^(١) .
وهناك رواية أخرى عن أحمد بأن القاذف تعريضاً أو كفاية 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 كفاية وأن هذا هو قضاء عمر
فقد شاور عمر الصحابة غيمن 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 ، والوذر قدر اللجم يعرض به
بقذف الرجال . ولأن الأصل أن السكناية 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 معاق على الشكوى
من المَقْدُوف ، وأن النبي لم يعاقب من عرض بزوجه لأنها لم تتقدم بالشكوى ^(٢)
ولا يشترط لعقوبة الحد أن يتلفظ القاذف بعبارات القذف بل يكفي
لمعاقبته أن يصادق عليها ، فمن قال لآخر أمك زانية فقال ثالث صدقت كان
كلامها قاذفاً .

وإذا قال رجل لآخر أشهد أنك زان أو أنك تنسب لغير أهلك ، فقال
ثالث وأنا أشهد بمثل ما شهدت به كان الأول والثالث قاذفين وعليهما الحد ^(٣)
ولا يفي القاذف من عقوبة الحد إن كان قذفه جامداً لقذف وجهه إليه

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠١

(٢) شرح فتح القدیر ج ٤ ص ١٩١ - المغني ج ١٠ ص ٢١٣

(٣) شرح فتح القدیر 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 يعنى من الحد إذا صدقه المقذوف ، فمن قال لأجنبية عنه أنت زانية فقالت بك زينة فلا حد عليه 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 نفي الزنا كما يقول الرجل لغيره سرقت فيقول معك سرقت ويريد أنى لم أسرق كما لم تسرق ولأنه يجوز أن يكون معناه ماوطئني غيرك فإن كان ذلك زنا فقد زنت ، فهذه الاحتمالات معناها الشبهة في مؤدى قولها ولا حد مع شبهة ^(٢) .

وإذا استعمل القاذف أفعال التفضيل في القذف فقال مثلاً أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس فعليه الحد عند مالك وأحد ^(٣) .

أما في مذهب أبى حنيفة فيرى البعض الحد ولا يراه البعض الآخر وحجتهم أن أفعال يستعمل في 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 في الناس زناة وأنت أزنى منهم ^(٤) .

ويرى الشافعى أنه إذا قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفاً من غير نية لأن لفظة أفعال لا تستعمل إلا في 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 . المذهب ج ٢ ص ٢٩٠ - شرح الزرقانى ج ٨

ص ٩١ - المفقى ج ١٠ ص ٢١٥ ، ٢١٩

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ - المفقى ج ١٠ ص ٢١٦

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ ، ٢١١

فلان زان وأنت أزنى منه أو أنت أزنى زناة الناس فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه ^(١) .

وإذا قال القاذف لشخص أنت أزنى من فلان فهو قاذف لهذا الشخص ولكن هل يكون قاذفاً لفلان أيضاً؟ ... فيه وجهان : أولها : يكون قاذفاً له لأنه أضاف الزنا إليهما وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر فإن لفظة أفعّل للتفضيل في معنى اشتراك الاثنين في أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه ، ثانيهما : يكون قاذفاً للمخاطب خاصة لأن لفظة أفعّل قد تستعمل المنفرد بالفعل كقول الله تعالى ﴿ أفمن يهدي إلى الحق أحق أن يتبع أم من لا يهدي 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 قذفاً أن يريد القائل القذف وأن بعض الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة لا يعتبرون ذلك قذفاً كما ذكرنا فى الفقرة السابقة ^(٢) .

وإذا استعمل القاذف فى القذف ألفاظاً مشتركة تفيد زنا 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 عامياً وكان المعنى العامى يستعمل فى القذف لأنه لا يريد به إلا القذف ، وإن كان من أهل العلم باللغة فهو ليس قذفاً ^(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) المفتى ج ١٠ ص ٢١٦

(٣) المفتى 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 - المفتى 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 التعزير لأنه رماه بما يستحيل منه إذ الزانية هي المرأة وهي محل للوطء والرجل ليس محلاً له ، ويرى محمد من أصحاب أبي حنيفة حد القاذف بصيغة المبالغة لأن التاء في الزانية أضيفت للمبالغة وليست للتأنيث^(١).

وإذا رمى القاذف رجلاً بالزنا وعين المزمى بها كأن قال زנית بفلاتة فهو قاذف للرجل والمرأة معاً أو قال له يازانى ابن الزانى وكان الأب موجوداً فهو قاذف للأب وابنه أو قال لامرأة يارانية بنت الزانية فهو قاذف للمراتين^(٢).

ويشترط في القذف أن يكون المقذوف معلوماً فإن كان مجهولاً فلا حد على القاذف ، فمن قال لجماعة ليس فيكم زان إلا واحد أو قال لرجلين أحدهما زان لم يحد لأن المقذوف مجهول وما جعل الحد إلا لدفع العار عن المقذوف^(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 عني 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 للمقذوف 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) المغني ج ١٠ ص ٢١٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٣ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٢

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٠ - بدائع الصنائع ص ٤٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٣

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ - المغني ج ١٠ ص ٢٢٥

بالنقل أو أنه يروى عن غيره ، فمن قال لآخر اذهب إلى فلان فقل له يا زاني فذهب الآخر وقال ذلك للمقذوف فلا حد عليه أما إذا اقتصر على عبارة القذف فقط فهو قاذف . ويرى كل من أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن الناقل لا يعتبر قاذفاً ولو كذبه المنقول عنه ، ولكن مالك وبعض أصحاب أحمد يعتبرون الناقل قاذفاً إذا كذبه المنقول عنه حيث لم يثبت أنه ناقل ^(١) .

وإذا وصى القاذف بالزنا خصمياً أو مجبوباً أو مريضاً فعليه الحد عند أحمد وحجته أن نص القذف عام يتطابق على كل قذف وكل مقذوف فيستوى أن يكون المقذوف قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه لأن إمكان الوطء أمر خفي لا يعلمه الكثير من الناس فلا ينتفي العار عند من لم يعلمه بدون الحد ، ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعي 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 لنفي العار ولكن امتناع الحد لا يمنع من تعزيز القاذف لأنه آذى المقذوف ^(٢) .

ويشترط أبو حنيفة لحد القاذف أن يكون القذف في دار الإسلام فإن كان القذف في دار الحرب أو في دار البنى فلا حد على القاذف لأنه لا ولاية للإمام على دار الحرب ولا على دار البنى وقت القذف ^(٣) .

ولكن الأئمة الثلاثة يرون حد القاذف على قذفه ولو وقع في دار الحرب أو دار البنى مادام أنه يلتزم أحكام الإسلام .

ومن نفي شخصاً عن أبيه كان قال له لست لأبيك فإنه يحد باتفاق ولكن أبا حنيفة يشترط أن تكون أم المنفى نسبه حرة مسلمة لأن القذف في الحقيقة قذف للآم ويفرق بين ما إذا كان المنفى في حالة الغضب فيوجب الحد وبين ما إذا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٣ - المنفى ج ١٠ ص ٢١٦

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ - المنفى 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 ، فالعم يسمى أبا لقوله تعالى ﴿ وإله آباءك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ﴾ وإسماعيل كان عمّاً له ، والخال أب ولأن زوج الأم أب للتربية ^(١) . ولكن مالكا يرى الحذف 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 احتمالاً كثيراً ^(٦) أما إذا كان النفي جنسه غير عربي فلا حد عليه .

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٤ ، ٢٠٠ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ ، ٣٠١

(٣) المنى 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 المنى ج ١٠ ص ٢١٥

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨ ، ٨٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٩١ - المنى ج ١٠ ص ٢١٥

وإذا قذف الملائعة أجنبي فعليه الحد عند مالك والشافعي وأحمد^(١) ويفرق أبو حنيفة بين من لاعنت بولد ومن لاعنت بغير ولد فن قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد أما من قذف ملائعة 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 المقتوف وتكذيب القاذف قد تم بالحد الأول .

ولأن أبا بكر شهد على المغيرة بالزنا فجلبه عمر رضى الله عنه ثم أعاد القذف فأراد أن يجلبه ثانية فقال له على إن كنت تريد أن تجلبه فارجم صاحبك فترك عمر رضى الله عنه جلده ومعنى عبارة على أنك إن أردت أن تجلبه ثانية فقد جعلت شهادته شهادتين وإذا كانت شهادته شهادتين فقد كمل عدد شهود الزنا على المغيرة فوجب عليه الرجم لأن أبا بكر 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 المقتوف

٥٦٣ — يشترط في المقتوف 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 - المغني ج ١٠ ص ٢٢٥ - المهذب ص ٢٩٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٣

(٣) المغني 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 والمأفلات
معناها العفائف والمؤمنات معناها المسلمات وقد استدلل الفقهاء من النصين على
أن الإيمان أى الإسلام والحرية والعفة عن الزنا شروط في الإحصان .

وقد ورد لفظ الحصنات في القرآن بثمان متعددة فوردت بمعنى العفائف 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
الْحَصْنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ وفي قوله ﴿ وَالْحَصْنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْحَصْنَاتُ مِنَ الَّذِينَ
أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ وقوله ﴿ فَمَالِهِنَّ نِصْفَ مَا عَلَى الْحَصْنَاتِ مِنَ
الْعَذَابِ ﴾ وجاءت بمعنى إسلام في قوله تعالى ﴿ فَإِذَا أَحْصَنْ ﴾ .

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 والمكن الفقهاء يشترطون البلوغ والعقل أيضاً في المقتوف وهو
المجنى عليه لاعتباره محصناً يعاقب على قذفه بالحد وعلة اشتراط البلوغ والعقل في
المقتوف أنه يرمى بالزنا وهو جريمة لاتقع 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 المقتوف عاقلاً عفيفاً
يتعير بالقذف ومادام القذف يمكن صدقه أى من الممكن أن يأتي المقتوف
الواقعة التي قذف فيها فيستطيع الوطاء إن كان ذكراً ويطبق الوطاء إن كان
أنثى فعلى هذه الرواية يجب أن يكون المقتوف كبيراً يجمع مثله ولو لم يكن

بالغا ويحددون السن الأدنى للغلام بعشر سنوات وللجارية بنسج^(١).
ولا يشترط مالک البلوغ في الأنثى ولكنه يشترطه في الغلام ويعتبر الصبية
محصنة إذا كانت تطيق الوطأ أو كان مثلها يوطأ ولو لم يتباغ فعلا^(٢) لأن الحد
جعل لنفي العار ومثل هذه الصبية يلحقها العار أما أبو حنيفة والشافعي فيشترطان
البلوغ من المذدوف ذكرأ كان أم أنثى^(٣).

ومن المتفق عليه أن يكون المذدوف مسلما رجلا 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 رميا 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 مالک 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 أما مالک فقد توفى في هذه المسألة ورأى الشافعي وأحمد يتفق
مع ما قال به ابن القاسم في مذهب مالک^(٦).

ومعنى العفة عن الزنا عند أبي حنيفة أن لا يكون المذدوف وطئ في عمره
وطئاً حراماً في غير ملك ولا نكاح أصلاً ولا في نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه
فإن كان قد قبل شيئاً من هذا سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجباً للحد
أم لا وإن كان 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) المذهب ج ٢ ص ٢٨٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٢ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ .

(٦) المنفى ج ١٠ ص ٢١٥ .

على الزنا لقيام دليل ظاهر استباح به الفعل أما إذا وطئ زوجته النكاح
أو الحائض أو الصائمة أو الحرمه أو التي ظاهر منها لم تسقط عنه 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 بينة أو إقرار ومن لم يحذف للزنا فهو عفيف وإن كان تائباً من زنا
أو ملاءنة^(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 أحمد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠

(٣) للذهب 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 يقيم عليه الحد ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه . أما أحد 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 فأشبهه 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 الملقذوف 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 الجنى عليه بالزنا أو نفى نسبه وهو يعلم أن ما رماه به غير صحيح . ويعتبر عالماً بعدم صحة ما رماه به مادام قد عجز عن إثبات صحته ، ويعتبر العجز 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 الجنى 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 « ايت

(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 مقاتلتك وإلا أخذ 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 بعدم شهود الزنا باعتبارهم قذفة إذا كانوا أقل من أربعة ، وإذا كان البعض لا يرى حدهم فإنه لا يرى حدهم إذا جاءوا بحجىء الشهود أى إذا تقدموا للشهادة خشية لله دون دافع شخصى فأما إن جاءوا بحجىء القذفة فلا خلاف فى حدهم 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 اهتمام 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 كعلنه وتعيب أناساً بأنهم يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم وقاعدتها الأساسية تحريم الفواحش ما ظهر منها وما بطن 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 لظروفها فمن ارتكب جريمة فى السر لم يشهدا أحد عوقب عليها كما لو ارتكبها علانية على ملأ من الناس .

أما القوانين الوضعية فلها شأن آخر إذ تميز 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 بالبراء والطهارة وأن لا يفضبوا لكرامتهم ولا يثوروا إذا مست في الخفاء وأن يتظاهروا بالفضب 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 ويعاقب الصادقين المصلحين ولو ثبت صدقهم وصلاحهم ثم هو بعد ذلك لا يسمح للبراءة الغافلين أن يبرئوا أنفسهم مما ادعاه عليهم الكاذبون ، لأن عقاب الكاذف دون أن يسمح له بإثبات قذفه يؤدي إلى منع المذوف من إثبات براءته فيعاقب القاذف لمجرد القذف سواء كان صحيحاً أم كاذباً ويبقى المذوف البرى وقد لصقت به الفرية لا يستطيع منها فكاً كالأخلاص .

المبحث الثاني

في دعوى القذف

٥٦٦ - يشترط في إقامة دعوى القذف مخاصمة المذوف أى أن يتقدم المذوف بشكواه فإذا قدمت الشكوى من غيره لم يحز 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 المذوف .

ومن المسلم به بين للفقهاء أن القذف حد من حدود الله ، والقاعدة العامة في الشريعة أن خصومة المجنى عليه ليست شرطاً في إقامة دعوى متعلقة بمحد 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 المذوف مساساً شديداً وتتصل بسمعته وعرضه اتصالاً وثيقاً ولأن للقاذف حق إثبات قذفه فلو أثبتة أصبح المذوف مسؤولاً عن جريمة الزنا كلما رمى بهذه الجريمة ووجب عليه عقوبتها ، ولهذا النتائج الخطيرة كان من الحكمة أن يعلق رفع دعوى القذف على شكوى المذوف . .

٥٦٧ - من يملك الخصومة . . ؟ يملك المذوف وحده حق الخصومة

في دعوى القذف إن كان حياً ، فلا تقبل الخصومة من غيره مهما كانت صلته بالمذوف 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 لغيرهما 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 بمنزلته 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 هذا الوجه حل الوصى محله في الدعوى ولم تسقط الدعوى بموت المقذوف^(٢) .

وإذا مات المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى سقط حق الخصامة ولم يكن لورثة المقذوف أو عصابته 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 الخصامة فإذا لم يكن هناك من يملك هذا الحق امتنع رفع الدعوى إلا عند الشافعى كما قدمنا ولكم اختلافوا فبين يملك حق الخصامة في هذه الحالة فرأى مالك أن أصول المقذوف وفروء

(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)

الذكور يملكون حق المحاصمة وأن أجداد المقذوف لأمه يملكون هذا الحق، فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان حق المحاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات^(١) ويرى أبو حنيفة أن الخصومة يملكها ولد المقذوف الميت ذكرًا كان أم أنثى وابن ابنه وبنت ابنه وإن سفلوا، ووالده وإن علا . ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن أولاد البنات يملكون الخصومة أيضاً ولا يرى محمد ذلك^(٢) . ويرى الشافعي أن حق الخصومة يملكه كل وارث ، وفي مذهب الشافعي رأى أن الخصومة لجميع الورثة إلا من يرث بالزوجية ورأى آخر أن الخصومة للعصبات دون غيرهم^(٣) .

وبلعل الفقهاء إعطاء الورثة حق المحاصمة في قذف الميت بأن معنى القذف هو إلحاق العار بالمقذوف والميت ليس محلاً لإلحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعاً إليه بل إلى أهله الأحياء الذين يلحقهم العار بقذف الميت ، ولما كان أهل الميت يتصلون به بصلة الجزئية وكان قذف الإنسان قذفاً لأجزائه فكان القذف واقعاً على أهل الميت من حيث المعنى ولذلك تثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم . أما إذا كان المقذوف حياً وقت القذف فقد أضيف إليه القذف وقت أن كان محلاً قابلاً للقذف صورة ومعنى فلحق العار به وانعقد القذف موجباً حق الخصومة له خاصة^(٤) .

ويرجع اختلاف الفقهاء على من يملك حق المحاصمة إلى الاختلاف في تقدير من يلحقهم عار القذف ، فالبعض يرى أنه يلحق كل الورثة والبعض رأى أنه يلحق الورثة إلا من يرث بالزوجية والبعض رأى أنه لا يلحق إلا العصبات ، والبعض رأى أنه لا يلحق إلا من يعتبر القذف نفيًا لنسبه . .

(١) المدونة ج ١٦ ص ٢٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤

(٣) المذهب 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 الخاصية 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 يملكون الخاصية بأنها دفع المار عن الخاص من أصول الميت أو فروعه أو ورثته أو عصباته وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ودفع المار عنهم لا عنه خصوصاً وأن القذف يتعدى دائماً المقذوف إلى غيره . إذ القذف فى الشريعة معناه رمى المقذوف بالزنا أو نفى النسب عنه ، فالمقذوف إذا رمى بالزنا تعداه القذف إلى غيره . ومن رمى امرأة بالزنا تعداها القذف على أقل تقدير إلى أولادها ، والمقذوف إذا قذف بما ينفى نسبه تعداه القذف إلى أصوله وفروعه وورثته .

٥٦٨ - بين الشريعة والقانونه : - رأى السائد فى القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات ومن ثم فقذف الميت لاعتقابه عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من الحاكمة والعقاب .

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما هو الحال فى القانون المصرى ، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقذوف كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، فإذا مات الجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف 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 المقذوف وأهله ، فإذا

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٢ - شرح فتح القدير

ج ٤ ص ١٩٥ - النقي ج ١٠ ص ٢٠٩

أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين الوضعية للورثة من رفع الدعوى في حالة مساس الغذف بهم لأن القوانين لا تقصر الغذف 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 ورثة 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 مر القذف من لله أم من للعبيد . ؟؟ - 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 للعبيد كلما كان خالصاً للعبيد أو كان حق العبد غالباً فيه .

وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها ، وأما حقوق الأدميين 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 المصلحة العامة وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم فكل جريمة يرجع فسادها للعامة ويعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرّة والفساد ، لأن اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدى 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 الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقاً لله تعالى لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا وأوامره ويحذروا نواهيه 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 استثناء 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 يفتزلوا عنها ، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجانى بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والجرم 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 الحقتين هو الأقوى ، فأبو حنيفة يوجب 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 باعتباره 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 الحقين 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 الخاصة ،

(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 الخاصمة ليس شيئًا من هذا^(١) .

٢ — العفو: فمن غلب حق الله على حق الآدميين كأبي حنيفة رأى أن المذدوف ليس له أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه ، فإن عفا كان عفوّه باطلا^(٢) لأن الحد حق من حقوق الله فليس للأفراد أو الجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود .

ومن غلب حق العبد على حق الله كالشافعي وأحمد رأى أن المذدوف له أن يعفو عن القاذف إلى وقت إقامة الحد فإن عفا عنه سقط الحد على أنه إذا تعدد المذدوفين وكانت الجريمة محكوما فيها بحد واحد فيشترط لسقوط الحد أن يكون العفو من جميع المذدوفين ، 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 المذدوف 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 المذدوف من العفو أن يسر على نفسه^(٣) .

والقائلون بالعفو يجيرون أن يكون العفو صريحا أو ضميا ويرتبون على العفو قبل التبليغ عدم جواز رفع الدعوى لسقوط حق المذدوف 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

في الأدلة على القذف

يثبت القذف بالطرق الآتية :

١٧٥ - أولاً : شهادة الشهود : ويشترط في شهود القذف ما يشترط في شهود الزنا من البلوغ والعقل والحفظ والقدرة على الكلام والمعدلة والإسلام وانعدام القرابة وانعدام العداوة وانعدام التهمة ، كذلك يشترط في شهود القذف الذكورة والأصالة وقد تكلمنا عن هذه الشروط جميعاً بمناسبة الكلام على الشهادة في الزنا .

عمر الشهود : فيما يختص بإثبات التهمة يكفي لإثبات واقعة القذف على القاذف شهادة شاهدين فقط . أما فيما يختص بنفي التهمة فللتمتهم 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 المَقْذوف اعترف بصحة القذف ويكون لتأييد هذا الدفاع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين^(١) .

الثالثة : أن يعترف بالقذف ويبدى استعداداً لإثبات صحة القذف وفي هذه الحالة يجب عليه أن يستشهد على صحة الواقعة المَقْذوف بها بأربعة شهود يشترط فيهم ما يشترط في 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 يحمد المَقْذوف حد الزنا إذا كانت الشهادة على زنا متقادم^(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 يدعى إلى اتهام الشهود ، وليس فيه ما يفيد معنى الضميمة والتهمة 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 المدد في الإقرار فيكتفى 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) الأقناع ج ٤ ص ٢٥٩

ويصح الإقرار في القذف ولو مع السكر كما هو الحال في الخصومة المالية لأن للعبد 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 المذدوف دليل آخر فله أن يستحلف القاذف فإن نكل القاذف ثبت القذف في حقه بالنكول.

ويرى الشافعي أيضاً أن يستحلف القاذف المذدوف إذا لم يكن لدى القاذف بينة على صحة القذف ، فإن نكل المذدوف 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 الآخر فمن 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 بدلا 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 راجع الوجيز

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢

المقذوف أن يستحلف الآخر^(١) .
ولأحد رأى قديم بجواز القضاء بالنكول في القذف ، ولكن للذهب أنه
لا يقضى بالنكول في غير المال وما يقصد به المال^(٢) .

المبحث الرابع عقوبة القذف

٥٧٤ - للقذف عقوبتان : 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 الخد 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 يعود 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) المفتي ج ٢٢ ص ١٢٦ .

الشهادة ، ومن رأى أن الاستثناء يعود إلى الجملة السابقة كلها ويتناول الأمرين جميعاً قال النوبة ترفع الفسق وتمنع من رد الشهادة .

ويرى أبو حنيفة ومالك أن شهادة القاذف لا تسقط إلا بالحد أما الشافعي وأحمد فيـهـ قـطـان شهادة القاذف بثبوت المصية عليه أي بعجزه عن إثبات صحة القذف ولو لم يحذف^(١) .

٥٧٥ - نمر 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 الآتي :

٥٧٦ - تراهل عقوبات القذف : اختلف في تداخل عقوبات القذف فرأى مالك وأبو حنيفة أن عقوبات القذف تتداخل إلى وقت تنفيذها فمن قذف غير مرة فخذ 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 كل الحد الأول ووجب للقذف الثاني حد كامل وإن كان بعد تنفيذ أقل الحد ووجب 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 فلو ضرب

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٦ - شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٦٥ - بداية المجتهد

ج ٢ ص ٣٧٠ - المهذب ج ٢ ص ٣٤٨ - المغني 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 يجد فإن العقوبات تتداخل ويجرى عنها جميعاً حد واحد إذا كان القذف بزناً واحداً وكذلك الحكم على الرأي الراجح ولو قذفه 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 تتداخل فيها .

وإذا قذف جماعة فوجه لكل واحد منهم القذف على انفراد وجب لكل واحد منهم حد ولا تتداخل 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 يزنا 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 معاً 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 ظهرو من الحد الأول لأن المولاة بين الحدين تؤدي إلى التلف^(١).

ويرى أحمد أنه إذا قذف رجل شخصاً مرات فلم يحد فحد واحد سواء قذفه بزناً واحداً أو بزنيات .. وإذا قذف جماعة بكلمات فلكل واحد منهم حد ولا تتداخل الحدود في هذه الحالة مهما تعددت لأنها من حقوق آدميين .

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 لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاءه بجميعهم وإذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاءه له وحده فلا يستقط حق الباقيين بغير استيفائهم أو إسقاطهم .

وإذا قال لرجل يا ابن الزانية 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 زنيت بفلاة فهو قذف لها بكلمة واحدة^(٢).

٥٧٧ - هل تترافل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى ؟

يرى مالك أن حد القذف يتداخل مع حد الشرب لاتحاد الموجب أي أن

(١) المذهب 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 لانحد الموجب (١).

ولا يرى الأئمة الثلاثة ما يراه مالك من التداخل بين حد القذف وحد الشرب وفيما عدا ما سبق فإن من التفق عليه أن حد القذف لا يتداخل مع أية عقوبة أخرى ولو كانت القتل سواء كان القتل حقا لله كرجم الزاني المحصن أو حقا للمبد كالقصاص 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 لثلاثا 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 - مسقطات 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 الإماء 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 تحريماً قاطعاً لأنها تعتبر الخمر أم الحبائث 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 تنتشر الدعوة إلى تحريم الخمر في كل البلاد غير الإسلامية فلا تجد بلداً ليس فيه جماعاة 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 المناداة بتحريم الخمر بعد ما أثبتته العلم من أن شرب الخمر مضر بالصحة وأنه يضعف الجسم والمقل بصفة عامة ويؤدي إلى الجنون في كثير من الأحوال كما يؤدي إلى العقم فإذا لم يؤدي إلى العقم فإنه يؤدي إلى قلة النسل والمحطاطه من الناحيتين الجسمانية والعقلية وكذلك ثبت أن شرب الخمر يؤدي إلى ضعف الإنتاج وهذا الذي 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 الحاسو . فالولايات المتحدة الاميريكية أصدرت من عدة سنين قانوناً يحرم الخمر تحريماً تاماً وقد أصدرت الهند من سنتين قانوناً مماثلاً ، وهاتان هما الدولتان الكبيرتان اللتان حرمتا الخمر أما كثر الدول فقد استجابت لدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر وتناولها في المحلات العامة في 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 الإسلامي أصبح اليوم مهيباً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليفاً وأن الدعوة إلى التحريم تأخذ طريقها ويستدساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين كل تعاضيد ؛ وأن اليوم الذي تحرم فيه كل الدول الخمر تحريماً قاطعاً لم يعد بعيداً ، وأن العالم غير الإسلامي 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 حريفاً أن يدفع البلاد الإسلامية إلى المسارعة بتحريم الخمر وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ولكن المسلمين لا يزالون يفتون في نومهم عاجزين عن الشعور بما حولهم ، بل عاجزين عن الشعور بأنفسهم وسيأتي قريباً اليوم الذي يصبح فيه تحريم الخمر عاماً في كل الدول فتمم معجزة الشريعة الإسلامية (٣٣ - التشريع الجنائي الإسلامي ٢)

ويحقق ما نادت به من ثلاثة عشر قرناً على أيدي أناس لا ينتمون للإسلام ولا يعرفون من حقائقه شيئاً .

٥٨٠ - النصوص الخاصة بالحمر : 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 بتأميم 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 الفرف فله الكف منه حرام » وعن عبد الله بن عمر « لعن الله الخمر وشاربها وساقبها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه ، وقوله « من شرب الخمر فأجلدوه » .

٥٨١ - معنى الشرب عند الفقهاء : اختلف الفقهاء في تحديد معنى الشرب

فهو عند مالك والشافعي وأحمد شرب المسكر سواء سمي خمر أم لم يسم خمرأ 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 خمرأ قذف بالزبد أو لم يقذف به .

(٢) ماء العنب إذا طبخ فذهب أقل من ثلثيه وصار مسكراً (٣) قمع البلح والزبيب

(١) - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغني ج ١ ص ٣٢٦

إذا غلا واشتد وقُذِف بالزبد على رأى أبى حنيفة أو إذا غلا واشتد ولو لم يقذف بالزبد على رأى أبى يوسف ومحمد ويستوى أن يكون البلح رطباً أو بمرأ أو تمرأ . وماعدا هذه الأنواع الثلاثة لا يعتبر خمرأ عند أبى حنيفة فمضير السنب إذا طبخ فذهب ثلثاه وقيع البلح والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ونبذ الحنطة والذرة والشعير وغير ذلك من اللواد قضيماً كان أو مطبوخاً كل ذلك لا يعتبر خمرأ وشربه سلال إلا ما بلغ السكر فإذا أسكر فلا يعاقب على شربه وإنما يعاقب على السكر منه وحجة أبى حنيفة فى هذا الرأى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أشار إلى النخلة والكرمة 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 قليلاً كان أو كثيراً أما ماعدا الخمر من اللواد المسكرة فيسميه مسكرأ لا خمرأ والمسكر عنده لا يعاقب على شربه كالخمر وإنما يعاقب على السكر منه لأن المسكر ليس حراماً 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 .

وتقد 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 ما شربه 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 مسكرأ سواء سنى خمرأ أو سنى 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

تسكلم على حد الشرب وحد السكر معاً ببيان رأى الخنفين ولأن بعض الفقهاء يرى حد غير المسلم إذا سكر^(١) فكان الكلام على حد السكر واجباً من هذين الوجهين على أن البعض الآخر يرى تعزير الذمى على السكر^(٢).

والمقاعدة عند فقهاء الشريعة أن الخمر مباح لغير المسلمين ما دام دينهم لا يحرمها تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أمرنا بتركهم وما يدينون » واسكن لما كان السكر مما تحرمه الأديان جميعاً فقد رأى بعض الفقهاء حد غير المسلم على السكر ورأى البعض تعزيره 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 الاجتماعي 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 أي كانت ديانتهم ومذاهبهم .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٣

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢

المبحث الأول في أركان الجريمة

جريمة الشرب ركبان : الأول : الشرب . الثاني : القصد الجنائي

الركن الأول

الشرب

٥٨٢ — يتوفر هذا الركن عند مالك والشافعي وأحمد كلما شرب الجنائي شيئاً مسكراً ولا عبرة باسم المشروب ولا بالمادة التي استخرج منها فيستوى أن يكون المشروب مستخرجاً من العنب أو البلح 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 للإسكار فهو غير محرم^(١)

ولا يتوفر ركن الشرب عند أبي حنيفة إلا إذا كان المشروب خراً وقد علمنا فيما سبق معنى الخمر عنده فإن لم يكن المشروب خراً لم يتوفر ركن الشرب ولو كان الشرب مسكراً ولو أدى للإسكار فعلاً^(٢) .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المفتي ج ١٠

ص ٣٢٨ .

(٢) بدائم 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 مجرد الشرب ولو كان من المستحيل أن تؤدي السكمية 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 التعمير كالحشيش والداتورة^(٢).

ويحد على الشرب ولو أن المادة المسكرة دخلت الفم أو الجوف على غير هيئة الشراب، فخلط السكر 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 السكر^(٥).
ويكفي لاعتبار الجاني شارباً أن يصل المشروب إلى حلقه ومن باب أولى إلى جوفه فإن لم يصل المشروب إلى الحلق كان تـمـضـض به ثم بـجـه 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 ٣٣٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢.

دء 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 الخلق فيه الحد كالشرب والاستعاط ، وما وصل عن طريق الشرج فلا حد فيه والرأي الثاني يوجب الحد في الحاليين^(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 ﴿ فمن 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 أبي حنيفة وهو يتفق مع الرأي الراجح في مذهب مالك والشافعي أن لا حد على الشارب^(٤) .

أما أحمد فيفرق بين ما إذا شربها الشارب صرفا 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 التداوي بالخمر خلاف ، فالرأي الراجح في مذهب مالك والشافعي أن التداوي بالخمر فيه الحد إذا شربها المريض أما إذا استعملها لطلاع جسمه فلا حد لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تداوى بالخمر فلا شفاء الله »

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - بدائم الصنائع ج ٧ ص ٤٠

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١١

(٣) المفق 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 - المفق ج ١٠ ص ٢٣٠

« 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 المحرم 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 يؤد 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 كثيرها 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 وحجتهما 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) المفني ج ١٠ ص ٣٣٠ (٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨

(٦) المفني ج ١٠ ص ٣٣٥

(٥) 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 جسمي أو لعدم الاحتياط لأن الجريمة عمدية فيشترط فيها تعمد الفعل . .

ويعتبر القصد الجنائي غير متوفر إذا كان الجاني يجهل تحريم الشرب ، ولو كان يعلم أن المشروب مسكر ولكن لا يقبل الجهل بمن نشأ في بلاد المسلمين لأن نضائه بينهم يجعل 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 ويري 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 وما زاد 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 لالخمر حداً فكان يضرب فيها القليل والكثير واسكنه لم يزد عن أربعين وجاء أبو بكر وضرب في الخمر أربعين وروى عن أبي بكر أنه سأل أصحاب الرسول كم بلغ ضربه لشرب الخمر فقدره بأربعين وروى عن أبي سعيد الخدري وعن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين . فلما جاء زمن عمر رضي الله عنه تخير 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 رضي الله عنه قال : في المشورة نرى أن نجلده ثمانين فإنه إذا شرب سكره وإذا سكر هذى وإذا هذى افتري وعلى المعتري ثمانون . وقد روى عن معاوية بن حصين بن المنذر الرقاش أنه قال شهدت عثمان رضي الله عنه وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب الخمر وشهد الآخر أنه رآه يتقيأها 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 رضي الله عنه أنه قال ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً إلا صاحب الخمر ولومات ودينه 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 الرأي

أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم حجة لا يجوز تركه بفعل غيره وأن الإجماع لا ينعقد على ما يخالف فعل النبي وأبى بكر وعمر 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 الشافعي في أن الحد أربعون جلدة فقط وأن ما زاد على ذلك تعزير فإنه يجوز لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة المعتبرة تعزيراً كلياً أو بعضها لأن الشريعة تجعل لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة عن العقوبة في جرائم التعزير . أما الجزء للمعتبر حداً فلا يمكن إسقاطه ولا العفو عنه .

ومن المتفق عليه أن العقوبة لا تنفذ على السكران حتى يفيق 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 طالحاً أعيد عليه الحد وإن لم يحس في أوله وأحس في أثنائه حسب له من أول إحساسه بالضرب^(٣).

٥٨٦ - التماثل : إذا تعددت جرائم الشرب والسكر قبل تنفيذ الحكم في إحداها تداخلت عقوبات هذه الجرائم سواء حكم بها أو لم يحكم بها ما دامت

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٢٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ - المغنى ج ١٠ ص ٣٣٥

(٣) شرح الزرقاني 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 الذى تنفذ فيه إحداها . ثانياً : تتداخل عقوبة السكر مع عقوبة الشرب ، فلو سكر ذمى 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 التى تجب عقوبة الشرب لأن كل عقوبة يقصد بها التأديب والزجر ولا حاجة مع القتل للزجر ولا فائدة فى تنفيذ مادون القتل ، وإذا انعدمت الفائدة التى شرع الحد من أجلها أصبح تنفيذه غير مشروع وهذا هو رأى مالك وأبى حنيفة وأحمد^(١) .

أما الشافعى 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 أبى 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 انحلت موجباتها^(٣) .

٥٨٧ — كيفية تنفيذ الجلد : - ينفذ الحد على الوجه الذى سبق ذكره

فى تنفيذ الجلد فى الزنا ويرى البعض أن الحدود فى الحمر لا يجرد من ملابسه لأن

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ - بدائع الصنائع

ج ٧ ص ٦٣ - المغنى ج ١٠ ص ٣٢١ وما بعدها .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨

حد الخمر من أخف الحدود فوجب إبقاء ملابسه عليه إظهارا للتخفيف ولكن
الرأى الراجح هو أن لافرق في التنفيذ بين حد الخمر وغيره وأن الشارع أظهر
التخفيف في نقصان عدد الجلادات^(١).

ويرى البعض أنه إذا اجتمعت حدود لله من أجناس مختلفة آخر حد الشرب
عنها جميعا 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 للموقع^(٣)
وهذا هو رأى الشافعى وأحمد لأنهما يريان تقديم الأخف على الخفيف أما مالك
فيستوى عنده أن يقدم الأخف أو الأشد ولولى الأمر أن يبدأ بأيهما أراد^(٤).

المبحث الثانى

الأدلة على الشرب

٥٨٨ - أولا : شهادة الشهود : يثبت الشرب والسكر بشهادة الشهود
ويشترط أن لا يقل عدده 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 فعلا 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 الطالب 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 سكبت الشهود عن الحادث حتى زالت الرائحة ، فقد تقادمت الشهادة وامتنع قبولها . .

ولكن محمدًا يقدر مدة التقادم بشهر^(٢) « على أنه من المسلم به لدى الجميع أنه لا تقادم إذا أخذ الشهود الجاني 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 التأخير 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 - ثانيًا . . الإقرار :- تثبت الجريمة بإقرار الجاني 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 بإقراره (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 ، فمن 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 عبيد الله ريح شراب فأقر أنه شرب الطلاق قال عمر إني سأئل 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 تمضمض بها أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجها أو أكل نباتاً 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 لمجرد 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 يوجبها أحمد في أحد رأيه فيجب أن يكون القىء عندهما دليلاً يثبت به الحد من باب أولى لأنه لا يتقياً إلا بعد الشرب . ومن ثبت الحد بالقىء يحتج بما حدث في محاكمة قدامة والوليد بن عقبة فقد شهد علقمة الخفي على قدامة فقال أشهد أني رأيته يتقيؤها 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 يتقيؤها 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) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢ (٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ ، ١٨٤

(٦) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢

لا يرى التواء دليلا على الشرب فيرى أن هذا من سر وعثمان اجتهد وليس فيه إجماع^(١) .

٥٩٣ - هل يقضى القاضي بـ"مهمه" ؟ : وليس للقاضي أن يقضى بـ"مهمه" في الشرب والسكر ولو عاين الحادث بنفسه أو أقر له به الجاني مادام ذلك في غير مجلس القضاء .

٥٩٤ - امتناع التنفيذ : يمتنع التنفيذ كلما سقطت العقوبة ، وهي تسقط بما يأتي :

- 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 أبي حنيفة خاصة .

* * *

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 وسفصل 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 والفصب 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 بعم الجنى عليه

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ - الروض النضر ج ٤ ص ٢٢٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٨ أسنى الطالب ج ١٤ ص ١٣٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٣٩ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ المحل 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 : - أولهما يدخل

فيه كل سرقة ذات حد لم تتوفر شروط الحد فيها أو درىء فيها الحد للشبهة كأخذ مال الابن وأخذ المال المشترك ويستوى أن تكون السرقة في الأصل صغرى أو كبرى . . وثانيهما : هو أخذ مال الغير دون استخفاء أى بعلم الجنى 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 الجنى 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 الحراة أو قطع الطريق ، أماما عدا ذلك من نهب وغصب واختلاس فيطلقون عليه لفظ الاختلاس بصفة عامة . والسبب الذى 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 التى يسير عليها الفقهاء أنهم يعنون عناية تامة بالجرائم المعاقب عليها بحد أو قصاص فيبينون أركانها وشروطها ويفصلون أحكامها ولا يتركون صغيرة ولا كبيرة إلا يبينوا حكمها . أما للجرائم المعاقب عليها بالتعزير فلا يعنون بها تلك العناية ولا يتعرضون إلا للمهم منها ، وما يتعرضون له يكتفون ببيان أحكامه مجملة وإن كانوا قد عنوا بالتعازير عامة فيما يختص بأنواع العقوبات وحد كل عقوبة وسلطة القاضى وولى الأمر . ولعل عذر الفقهاء فى 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 يتناولون 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 المادى فى السرقة الأخذ على سبيل الاستخفاء ، وفى الاختلاس الأخذ دون استخفاء . .

٣ - يشترط فى السرقة أن يكون المسروق فى حرز ولا يشترط ذلك فى الاختلاس .

٤ - يشترط فى السرقة أن يبلغ المسروق نصاباً معيناً ولا يشترط ذلك فى الاختلاس .

واستطيع بعد معرفة الفرق بين السرقة والاختلاس أن نقول بأن أحكام الاختلاس فى الشريعة تكاد تكون نفس أحكام القانون المصرى فى السرقات المعترية جنحاً وإذا كان ثمة فرق بين الشريعة والقانون فى بعض الحالات كما فى حالة اعتبار القانون للاختلاس الحاصل من متعهد النقل سرقة وعدم اعتباره خيانة أمانة كما هو الحال فى الشريعة فإن القانون يجب اتباعه فى هذه الحالة لأن الجريمة من الجرائم التعزيرية وهى محرمة اعتبرت فى تسكييفها سرقة أو خيانة أمانة ولولى

الأمر سلطة كبرى في تحديد عقوبات الجرائم التعزيرية فإذا عاقب عليها بعقوبة السرقة فإن أمره يجب أن يطاع .

وإذا قارنا الشريعة الإسلامية بالقانون المهرى فيما يختص بالسرقات وجدنا أن الشريعة تعاقب على نفس الأفعال التي 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 الحراية) وعلى أخذه بغير استخفاء وبغير مغالبة (الاختلاس) وكذلك القانون يعاقب على اختلاس المال سواء كان الاختلاس بعلم الحتى 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 منفعة الشئ وعلى اختلاس حق حيازته ، على اعتبار أن اختلاس المنفعة واختلاس الحيازة سرقة كذلك كانت هذه القوانين تخطئ 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 تخطئ بين سرقة الشئ والانتفاع به أو استرداد حيازته ولم تخطئ 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 وبأخذ بمبادئها . وحين يقال إنه وصل إلى السكال يكون قد أوشك

يبلغ فقط بعض ما بلقته 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 .

المركب الأول

الأخذ خفية

٥٩٨ - معنى الأخذ خفية هو أن يؤخذ الشيء دون علم المجنى عليه ودون رضاه كن 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 الجاني 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 تتوفر أحد هذه الشروط اعتبر الأخذ غير تام ، وكانت عقوبته التعزير لا القطع . فمن تسور داراً ليسرق منها فضبط قبل أن يصل إلى شيء مما فى الدار أو ضبط وهو يجمع المتاع ، ومن دخل زريبة ليسرق

منها دابة فلك قيدها أو اعلى ظهرها ثم ضبط قبل أن يخرج بها ، ومن دخل جرننا ليسرق منه قححا في غرارة مثلا فضبط وهو يملأ الفرارة أو ضبط بعد ملئها وهو يحاول أن يحملها أو ضبط بعد أن حملها وقبل أن يخرج بها من الجرن فكل هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً خفية لأن ما أتاه من الأفعال لم يخرج الشيء المراد سرقة من حرزه أى المحل المعد لحفظه ومادام المال لم يخرج من حرزه فهو لم يخرج من حيازة الجنى عليه ولم يدخل في حيازة الجاني^(١) .

ويترب على اشتراط الأخذ التام أن لا يقطع في سرقة لم تتم فكل ما اعتبره اليوم شروعا في سرقة يعاقب عليه بالتعزير ولا يعاقب عليه بالقطع .

ولكن أصحاب المذهب الظاهري يوجبون القطع في الشروع كلما وضع السارق يده على الشيء المسروق ولو لم يخرج به من حرزه ، فنأخذ وهو يجمع اللئاع من منزل الجنى عليه وقبل أن يحمله ويخرج به أو أخذ وهو يحمله وقبل أن يخرج به قطع مادام قد بدأ فعل السرقة لأن ما وقع منه يجعله سارقا ولأن الظاهريين لا يشترطون الحرز في السرقة ولهذا فهم يعتبرون الأخذ تاما بمجرد تناول الشيء المسروق بقصد سرقة ولو لم يخرج الشيء من حيازة الجنى 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 تاما في القوانين المصرية والفرنسية أن يخرج الشيء من حيازة الجنى عليه وأن يدخل في حيازة الجاني ، ومعنى هذا أن الشريعة

(١) المفى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٩ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ - كشاف 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 الأزهاري ج ٤ ص ٣٦٧ .
(٢) المحلى ص ٣١٩ ، ٢٣٢ .

تشتت 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 أخذاً 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 وعموبتها 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 القتل ، 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 يتلصق السارق بالمسروقات في الحرز إذا كانت مما لا يفسد بالابتلاع كجواهر أو نفود ابتلعها 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 تالماً لأنه لا يتم إلا بالخروج من الحرز^(١)

أما إذا كان الشيء الذي ابتلع في الحرز مما يفسد بالابتلاع كاللبن أو الحليب وما أشبهه فالفعل لا يعتبر سرقة في الشريعة وإنما هو إتلاف ، والقاعدة في الشريعة أن كل ما استهلك في محل الحادث فهو متلف لاسرقة 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 ليأخذه فيجد أن غيره عثر عليه وأخذه أو أن يسرق اللص دابة حتى يخرجها من الزريبة فإذا خرجت تلقاها لص آخر فأخذها . ففي هاتين الحالتين وأمثلهما . ويرى 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) الخ ج ١٠ ص ٢١٦ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٦٤ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٧ - كشف القناع ج ٢ ص ٧٩ ، ٨٠ - مواهب الجليل 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 الذي أخرج المسروق ولم يدخل المسروق في حيازة السارق وإنما دخل في حيازة اللص الثاني ويسمى أبو حنيفة هذه الفظرية بنظرية اليد للمعتضة ويرتب عليها عدم قطع يد السارق ولو أنه أخرج المسروق من الحرز ويرى أن العقوبة هي التعزير^(١).

وإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز ثم ضبط قبل أن يخرج ليأخذه فلا يعتبر أن المسروق دخل في حيازته لأن يده لم تكن ثابتة عليه وقت إخراجه ولو بقي الشيء في 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 في هذه الحالة وحجته أن الأخذ من الحرز لا يتم إلا بالإخراج منه، والرمي ليس بإخراج، والأخذ من الخارج ليس أخذاً من الحرز، وردا عليه بأن المال بإلقائه في الخارج أصبح في حكم يد السارق وإن كانت يده غير ثابتة عليه فإذا خرج فأخذه فقد ثبتت يده عليه وأن الرمي ليس إلا الأخذ من الحرز^(٣) ولكن مالسكا والشافعي وأحمد يرون أن المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد خروجه من حيازة الجاني عليه ولو لم يضع السارق يده عليه وضعا مادياً وإذن فاليد المعتضة لا يحتاز المسروق إلا بعد دخوله في حيازة السارق^(٤).

ومن ثم تتم شروط الأخذ خفية وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(٥) فهم يرون أنه يكفي لقطع السارق أن يخرج المسروق بأي وسيلة وأن يكون الإخراج بفعله حلاً أو رمياً أو جراً أو إكراهاً أو تدليسا سواء أخذه بعد إخراجه أو تركه أو أخذه غيره ويعتبر الأخذ تاماً عندهم بالإخراج ولو رد الجاني للمسروق لحزبه بعد إخراجه.

(١) تراجع نفس المراجع (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥.

(٤) الهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى الطلاب ج ٤ ص ١٣٨، ١٤٧ - مواهب الجليل

ج ٦ ص ٣٠٨ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٩ - المدونة ج ١٦ ص ٧١.

(٥) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٩٧

والأخذ خفية على نوعين فهو إما أن يكون أخذاً مباشراً وإما أن يكون أخذاً بالتسبب . فأما الأخذ للمباشر فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الخرز بنفسه ، أو أن يؤدي فعله مباشرة إلى إخراجه كأن يدخل الخرز فيحمل المسروق أو يلقي به إلى خارج الخرز ، أو أن يدخل يده في الخرز فيأخذ المسروق أو يلتقطه بمحجن أو أن يبظر جيئاً فيسقط منه المال أو ينقب خرزاً 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 الخرز أو إلى المسروق إلى خارج الخرز أو أدى فعله المباشر إلى إخراج المسروق من الخرز فإن شروط الأخذ خفية تكون تامة ويقطع السارق بسرقة (١) .

أما إذا ضبط قبل أن يخرج المسروق من الخرز 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 الخرز . 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 الخرز وقبل أن يخرج إلى الخرز لأخذه فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن المسروق وإن كان قد أخرج من الخرز 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 الحنفية يعتبرون الشيء في حيازة السارق حكماً بإلقائه ما لم تسكن هناك معترضة أى شخص يضع يده على الشيء (٣) وهم متفقون على قطع السارق فيما ألقاه خارج الخرز ثم خرج فأخذه ولا يخالفهم في هذا إلا زفر وقد بينا من قبل سبب خلافه .

(١) مذهب ج ٢ ص ٢٩٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٩

فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ - الورفاني ج ٨ ص ٩٧ .

(٢) هداية الصائغ 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 الحسكية تكفي لاعتبار الأخذ تماماً 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 للمسروقات 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 أتلّفه داخل الحرز فهو متلف للشيء لا سارق له فأمّا إذا خرج بشيء منه بعد إتلافه فهو سارق لما خرج به إذا بلغ نصيباً وتقدر قيمة المسروق بما خرج به لا بما أتلّفه وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد^(٣)

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٩٧

المنقّى ج ١٠ ص ٢٥٩ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٧

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٣٩ - المنقّى 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) المنقّى 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 بالتلف وقيمته نصاباً فإنه لا يقطع لأنه بالإتلاف ضمن قيمة الشيء والمضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمن السارق قيمة المسروق للمكة من وقت الأخذ فلو قطع لقطع في ملك نفسه ^(٢) .

وإذا ابتلع الجاني المسروق داخل الحرز فيفرون 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 : الإبتلاع 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 الإبتلاع 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 للمسروق 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 بلغ 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 المثلث 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 وهناك الحرز متكماً متكاملاً شرط لتكامل الجنابة ولا يتصور تكامل المتك فيمكن الدخول منه إلا بالدخول فعلاً أما مثل الصندوق والفرارة فلا يمكن الدخول فيهما فالأخذ التام منهما باليد دون دخول يعتبر متكماً متكاملاً وتسمى هذه النظرية بنظرية المتك 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 اشتراك في السرقة اثنان فدخول 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 فلا لأنه وإن كان قد أخرج المتاع بفعله من الحرز ومن حيازة الجنى 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 - كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ .

بيانها ، أما بالنسبة للخارج فإن كان المسروق قد دخل في حيازته فإنه لم يخرج المسروق من حوزة 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 متكاملاً ، وهذا تطبيق لنظرية الهتك 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 الثقب فدخل الخارج يده لأخذها بحيث اجتمعت أيديهما في الثقب بموضع لم يخرج به الداخل من الحرز ولم يخرج به الخارج من الحرز فتعاونوا معاً 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 - كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - المغني ج ١٠ ص ٢٩٩ - شرح الأزهري 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) ، ولمكن 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 ويهتكه هتكاً متكاملاً ولأن الداخل لم يخرج من الحرز وعلى فرض أنه أخرجه فإن يبدأ أخرى اعترضت يده .

وإن دخل أحدهما إلى الدار فربط المسروقات بحبل وكان طرف الحبل مع آخر في الخارج فجر المسروقات حتى أخرجه 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 بحبل 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 الرابط مخرجاً للمتع فإنهم يعتبرونه كذلك على أسس مختلفة فمالك يعتبره مخرجاً لأن فعل الربط جاء مصاحباً لفعل الإخراج وهو يعتبر الشخصين مخرجين كلما تصاحب فعلاهما حال الإخراج وأبو حنيفة وأحمد

(١) اللدونة ج ١١ ص ٧٣ .

(٢) كشف القناع ج ٤ ص ٨٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ .

(٤) الراجح السابقة .

(٥) اللدونة 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 مخرباً للمسروق ولو لم يحمل من المسروق شيئاً مادام شريكه أو شركاؤه قد احتملوه^(١) .

وسنتكلم على هذه القاعدة بتوسع عند الكلام على الإعاقة ، 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 ولا قطع 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 .

وسنتكلم 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 نجاء 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 لا قطع فيها . أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الأخذ تام بالنسبة للثانى الذى دخل الحرز وأخذ المتاع لأن الثقب لم يخرج المسكان عن كونه حرزاً^(٣) .

ويرتب الحنابلة على القول بأن الثقب يبطل الحرز أن الجانى لو ثقب فى ليلة ولم يأخذ شيئاً فعم المالك بهتك الحرز وأهله ثم جاء الناقب فى ليلة تالية قبل إعادة الحرز فسرق مافى المنزل أو جاء فى نفس الليلة من إحداث الثقب فسرق فإن الأخذ لا يعتبر تاماً لأن السرقة من غير حرز وكذلك الشأن عند الحنابلة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٧ ، ٢٩٨ كشاف القناع

ج ٤ ص ٨٠ .

(٢) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٣) شرح الأزهري 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 .

في حالة الإخراج على دفعات فإذا نهب الجاني الحرز فأخرج مادون النصاب ثم دخل فأخرج ما يتم به النصاب فإن كان ذلك في وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القلع لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة والأولى دون النصاب هي الثانية . 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 بلمستشهار 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 نصيباً على دفعات فبعضهم يرى الأخذ تاماً ولو أن الإخراج على دفعات لأن بعض فعله يبنى على البعض الآخر . والبعض يرى أن ما أخذه بعد الدفعة الأولى لا يعتبر أخذاً تاماً لأنه أخذ من حرز مهتوك والبعض يرى أن ما أخذ 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 للنائب 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 الأزهري ج ٤ ص ٣٦٨ .

إلا على الوجه الذى سبق بيانه وطبقاً للأراء المختلفة التى عرضناها فلو نقب شخص حرزاً فجاء 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 للمسروق 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 الخرج 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 فى هذه الحالة يعتبر الأخذ تاماً . أما إذا كان الحرز حرزاً بالحفاظ فإنه يكفي لاعتبار الأخذ تاماً أن يفصل للمسروق عن مكانه أو يفصل به عن الحارس ، فالنشال يعتبر أخذه تاماً بمجرد أخذه النقود من جيب الجنى عليه وبمجرد شق الجيب وسقوط النقود منه ولو على الأرض .

٦٠١ - التعاون على الإخراج : الأصل أنه لا يقطع فى السرقة إلا

الشخص الذى يخرج المسروق من الخرز سواء حمله إلى خارج الخرز 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 .

وفي اصطلاح هؤلاء الفقهاء أن المعين على إخراج المسروق هو من يعين السارق على إخراج الشيء المسروق من الخرز 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 لافتتح باب السرقة وانسد باب القطع^(١) .

والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر متفقون على أن القطع على من يعين فقط في إخراج الشيء المسروق من الخرز لأنه يعتبر مخرجاً له فإن كان العون في غير ذلك كاشتراك في النقب أو كسر الباب أو فتحه بمفتاح مصطنع أو مساعدة على نسلق الخائط للدخول في الخرز أو مساعدة في حمل المسروقات بعد إخراجها من الخرز لم يقطع المعين على كل ذلك وأشباهه فلو اتفق اثنان مثلاً على سرقة منزل وتعاونوا على نقب الخائط ثم دخل أحدهما وبقى الآخر في الخارج يرقب الطريق وأخرج الداخل المسروقات من الخرز 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 في إخراج الشيء المسروق من الخرز

ومع أن الفقهاء متفقون على ما سبق إلا أنهم اختلفوا في الأفعال التي تعتبر إعانة بحيث لا يتفق مذهب مع آخر في تحديد هذه الأفعال ونستعرض فيما يلي آراء المذاهب المختلفة فيمن يعتبر معيناً على إخراج المسروق .

فألك يرى أن المعين على الإخراج قد تحدث منه الإعانة وهو في 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 يحمله 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 ثقيلاً 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 والصرة فلا إعانة لأن التعاون على الإخراج ليس ضرورياً ولا قطع إلا على من حمل المسروق فأخرجه . وإذا اقتضى إخراج المسروق التعاون في حمله لإخراجه فالخاملون جميعاً مباشرون للسرقة مادام أنهم قد حملوه حتى أخرجوه من الحرز فإذا حملوه فوضعوه على شخص منهم أو على دابة فالمباشر هو الخارج 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 فالخارجون جميعاً مباشرون ولا يقطع منهم إلا من بلغت قيمة ما أخرجته نصيباً .

وبعزز 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 لفظريته في هتك الحرز هتكاً متكاملاً .

والمعين في مذهب أبي حنيفة هو من دخل الحرز مطلقاً سواء أتى عملاً مادياً عاون به على إخراج المسروقات كأن وضعها على ظهر آخر فأخرجها الآخر أو أتى عملاً معنوياً يساعد على إخراج المسروقات من الحرز كوقوفه للحراسة أو لمنع الغوث أو للإشراف على نقل المسروقات من الحرز ، ويعتبر بمجرد وجوده داخل الحرز إعانة معنوية على إخراج المسروقات من الحرز ولو كانت الحالة لا تقتضي وجود المعين^(٢) . على أن الإعانة لا يجب فيها القطع في مذهب أبي حنيفة إلا إذا خص كل مباشر وكل معين نصاب فإذا كانت قيمة ما أخرج لا تسفي 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 تسفي 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) المرجع 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 المسروقات أم أتى عملاً معنوياً تمنع الفوت 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 ماحمله 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 المسروق 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 بنصف النظر عما أخرجته 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) المغنى 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 التميز بما 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 ويطيره فيخرج المسروق أو يأمر صغيراً أو معتوهاً بإخراج المسروق فيخرجه أو أن يستمتع سخل شاة أو فصيل ناقة أو غيرها مثل أن يشتري الأم والسخل على ملك الغير في حرز فيأتي بالأم إلى مكان السخل ويريه أمه حتى يتبعها ، وكذلك العكس نحو أن يأتي في مكان أمه وهي في حرز مالكتها حتى يستمتع الأم سخلها بأن يبعثه عليها حتى تتبعه أو أشار لشاة في الخزانة باللف 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 السروق 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 هتكاً متكاملاً ونظريته في الماترض فثلاً في حالة استنباع السخل أو الفصل يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن الجاني لم يهتك الحرز هتكاً متكاملاً ويخالفه أبو يوسف في هذا ويرى كما يرى فقهاء المذاهب الأخرى بأن الأخذ تام . وفي حالة وضع السروق في ماء جار وعنور آخر عليه وأخذه ، يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن بدأ اعتراض يد السارق .

ويشترط في الأخذ خفية أن يفعل الحيازة كاملة دون حق من المجنى عليه للجاني أى أن ينقل الحيازة بعنصرها المادى والمعنوى عنصر التبعة وعنصر الملك ، فإن نقل أحد العنصرين دون الآخر ولو بغير حق فلا يعتبر الفعل سرقة فالمعير 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 في خفية عن المالك ، والمشتري الذى يأخذ المبيع قبل تسليم الثمن أو في زمن الخيار والموهوب له الذى يأخذ ما وهب له خفية كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً خفية لأن أخذه لا ينقل إلا أحد عنصرى الحيازة فقط^(١) .

يشترط في السروق أن يكون مما هو خالص لغيره أى ليس للسارق فيه ملك ولا حق بل المستحق له غيره . ويشترط في الأخذ خفية أن يكون الشيء

(١) بدائم الصنائع ج ٧ ص ٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، ٧٩ - المنق ج ١٠ ص ٢٧٧ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٥ .

المسروق في يد المجنى عليه أو أى شخص آخر يقوم بمقاها كالمستأجر والمستعير كما يشترط أن لا يكون في يد الجاني ولا تحت سلطانه ، فإذا كان الشيء في يد الجاني 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 الجاني آخذاً 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 أسكن منه ومنحه 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 ركنها المادى والمعنوى . فالنظرية التى وصل إليها الفقه والقضاء أخيراً وتولى تنظيمها وشرحها جارسون هى نظرية الفقه الإسلامى .

٦٠٣ — التسليم يعنى الأخذ خفية : 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 مما والتسليم يجعل المجنى عليه عالماً 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 الحراة لأن جريمة الحراة لا يشترط فيها الأخذ خفية وإنما يكون الأخذ فيها مقابلة و يمنع التسليم من توفر ركن الأخذ خفية سواء نقل التسليم الحيازة كاملة أو ناقصة أو ترتب

عليه تمكن الجاني من الشيء أو منحه سلطة عليه كحالة الطباخ مثلاً تسلّم إليه أدوات المطبخ لاستعمالها .

ويستوى أن يكون التسليم ناشئاً عن خطأ أو عن عش أو قصد به مجرد تمكن الجاني من الاطلاع على الشيء المسروق أو التفرج عليه أو فحصه .

ففي هذه الحالات جميعاً يمنع التسليم من اعتبار الشيء مأخوذاً خفية لأن الأخذ خفية يجب أن يكون بغير علم المجنى عليه وبغير رضاه معاً وإذا كان لا يمكن اعتبار الشيء الذي سلم للجاني للفحص والتفرج والاطلاع مسروقاً طبقاً للشريعة فإن هذا الشيء يمكن اعتباره مختلساً طبقاً للشريعة .

والاختلاس كما قلنا نوع من السرقة لا يشترط فيه العلم ويشترط فيه عدم الرضاء فقط وعقوبته التعزير لا القطع . والاختلاس في الشريعة يتفق في شروطه وأحكامه مع شروط وأحكام جريمة السرقة في قانون 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 وللمانع من اعتبار الفعل سرقة هو التسليم لأن في التسليم علم المجنى عليه بالفعل والعلم يمنع من تكون ركن الأخذ خفية وإذا كان الفعل لا يعتبر سرقة فمن الممكن أن يعتبر اختلاساً طبقاً لقواعد الشريعة .

وإذا كان التسليم ممن لا شعور له أو اختيار ، 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 .

وتمكن 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 المحل الذي يعمل فيه الخادم أو العامل أو يدخله النزيل أو في المحلات المصروح لهم بدخولها لأن الإذن للعامل والخادم والنزيل بدخول المحل يبطل الحرز فيكون الأخذ أخذاً من غير حرز ومن ثم لا تتم شروط الأخذ خفية وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ولا قطع في سرقة المال غير المحرز وإنما فيها التمييز وسنعود للكلام على هذه النقطة بتوسع بمناسبة الكلام عن الحرز .

وإذا أخذ المكلف بنقل الأشياء بعض ما كلف بنقله فمعه لا يعتبر سرقة في الشريعة الإسلامية وإنما يعتبر تبديداً لأنه تسلم الشيء بمقتضى عقد من عقود الأمانة ، وإذا فرض أنه تسلمه بغير عقد فإن التسليم في ذاته يمنع من تكون ركن الأخذ خفية لأن التسليم يقتضي العلم بالأخذ وشرط الأخذ خفية أن يتم دون علم ورضا المجنى عليه فالعقوبة إذن على أى فرض هي عقوبة التمييز وكل جريمة عقوبتها التمييز 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 المصري في هذه النقطة لأن القواعد القانونية العامة ذاتها تجعل الجريمة تبديداً ولكن المشرع أعطاهم 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 يابأ كله 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 يحد ما يشتريه أو لا يحد

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 للمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن فى حاجة إليه وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه فإن قتل المضطر فقاتله مسئول جنائياً عن قتله ولا يعتبر فى حالة دفاع وإن قتله للمضطر فهو هدر لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبه القاتل . ولكن ليس للمضطر أن يسرق شيئاً أو أن يقتل 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 المدل فلا قطع عنده على من سرق فى دار الحرب أو دار البنى ولو كان الجنى عليه والجانى من أهل دار المدل لأن السرقة تقع فى مكان لا ولاية للإمام عليه والقضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على مكان الجريمة ومن ثم لا تمتد السرقة فى دار الحرب أو دار البنى 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 البنى^(٦) ويرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع المستأمن

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٩٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٣ - المحلى ج ١٠ ص ٢٨٨ المحلى 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 الأزهار ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٥٥٢ .

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٦) مواهب ج ٣ ص ٣٥٥ ، ٣٦٥ - الدونة ج ١٦ ص ٩١ - مذهب ج ٢ ص ٢٨٩ - المغنى ج ١٠ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ - تراجع القشيري الجنائى ج ١ ص ٢٨٠ ، ٢٨٩ .

في سرقة مال المسلم أو الذي 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 وأحد 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 مسلمون 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
 اللال 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 متقوماً . (٣) أن يكون مالا محرزاً (٤) أن يبلغ المال نصاباً .

٦٠٦ - أورد : أنه يكون ماله منقولاً : يجب أن تقع السرقة على مال منقول لأن السرقة تقتضي نقل الشيء وإخراجه من حرزه ونقله من حيازة الجاني 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 للمنقول 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 لحماً أو معادن أو ما أشبه يعتبر سارقاً للمنقول (٢) .

ويشترط أن يكون المنقول مادياً 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 الازهار ج ٤ ص ٣٦٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ - أسنى المطالب - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ - المغنى 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 يحملها 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 بكونه مالا منقوما : - بصفة مطلقة فإن كانت قيمته نسبية فلا قطع في سرقة والمعقوبة عليه التعزير فالحزب ولحم الخنزير مثلا لقيمة لها عند المسلم ولكن لها قيمتها عند غير المسلم ومن ثم كانت قيمتهما نسبية لا مطلقة وهذا النقص في القيمة هو الذى منع من القطع لأنه شبهة ووجه الشبهة عدم المالية أو عدم التقوم ، والحدود تدرأ بالشبهات ويستوى أن يكون صاحب المال مسلما أو غير مسلم وأن يكون السارق مسلما 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 بمبارة للمال المحترم ، ويشترط الزيدية أن يكون المال مما يجوز تملكه والظاهر يعبرون بمثل هذا التعبير فيقولون مال له قيمة ومال لقيمة 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 - المفتي 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 الثبن والحشيش والقصب والخطب وأشباهها ، لأن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ولا يضمنون بهالعدم عزتها وقلة خطرها ويعدون الضن بها من باب الخساسة فهذا مصدر تفاهتها ، كذلك لا قطع عند أبي حنيفة في سرقة التراب والطين والحصى واللبن 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 أولاً جواز بيع المال وشرائه وهو ثانياً وجوب ضمان القيمة على غاصب المال ، فكل ما جاز بيعه وشرائه ووجب على غاصبه ضمانه فهو مال متقوم يقطع فيه إذا سرق من حرزه (٤) .

(١) بدائع الصنائع ج ٢ 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 ومباحا فلا قطع فيه ، لأن كل ما كان كذلك فلا عزله ولا خطر ولا يتموله الناس . ولكن غيرها 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 جلدها 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 وحشا 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 فضلا عن أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم «الصيد لمن أخذه» يورث شبهة والقطع يندرى 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 والراحين وما أشبهه ، 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 تافها 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 تدحر للقراءة لا للتمول ويقصد منها الوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به ولكن أبا يوسف يرى القطع في هذه جميعاً كلما بلغت نصاباً لأن الناس يدخرونها ويعدونها من نفائس الأموال ، أما دفاتر الحساب والدفاتر البيضاء فلا خلاف في اللذهب 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 يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد لأن السرقة وقعت على مال متقوم فيه عجز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم هو جواز البيع والشراء في المال ووجوب ضمان القيمة على غاصبه ومثله ^(٣) .

ويطبق أبو حنيفة المبدأ السابق تطبيقاً واسعاً فيرى أن سرقة الثمار المعلقة في أشجارها أو نخيلها لا قطع فيها ولو كانت محروزة بحائط أو بحائط لأن الثمر ما دام في شجره يتسارع إليه الفساد . فإذا قطع الثمر ووضع في جرن ثم سرق بعد ذلك فإن كان قد استحكم جفافه ففيه القطع لأنه صار قابلاً للادخار ولا يتسارع إليه الفساد بالجفاف ، وإن لم يكن استحكم 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 قبله 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 .

والمحصولات 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 بنية من ذى حاجة غير متخذ خفية فلا شيء عليه ومن أخرج بشيء منه فعليه غرامه مثله ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن 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 الطري 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 واللائيء 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 المالية ، ويعتبر الشيء تافهاً عند أبي حنيفة إذا كان مما لا يتموله الناس كالميتة أو كان مما لا يرضى 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 فكلما كان المال متقوماً بصفة مطلقة وغير تافه فيه القطع فإذا لم يكن متقوماً فلا قطع فيه كالخمر والخنزير فلا قطع فيهما لعدم التقوم (٢) .

ويلاحظ أن إباحة الجنس في ذاتها لا تمنع من القطع إذا لم يكن المال تافهاً كالذهب والفضة فكلأهما 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 لثفاهته فالمبرة في القطع وعدمه بالثفاهة وليست بإباحة الجنس ، وهذا هو الرأى الراجح في مذهب أبى حنيفة ^(١) . .

ولا يرى فقهاء المذاهب الأخرى رأى أبى حنيفة في أن الثفاهة تمنع من القطع والقاعدة العامة عندهم أن كل ما يمكن تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه يجب القطع في سرقة ^(٢) . ولكنهم اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة وسنين 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 بجرمته 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 الدباغ في قيمة الجلد نصاباً وإلا فلا قطع ^(٥) .

ولا يرى مالك القطع في الطيور المحببة كالبلبل والبيضاء 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 ذى
مهما بلغت قيمتها ، وكأدوات الملاحى فلا قطع فيها إلا إذا بلغت قيمتها نصابا
بعد كسرها^(١).

ولا قطع في سرقة الكلب معلماً أو غير معلم مهما بلغت قيمته لحرمة ثمنه .
ولا قطع في الثمر المعلق عند مالك ولا في الزرع قبل حصده فإذا جذا الثمر
وحصد الزرع فلا قطع في السرقة إلا إذا وضع في الجرين على رأى أو كدس أو كواماً
بعد حصده حتى يصير كالشئ الواحد .

وإذا كانت الثمار في بستان عليه حائط وله غلق فسرقت منها وهى لا تزال
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 مالىس 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
محقرأ كالخبط والحشيش والتراب ومباح الأصل كالصيد والطيور 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 دبنه ^(١) . ولا يقطع الشافعى فى الثمر المعلق حتى يؤويه الجرين فإذا آواه الجرين ففيه القطع ، ويقطع الشافعى فى آلات اللهو وفى آنية الذهب والفضة إذا بلغت قيمة المسروق نصابا بعد كسره أو إفساده ^(٢) . وإذا سرق السارق ما لا يقطع فيه متصلا بما فيه قطع اعتبرت قيمة ما فيه القطع دون ما لا يقطع فيه ^(٣) .

والقاعدة فى مذهب أحمد أن القطع واجب فى كل مال بغض النظر عما إذا كان تافهاً أو مباح الأصل أو معرضاً للتلف ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة :
١ - الماء : فسرقة الماء لا قطع عليها لأنه مما لا يتمول عادة أى أنه لا يباع ولا يشتري فى 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 - التلح : 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 الأرضى الذى يعد للدواء أو الغسل أو الصبغ احتمال وجهين : أحدهما : لا قطع فيه لأنه من جنس ما لا يتمول أشبه بالماء والثانى فيه القطع لأنه يتمول عادة ويحمل إلى البلدان للتجارة فأشبهه العود الهندى ، 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 سرقة منفرداً ولا خلاف في مذهب أحمد على القطع في سرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية^(٢) .

٧ - الثمر والسكر : فلا يقطع في الثمار المعلقة ولا في سرقة السكر وهو جار النخل بقول 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 محروزة فسرق من ثمارها نصاباً ففيه القطع لأنها سرقة من حرز^(٣) .

٨ - سرقة المحرم وأدوات اللهو : لا يقطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً ، وأما آلات اللهو 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) المفنى ج ١٠ ص ٢٤٧ (٢) المفنى ج ١٠ ص ٢٤٩ .

(٣) المفنى 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 ما لا 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 زرعاً ^(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 مجزوزاً 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 ٣٢٢ (٥) المحلى ج ١١ ص ٣٢٣ ، 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) .
ولسكن 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 يكون المال محرراً : يشترط جميع فقهاء الأمصار
الذين تدور عليهم الفتوى أن يكون المال محرراً لوجوب القطع في سرقته
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 المعاق فقال « من أصاب منه بغية من ذى 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 فالثمار 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 المجمد 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 بأوحريسة الجبل حتى إذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجبن وأنه عليه السلام علق القطع بآبواء المراح والجرين والمراح حرز الإبل والبقر وللغنم 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 لاخطر له في القلوب عادة فلا تميل الأطاع إليه فلا حاجة إلى صيانتها بالقطع^(٢) .

٦٠٩ - ومن المتفق عليه أن الحرز نوعان :

١ - مرز بالمطهر ومرز بنفسه : وهو عند مالك أما عند أبي حنيفة

فحرز المسكان هو كل بقعة معدة للأحراز ممنوعة الدخول فيها إلا بإذن كاللور والحوانيت 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 المراتب والزرائب والجرون والمراح مبنية أو مسورة بل تعتبر حرزاً بمجرد إعداد المسكان لحفظ المال أو الاعتقاد على حفظ

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ - المفتي ج ١٠ ص

٢٤٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ - شرح فتح البدير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٦ .

المال فيه دون حاجة لإحاطة المكان فيه ببناء أو سور أو ما أشبه^(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 بيستان فهو ليس حرزاً بالمكان. الثاني أن يكون مغلقاً فإذا
كان بابه مفتوحاً أو ليس له باب أو كان بمخاضة تقب 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 تبنى من
الحجارة أو الطين أو الخشب والحظيرة قد تبنى من الطين أو الخشب أو القصب أو الخطب^(٣)
والحرز بالمكان عند الشيعة الزيدية هو كل مكان محصن كالبيت والمرمى
والمرح 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
ويمحوز 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 مرز 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
ولهذا 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 ٩٠ ص ٢٥٠ وما بعدها - كشف القناع ج ٤ ص ٨١
أسنى الطالب ج ٤ ص ١٤١ .

(٣) أسنى الطالب 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) بساتين 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 كالخصر 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 كالساجد 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 الطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٣ - شرح الزرقاني

ص ١٠١ ، ١٠٣ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤ .

الحرز في وقت واحد حرزاً بالمسكان وفيه حافظ فإذا اختل الحرز بالمسكان كان حرزاً بالحافظ ومثل ذلك أن يؤذن لشخص بدخول بيت فيسرق أمتعته 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 المسكان فمالك يرى أن حرز المسكان لا يحتل 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 المسكان ويجعله غير حرز ما لم يكن حافظ فإنه يكون حرزاً بالحافظ^(٤). ويرى مالك وأبو حنيفة أن المسكان يعتبر محرزاً بالحافظ كلما كان الشيء المسروق واقفاً 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 الأزهري 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 الخنفية^(١).

ومذهب الشيعة قريب من مذهب الخنفية 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 الحافظ 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 العارضة أثناء الملاحظة لا تقدح فى الأحراز على المشهور للعرف فإذا تغفل فسرق قطع فى الأصح والمقصود من القرب أن يقع المسروق تحت بصر الملاحظ وأن يكون الشيء 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 الشيء محرزاً وإذا نام الحارس فلا يعتبر الشيء محرزاً إلا إذا كان يلبس الشيء المسروق كحذاء مثلاً أو عمامة أو يتوسده كجلباب أو فراش أو يتكئ عليه أو يلتف فيه.

وإذا كان هناك زحام يمنع من وقوع بصر الحارس على الشيء باستمرار وفى أى وقت شاء اعتبر الشيء غير محرز^(٣).

ويعتبر أحد المكان محرزاً بالحفاظ كلما وجد فيه حافظ أيا كان صغيراً أو كبيراً ضعيفاً أو قوياً ولا يشترط فى الحافظ إلا عدم التفريط كأن ينام أو يشتغل عن الملاحظة ويجب أن يكون بحيث يقع بصره على الشيء 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 ٣٧٠

(٣) أسنى الطالب وحاشية شهاب الرملى ص ١٤٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩

وما بعدها - الهذب ج ٢ ص ٢٩٦

للملاحظة فلا حرز وكذلك إذا نام ما لم يكن متوسداً الشيء أو متكنناً 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 بالسكان وإنما تعتبر حرزاً بالحفاظ^(٣).

ولقد قلنا من قبل إن الشافعي وأحمد يشترطان في الحرز بنفسه أن يكون معداً 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 - الاقناع 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 سجاف لها ولا تحجب ما بداخلها فلا تكون حرزاً إلا بالحافظ^(١).

وما يراه الفقهاء فى اعتبار المكان 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 الأماكن سواء كان فيها حافظ أم لا ، كذلك يتفق القانون المصرى مع ما يراه مالك وأبو حنيفة من أن الحرز لا يختل بفتح الباب أو النقب وإنما يختل 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 والحلات العامة فإنها لا تعتبر من المساكن إلا إذا كان يبيت بها أحد .

ويختلف الفقهاء القائلون بالحرز فى حكم سرقة نفس الحرز فى أبو حنيفة فى حالة سرقة الحرز بالسكان 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 فيرون قطع من سرق كل الحرز أو بعضه لأن نفس الحرز يعتبر محرزاً بإقامته فالخائط محرز ببثائه والباب محرز بتثبته والفسطاط وهو

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٣٦ - التفرع الجنائى الإسلامى ٢)

حرز بنفسه عند مالك يحرز بإقامته فمن سرق حجارة من الحائط أو سرق باب منزل أو سرق الفسطاط المنسوب 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 ، ويعلل أبو حنيفة المسألة بتعليل آخر وهو أن الجمل محرز بالحافظ فإذا أخذها 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 فن 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 ضمنياً إلا أنهم اختلفوا فيما يعتبر إذناً ومالا يعتبر إذناً وفيما يبطل من الحرز ومالا يبطل . هذه هي آراء الفقهاء في الحرز واختلافاتهم ويمكننا أن نستظهر آراء الفقهاء ومدى اختلاف آرائهم في التطبيقات الآتية :

إذا كان لإنسان منزل في وسط العمران فأذن لآخر بدخول هذا المنزل فسرقت 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 - المغني ج ١٠ ص ٢٠٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٣ شرح الزرقاني وحاشية

الشياني ص ١٠١

(٣) كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣

(٤) شرح الأزهار 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 واقفاً تحت بصره^(٢) .

ويرى الشافعي وأحمد ما يراه مالك من أن الدار تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ للشيء المسروق بشرط دوام للملاحظة على ما بينا فيما سبق فإن نام الحافظ فلا يعتبر حافظاً للشيء إلا إذا توسد الشيء أو التف به أو لبسه^(٣) ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع رأي مالك وإن كان بعضهم يرى رأي 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 ٢ ص ٧٣ ، ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٤١

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ ، ١٠٤

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٧ - المغني ج ١٠ ص ٢٥٠ ، ٢٥١

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠

له ، والحكم عند مالك لا يختلف عن الحالة السابقة لأنه لا يفرق بين المنازل الداخلة في العمران والخارجة عنه فالبيت حرز بنفسه في كل حال وإذا بطل الحرز بالإذن فهو حرز بالحفاظ 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 الخارجة عن العمران ، والخلاصة أن البيت البعيد عن العمران لا يعتبر عند الشافعي وأحمد حرزاً بنفسه بأي حال وإنما يعتبر حرزاً بالحفاظ إذا وجد الحافظ^(١) .

ورأى الشيعة الزيدية في هذه المسألة يتفق مع رأيهم في المسألة السابقة لأنهم لا يفرقون بين مادخل في العمران وما خرج عنه وإذا أذن للسارق إذناً خاصاً في دخول الدار الكائنة في العمران وكان فيها غرف مقفلة أو خزائن مغلقة فسرق من هذه الغرف المقفلة أو من الخزائن فيرى أبو حنيفة أن لا قطع على 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 القطع .

وفي مذهب مالك رأيان أحدهما يرى عدم القطع لأن الإذن يبطل الحرز والثاني يرى القطع على أن أصحاب الرأي الأول يرون القطع إذا كان ثمة حافظ^(٤)

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ - كشف القناع ج ٤ ص ٨١ - نهاية المحتاج

ص ٤٢٩ - المفتي 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 أحد في حالة حصول السرقة من ضيف بين ما إذا كان المضيف قد منع قراه أم لا فإن كان منعه قراه فسرقه 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 فسرق 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 فمقوبتها القطع حتى عند أبي حنيفة^(٣).

والحالات العامة التجارية والحالات المعدة لحفظ المال كالحلات التجارية والفنادق والمطاعم وما أشبهه، 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 المحل أو في الليل ففيها القطع^(٤).. ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع إذا كانت السرقة في وقت

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ - المغنى 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 المدة 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 كالمسجد فيرى أبو حنيفة أنه حرز بالحافظ ولا يكون حرزاً بنفسه حتى فيما يلزم بالضرورة لأداء الغرض الذي أنشئ من أجله الحل ، فحصر 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 أجد المصلين المسجد وترك أمتعته دون ملاحظة فلا قطع في سرقتها لأنها سرقت من غير حرز أما إذا كان يلاحظها فسرت منه ففي السرقة القطع لأن السرقة من حرز بالحارس ولقد حاول بعض الحنفيين أن يعمل عدم للقطع في سرقة أدوات المسجد بأنها مال موقوف لا مالك له ولكن رأى 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 كالحصر والبسط والقناديل كل ذلك يعتبر حرزاً بنفسه فالخائط 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 كلباس 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 والحصر المسمرة أو الخيط بعضها 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 لمارته كالبناء والسقف ولتحصينه كالأبواب والشبابيك ولزينة كاستائر والقناديل المعدة للزينة ، فمن سرق شيئاً مجمولاً للعمارة أو التحصين أو الزينة فقد سرقه من حرز بالمكان . أما ما أعد لا انتفاع الناس به كالحصر والأبسط والمصاحف والقناديل المعدة للاضاءة فلا قطع فيها ولو كان هناك حافظ ولو أن السرقة من حرز بالحفاظ لأن هذه المسروقات جمعت 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 والاكمل

(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 بالحافظ^(١). وفي مذهب أحد 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 بالحافظ.

وعند الشيعة الزيدية أن المسجد يعتبر حرزاً بنفسه لكل أدواته سواء كانت لممارسته أو تحصينه أو تزيينه أو منفعة وليس حرزاً فيما عدا ذلك إلا بالحافظ تخادم 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 مغلقة أو غير مغلقة أو حصيراً أو قفديلاً 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 كالسكتاتيب والمدارس فيما عدا الأقسام الداخلية لأنها تعد لحفظ المال وكذلك المقامى وما أشبهه.

وينبغي أن نلاحظ أن الشافعي وأحمد يفرقان بين المحلات السكّانة في العمران وما هو كائن خارج العمران وتطبيق هذه القاعدة على المساجد يقتضى 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 فسرقته 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 قطع 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 ولكهما 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 - كشف 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 فسكانه 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 بتربيته وحلقة 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 لكل ما يلبسه أو يحمله من نقود أو غيرها أو تعبئة آخر يعتبر كل ما يلبسه الإنسان أو يحمله من نقود وغيرها محرزاً بحفاظ وهو الإنسان .

فن 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 منتبه له فهو اختلاس ، ويستوى أن يقطع النشال ملابس الجنى عليه أو يدخل يده فيها فيأخذ النقود^(٣) .

(١) المنق 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) الدونة ج ١٦ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ - المنق ج ١٠ ص ٢٦٠

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦

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 لحافظ للجمل الذي بيده فقط عندنا (أى عند أبي حنيفة) وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا الضت إليها حافظ للسكل فالسكل محرزة عندهم بقوده . . وإذا كانت غرارة على ظهر دابة فشقه إنسان وأخرج ما فيها من متاع قطع عند أبي حنيفة لأن الغرارة - زلما فيها وإن أخذها بحالها دون أن يشقه لم يقطع لأنه أخذ نفس الحرز وكذلك إذا كانت الغرارة محملة على جمل فسرق الجمل ومعه الغرارة لأن الجمل 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 شقه فأخذ منها فعليه القلع 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 شقه فأخذ منها قطع بسرقة إذا كان هناك حافظ ، وكذلك إذا سرق الجمل بما عليه إن كان ثمة حارس ، فإن كان

(٢) بدائم الصنائع ص ٧٤

(١) شرح فتح القدير ص ٢٤٦

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩، ١٠٠، ١٠٢

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٧٩ ، ٨٠

الحافظ راكباً الجبل فلا قطع^(١) لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروقات^(٢) .
ومذهب الشيعة في هذه المسألة كذهب أحمد والشافعي لأن يعتبرون
الجوالق حرزاً بالحارس^(٣) .

وإذا سرق الجاني بغيراً 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
الخطيرة 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 الخطيرة 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 الخطيرة مسورة أو لها باب بل
يكفى أن يمد المسكان مراحاً أو موقفاً للدواب^(٦) .

ويرى الشافعي أن السائمة من إبل وخیل وبنال وحمير وغيرها تحرز في
المرعى بملاحظة الراعي لها بأن يراها ويبلغها صوته فإن نام عنها أو خفل عنها

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٨٢

(٢) المغني ج ١٠ ص ٢٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٤

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١

(٤) بدائع 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 والمعلق 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 سرقتها 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 القمع فيما يسرق قبل النقل للجرن إذا سرق أو كدس أو كداساً بعضها إلى بعض حتى يصير كالشيء الواحد، لأنه يصير في حالة تتفق مع حالته في الجرن. كما يرون القمع في السرقة أثناء النقل إلى الجرن إذا كان ثمة حافظ. وإذا وضعت الثمار والزروع في الجرن في سرقتهما القمع عند مالك والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية سواء كان هناك حافظ أم لا ، ما دام الجرن داخل العمران فإن كان الجرن خارج العمران فلا يجب القمع عند الشافعي وأحمد إلا إذا كان حارساً ، ويستوى أن يكون الثمر أو الزرع قد استحکم جفافه أم لا . ولكن أبا حنيفة لا يقطع فيما سرق من الجرن إلا إذا كان الثمر أو المحصول المسروق منه قد استحکم جفافه لأنه يلحق ما لم يستحکم جفافه بالتافه ولا قطع صنده 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 أضافهم ، 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 ضمناً 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 - المتن ج ١٠ ص ٢٥٣ ، ٢٥٧ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٤ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢ - المدونة ج ١٦ ص ٧٢ ، ٧٥ .

والمرتتهن والمستعير فإذا سرق المستأجر مالا لمؤجر من الدار المؤجرة ، أو سرق الدائن المرتتهن مالا لمدين من العين المرهونة أو سرق المستعير شيئاً للمعير من الدار المارة 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 للمرتتهن من الدار المرهونة يقطع كل منهما بسرقة وهذا ما يراه أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد والشيعة ولكن أبا يوسف ومحمد يريان عدم القطع لأن الحرز ملك السارق فهناك شبهة في إباحة الدخول والشبهة تدرأ الحد^(١) . ويقطع المعير إذا سرق مالا للمستعير من الحرز المعار وبهذا قال الشافعي وأحمد ، ولكن أبا حنيفة والشيعة الزيدية ، يرون أن لا قطع على المعير لأن المنفعة ملك له وله الرجوع في العارية متى شاء فيعتبر دخوله في الحرز رجوعاً وتكون السرقة من غير حرز^(٢) .

ويعتبر المالك للحرز مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان مفصوباً منه ، فمن غصب شخصاً داره ثم أحرز فيها مالا فجاء صاحب الدار وسرق ما فيها من مال فلا تعتبر السرقة من حرز لأن الغصب لم يسلب المالك حقه في ملكية الحرز^(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 ففي هذه الحالة يكون المنتفع في حكم الغاصب^(٥) .

(١) بدائع الصنائع ص ٧٥ (٢) الفقى ج ١٠ ص ٢٥٦ - أسنى المطالب ص ١٣٨

شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٤

(٣) الفقى ج ١٠ ص ٢٥٧ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٥ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢ .

(٥) أسنى المطالب وحاشية الرمل 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 حرزاً 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 إباحة الدخول فيختل الحرز ^(٣) .

هذا هو حكم السرقة من الأقارب في مذهب أبي حنيفة . أما الشافعي وأحمد فعندما 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 » وقلوه « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » وفي لفظ فكلوا 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 ما لهم 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 يمضي 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 الظاهر فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا يسقطون 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 الذي يقيان فيه أو في غيره ^(٥) . ويرى أبو حنيفة أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر سواء سرق من البيت الذي يقيان فيه أم من بيت

(١) أثنى المطاب ج ٤ ص ١٤٠ المغني ج ١٠ ص ٢٨٤ ، ٢٨٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ (٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٧ (٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠

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 أحدهما كراى مالك والثانى كراى أبى حنيفة والثالث يرى أصحابه قطع الزوج إذا سرق مالا محجوراً عنه من مال الزوجة ولا يرون قطع الزوجة إذا سرق ما حجب عنها من مال الزوج وحجتهم أن الزوجة حقاً في مال الزوج لأنه ملزم بالانفاق 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 مالم 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 والزوجية 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 الرجعي فلا قطع أيضاً لأن الزوجية تظل قائمة حتى تنتهى العدة أما السرقة في عدة الطلاق البائن ففيها القطع. ولكن أبا حنيفة لا يرى القطع إذا وقعت السرقة في عدة الطلاق البائن لأن النكاح في حال العدة قائم من وجه كما أن أثره قائم وهو العدة، وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ (٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ .

(٣) 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 المدة ففيها القطع بلا خلاف ، وقيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له على السرقة التي وقعت قبلها فيقطع السارق فيها . ولا يخالف في هذا إلا الحنفية فإنهم يرون أن الزواج إذا حصل قبل الحكم في الجريمة لم يحكم فيها بالقطع لأن الزواج مانع طراً على الحد والمانع الطارئ عند الحنفية له حكم المانع المقارن إذا أدى لإسقاط الحد . ويرى أبو حنيفة أن الزواج إذا حصل بعد الحكم وقبل تنفيذ العقوبة لم يقطع وحجته أن الإمضاء في باب الحدود من تمام القضاء فكانت الشبهة المعارضة على الإمضاء كالمعارضة 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 للأصناف كلها فالاصطبل مثلاً حرز الدابة فيجوز أن يكون حرزاً للنقود أو الجواهر^(٣).

ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية يرون هذه المسألة لا عرف ويرون أن حرز الشيء هو ما جرت العادة بحفظه فيه وما لا 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 الأقشة 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 بجن 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 وأحمد وفي رواية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن الجن ، قيل لعائشة ما ثمن الجن قالت ربع دينار رواه النسائي وعن أبي هريرة أن رسولنا صلى الله عليه وسلم قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده^(١)

وجهور 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 استدلوا 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 تحقيق 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 البلاد فإن كان الغالب دراهم قومت بالدراهم وإن كان الغالب الدنانير قومت بالدنانير 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 للدرهم 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) المذهب 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 النبي 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 احتمال 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) المنى ج ١٠ ص ٢٤٢ - كشف القناع ج ٤ ص ٧٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ (٣) شرح الأزهار 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 توجب القطع إلا في أربعة دنانير أو أربعين درهما ، 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 درهما 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 وما دام المسروق في صحن الدار فهو لم يخرج من الحرز فإذا أخرجه من الصحن إلى الخارج فقد أخرجه من الحرز وتمت السرقة ما لم تكن 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 نصيباً 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 ٣٧٣ ، ٣٧٤ .

(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 مختلف 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 تكلمنا عن ذلك مفصلاً ، أما إذا أخرجوا المتاع مجزئاً على دفعات فتطبق عليهم قواعد الإخراج على دفعات مع قاعده التعاون والاشتراك ، وإذا سرق شخص واحد نصاباً واحداً من حرزين مختلفين فلا قطع عليه لأنهما سرقتان مختلفتان وكل واحد من المنزلية 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 المجنى عليهم وكذلك الحكم لو كان المجنى عليهم في دار واحدة كل منهم في بيت من بيوتها لأن الدار حرز واحد أما إذا كانت البيوت مستقلة اعتبر كل بيت حرراً مستقلاً ولم يقطع الجاني^(٣).

ولكن بعض الشيعة للزيدية 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 - المفاتيح 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 - المفاتيح 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 أى وقت إخراجه من الحرز لا قبل ذلك ولا بعده فإذا كان لا يساوى 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) المغنى 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 - المغنى ج ١٠ ص ٢٧٨ أسنى المطالب

وحاشية الرملی ص ١٣٧ .

وعند الشيعة الزيدية بأن العبرة بقيمة المسروق وقت المرافقة لا وقت السرقة فإذا سرق شيئاً وقيمته وقت السرقة عشرة دراهم ثم كانت قيمته وقت المرافقة أقل من ذلك سقط القطع أما إذا زادت القيمة فحلا عبرة بالزيادة^(١) وإذا حكم بالقطع فنزلت القيمة قبل التنفيذ فعلى رأى أبى حنيفة والشيعة يسقط القطع لأنهم يجعلون المانع الطارئ بعد الفعل فى حكم المانع المقارن ويجعلون الإمضاء من تمام القضاء .

ويرى أبو حنيفة أنه إذا اختلف المختصون فى تقويم المسروق فقدره بعضهم بأقل من نصاب وقدره بعضهم بنصاب درىء القطع وحجته فى ذلك فعل عمر حين رأى قطع سارق فقال له عثمان إنما سرقه لا يساوى نصاباً فدرأ عنه القطع^(٢) ويتفق مذهب أحمد فى هذا لأنه يرى فى حالة تعارض البيئات فى القيمة أن يؤخذ بالقيمة الأقل^(٣) . ويرى الشافعى أن المسألة تختلف باختلاف الأساس الذى تقوم عليه شهادة القومين الذين يقومون العين بالأكثر فإن قامت على أساس القطع أخذ بهذه الشهادة وإن قامت على أساس الظن أخذ بالتقويم الأقل لتعارض البيئات^(٤) . أما مالك فيرى أنه إذا شهد عدلان بأن قيمة المسروق نصاباً أخذ بشهادتهما ولو عارضتها شهادات أخرى وعلة ذلك أن المبدأ عند مالك هو تقديم المثبت على القاضى^(٥) .

ولا يشترط الشافعى أن يعلم السارق بقيمة المسروق بل يكفى أن يقصد السرقة ثم يسرق نصاباً فإذا قصد سرقة شيء تافه فى اعتقاده فتبين أنه يزيد على نصاب قطع فيه وإذا سرق ثوباً لا يساوى نصاباً فوجد فى 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 ٢٠ - 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 ٢٠ .

وعلى هذا أحد الرايين في مذهب أبى حنيفة أما الراى 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 يساوى نصاباً فارغاً ولسكن 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 فوجدها مخوفة وفي داخلها نقوداً تبلغ نصاباً فلا قطع إذا لم تبلغ قيمة الخشبة وحدها نصاباً إذ أنه كان يعتقد وقت السرقة أنه يسرق خشبة غير مخوفة 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 كحمار 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) المفتى 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 سرقته وكذلك الحكم لو كان كل منهما لا يبلغ نصاباً أو مقصوداً لذاته يكمل أحدهما بالآخر ويقطع السارق .

أما إذا كان المقصود بالسرقة 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 بالسرقة مما لا يقطع فيه إذا انفرد لا يقطع السارق وإن كان مع المسروق المقصود غيره مما يبلغ نصاباً ما دام الغير لم يقصد بالسرقة ويؤيد هذا الرأي محمد وإسكن 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 للغير 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 وإسكن 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 ٧٩١ (٤) كشاف القناع ج ٤ ص ٧٨ .

فإن ماله بعد إخراجه من الخرز فلا يعفيه ذلك من المسؤولية الجنائية^(١) لأن الشيء وقت إخراجه من الخرز 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 ويعزز الجاني لأن مطالبة الجاني 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 مالك لا يشترط للقطع تخصم الجاني عليه أو مطالبته بالمسروق فيكفي أن يبلغ بالسرقة أى شخص الجاني عليه أو غيره وليس من الضروري أن يطالب الجاني عليه برد المسروق فالقطع واجب على السارق سواء بلغ الجاني عليه أو لم يبلغ طالب المسروق أو لم يطالب^(٣) أما هؤلاء الفقهاء فيشترطون للقطع أن يطالب الجاني 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 يصاح 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 تأتيني 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 لتكوين جريمة السرقة أن يكون الشيء المأخوذ غير مملوك لآخذه 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 لزيدية أما مالك فيخالف في هذا الاتجاه ويعتبر سرقة يقطع فيها أخذ طفل خفية ذكرًا كان أو أنثى يمكن خداعه أو أخذ مجنونًا صغيرًا كان أو كبيرًا 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) بدائع 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 ٣٣٧ شرح الازهار 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) .

والراجع فى مذهب الشيعة الزيدية فى هذه المسألة كذهب الشافعى والرأى الراجع 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 ، الدونة 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 للحفظ 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 للجني عليه حق الانتفاع به فاللؤجر 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 المنصوب 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 الجني عليه لأن السارق يملك المسروق على الشيوع مع الجني 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 ج ٤٩٣ (٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - المنى 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 - المنى 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 يباع 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 تخلص 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 ولكن العقوبة على الفعل التعزير لا القطع لأنهم يعتبرون الشركة شبهة تدرك 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 تدرك 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) المجلد ١١ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ ، ٩٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٥ - كشف الغطاء ج ٤ ص ٩٤ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٣ (٣٨ - التفسير الجنائي الإسلامي ٢)

كلّ من خصص للفقراء وليس منهم ، فالقطع واجب إذا لم يكن له حق في المال^(١) ، ويرى الحنابلة القطع في مال المغنم بعد إخراج الخمس ، فإذا سرق قبل إخراج الخمس فلا قطع ، وإذا قسم الخمس ، فإذا سرق من خمس الله تعالى لم يقطع ، وإن سرق من غيره قطع^(٢) .

سرق مال المبرين : 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 نصابا قطع به ، كذلك يقطع إذا لم يكن الدين حالا أو لم يكن المدين ماطلا أو جاحدا^(٣) .

ولا يرى الشافعي قطع الدائن إذا أخذ أكثر من حقه نصابا ، 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 نصابا وهو رأى مالك وبعضهم لا يرى قطعه وهو رأى الشافعي ؛ لأن له شبهة في هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز^(٤) .

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 مساويا للدين في العدد والجنس . كلّ من سرق عشرة دراهم والمسروق منه مدين بعشرة دراهم ، فإن كان الدين حالا فلا قطع ، لأن الأخذ مباح له ، لأنه ظفر بجنس حقه ، ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه ، فإذا أخذه صار مستوفيا لحقه . وكذلك الحكم لو أخذ أكثر من حقه ، لأن بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فلا

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤

(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 دنائير 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 يحيزون أن ظهر بغير جنس حقه أن يأخذه استيفاء لحقه . 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 والقابض على سوم الشراء ، لأن منفعة يد الغاصب عائدة للمالك ، ولغصوب 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 عقده 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 يذ 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 كاللودع 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 غيرهما 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 ، ويعطون الرأي الأول ، بأن السارق يقطع ، لأنه سرق مالا لاشبهة فيه من حرز مثله ، ويعطون الرأي الثاني ، بأن السرقة من حرز لم يرضه المالك ، وأن المحرز 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) المنى ج ١٠ ص ٢٥٧

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨

(٥) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٦٩

هو المختفى 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 أحد لا قطع على للمسارق 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 أحد 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 بالمعين التى يقع عليها الفعل ، ويستوى عديم أن تكون المعين 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) المحلى 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 بالسرقة 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 . فالقاعدة في المذهب الحنفي أنه إذا كان المال قد تغير وأصبح في حكم عين أخرى ففيها القطع ، فإذا سرق غزلاً فرده للمالك ففسخه ثوباً فعاد وسرق الثوب قطع به ، ولو سرق بقرة فقطع فيها ثم ردت للمالك فولدت مجلاً 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 الجاني عليه إذ الملك لا يزول عنه إلا باختيار الضمان ، فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه وعلى هذا فيقطع ، وكذا الأمر في الشاة ، إلا أنه لما أخرج الشاة من الحرز كانت للحا ولا قطع في اللحم ، أما لو أتلف الثوب إتلافاً يستهلكه فلا قطع عليه وإن كانت قيمة الثوب بعد إخراجه نصاباً ، لأن التخريق أو الشق المستهلك يوجب استقرار الضمان من وقت الفعل ، وهذا

(١) بدائع الصنائع ص ٧٢ ، ٧٣

(٢) شرح الأزهار 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 كذهب الحنفية^(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 يقتضى 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 يساوى 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 حاف 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 - المغنى ج ١٠ ص ٢٦١

(٣) شرح الأزهاري 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

لجورد الادعاء دون حاجة لأن يقيم دليلا على صحة ادعائه ، وتسكون 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 يستحافه عليه ، وبعد ما آل الأمر إلى الخصومة لا يستوفى الحد ، لأن المسروق منه إذا وجه اليمين للتمهم على ملكية الشيء فامتنع عن حلفها قضى عليه بالنكول ، وإن ردها على المسروق منه لحلفها 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 دائرة 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 للقطع 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 المؤيدة 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 مسئولاً عن جريمته ويماقب عليها بعقوبة التعزير بدلا من عقوبة القطع

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩

(١) بدائع الصنائع

(٤) شرح الافهار ج ٤ ص ٣٧٤

(٣) المفتى 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 قطع في سرقة مالى 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 فى ماله ، لأنه كان فى الأصل مباح للمال وإنما ثبتت العصمة لنفسه وماله بأمان عارض هو على شرف الزوال . فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الأصل للمعهود ، وكل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم كأن لم يكن ، فتصبح العصمة كأن لم تكن 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 قطع على الحربى المستأمن إذا سرق مال المسلم أو الذى ، لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة ، ولأنه لم يلتزم أحكام دار الإسلام ، ولكن أبا يوسف يخالفه فى هذه ويرى قطع الحربى المستأمن إذا سرق مال مسلم أو غير مسلم . وفى مذهب أبى حنيفة لا يقطع العادل فى سرقة مال الباغى ، لأن ماله ليس بمعصوم فى حقه كمنفسه ، ولا الباغى فى سرقة مال العادل ، لأنه أخذه عن تأويل ، وتأويله وإن كان فاسداً لسكن التأويل الفاسد عند انضمام إليه يلحق بالتأويل الصحيح فى 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 الحربي ولا يقطع أيضاً مسلم أو ذمي 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 الأعراس ، فإذا وجب أحدهما في حق المستأمن وجب الآخر ، فأما حد الزنا فلم يجب ، لأنه يجب بالزنا قتله لنقضه العهد ، ولا يجب مع القتل حد سواء ، وهذا رد على أصحاب الرأي الثاني الذين يقولون ، إن المستأمن لا يقطع بالسرقة ، لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه حد كحد الزنا^(٤) .

سرقة الكفن : يرى أبو حنيفة ألا قطع 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 مالية الكفن إذن قصور ، والقصور فوق الشبهة والشبهة تدرأ 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
تسكين 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 يقررون 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
عالم يمكن 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 كالمصوغات وغيرها لأن
الشارع 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
العلم الذي جرت به العادة^(٢) .

ويرى الظاهريون قطع سارق الكفن ، لأن السارق هو الآخذ شيئاً لم
يبح الله تعالى أخذه ، فيأخذه ممتلكاً له مستخفياً به ، وتلك صفة النهب
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 النجاشي ج ٤ ص ٨٢ (٣) المحلى ج ١١ ص ٢٣٠

كذلك فإن الشيعة الزيدية ترى القطع في سرقة الكفن^(١).

والقاتلون من الفقهاء بقطع سارق الكفن يتفق مع رأيهم مأخذت به المحاكم 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 الأكلان من قبيل المتروكات التي لا عقاب 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 تحلى عنها مالسها . 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 - اللفظة: وهي ما يلتقط من مال ضائع ، أو مال متروك على ملك تاركه ، 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 لجريمة 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 للمسروق . والملتقط يعثر على المال وهو غير محرز ، أما السارق فيسرق غالباً من حرز ، والسارق يأخذ المسروق خفية ، أما الملتقط فلا يخفى بأخذ اللقطة وليس ثمة ما يدعوا للخفية ، بل إن بعض الفقهاء يرى الالتقاط واجباً لأنه يؤدي لحفظ المال ، وإن كان بعض الفقهاء يقول بكرهيته ، فأما يقول به لما يخاف من تقصير الملتقط فيما يجب عليه من تعريف اللقطة ، والالتقاط في ذاته لا تحرمه الشريعة وإنما المحرم هو كتمان اللقطة .

واسكن 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 الباجيكي والقانون الإيطالي ، واسكن القانون الفرنسي والقانون المصري يجعلان

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٤٢١ .

(٢) آسنى المطالب ج ٢ ص ٤٨٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٠

الالتقاط في حكم السرقة ويعاقبان عليه بعقوبه السرقة إذا حبس الملتقط الشيء بنية تملكه .

والأصل في اللقطة ماروى 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 وديعة 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 النية أثرها في بعض حالات الضمان وإن لم يكن لها أثر على وجوب العقاب .

وللقطة أحكام خاصة في الشريعة أهمها : أن يعرف الملتقط اللقطة ويعلمن 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 والكسر : الركاز هو المال المدفون في الأرض ويسمى الركاز الكنز أياًضاف اصطلاح بعض الفقهاء وأن البعض يسمى ما وجد عليه سياء الجاهلية ركازاً . وما وجد عليه سياء الإسلام كترتاً .

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
المحلى ج ٨ ص ٢٥٧ وما بعدها - بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٠ وما بعدها - كشف القناع ج ٢ ص ٤٢١ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨

الذى يسمى ركازا هو ما كان من دفن الجاهلية ، 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 ما عداها 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 ماله لا يعرف شيئا عنه فلا يعتبر أنه أحرزه ؛ ولأن المالك
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 ملتقى 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 الجني عليه ودون رضاه . فمن يأخذ شيئاً على اعتقاد أنه مباح أو متروك فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائي ؛ ولأنه أخذ ماظنه مباح الأخذ ، ومن أخذ شيئاً دون أن يقصد تملكه كأن أخذه ليطاع عليه أو ليستعمله ويرده أو أخذه على سبيل الدعاية ، أو أخذ شيئاً وهو يعتقد أن الجني 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 كطعام 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 مملكه ، فلا يعد سارقاً المؤجر الذي يأخذ العين التي

أجرها ، ولا المغير ولا المودع إذا أخذ المين التي أعارها أو أودعها ، ولا بعد 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 يسد له دينه لا يعتبر سارقاً ، لأنه لم يقصد تملك الشيء . أما إذا أخذه وهو يقصد تملكه سداداً لدينه فحكمه ما تقدم عند الكلام عن أخذ مال المدين .

ومن أخذ شيئاً متنازعا على ملكيته لا يعد سارقاً متى ثبت أنه المالك له حقاً ، فإذا لم تثبت له الملكية فالعبرة بجديّة النزاع وبقصد الجاني ، فإني كان النزاع جدياً أو كان قد أخذه وهو يعتقد أنه مالك له . فالقصد الجنائي غير متوفر .

ولا يكفي القصد الجنائي مع الأخذ خفية لمقاب 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 سال 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 عايه .

ولا قطع على غير للسكاف إذا أخذ خفية شيئاً للغير بقصد تملكه ، كالحربى يأخذ مال السلم أو الذمى ، وكالباغى يأخذ مال أحدهما لأنه لاه مسؤولية على أحدهما . ولا بقطع الجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز إذا أخذ خفية مالا لغيره 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 يجمع من عقوبة التعزير كما هو الأمر مع الصبي الذي يزيد سنه على سبع ولم يبلغ خمسة عشر فلا يقطع ، ولكن 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 عقاب 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 عقاب عليه .
ويعاقب السارق غير المضطر في عام الحجاء بعقوبة تعزيرية ، ولكنه لا يقطع بشرط أن لا يجد ما يشتريه أو يشتري به ولو لم يضطره الجوع للسرقة .

٦١٧ - عقوبة الشريك إذا طار الشريك الآخر 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 لشريكه ^(١) ويرى أبو حنيفة وزفر أنه إذا اشترك من لا قطع عليه مع من عليه القطع أدى 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 قطع عليه مثل إخراج من عليه القطع ضرورة الاتحاد ، ومن ثم وجبت المساواة بينهما في العقوبة . ويرى أبو يوسف منع القطع عن يجب عليه القطع إذا كان الذي تولى الإخراج هو الشخص الذي لا يجب عليه القطع ؛ لأن الإخراج من الحرز

هو الأصل ، والإمانة كالتابع ، فإذا ولى 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 كمذهب الشافعى ومالك ^(٣) .

المبحث الثانى

فى أدلة السرقة

تثبت جريمة السرقة بما يأتى :

٦١٨ - أولاً : البينة ، أى شهادتا الشهود : ويشترط فى شهود السرقة ماسبق

بيانه من الشروط التى يجب توفرها فى شهود الزنا على الخلاف والوفاق الذى ذكر بين الفقهاء . وتثبت 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 وشاهدى 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 الشيء 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 الزمهارى ص ٣٦٤ .

(٤) بدائع الصنائع ص ٨١ - الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٩ .

أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠١ .

بالنسبة للحد لا يمنع من ثبوت المال المسروق للجنى عليه بنفس الشهادة ، ولا يمنع من تعزير الجانى بهذه الشهادة وتضمينه قيمة المسروق ، لأن التقادم يمنع من قبول الشهادة على الحدود الخالصة لشبهة الضغينة ، والشبهة تدرأ الحد ، ولكنها لا تمنع وجوب المال .

أما الأئمة الثلاثة فلا يعرفون التقادم . ولا يسلمون به . فتقبل الشهادة عندهم تقادمت أو لم تقادم ما دام القاضى مقتنعا بصحتها .
وهناك رواية عن أحمد بأنه يقبل التقادم فى 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 فى مواجهته ، أو تثبت عليه الجريمة فى مواجهة بيئة أخرى ^(٢) وهو ما يراه الأئمة الثلاثة . وعلى القاضى أن يتحقق من عدالة الشهود فى الحدود ولو لم يطعن المتهم فى شهادتهم ، ولكنه غير ملزم بالتحقق من عدالتهم فى غير الحدود . مالم يطعن فى شهادتهم على رأى الراجح فى 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 الجنى عليه أو ممن له حق الخصومة وشهدوا بالسرقة . لم تقبل شهادتهم مالم يحضر من له حق الخصامة أو الجنى عليه ويخاصم ، لأن من شرط السرقة أن يكون الشيء مملوكا 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 تهايغ الشهود بالسرقة إذ التبليغ اتهام ، والقبض والحبس لا يجوز أن يتوجه

(١) المقى ج ١٠ ص ١٨٧ - راجع الجزء الأول من التفرع الجنائى الإسلامى - بدائع الصنائع ص ٨١ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٨ .

بالإتهام ، 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 كدلائل ، فلا يمنع حضور الشهود قبل الخصومة من سماع أقوالهم وتدوينها كبلاغ وحبس التهم بموجبها ، وإنما الممنوع هو الحكم بها^(٢) .

ولكن المالك لا يرى الخصومة ضرورية لقبول الشهادة والحكم بها ، فإذا حضر الشهود وبلغوا بالسرقة سمعت شهادتهم وأقيمت الدعوى على التهم ولو لم يحضر المجنى عليه ، ولو كان المتاع لعائيب أو مجهول . ويقطع السارق بشهادة الشاهدين ؛ لأن الحد متعلق بحق الله تعالى ، وقد ارتكب التهم 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 يبلغ 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 المالك المسروق له ؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل في المال ، أما وجوب القطع عليه ، فقد ثبت بنبوت السرقة التي ثبتت بشهادة الحسبة وإن كان القطع متوقفاً على الخصومة ؛ لأن عدم الخصومة تفيد وجود مسقط للقطع 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 المرحوم (١) وأصحاب الرأي الأول يحتاطون فيرون حبس السارق وأخذ المال المسروق وحفظه حتى يحضر الغائب أو وكيله . ويلاحظ أن الخاصمة مقيدة بالسرقه الموجبة للقطع ، فإن كانت السرقه مما يعزز فيه فلا تشترط الخصومة لظهور السرقه ، وليس من الضروري سماع أقوال المجنى عليه أو من يمثله إلا فيما يتعلق بتضمين السارق قيمة المسروق ويكفى أن يثبت السرقه بأى طريق آخر غير طريق المجنى عليه . والتشدد فى السرقه الموجبة للقطع راجع إلى الأصل المشهور « ادروا الحدود بالشبهات » فمن اشترط حضور المجنى عليه اتخذ من عدم حضوره شبهة أن يكون المال غير مسروق أو أن للتمهم حقاً فيه ، أو أنه سرق من غير حرز ، أو أن التهمم أذن له فى دخول الحرز وغير ذلك من الشبهات التى تدرأ القطع

من يملك الخصومة : وإذا كان بعض الفقهاء يرى الخصومة شرطاً لظهور السرقه 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 ، وللمودع 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 يجيز مخاصمة واضع اليد كالمترهن والمستأجر أما مالك فلا يشترط الخاصمة والمطالبة للقطع ، وفى مذهب أحمد رأيان : رأى كمذهب مالك ، والثانى كمذهب الشافعى يشترط مخاصمة المالك دون غيره (٢) .

(١) المنفى ج ١٠ ص ٢٩٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ - المنفى 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 حوز لا شبهة له فيه^(٢) ولكنه لا يحمل للسارق الأول حق استرداد المسروق . إنما الاسترداد للمالك .

وأحمد يشترط الخصومة . ولكنه لا يقطع السارق من السارق ، ولا السارق من الغاصب ولا يحمل 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 - ثانياً 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 الأقرار . فاكثف 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 ٢٥٧ ، ٢٧٩

(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 ، ويترب 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 خصمه من يملك الخصومة كما هو الحال في حالة الثبوت بالبيينة 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 يهتم في الإقرار على نفسه ، ويحتج أبو حنيفة ومن على رأيه بأن سمة 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 أنفذه 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 السكا لا يشترط الخصومة للقطع سواء ثبتت السرقة بيينة 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 بضمان المال المسروق وإذا عدل المتهم عن الإقرار ، وكانت الجريمة ثابتة بشهادة

(١) المغني 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) المغني ج ١٠ ص ٣٠٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ - شرح الزرقاني ج ٨

ص ١٠٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٢

الشهود ، قطع الجانى بناء على ثبوت الجريمة بالبيئة . وهذا ما يراه أحمد ومالك والظاهر يرون ^(١) .

وعند الشافعيين يرون أن الأصح سقوط القطع إذا ثبتت الجريمة أولاً بالإقرار ثم ثبتت بالبيئة إذا رجع عن الإقرار ^(٢) .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبى حنيفة يرون أن الإقرار يبطل الشهادة ، وأن العدول عن الإقرار يبطل الحد ^(٣) .

وليس للعدول عن الإقرار أى أثر عند الظاهريين ، بل يؤخذ الجانى 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 الجنى عليه السرقة لمتهم ، فنكل السارق عن اليمين فحلفها المدعى قطع السارق ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار والبيئة وسيلة من وسائل الإثبات ، وكل منهما يقطع به فيقطع باليمين المردودة .

لكن رأى الراجح فى المذهب ، أن القطع لا يكون إلا بالبيئة أو الإقرار ، وأنه لا قطع باليمين المردودة ، وإنما يثبت بها المال المسروق فقط ^(٥) . وهذا رأى يتفق مع مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد فإنهم لا يرون اليمين المردودة دليلاً مثبتاً إلا للمال دون غيره ، وأن السارق لا يقطع بها ^(٦) .

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ - المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ويراجع مذهب أبى 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 ١ ص ١٢٨

المبحث الثالث

فيما يترتب على ثبوت السرقة

يترتب على ثبوت السرقة شيئان : أولهما : ضمان قيمة المال المسروق ،
ثانيهما : قطع السارق .

٦٢١ - أوثر الضمان : 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 للمجنى 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 للمجنى عليه أن يسترد المال من يد الغاصب ، فإذا هلك المال في يد الغاصب ، كان للمجنى 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 وخاصوا . فلا ضمان على السارق ، لأن مخاصمة السارق في المسروق تقوم مقام الإبراء من الضمان ، أما إذا خاصم أحدهم أو بعضهم ولم يخصم الباقون . فالضمان لمن لم يخصم ، 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 أساسه عندهما ، الادعاء بالسرقة . أما رأى المضاد فهو رأى أبى حنيفة ، ويرى أن لا ضمان لأحد من المجنى عليهم ، لأن القطع

وقع للسرقات كلها . فينتفى الضمان لأيهما ^(١) .

ويرى الشافعى وأحمد ، أن القطع والضمان يمتنعان دائماً ؛ لأن السارق يأتي بما يوجب القطع ، ويأتي بما يوجب ضمان قيمة المسروق في كل سرقة ، فـ كان الواجب عليه هو القطع والضمان . ذلك أن كل سرقة إنما هي اعتداء على حقين أولهما : حق الله تعالى الذى حرم السرقة أو حق الجلاءة التى تضر بالسرقة . والثانى : حق العبد الذى أتلف 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 كلها 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 والخنفية 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 مثلها 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 أياً 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 عدداً 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 - المفتى ج ١٠ ص ٢٧٩ .

أما إذا كانت الدين 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 ، واباع ذمته . ولكن ما لا 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 استحصان على غير قياس ^(١) . وتطبق هذه القواعد في حالة تعدد السرقات وتعدد الجني 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 الجني 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 الازهار 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 أثر 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 تمزيرية . وحجة عطاء ، أن الله جل شأنه قال ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ ولو شاء أمر بقطع الرجل ولو لم يكن الله تعالى نسيا ^(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 ضره 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 القناع ج ٤ ص ٨٧ ، ٤٧ ، المذهب ج ٦ ص ٣٠٠ ، ٢٨٧ ، 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 الزاجح 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 نقط بدليل قراءة عبد الله بن مسعود « فاقطعوا أيماهما » 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 وعائلاً 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 قتلتها 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 ذلك ^(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 » والأيدى 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 فاقطعوا رجليه ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجليه « ولأن أبا بكر وعمر قطعوا في خلافتهم اليدين والرجلين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اقتدوا بالذين من بعدي . أبي بكر وعمر » ^(١) .

ويشترط أبو حنيفة لقطع اليد اليمنى أن تكون اليد اليسرى صحيحة . فإن كانت مقطوعة أو شلاء مقطوعة الإبهام أو أصبعين سوى الإبهام فلا تقطع اليمنى لأن القطع للسرقة شرع للزجر لا للإهلاك . فإذا لم تكن اليسرى يمكن الانتفاع بها . فإن قطع اليمنى 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 الكمال . ففيه إهلاك النفس .

ويرى أبو حنيفة أيضاً ، أنه إذا كانت الرجل اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها فلا تقطع اليد اليمنى ؛ لأن في ذلك فوات منفعة الشق وكذلك لا تقطع رجليه اليسرى وإن كانت صحيحة ؛ لأنه يبقى بلا رجلين فتفوت منفعة الجنس - أي منفعة المشي - وإن كانت رجليه اليمنى مقطوعة الأصابع كلها . فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها كلها تقطع يده اليمنى ؛ لأن الجنس لا تفوت منفعته ، وإن كانت يده صحيحتين ولكن رجليه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأصابع تقطع يده اليمنى ، لأن جنس المنفعة لا يفوت وليس فيه فوات الشق ، وإن كانت اليد اليمنى شلاء أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع . فإنها تقطع ؛ لأن اليد السليمة تقطع فالمعيبة إذن أولى بالقطع .

ورأى أبي حنيفة فيما سبق يتفق مع رأى أحمد ، ولكن الأخير يخالف في أنه يعتبر اليد التي ذهب معظم نفعها في حكم المعدومة . فلا يعتبر معدومة ما ذهب منها خنصر أو بنصر أو إبهام : أما أبو حنيفة فيعتبر في حكم المعلوم

(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 عروقها . 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 الألم ، 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 الذهاب باقياً ، أو قصاص ، أو جناية . فمن 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) المغنى 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 يعزر 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 المحاصمة أو بعدها فإن كان قبل المحاصمة فعلى المعتدى القصاص ؛ لأن القطع لا يجب فى السرقه إلا بالمحاصمة 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 المحاصمة . فإن كان قبل القضاء فكذلك الجواب . إلا أنا همنا 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 يسراه 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 تفويت منفعة
 الجنس ، ولكن مالكا والشافعي لا يسقطان قطع اليمين عن السارق ، لأنهما
 يميزان قطع اليدين والرجلين . بينما لا يميز 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 مالكا 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 ويحزى عنه ، لأن قطع اليمين يفضى إلى تفويت 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 الأثمة الأربعة والظاهرين والشيعة الزيدية ، وعند الشيعة الإمامية القطع من أصول الأصابع ، فلا تقطع الكف ، ويرى الخوارج القطع من المنكب . . . وموضع قطع الرجل من مفصل السكب ، 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 السكب . وحجة القائلين القطع من مفصل الزند ومفصل السكب ، أن أقل ما يطلق على اليد هو الكف والأصابع . وأن العمل جرى من عهد الرسول على القطع من هذين المفصلين^(١) .

٦٢٥ - الترافل : 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 تعلق بحق الله تداخل ، وما تعلق به حق لآدمي لم يتداخل^(٢) ويرى مالك أن التداخل يكون في حالتين : الأولى - إذا اتحد الموجب . أى اتفق قدر ما توجبه كل جريمة كالقذف والشرب ، فمقوبة 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 تجزى عن غيرها ، أو لم يكن يعلم أن هناك حدوداً أخرى واجبة على الحدود .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٥٧ - المفنى ج ١٠ ص ٢٦٤ - شرح الازهار ج ٤ ص ٢٧٢ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٢، ٩٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ - بداية الجتهد ج ٢ ص ٢٧٨ .
(٢) المفنى ج ١٠ ص ٢٦٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٥ شرح الزرقانى 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 وجأوا متفرقين فإن الحدود لا تتداخل . ولعله يقيس ذلك على حد القذف ، ولكن الصحيح أنها تتداخل . لأن القطع خالص حق الله تعالى . وإن توقف على خصامة المالك . أما حد القذف فحق لآدمي ويتوقف على المطالبة باستيفائه .^(١) .

٦٢٦ - من الذي يقيم الحر ؟ يقيمه الإمام أو من ولاء من الحكام .

٦٢٧ - تعليق اليد بمر قطعها : ويرى الشافعي وأحمد أن تعلق اليد

المقطوعة وقتاً ما في عنق السارق للزجر والتنكيل ، أخذاً بما رواه الترمذي عن أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلق في 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 يلي أسباب السقوط المختلف عليها والمتفق عليها :

١ - تكذيب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقة أو تكذيبه للشهود

فيما شهدوا به من السرقة ، فهذا التكذيب يبطل الإقرار والشهادة ، ويترتب على بطلانهما سقوط القطع . وهذا هو مذهب أبي حنيفة . ويستوى أن يكون التكذيب مبتدأ أو بعد الخصامة والادعاء بالسرقة ، ولكن مالكا - وهو لا يعتبر الخصامة - لا يرى في تكذيب الجاني عليه لإقرار الجاني أو للشهود ما يسقط

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٦٨

(٢) أسنى المطالب ١٥٣ - المغني ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٧٢

انقطع مادام الثابت أن التكذيب قصد به مساعدة الجاني . ولا يتفق مع الحقيقة ، والأمر كذلك عند الشافعي وأحمد إذا كان التكذيب بعد الخصامة والادعاء بالسرقة . أما إذا كان التكذيب مبتدأ فلا يجب القطع ، لأنه لا يجب إلا الخصامة ، والتكذيب المبتدأ يمنع من الخصامة .

ومذهب الظاهريين يتفق مع مذهب مالك في هذه النقطة . أما مذهب الشيعة الزيدية فهو كذهب 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 وأحمد ، 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 الرأى 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 أبى حنيفة أن رد السارق للمسروق قبل المرافعة يسقط القطع أما بعد المرافعة فلا يسقطها ؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع فإذا رد السارق المسروق قبل المرافعة بطلت الخصومة . بخلاف ما بعد المرافعة ، لأن الشرط وجود الخصومة لابقاؤها .

وهناك رواية عن أبى 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 لو رده بعد المرافعة ، وعند الشيعة الزيدية أن رد المسروق إلى الحرز بعد إخراجه يجب فيه القطع . وعند مالك والشافعى وأحمد أن الرد لا يمنع من القطع ، لأن مالك لا يعتبر الخصومة ولأن الخصومة كما يراها الشافعى وأحمد شرط للحكم لا شرط للقطع . فإذا خاصم الجنى عليه وجب القطع . ولو رد الجانى للمسروق ولو كان الرد قبل المرافعة ^(٢) .

٥ — تملك السارق للمسروق قبل القضاء : يرى الحنفيون أن السارق إذا تملك المسروق قبل القضاء سقط القطع فإذا تملكه بعد الحكم وقبل التنفيذ سقط القطع أيضاً عند أبى حنيفة ومحمد ، ولا يسقط عند أبى يوسف ، ويرى الشيعة الزيدية أن المسقط للقطع هو التملك قبل الشكوى ، وعند الشافعى وأحمد الحكم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ — شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٩ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٧ — كشف القناع ج ٤ ص ٨٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٥١ — المذهب 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 — اراء 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 بأساً 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 » . وما 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 شفاعته 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 — المذهب ج ٢ ص ٣٠٠ — المحلى ج ١١ ص ١٥١ .

ذلك نتیجتان : أولاها : دخول المسروق فى ضمان السارق عند من لا يجمعون بين القطع والضمان حتى ولو كان قد هلك فى يده أو استهلكه بنفسه ، وسواء كان موسراً أو ممسراً ، 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 فعلى السارق قيمته .

وهاتان النتیجتان ترتب على كلتاها فى الحالات التى يجب فيها الضمان والرد . أما إذا لم يكن الضمان والرد واجباً فلا وجود لهاتین النتیجتین . 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 فى السرقة

٦٢٩ — للتفریق بين السرقة التامة والشروع فيها أهمية كبرى فى الشريعة الإسلامية ، لأن القطع لا يكون إلا فى السرقة التامة . أما الشروع فلا قطع فيه بأى حال ، وعقوبته دائماً التعزير .

وتتم السرقة عند الظاهر بين بمجرد استيلاء الجانى على الشئ استيلاء مادياً . أى بمجرد وضع يده عليه وضماً مادياً ولو لم يخرج من الحرز أو ينقله من مكانه أما عند عامة الفقهاء فتم السرقة بإخراج الشئ للمسروق من حرزه بحيث يدخل فى حيازة الجانى ويخرج من حيازة الجنى عليه .

والحرز كما عرفنا نوطان : حرز بطبيعته وحرز بالحفاظ . فيجب تمام السرقة من حرز بطبيعته أن يخرج السارق للمسروق 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 فى هذا الموضوع بدائع الصنائع ص ٨٩ — المنى 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 . فمن سرق من نائم في المسجد ثوباً يتوسده يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد إخراج الثوب من تحت النائم ، ومن أخذ ثوباً للجالس 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 بجوار الجنى عليه .

ورأى جمهرة فقهاء الشريعة في السرقة التامة يتفق إلى حد كبير مع الرأي الذي عليه جمهرة 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 بقاءه 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 تجديده 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 التهم
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
الجاني إذا تكون مما أتاها معصية . سواء كان مافعله الجاني مؤدياً حتماً إلى الركن
المادى للجريمة المقصودة 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 بالتفرقة 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 مماقباً
عليها بحد ولا كفارة . ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بهما إلا على جرائم
معينة أتمها الجاني فعلاً ، فإن كل شروع في فعل مخرم 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 للنزل 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 فملاً تحرمه 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 الحرز فإن كل الأفعال التي أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هي السرقة ، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد . وهي العقوبة المقررة للسرقة التامة ، ويمتنع 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 الحرز .

وكذلك يعزر 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 للمعصية أو شارعاً فى السرقة إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقة ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب أو مثقب 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 يجرسه .

فقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع . هو أن يكون ما أتاه التهم 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 جمل أبو عبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقاً شيئاً 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 مثقب 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

الحراة

٦٣٢ — الحراة : هى قطع الطريق أو هى السرقة الكبرى ، وإطلاق السرقة على قطع الطريق مجاز لا حقيقة لأن السرقة هى أخذ المال خفية وفى قطع الطريق يأخذ المال مجاهرة ، ولكن فى 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 والحراة : وجريمة الحراة وإن سميت بالسرقة الكبرى إلا أنها لا تتفق تمام الاتفاق مع السرقة فالسرقة أخذ المال خفية والحراة هى الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة فركن السرقة الأساسى هو أخذ المال فعلاً وركن الحراة هو الخروج لأخذ المال سواء أخذ المال أم لم يؤخذ، والسارق يعتبر سارقاً إذا أخذ المال خفية أما المحارب فيعتبر محارباً فى 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

ففى هذه الحالات الأربع يعتبر الشخص محارباً مادام قد خرج

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٨ .

بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة ، أما إذا خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة فلا يخف سبيلاً ولم يأخذ مالاً ولم يقتل أحداً فهو ليس محارباً ، فالخروج بقصد أخذ المال إذا لم يؤد لحالة من الحالات ليس حراة ولكنه ليس مباحاً بل هو معصية بماق عليها بالتعزير ، والخروج بغير قصد المال لا يعتبر حراة ولو أدى إلى جرح وقتل ، والخروج لأخذ المال على غير سبيل المغالبة ليس حراة وإنما هو اختلاس . والحراة 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 الحراة 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 الذى عليه جمهور الفقهاء أن المحارب هو المسلم أو الذمى الذى يقطع الطريق أو يخرج لأخذ المال على سبيل المغالبة^(٢) على أن الظاهرية يرون أن الذمى الذى يقطع الطريق ليس محارباً ولكنه ناقض للذمة^(٣) ومن هذا الرأى بعض الفقهاء في مذهب أحمد^(٤) - أما بقية المذاهب المقارنة فيسوى بين المسلم والذى وترى كليهما محارباً إذا قطع الطريق وفي مذهب مالك أن الحراة هى إخافة السبيل سواء قصد المال أو لم يقصد فن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المفتى ج ١٠

ص ٣٠٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - المفتى 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) المفتى 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 نائرة فهو محارب والمسلم به عند مالك أن كل ما يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الفوت فهو حراة .

وتعرف الحراة عند الشافعيين بأنها هي البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرهاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الفوت^(١) على أنهم يشترطون في القتل الغير حراة 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 ما على الزاني أو السارق أو القاتل فإن اشتهر أمره بفعل ارتكاب جريمته فهو ليس محارباً ولكنه فاعل منسكر وليس عليه إلا التعزير فإن دافع وكابر بقصد ارتكاب جريمته فهو محارب بلا شك 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 يتمتع عن أداء الزكاة عليه التعزير ولا يعتبر محارباً فإن مانع دونها فهو محارب^(٦) فالمحارب عند مالك كل من حارب المار وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال أو لانتهاك فرج^(٧) ويرى بعض الشافعية والمالكية التعرض للبطع مجاهرة حراة^(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 - المراجع السابقة .

(٨) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٩

ويعتبر مالك من الخرابة أخذ المال مخادعة مع استعمال القوة أو مع عدم استعمالها فمن يسقي الجنى عليه أو يطمعه مادة مخدرة أو يحقنه بها حتى يغيب عن صوابه ثم يأخذ ماله أو يخدعه حتى يدخله محلا بعيداً عن النوث ثم يسلبه مامعه يعتبر محارباً . ومن يخدع شخصاً صغيراً أو كبيراً على أي الوجهين السابقين ثم يقتله بقصد أخذ مامعه فهو محارب سواء أخذ مامعه أو لم يخذ معه ما يؤخذ . ويسمى مالك هذا النوع من القتل قتل الغيلة وهو عنده نوع من الخرابة^(١) .

٦٣٤ - ممن تسمى الخرابة ؟ تحدث الخرابة 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 مالكا 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 فن باشر أخذ المال أو القتل أو الإخافة فهو محارب ومن أعان على ذلك بتحريض 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 الذي يلجأ إليه المحاربون إذا انهزموا أو الذين يمدونهم بالعمون إذا احتاجوا إليه فكل هؤلاء يعتبرون محاربين عند مالك وأبي حنيفة وأحمد والظاهرية والشافعي لا يعتبر محارباً إلا من باشر فعل الخرابة بنفسه وأما المتسبب 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 الإزهار ص ٣٧٦ - المحلى ج ١١ ص ٣٠٨
للمدونة ج ١٦ ص ١٠٣ - شرح الزرقاني ج ٢ ص ١٠٩ .

يعزر عليها ويترب على هذا الفرق أنه لو خرج جماعة فقطعوا الطريق وأخذ بعضهم مالا وقتل بعضهم أشخاصاً ولم يفعل الباكون 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 الباكون فعليهم التعزير^(١). ويشترط في المحارب أن يكون مكلفاً ملازماً وهذا متفق عليه [ولا يخالف فيه إلا الظاهريون فلا يشترطون إلا أن يكون مكلفاً فقط لأنهم يرون أن الذمي 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 الحاربة 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 النساء والرجال في قطع الطريق سواء لأن هذا حد يستوى في وجوبه

(١) المذهب 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 ١٠٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ .

المذكر والأُنثى كسائر الحدود ولأن النص لم يفرق بين ذكر وأنثى^(١) .
 وإذا أخذ المحارب مالا فيشترط في المال المأخوذ محاربة ما يشترط في المال
 المأخوذ بالسرقة . فيجب أن يكون المال محرراً 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 بمجاهرة ومغالبة
 لا خفية ويجب أن يكون المال المسروق بحيث يصيب كل من المحاربين نصيباً
 فإذا لم يصب كل منهم نصيباً 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 الزيدية وأحمد فيرون الحد على المحارب ما دامت قيمة المسروق
 كله تبلغ نصيباً واحداً ولو تعدد السراق ولو لم يصب أحدهم من المال المسروق
 نصيباً كاملاً^(٢) .

أما مالك فلا يشترط النصاب في الحراة ويكتفى عنده لوجوب الحد أن
 يأخذ المحارب مالا محترماً سواء بلغ نصاب السرقة أو لم يبلغه وسواء كان الآخذ
 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 ٢٦ 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 - **مطامير القطع** : يشترط أبو حنيفة لعقوبة الحد أن تكون الحراية 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 الحراية في دار الإسلام أو دار الحرب ما دام الفعل قد وقع جريمة أى وقع على مسلم أو ذمى 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 أى 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 أبى يوسف ، ويميل إليه فقهاء المذاهب وعليه الفتوى ويروى عن أبى يوسف أنه يفرق بين النهار والليل فيرى الحد في قطع الطريق في المصر ليلاً سواء كان القاطعون مساحون أم يحملون عصياً - ولا يعتبر الفاعلين قاطعى طريق في النهار إلا إذا كانوا مسلحين فإن لم يكونوا مسلحين فليسوا بقطاع إذا ارتكبوا جرائمهم في المصر وحجته أن الغوث قلما يتحقق في الليل فيستوى فيه السلاح وغيره^(٤) . وأبدى أحمد رأيه في الحراية

(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 الحرارة في الصحراء والمصر ويررن المحارب محارباً حيثما كان لتناول الآية بمومها كل محارب ولأن الحرارة في المصر أعظم خطراً وأكثر ضرراً . ويفرق بعض فقهاء المذهب بين ما إذا كان الجنى عليهم يلحقهم الغوث لو صاحوا وبين عدم لحوق 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 فلمنع الجنى عليه من الاستغاثة وكان الغوث ممكناً لو استغاث بالفعل حرابة ، وإذا وضع حول الدار من يمنع وصول الغوث كان الفعل حرابة ، وكذلك إذا هدد من يحضر للغوث فامتنع عن الإغاثة خوفاً^(٢) .

أما الشافعي فيشترط لاعتبار الفعل حرابة 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 الجنى عليهم من الاستغاثة ، فذهب الشافعي في هذه الحالة كمذهب مالك^(٣) والشيعة الزيدية لا يرون الحرارة إلا في غير المصر ولكن بعضهم يرى أنها تكون في المصر وغير المصر^(٤) .

أما الظاهريون فيرون أن الحرارة تكون في المصر والفلاة سواء وقعت ليلاً أو نهاراً وسواء كانت المحارب مسلحاً أو غير مسلح وسواء كانت في قرية صغيرة أو مدينة عظيمة وسواء كان الغوث ممكناً أو متعذراً^(٥) .

٦٣٦ — المفطوع عليه : يشترط في المقطوع عليه أن يكون معصوماً

(١) المفني ج ١٠ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ — كتاب القناع ج ٤ ص ٨٩

(٢) مواهب المجلد ج ٦ ص ٣١٤ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ ، ١٠٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣ — رأسي الطالب ج ٤ ص ١٥٤

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ (٥) المحلى ج ١٩ ص ٣٠٨

ويكون كذلك إذا كان مسلماً أو دميماً . أما إذا كان حريباً أو باغياً فلا غصمة له . وإذا كان حريباً مستأمناً فهو معصوم ولكن هناك خلافاً على توقيع عقوبة الخدفي ارتكاب الجريمة عليه وقد سبق أن ذكرنا الآراء المختلفة في شأنه في السرقة^(١) وللقطوع 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 يلب 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 يهدر دم المحارب هو عدم إمكان دفعه إلا بالقتل لأن القتل يصبح من ضرورات الدفع على أن المحارب يهدر دمه إذا ارتكب من الحرابة ما يوجب حد القتل فإذا عدا عليه شخص فقتله فلا قصاص عليه وإنما يميز لافتياته على السلطات العامة^(٢)

٦٣٧ - الأثر على جريمة الحرابة : تثبت جريمة الحرابة بالبيئة والإقرار

ويكفي في حالة البيئة شهادة شاهدين وما قيل عن البيئة والإقرار في السرقة يقال هنا . ويجوز أن يكون الشاهدان من الرقعة الذين قاتلوا المحاربين أو وقعت عليهم الحرابة على أن لا يشهدا لأنفسهما بشيء ويجوز أن يشهدلها غيرهما - وإذا لم يتوفر نصاب الشهادة فكان شاهد واحد أو شاهد وامرأة أو شاهد رؤية وشاهد سماع وكان الشهود سماعين أو لم يكن ثمة شهود وكان المتهم مقرراً ثم عدل عن إقراره في هذه الحالات وأمثالها يعاقب المحارب عقوبة تعزيرية لأن التمييز يثبت بما يثبت

(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 التشريع الجنائي والحلي 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 بثبوت الاتهام لدى القاضى فإن اقتنع بصحة الأدلة المعروضة عليه قضى على أساسها وإلا فلا^(١).

٦٣٨ - عقوبة الحرابة : تختلف عقوبة المحارب عند أبى حنيفة والشافعى

وأحمد والشيعة الزيدية باختلاف الأفعال التى يأتونها 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 فلكل 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 غيرها 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 الطلق .

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المفى ج ١٠ ص ٣٢٤ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ - بدائع الصنائع ص ٩٣

وبعد هذا البيان نستطيع أن نبين عقوبة كل فعل بحسب الآراء المختلفة :
 ٦٣٩ - إضافة السبيل بغير : إذا أخاف المحارب السبيل لاغير ولم يقتل
 ولم يأخذ مالا فجزاؤه عند أبي حنيفة وأحمد النفي لقوله تعالى ﴿ أو ينفوا من
 الأرض ﴾ وجزاؤه عند الشافعي والشيعة الزيدية التعزير أو النفي وقد سوا بين
 التعزير والنفي لا اعتبارهم النفي 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
 ينفيه وأن الأمر في الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحريم المصلحة العامة . فإن كان
 المحارب ممن له الرأي والتقدير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع
 حرره وإن كان لا رأى له وإنما هو ذو قوة 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 ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ 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
 المنفي 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 - المنفى ج ١٠ ص ٣١٣ - بدائع الصنائع

ج ٧ ص ٩٣ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٢) نهاية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١

المعونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٨٧ ، ٣١٩

فمئذهم هو السجن وفي مذهب الشافعى رأى الراجح أن النفي هو الحبس وأن الحبس جائز في محله وأولى أن يكون في محل آخر أما رأى المرجوح فالنفي أن يطلبوا إذا هربوا حتى يأخذوا - ويرى أحد أن النفي هو تشريد المحارب في الأمصار فلا يسمح له أن يأوى إلى بلد حتى تظهر توبته والرواية الثانية كالرأى الثانى فى مذهب الشافعى - والرأى الراجح فى مذهب الشيعة أن النفي يكون بالحبس وقيل بسبل الأعين وبالطرد والتشريد .

مدة النفي : ومدة النفي عند أبى حنيفة والشافعى ومالك غير محدودة فيظل المحارب مسجوناً حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أحد .

وإن كان البعض يرى أن تكون مدة النفي عاماً قياساً على التغريب فى الزنا^(١) . أما الظاهريون فيرون أن النفي هو أن ينفى أبداً من كل مكان من الأرض وأن لا يترك غير الأخوة أكله ونومه وما لا بد منه من الراحة التى إن لم ينلها مات ومدة مرضه و يظل هكذا حتى يحدث توبة فإذا أحدثها سقط عنه النفي وترك يعود إلى مكانه^(٢) .

وأساس هذه الآراء المختلفة هو الاختلاف فى تفسير معنى النفي فمن قال بأن النفي هو السجن مطلقاً فسروا النفي بأنه الإبعاد من الأرض ورأوا أنه لا يتدر على إخراجه 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 يستطاع ومن قال إن السجن يكون فى بلد غير بلده نظر إلى المعنى

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ - بداية الجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المهذب ج ٢ ص ٣٠٢ - المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ ، ٣١٤ - بدائع الصنائع ص ٩٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ كشف القناع ج ٤ ص ٩١ - شرح الازهار ج ٤ ص ٢٧٦ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٣ .

السابق ونظر إلى أن يحقق معنى الإبعاد المستطاع عن محل الجريمة أيضا . أما الذين لم يروا سجنه فقد قالوا إذا سجنه في بلد أو أقررنه فيه غير مسجون فلم ننفه 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 ننفية ونبعده عن جميع الأرض بحسب طائفتنا وغاية ذلك ألا نقره في شيء منها مادامنا قادرين على نفيه من ذلك الموضع ثم هكذا أبداً ولو قدرنا على أن لاندعه يقر ساعة في شيء من الأرض لفعلنا ذلك ولما كان واجباً علينا فعله مادام مصرأ على المحاربة^(١) .

وحجة الفقهاء في أن النفي غير محدود المدة أن النص لم يحدده وأن النفي جاء عقوبة للمحارب وأن المحارب مادام مصرأ على المحاربة فهو محارب - وإذا هو محارب يجب أن يميز جزاء المحارب فالنفي باق عليه ما لم يترك المحاربة بالتوبة فإذا تركها سقط عنه جزاؤها^(٢) .

٦٤٠ - أَمَرَ الْمَالُ لَا غَيْرَ : 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 الذي قطعت به يد السارق اليمنى ويقطعون الرجل اليسرى لتحقيق المخالفة 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 لكونه قد قطع في حراة 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

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 صميتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمينه يديه ولم يقطع غير ذلك لأنه وجد في محل الحد ما يستوفي فاكتمنى باستيفائه . وإن كان نمة شلل في اليدين أو الرجل فالحكم في الشلل مما سبق ذكره عند الكلام على القطع في السرقة .

أما مالك 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 - المغني ج ١٠ ص ٣١١ ، ٣١٢ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ - أسنى 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 بغيره : 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 المقترن 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 ، ١١١ .

(٣) المحل ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩ .

ويرى البعض أن محمداً لا يرى القطع ولكنه يرى الإمام بخيراً بين الصلب والقتل^(١).
ويرى مالك أن الإمام بخير بين أن يقتله وبين أن يصلبه ويقتله . أما
الظاهر يرون أن الإمام بخير في كل العقوبات المقررة في آية الحرابه فله أن
ينفيه 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 القتل أو القطع والصلب^(٢) .

٦٤٣ — كيفية الصلب : اختلف الفقهاء في كيفية الصلب الواجب على
الحارب فرأى الشافعي وأحمد أن الصلب يحىء بعد القتل فيقتل الحارب 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 « ولئن 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 الحارب وإنما هو عقوبة شرعت للزجر
فالمقصود من الصلب اشتهاؤه أمره فيرتدع بذلك غيره^(٣) .

والمعتمد في مذهب مالك أن القتل يكون بعد الصلب فيصلب الحارب 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 الأزهري ج ٤ ص ٣٧٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - المغني
ج ١٠ ص ٣٠٧ بدائع الصنائع ص ٩٣ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص

على ميت فوجب أن يتقدم الصلب القتل وأن الصلب لم يقصد به ردع الغير وإنما قصد به العقاب قبل كل شيء وكل عقوبة لها غرضان: الأول: ردع الجاني والثاني: زجر غيره ولأن الصلب شرع زيادة في العقوبة وتغليظاً حتى لا تتساوى عقوبة من قتل مع عقوبة من قتل وأخذ المال^(١) - على أن في المذهب من يرى القتل قبل الصلب^(٢)

وفي مذهب أبي حنيفة رأيان كذهب مالك أوجبهما صلب المحارب حياً ثم طعنه برمح في تندوته حتى يموت^(٣) .

وفي مذهب الشيعة الزيدية هذان الرأيان وأوجبهما الصلب بعد القتل لا قبله^(٤) . أما الظاهريون فالأصل عندهم أن الإمام مخير في كل عقوبات المحاربة ولو كان ليس له أن يجمع بينها فإذا رأى صلبه فليس له أن يقتله أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قتله فقد حرم عليه أن يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قتله فقد حرم عليه أن يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وإذا رأى قطعه حرم عليه القتل والصلب والنفي فالصلب عندم عقوبة مستقلة مقصود بها قتل المحارب بكيفية معينة فيصلب المحارب حياً ثم يترك على خشبة فلا يطعم ولا يسقى حتى يبيس ويجف فإذا مات أنزل عن خشبته وغسل وكفن^(٥) .

٦٤٤ - - مرة الصلب : لم يرد نص في تحديد مدة الصلب ولذلك اختلفت في مدته فرأى الفقهاء في مذهب أحمد أنه يصلب بقدر ما يشتهر أمره لأن المقصود من الصلب هو إشهار أمر المصلوب ورأى الفقهاء في مذهب الشافعي وأبي حنيفة أنه يصلب ثلاثة أيام^(٦) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٥ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ . (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ .

(٤) شرح الأزهاري ج ٧ ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ - تسمية المسكوك ج ٢ ص ٣٦١ .

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٨ .

(٦) المغني ج ١٠ ص ٣٠٨ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - أسنى الطالب ج ٤ ص

١٥٥ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ .

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 يصلب عليه عند أحمد لأن حد الحاربة سقط بالقصاص فيسقط الصلب وفي مذهب الشافعي رأيان : أحدهما : كراى أحمد والثاني : يرى أن الصلب لا يسقط لأن تنفيذه ممكن وهو رأى في مذهب الشيعة الزيدية وهو الرأى المعمول به في مذهب مالك خصوصا وأنه يرى تقديم حق الله على حق آدمي . 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 لحاربه وجب الصلب عند من يوجبونه وجاز عند من يجعلون الخيرة فيه للإمام ^(١) .

٦٤٦ - هل يقتص ممن قاتل المحارب أو قاطعه ؟ القاعدة أن الحد حق لله تعالى وأنه لا يجوز العفو عنه ولا إسقاطه وحد الحاربة كأى حد آخر لا يحتمل العفو والإسقاط والإبراء والصلح عنه فكل ما وجب على المحارب من قتل أو قطع أو صلب تستوفى 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 يزعمون أن الإمام له إسقاط الحدود عن بعض الناس لمصاحبة 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 أى المصلحتين تغلب عن التعارض، المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة^(١) .

ويترتب عليه أنه يترتب على عدم جواز العقو عن الحد أو إسقاطه أن يكون المحارب مهدداً 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 يحملون للإمام الخيار في أى عقوبة من العقوبات الواردة في الآية وهذا يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهددة لاحتمال أن يستبدل بها الإمام عقوبة أخرى غير مهددة قبل التقييد .

ورأى الشيعة يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهددة لأن للإمام إسقاط العقوبة لمصلحة عامة .

وعلى هذا إذا عدا شخص على محارب أخذ المالك أو قتل فقطع يده أو قتله فلا قصاص على العادى عند مالك وأبي حنيفة والشافعى وأحمد سواء كان ذلك قبل الحكم أو بعده مادامت جريمة الحاربة ثابتة وإنما يعزر العادى لأفقيته على السلطات العامة القائمة على تنفيذ العقوبات والعلة في عدم القصاص هي أن قطع

(١) شرح الزهرا ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٣٣٥

(٢) جزء أول فراجع ذلك هناك .

المحارب أو قتله متحتم وواجب لأبد من إقامته فالتعزير ليس للقطع أو للقتل وإنما للانقياس 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 المحارب أنه يكون عمداً ؟

يوجب مالكا وأبو حنيفة والشيعة الزيدية القتل لمجرد القتل وبطابق 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 بمنقل وعصا وحجر وخشب^(٢) أما الشافعي فيشترط القتل العمد لوجوب الحد فبالقتل العمد يجب قتله للنص ولأنه ضم إلى جنابة القتل الحاربة 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 والصلب^(٣).

وبعض الشافعية يشترط في القتل أن يكون مما يوجب القود فلا يكفي 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 السرقة

(٢) بدائع الصنائع ص ٩٦ ، ٩٧ - حاشية ابن عابدين ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ - شرح الأزهار 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 ٥٠ ، ٥١ .

(٥) الفتى ج ١٠ ص ٣٠٩ - كشف القناع ج ٤ ص ٨٩ .

(٤٢) - القشريع الجنائى الإسلامى (٢)

والظاهر من أقوال الظاهريين أنهم يشترطون القتل العمد كالشافعيين^(١)

٦٤٨ - حكم الجراح التي يحدونها 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 ختان 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 للمجنى عليه أن يقتص أو يعفو. والخلاصة أنه كلما أمكن للمجنى 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 الشافعي وأحمد أن الجراح لا تدخل في الحد فيقتص في الجراح إذا كانت مما يقتص فيه وإذا لم يكن قصاص ففيها الدية ويرى الشافعي أن القصاص غير محتم أى ليس حداً وإنما هو على أصله لأن الانتقام خاص بالقتل والقطع والصلب فإذا سرى الجرح فمات فأصبح القتل عمداً انتقم القتل^(٤).

أما أحمد ففي مذهبه رأيان رأى يرى عدم انتقام القصاص كمذهب الشافعي لأن الشرع لم يرد بشرع الحد في الجراح والرأى الثاني على انتقام القصاص وحبطة أصحابه أن الجراح تابعة للقتل فتأخذ مثل حكمه ويسلم أصحاب هذا الرأى بأن الجراح التي 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 الزرقاني ج

٨ ص ١١١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦.

(٤) اسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ (٥) المغنى عاشر ص ٣١٠

٦٤٩ — الحمد والضمارة : علمنا مما سبق في السرقة أن الشافعي وأحمد

يريان الجمع بين الحد والضمان وهذا هو رأيهما في جريمة الحراية 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 فيراجع

ويعمل أبو حنيفة أن الحد في الحراية ينفي وجوب ضمان الجراحات لأن الجراحات الخطأ فيها الدية ولأن الجراحات يسلك بها في مذهبه مسلك الأموال فالضمان في الجراحات بنوعيتها 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 — التماثل يجري التداخل في جريمة الحراية فلو ارتكب أكثر من حراية 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 لواجبة وفيها الكفاية .

أما عند الظاهريين فلا إمام الخيار ولذلك فالتداخل مطلق وتكفي أية عقوبة بفض النظر عما إذا كانت أخف العقوبات أو أشدها .

٦٥١ — مسقطات الحمد : ١ - يسقط حد الحراية 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 الحكم 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 [.

١ — التوبة : ومن المتفق عليه أن توبة المحارب قبل القدرة عليه تسقط ما وجب عليه من حد مجزأته 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 ويمكن 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 الثائبين 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) المقي 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 طائماً 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 والسرقه فإنها لا تسقط عنه التوبة عند مالك والظاهرين ويسقط منها السرقه دون غيرها عند أبي حنيفة لما سنبينه 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 الزبدي 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 أتلّفها المحارب أو التائب حالاً حكماً ويرى البعض أن أثر التوبة لا تمتد لحقوق الأفراد وأنها لا تسقط إلا حق الله المحض فلا تمتد لمثل القصاص والقذف والمال .

التوبة ممن عليه من غير المحارب : هناك اختلاف في أثر توبة من عليه حد من غير المحاربين فيرى مالك والظاهريون 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 الثائبين وغيرهم وقال تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ولأن النبي رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي جاءه مقرأً بالسرقة وقد جاءوا جميعاً ثائبين يطالبون 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 جملابني فلان فطهرني فأقام الرسول عليه الحد . ولأن الحد كفارة عن الذنب فلا يسقط بالتوبة ولأن الثائب مقدور عليه فلم يسقط عنه بالتوبة كالحارب المندور 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 الجنابة 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 « الثائب 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 فنسقط 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 وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ فعلى هذا يعتبر مضى 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 وهو 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 سنذكره فيما بعد^(٣) .

ويترتب على تغايب 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 المائثلة في القتل فيقتل بالسيف أيا كانت الآلة التي استعملها .

ويترتب على تغليب حق العبد اعتبار التكافؤ في القتل فلا يقتل المحارب إذا كان حراً بمعد أو نحوه ممن لا يكافئه كابنه وذى والمحارب مسلم وإن قتل بمنقل أو غيره روعيت المائثلة في قتله بأن يقتل بمثل ما قتل به وإذا قتل ومات

(١) المتن 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) التشريم الجنائي 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 الذم ليس له العفو فمعنى 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 الحمد المانع : لا يجب حد الحاربة 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 الحاربة 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 وضمائه 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 أتمه الإنسان عزز ولو أراد الفاعل فعلا ما ، لم يتمه ما دام ما فعله يعتبر في ذاته معصية لاحد فيها ، فإذا كان ما فعله سواء أتمه أم لم يتمه ، فيه الحد عوقب بعقوبة الحد إذا توفرت شروطها فإذا لم تتوفر شروطها فالعقوبة التعزير كلما كون الفعل معصية .

٦٥٤ - حكم سقوط الحد بحر وجوبه : 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 القر حجة كاملة في حقه إلا أنه تعذر اعتباره بالنسبة لمعقوبته لأن الحدود تدرك بالشبهات^(٢) .

أما إذا كان سبب سقوط الحد هو التوبة قبل القدرة فإن كان المحاربون أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه إن كان قائماً وعليهم ضمانه إن كان هالكا أو مستهلكاً وإن كانوا قتلوا لا غير اقتص من يجب عليه القصاص ومن لاقتصاص عليه أزم الدية وإن اجتمع القتل والمال اجتمع الحكمان السابقان لأن المكافأة لا تهمل إلا في حالة إقامة الحد أما من يلزمه القصاص من المحاربين فهو من عليه القصاص في القتل العادي وقد علمنا مدى اختلاف الفقهاء في اعتبار المباشر والتسبب والمعين والقاعدة العامة أنه كلما امتنع الحد أو سقط عن القطع 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 الحكم المال ما سبق وحكم الجراحات القصاص فيما يستطاع فيه القصاص والدية فيما فيه الدية كما لو كانت الجراحات حدثت من غير قطع الطريق^(١) وبلاحظ أن بعض الشيعة الزيدية يرون أنه يسقط من حقوق الأفراد ما أتلفه المحارب حالا حكما كمال استهساكه 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 الذى ياجأ إليه المحارب إذا هرب أو هزم . والطليلة هى التى تتطلع الطريق وتأتى بالأخبار والمعين هو من يحضر وقت الجريمة ولو أنه لم يباشر الفعل بنفسه . وحجتهم أن الحاربة مبنية على حصول المنفعة والمعاوضة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة هؤلاء جميعاً ومعاوتهم بخلاف سائر الحدود فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل فى حق جميعهم ووجب قتلهم جميعاً حداً لا تميزاً وإن أخذ بعضهم المال دون بعض ثبت الأخذ فى حقهم جميعاً ووجب على جميعهم القطع ، وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال قتلوا جميعاً وصلبوا كما لو فعل كل منهم الأمرين معاً فالمحاربون جميعاً المباشرون والتسبيون مسؤولون جنائياً عن الفعل الذى باشره غيره ويذهب المالكيون فى اعتبار التسبب إلى حد بعيد بحيث يعتبرون متسبباً فى الجريمة من يتقوى المحاربون بجاهه^(١) ولو لم يأمر بقتل أو يتسبب فيه بفعل ما دام جاهه قد أعان على الحادث حكماً .

وإذا كان فى المحاربين صبي أو مجنون أو من لا حد عليه فيرى أبو حنيفة

(١) المغنى 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 غيرهما ممن باشر الجريمة أو أعان عليها أو تسبب فيها ويرى أبو يوسف هذا الرأي إذا كان الصبي أو المجنون هو الذي 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 والباقيون 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 قتلتهما على عاقلتهما 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 غيرهما 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 ردء لها وأعوان وإن فعل ذلك غيرها ثبت ذلك في حقها لأنهم ردء وعون له ^(٤).

أما الشافعي فلا يرى المسؤولية التضامنية في الحاربة وإن كان يعتبر الردء

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣١٨ ، ٣١٩ .

(٤) المغني ج ١٠ ص ٣١٩ .

(١) بدائع الصنائع ص ٩١ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٩١ .

والطليعة والمعين والتسبب 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 المرئية تضامنية ؟

يرى مالك أن المحاربين مسؤولون مسؤولية تضامنية عن الأموال التي يأخذونها فمن يظفر به منهم يفرم 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 يفرم 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 ويقيدها 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 الرء 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 فالخصم بذلك المباشر دون الرء 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 الفياض ج ٨ ص ١١١ .

(٤) تبصرة الحكم ج ٢ ص ٣٦١ . (٥) الفتن ج ١٠ ص ٣١٠ .

أما الشافعي فيجعل الضمان على المباشر دون غيره كمبدأ في عدم التضامن في المسؤولية الجنائية .

٦٥٧ - مسؤولية المحارب إذا كان صبياً أو فاقراً العقل - المحارب الصبي ليس عليه حد وإنما يمزر بما يفاسيه وكذلك المجنون لا يحد وإنما يعزر بما يمنع شره عن الناس كوضعه في مصحة أو ما أشبهه ، والصبي والمجنون كلاهما مسؤول في ماله الخاص . إذا أخذ المال ، فإذا قتل فالدية على عاقله عند مالك وأبى حنيفة وأحمد لأنهم يرون أن عمد المجنون والصبي خطأ لأنه لا يمكن أن يقصد القتل قصداً صحيحاً وإذا لم يكن قتله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما هو خطأ أما الشافعي فيرى أن عمد الصبي والمجنون عمد لا خطأ وأن الصغير يعفى من الحد والقصاص ولكنه لا يؤثر على تكيف الفعل لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً ^(١) .

أما السكران بحرم فهو مسؤول في المذاهب الأربعة جنائياً ومدنياً مسؤولية كاملة ^(٢) .

ويرى الظاهريون أن الصبي والمجنون والسكران سكرراً أخرجهم من عقله لا يؤخذون بحد ولا قود لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق» والسكران لا يعقل ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان لاعليه ولا عاقلته لقوله صلى الله عليه وسلم «إن دماءكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام» فأموال الصبي والمجنون والسكران حرام بغير نص كتحریم دمائهم ولا نص في وجوب غرامة عليهم أصلاً ، وإيجاب الغرامة شرع فإذا كان بغير نص من قرآن أو سنة فهو شرع في الدين لم يأذن به الله ولكن إذا كان له بيان 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 يثوب 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 لئال المأفوزة مراية — 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

البغى

٦٥٩ — النص من الواردة في البغى : — الأصل في البغى قول الله جل شأنه ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تنفي 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 البغى فيروى عبد الله بن عمر عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال «من أعطى إماماً صفقة يده وثمرة 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 وم 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 بالبغى عن الاعتناء فإنه سماهم مؤمنين - الثانية أنه أوجب قتالهم - الثالثة أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله الرابعة - أنه أسقط عنهم التبعة فيما ألقوه في قتالهم - الخامسة. أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه - المفني ج ١٠ ص ٤ .

(٢) المجزات ٩ ، ١٠ .

(٣) المفني 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 شراً فمات فميتته جاهلية » وفي لفظ « من كره من أمره شيئاً فليصبر عليه فإنه ليس أحد من الناس خرج من السلطان شراً 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 أمتكم الذين تحبونهم ويحبونكم وتصلون عليهم ويصلون عليكم ، وشرار أمتكم الذين تبغضونهم ويبغضونكم وتلعنونهم ويلعنونكم » قال قلنا يا رسول الله ألا ننازلكهم ؟ عند ذلك قال « لا - ما أقاموا فيكم الصلاة إلا من ولى عليه وال فرآه يأتي شيئاً من معصية الله فليكره ما يأتي من معصية الله ، ولا ينزعن بدأ من طاعة » .

وعن حذيفة بن اليمان أن رسول الله قال « يكون بعدى أئمة لا يهتدون بهديي ولا يستنون بسنتي ، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب الشياطين في جحائم إنس قال قلت كيف أصنع يا رسول 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 أباذر كيف بك عند ولاة يستأثرون عليك بهذا الشيء ؟ قال : والذي بعثك بالحق أضع سيفي على عاتق وأضرب حتى ألحقك - قال : أولاً أدلك على ما هو خير لك من ذلك ؟ تصبر حتى تلحقني ^(١)

وعن ابن عمر أن رسول الله قال لعبد الله بن مسعود « هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة ؟ قال : الله ورسوله أعلم - قال : لا يجزى على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيها »^(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 باختلاف 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 الانقياد 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 أو قوة 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 سائع 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 مخطيء في الدين أو الخروج لطلب الدنيا^(٣) .
ويعرف الشيعة الزيدية الباغي بأنه من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو غرم وله فئة أو منفعة أو قام بما أمره للإمام^(٤) ، فالبغى هو الخروج على الإمام الحق من فئة لها منعة .

عند اختلف 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 ومحاولة 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 اكتفينا بإبراز الأركان الأساسية في التعريف فنقول : إن البغى هو الخروج على الإمام مغالبة .

٦٦١ - أركان 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 المنهى مع كشف القناع ج ٤ ص ١١٤

(٤) الروض النصير ج ٤ ص ٣١

(٣) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

الركن الأول

الخروج على الإمام

٦٦٢ - يشترط لوجود جريمة البغي الخروج على الإمام ، والخروج المقصود هو مخالفة الإمام والعمل لخلعه ، 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 كالقصاص 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 تميزه الشريعة ^(١) .

والخروج قد يكون على الإمام وهو رئيس الدولة الأعلى وقد يكون على من يتوب 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 : ﴿ فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وقوله « من أمركم من

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 وبناوب الإمام إذا كان ينوب عن الإمام الأعظم .

والإمامة فرض من فروض الكفاية في الشريعة الإسلامية كالتقضاء ، 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 عدلاً^(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 ماعهد أبو بكر خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم عند آخر عهده من الدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر ويتقى فيها الفاجر ، إنى استعملت عليكم عمر بن الخطاب فإن بر وعدل فذلك علمي به ورأيي فيه ، وإن جار وبدل فلا علم لي بالنيب ، والخير أردت ولكل امرئ ما اكتسب وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون »
- ويصبح أن يعهد الإمام لولده كما فعل معاوية وغيره من الخلفاء الأمويين والعباسيين وغيرهم ..

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٨ - كشاف 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 فاختاروا 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 تسكن 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 يعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعها كما كان لهم تنصيبه لانتظام شئون الأمة وإعلانها 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 لفتنه احتمل 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 الرأي بعض المالكيين ، فسحنون يقول بجوب 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 بآتيهاك حرمة الإيضاع وفسق الآخر بالتعرض للأموال فيقوم هذا على التعرض للدماء والإيضاع فإن تعذر قوم 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 إعانة على معصية ولكن درء ما هو أشد من تلك المعصية يجوز . ونحوه خروج فقهاء القيروان مع أبي يزيد الخارجي على الثالث من بنى عبيد لكفره وفسق أبي يزيد والكفر أشد^(٣) ومجموع رأي سحنون والشيخ عز الدين هو رأي الظاهريين . وعلى الرغم من أن الرأي 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 ٤٢٩ - أسنى الطالب 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 فَقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء إلى أمر الله ﴾.

— فأمر الله تعالى بالإصلاح ثم بالقتال فلا يجوز أن يقدم القتال على الإصلاح ولا يكون الإصلاح إلا ببرد المظالم ورفع الجور^(٢).

والخارجون على ثلاثة أنواع عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد :

١ - الخارجون بلا تأويل سواء كانوا ذوي منعة أو شوكة أو لامنعة 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 - المغني 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 لمواطنه إياهم
مع أن هذا الادعاء صادر من 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 رحال ونصب
قتال ونحو ذلك ليردهم إلى الطاعة . ويعتبرون في مذهب أحد النفر اليسير كالأحد
والاثنتين والعشرة ونحوهم ممن لا منعة 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
يصدرون عن رأى واحد ويعملون يداً واحدة ولأنه لا شوكة لمن لا مطاع لهم .
فهما 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 - المغنى 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 تحمل حكمهم حكم قطاع الطريق دون تفاصيل مما قد يومم بأنهم يقولون 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 اعتبرهم 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 ووجهة القائلين بالشوكة أن ابن ملجم لما جرح علياً قال على للنحسن إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به لم يثبت لفعله 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) ووجهة 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 .

لا الشوكة وعقيدة الخارج لا عدد من يشاركونه تلك العقيدة فلامعنى لاشتراط الشوكة.
أما الخارجون بتأويل وشوكة فهم البغاة عند أبي حنيفة والشافعي سواء
رأوا رأى الخوارج أو لم يروه ، ولا تعتبر الخوارج عندهما كفرًا ولا فسقة
وإنما بغاة لا غير ^(١) .

واختلف الخنابلة في الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان
وعليًا 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
وسند كره فيما بعد . على أن أبا حنيفة يعتبر أيضًا 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 فحكمهم 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 كاستتاب المرتدين فإن تابوا وإلا قتلوا حدًا
وكانت أموالهم فيئا 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
شيئًا وينظر في القدح فلا يرى شيئًا ، وينظر في الريش فلا يرى شيئًا ويتماذى
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 - المذهب 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 بقاء أو بقاء فسقة فيحتجون بأنه لم يقل بتكفيرهم أحد من الفقهاء - وإنما الذي قال به بعض فقهاء الحديث لا كلمهم ، ويفسرون عبارة « يتأدى 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 يبدروهم بقتال ، وقال لأصحابه لا تبدروهم بقتال ، وبعث إليهم : أقيدونا بعبد الله بن خباب ، قالوا : كلنا قتله فحينئذ استحل قتلهم لإقرارهم على أنفسهم بما يوجب القتل ، ولو كانوا كفاراً لبدروهم 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 فاهم؟ 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 فأناولى 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 ، فالباغي عند مالك هو كل من امتنع عن الطاعة في غير معصية بمغالبة ولو تأو يلاً ، فكل من خرج بمغالبة فهو باغ سواء كان متأولاً أو غير متأول ، ذا منعة وشوكة أو ليس له شوكة ولا منعة ، ويجوز أن يكون الباغي فرداً واحداً ويجوز أن يكون البغي من أكثر من واحد ، والحوارج الذين يكفرون بعض الصحابة ومن على

(١) المغني ج ١٠ ص ٤٨ - ٥٢ . كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ .

غير رأيهم من المسلمين ويستحلون الدماء والأموال وسبي النساء ، هم عند مالك بغاة وليسوا كفرة وإنما هم فسقة في رأيه ولهذا يرى إذا ظفر بهم الإمام العدل أن يستتيبهم 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 تمدت هذه الطائفة إلى إخافة الطريق أو إلى أخذ مال من لقوا أو سفك الدماء هملاً ، انتقل حكمهم إلى حكم المحاربين 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 برأي 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 يعنرون 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 فمنع 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 الحكام ج ٢ ص ٣٦٢ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٩٨ .

هو من بغى على أخيه المسلم - فيجوز أن يكون الباغى سلطاناً ويجوز أن يكون فرداً فإذا كان الباغى هو السلطان كان على المسلمين أن يقاتلوا الباغى حتى يفيء إلى أمر الله وعلى هذا يصح أن يكون الباغى فرداً و يصح أن يكون جماعة^(١) .
 وخلاصة رأى الظاهريين أن كل من خرج مغالبة على الإمام وتأويل أو غير تأويل فهو باغ سواء كان فرداً أو جماعة مالم يكن خروجه بحق فإنه ليس باغياً .
 والباغى 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) .

فالباغى 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 يؤدى لإقرار الحق وتصحيح الخطأ ، فإذا لم يكونوا بغاة فيما يطلبون فهم بغاة فى اختيار الوسيلة التى يريدون بها الوصول إلى حقهم لأنها تؤدى إلى الفساد وزعزعة أركان الدولة - ولأنه من الحرم عليهم الخروج على من تثبت إمامته ، لأن من تثبت إمامته تجب طاعته - على أن فى مذهب الشافعى من يزى 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 المقدير ج ٤ ص ٤٠٨ - المحلى ج ١١ ص ٩٨ ، ٩٩ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٦

(٤) تنمة 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) .

ويقترق 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 يرونهم 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 يدعومهم بعد ذلك للطاعة فإن لم يعودوا قاتلهم لأنهم يصبحون 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 - كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ - المغني 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 بمصيانته وعدم طاعته أو بالامتناع عن أداء ما عليهم من واجبات تقوم الدولة على استيفائها . ولكن إذا فعل الخارجون شيئاً محرماً عوقبوا عليه باعتباره جريمة عادية ومثل الامتناع عن البيعة ما وقع من بعض الصحابة في صدر الإسلام . فقد امتنع على عن مبايعة أبى بكر أشهر أئمة بايع ، ورفض سعد ابن عباد 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 على . 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 على 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 فناداه رجل من الخوارج لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين . يعرض به على اعتبار أنه كفر بقبول التحكيم فأجابه على : فاصبروا وإن وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون . ويدللون على هذا بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمناقضين الذين كانوا معه في المدينة - فلأن لا يتعرض لأهل البنى

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 فسبهم ، وإن شهروا السلاح فأشهرهم 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 سبيل المسلمين ، فليذهبوا حيث شاؤوا ؛ وإن كان رأيهم القتال فوالله لو أن أبكارى خرجوا رغبة عن جماعة المسلمين لأرقت دماءهم التمس بذلك وجه الله .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً مقالة على بعد أن جرحه ابن ملجم قال : على أطمعوه واسقوه واحبسوه . فإن عشت فأنا ولي دمي 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 كنبدة ، فإذا نفر خمسة يشتمون عليا وفيهم رجل عليه برنس يقول : أعاهد الله لأقتلنه فتملقت به وتفرقت أصحابه عنه فأنيت به علياً ، فقلت : إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال إذن ويحك من أنت؟ فقال أنا سور المنقري . فقال على : خل عنه . فقلت : أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك !! قال : أفأقتله ولم يقتلني ^(٢) ؟

ويعتبر الخروج بغياً عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرية حينما يبدأ الخارجون باستعمال القوة فعلاً - أما قبل استعمالها فلا يعتبر الخروج بغياً ولا يعتبرون بغاة ويعاملون كما يعامل المادلون ولو تحيزوا 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 الزرقاني وخاشية الشيباني ص ٦٠ - المغني ج ١ ص ٥٨ ، ٦٠ - وكشاف القناع ج ٤ ص ٩٩ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ .

منعهم من التحيز وتمزيقهم على التجمع بقصد استعمال القوة وإثارة الفتنة . أما أبو حنيفة فيعتبرهم بقاء ، ويعتبر حالة البغي قائمة من وقت تجمعهم بقصد القتال والامتناع من الإمام لأنه لو انظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع . ومذهب الشيعة الزيدية يماثل مذهب أبي حنيفة في هذا ، والأصل عند الجميع أن البيعة لا يحل قتالهم إلا إذا قائلوا فن 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 يرأسهم ويسألهم عن سبب خروجهم فإن ذكروا مظلمة أزالتها أو شبهة كشفها لأن ذلك طريق إلى الصلح ووسيلة إلى الرجوع إلى الحق ، وقد فعل على هذا في وقعة الجمل وفعله مع الحرورية ولأن الله جل شأنه يقول ﴿ فأصاحوا بينهم ﴾ فإن بغت إحداها على الأخرى فقاتلوا التي تبغى ﴿ فيجب أن يتقدم ما قدمه الله وهو الصلح ويتأخر ما أخره وهو القتال ثم يدعوهم 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 يرأسهم ^(٢) .

وقد راسل على أهل البصرة قبل وقعة الجمل ، وأمر أصحابه أن لا يبدأوهم بقتال ثم قال : هذا يوم من فلج فيه فلج 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 المنصور 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) - التشرع 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 بالفریقین فإن سأله الخوارج الأنظار لمدة معينة أنظروهم إن رأى في ذلك
مصلحه ، وإن ظن أنهم يريدون المهمة ليكيدوا له لم ينظروهم ثلاثة أيام ^(١)
ويشترط 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 ، ويرى 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 . فن
ألقى سلاحه من البغاة أو كف عن القتال أو استسلم أو عجز عن القتال كالجريح
جرحاً يمنعه من القتال أو حرب غير متحيز 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 متحيزاً إلى فئة ^(٣) .

ومذهب الشافعى ، على اتباع المنهزمين إذا انهزموا مجتمعين أو انسحبوا

(١) شرح الازهار ص ٥٣٨ - المغنى ج ١٠ ص ٥٤ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١١٤

المحلى لأبن 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 - كشف القناع ص ٩٨

ينظام وكانوا غير متفرقين ، فإذا انهزموا متفرقين بحيث تزول شوكتهم لم يتبعوا ، وإلا أتبعوا حتى يتبددوا وتزول شوكتهم ، ومن تخلف منهم عجزاً أو ألقى سلاحه تاركاً للقتال ، لم يقاتل ، ويقا تل 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 فيمتنعوا بها فيكروا 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 المدر 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 قتاله الباغي بمقاتلته ولم يحل قتله قط في غير المقاتلة ^(١) وكذلك الحكم في الجرحى 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 منحاكين إلى فئة أو لاذين بمقل بمقتنعون فيه أو زائلين عن الغالبين لهم من أهل العدل إلى مكان يأمنونهم فيه ثم يعودون إلى حالهم فيقتبعون ^(٢) لأن الله افترض قتالهم حتى يفيثوا الأمر لله ولم يفيثوا بعد . ومذهب الشيعة الزيدية كذهب أبي حنيفة ^(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 معصوماً لا شبهة في قتله . ويرى البعض أن لا قصاص لأن في قتلهم اختلافاً بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص عند من يقولون بأن الشبهات تدرأ الحدود والظاهر يرون لا يعترفون بأن الحدود تدرأ بالشبهات ، فمقتضى مذهبهم القصاص في كل الأحوال ^(٤) .

ويحبس الأسرى إلا من دخل منهم في الطاعة فيخلى سبيله ويظلون محبوسين حتى تنتهي الحرب . وإذا كان الأسير امرأة أو صبيغاً أو شيخاً فانياً أخلى سبيلهم ولم يحبسوا في رأى . وفي رأى الآخر يحبسون لأن في ذلك كسراً لقلوب البغاة . والرأيان في مذهب أحمد والشافعي ، أما مالك وأبو حنيفة فيريان الحبس ^(٥)

(١) المحلى ج ١٢ ص ١٠٠ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٠١

(٣) شرح الروض النصير ج ٤ ص ٣٣٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٣٤

(٤) الفتى ج ١٠ ص ٦٤ - المذهب ج ٢ ص ٣٣٦

(٥) المذهب ج ٢ ص ٣٣٦ - الفتى ج ١٠ ص ٦٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢ -

شرح الزرقاني 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 قلناه من أن بعض الفقهاء يحيز 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 كالتهريق 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 يقع 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 - المفنى 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 - المفنى 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 لموم 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 بالكراهة قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ جَاهِدَاكَ 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 الظاهر بين أن قتل ذى الرحم غير مكروه وإن كانوا لا يختارون أن يعمد المرء إلى أبيه أو أخيه خاصة مادام يحذ غيرها ، فإن رأى أياه أو أخاه يقصد مسلماً ، كان عليه أن يدفعه عن المسلم^(٦).

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٢١ ، ٥٢٢

(٢) المحلى ج ١١ ص ١١٦ ، ١١٧

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ ، ١٤٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٤ ، ٤١٦

(٥) المنى ج ١٠ ص ٦٧ ، ٦٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥

(٦) المحلى ج ١١ ص ١٠٧

ولكن الشيعة لا يميزون للمسلم أن يقتل ذا رحمه ولو كان كافراً إلا لأحد وجهين: أحدهما: أن يقتله مدافعة عن نفسه أو غيره. الثاني: أن لا يدفع إلا بالقتل، ويرث العادل الباغي إذا قتله^(١).

والبغى إذا كان يحل مقاتلة البغاة ويبيح دماءهم طالما كانوا باغين، إلا أنه لا يبيح أموالهم حتى في حالة البغى، فتظل أموالهم معصومة ولو وقعت في يد العادلين - ويرى مالك أنه لا يجوز قطع أشجارهم ولا هدم دورهم ولا إتلاف أموالهم وإنما للإمام أن يستعين بأموال البغاة التي يمكن استعمالها في القتال فيقاتلهم بها كالأسلحة والخيول والإبل حتى إذا تغلب عليهم - رد عليهم ما استعان به وغيره^(٢).

ويرى أبو حنيفة أن أموال البغاة تظل على ملكتهم لأن علياً لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى 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 والكرع أن احتجابه أهل العدل لأن للإمام أن يستعين بمال العادل عند حاجة المسلمين إليه ففي مال الباغي أولى أما بقية الأموال فتجبس عن البغاة لدفع شرهم وإضعافهم بذلك ولا ترد إليهم حتى يفيثوا 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 خيولهم 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 والشافعى
كذهب الشافعى^(٢) .

ومذهب الظاهريين كذهب الشافعى فهم يرون الحيولة بين البغاة وبين كل ما يستعينون به على باطلهم من مال أو سلاح فيجبس 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 استعملها الإمام كان ضامناً لها^(٤) .

على أن من الشيعة من يرى أن ما كان فى معسكر البغاة من الأموال محل أخذه غنيمة لأهل العدل^(٥) .

وللإمام أن يستعين على قتال البغاة ببغاة مثلهم حتى إذا انتصر دعا من منه إلى الطاعة وليس له عند أحمد والشافعى أن يستعين على قتالهم بالكفار بل ولا بمن يرى قتلهم مدبرين من المسلمين ويرى أبو 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 ينعها 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 ١١٤ ، ١١٦ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٣٣ .

ولم أعثر 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 الضرورى 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 غضب مالا أو أثله عوقب بالعقوبة المقررة للغصب والاتلاف ، وإذا امتنع عن تنفيذ ما يجب عليه عوقب بالعقوبة المقررة للامتناع وعليه الضمان المادى فى كل الأحوال إذا أتى ما يوجب الضمان كالسرقة والغصب والاتلاف .

٦٦٧ — مسؤولية الباغى أثناء المغالبة : الجرائم التى تقع من البغاة أثناء المغالبة والحرب إما أن تكون مما لقضيه حالة الحرب وإما أن لا تقتضيها حالة الحرب .

فأما ما اقتضته حالة الحرب كقاومة رجال الدولة وقتلهم والاستيلاء على البلاد وحكمها والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها وإتلاف الطرق والسكبارى وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم لا يعاقب عليها بمقوباتها 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 يعززم على بغيتهم 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 ، والواقع أن القتال لا يعتبر عقوبة وإنما هو إجراء دفاعى لدفع البغاة وردمهم إلى الطاعة ولو كان عقوبة لجاز قتل البغاة بعد التغلب عليهم لأن العقوبة جزاء على ما وقع ، ولكن من المنفق 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 الباغى الخمر مثلاً .

٦٦٨ — مسؤولية الباغى المرنية : ليس على أهل البغى ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفوس وأموال إذا اقتضت إتلافه ضرورة الحرب فأما ما لم تكن هناك ضرورة لإتلافه حالة الحرب وما أتلف في غير حالة الحرب فعلى البغاة ضمانه بلا خلاف — أما الأموال التي لم تتلف أو تلفت تلفاً جزئياً فعلى البغاة ردها لأربابها وعليهم ضمان التلف الجزئى إذا لم تكن ضرورة الحرب هي 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 أتلفوه من نفس أو مال فى حال الحرب وفى غير الحرب لأنهم أتلفوه بعدوان على أن القائلين بهذا الرأى لا يرون القصاص فى القتل لأنهم يسقطونه بالشبهة فيلزمون البغاة بديات من قتلوا^(١) ويحتج القائلون بتضمن البغاة بأن أبابكر قال لأهل الردة تدون قتلانا ولا ندى قتلناكم ، ولأنها نفوس وأموال أتلفت 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 يقيم حد على رجل استحل فرجاً حراماً بتأويل القرآن ، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن ولا يغرماً ما أتلفه بتأويل القرآن ، ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلا تضمن ما أتلفته 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 يتضمه فإن عمر قال له أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا فى سبيل الله تعالى على ما أمر الله فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً على

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ — أسنى المطالب ج ١ ص ١١٣ — المغنى ج ١٠ ص ٦١ —

شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٤

أنه لو وجب التفریم فی حق المرتدین لم یلزم مثله فی حق البغاة فإن أولئك كفار لا تأویل لهم وهؤلاء مسلمون لهم تأویل سائغ فلا یصح إلحاقهم بهم^(١)، ویری الشیعة الزیدیة أن البغاة لا ضمان علیهم^(٢).

ویری مالک عدم تضمین الباغی ولو کان ملیئاً سواء أتلف نفوساً أو أموالاً بشرطین: أولهما: أن یکون الباغی متأولاً، فإن لم یکن متأولاً ضمن، الثاني: أن یکون الإتلاف حدث حال البغی واقتضته ضرورة الغالبة^(٣).

ویسی الباغی غیر المتأول فی مذهب مالک معانداً ولکنهم لا یعتبرونه معانداً إلا إذا کان خارجاً علی عدل، فإن خرج علی غیره فلیس معانداً ولو کان غیر متأول وکان حکمه حکم المتأول.

أما الظاهريون، فالبغاة عندهم ثلاثة أصناف، صنف تأولوا وتأویلاً یخفی وجهه علی كثير من أهل العلم کن تعلق بآية خصصتها آية أو بحديث خصصه آخر أو نسخه نص آخر فهؤلاء معذورون، حکمهم حکم الحاکم المجتهد یخطئ فیقتل مجتهداً أو یتلّف مالا مجتهداً أو یقضى فی فرج خطأ مجتهداً ولم تقم علیه الحجة فی ذلك، ففی الدم دية علی بیت المال لاعلی الباغی ولا علی عائلته ویضمن المال کل من أتلّفه، وهكذا أيضاً من تأول تأویلاً خرق به الإجماع بجهالة ولم تقم علیه الحجة ولا بلفظه، وأما من تأول تأویلاً فاسداً لا یعذر فيه، لکن خرق الإجماع أى شیء کان ولم یتملق بقرآن ولا سنة فعليه القود فی النفس ومادونها والحد فیما أصاب من حدود الله، وضمان ما استهلك من مال وهكذا من قام فی طلب دنیا مجرداً بلا تأویل ومن قام عصبية^(٤).

وإذا غلب البغاة علی بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه، فإذا ظهر أهل العدل بعد علی البلد وظفروا بأهل البغی لم یطالبوا بشيء مما جبی ولم یرجع به علی من أخذ منه، وهذا هو رأى مالک وأبی

(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٧٩

(٤) المحلى ج ١١ ص ١٠٧

(١) المغنى ج ١٠ ص ٦٢

(٣) شرح النهج ج ٨ ص ٦٢

حنيفة والشافعي وأحمد وحجتهم أن في عدم الاعتداد بذلك إضراراً بالرعية على أنه إذا كان قد بقي من الأموال التي جبيت 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 ولاء الإمام المحكم ولا أن يكون آخذاً للحدود إلا من ولاء الإمام ذلك ، ولا أن يكون مصدقاً أو جابياً إلا من ولاء الإمام ذلك ، فكل من أقام حداً أو أخذ صدقة أو قضى قطعة 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 ﷺ 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 متعد فعليه ضمان ما أخذ إلا أن يوصله إلى الأصناف المذكورة في القرآن فإذا أوصلها فقد تأدت الزكاة إلى أهلها . وضح من هذا أن كل حد أناه فهو مظلمة لا يعتد به وتعد 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 ننازع الأمر أهله وعلى أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم . وعن عرجة أن رسول الله قال « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائناً 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 - المعنى 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 أوخراج 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 ثبت 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 مطلقاً لفسقهم^(٣).

مسئولية من يعين البغاة : قد يستعين البغاة بغيرهم من الذميين أو المحاربين ولكل صنف حكمه .

٦٦٩ - الاستعانة بالذميين : يفرق طائفتان ما إذا كان الباغي متأولاً

أو معانداً والباغي المعاند عنده هو غير المتأول ، فإذا اهتمعان البغاة المتأولون بذميين 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 ويضمنون مدنياً ما يضمنونه . وإذا استعان البغاة المعتلدون بزميين اعتبر
الزميون ناقضون للعهد وحلت دماؤهم واموالهم 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 البنى بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن
ذلك منهم نقضاً للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البنى 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 الفاحيتين الجنائية والمدنية^(٢) .

وفي مذهب الشافعي وأحمد : رأيان أولهما : أن إعانة الزميين 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
الزميين يصبحون كأهل الحرب ويترتب على القول بعدم النقض أن يكون
حكمهم حكم أهل البنى في قتلهم والكف عن مدبرهم وأسيرهم وجريحهم
إلا أن أصحاب هذا الرأي يروى تضمين الزميين ضماناً تاماً فيسألون عن جرائمهم
حال القتال وغيره فإن قتلوا أو جرحوا أو أتلفوا سئلوا جنائياً عن كل ذلك
وعليهم ضمان المال المثلث ورد القائم سواء أتلف في حال الحرب واقتضت
ضرورة الحرب إتلافه أم لا . ويعملون التفرقة بين البغاة والزميين بأن البغاة
لهم تأويل سائغ والزميون لا تأويل لهم ولأن إسقاط المسؤولية عن المسلمين
قصد منه عدم تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ولا يخشى تنفير الزميين عن الطاعة
لأن تأمينهم مشروط بالطاعة . والقائلون بنقض العهد يرون أن إكراه البغاة
لزميين على معاتمتهم يمنع من نقض العهد وأن اعتقاد الزميين بأنهم ملزمون

بمماونة البغاة يمنع أيضا من نقض العهد^(١).

٦٧٠ - الاستعانة بأهل الحرب : إذا استعان البغاة بأهل الحرب فلما أن يكونوا مستأمنين أو غير مستأمنين فإن كانوا مستأمنين فأعانهم نقضوا عهدهم بالإعانة وصاروا كأهل الحرب غير المستأمنين لأنهم تركوا شرط الأمان وهو الكف عن المسلمين 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 الاساسى هو الكف عن المسلمين والبغاة يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح الأمان ولأهل العدل أن يقاتلهم كن لم يؤمنوه سواء . وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم فاما أهل البنى فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم^(٢) .

أما إذا عقد البغاة ذمة لحربيين أو عاهدوهم ولم يشترطوا عليهم أن يعينوهم على أهل العدل فمقود أهل البنى نافذة في حق أهل العدل لأن البغاة مسلمون وأمان المسلم إذا كان في حقه فهو نافذ على جميع المسلمين ، فإذا استعانوا بهم فأعانهم انتقض العهد في حق أهل العهد .

ويرى في مذهب أبى حنيفة أن العادل يجوز له أن يؤمن الباغى فإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البنى جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقافا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولأنه قد يحتاج الماظرته لثوب ولا يأتى ذلك ما لم يأمن كل الآخر ، لكن إذا أمن ذمى يقاتل مع أهل العدل باغيا فلا يجوز أمانه^(٣)

(١) المفتى ج ١٠ ص ٧٢ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ - - المفتى ج ١٠ ص ٧١ - المذهب ج ٢ ص

٢٣٧ - أسنى الطالب 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 لسلح إعطاؤهم الأمان
 على ذلك فالأمان والإجارة هنا هدر ولنفع، وإنما الأمان والإجارة للكافر
 الذى يحل للإمام قتله إذا أسروه واستبقاؤه لافى مسلم إن ترك بفيه كان هو بمن
 يعطى الأمان ويميز ولو أن أحداً من أهل البنى أجاز كافراً حازت
 إيجارته كإيجارة غيره ولا فرق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « يميز
 على المسلمين أدناهم » (١).

* * *

الكتاب السابع

الردة

٦٧١- الامصوص الواردة في الردة : قال الله تعالى ﴿ ومن یرتد عنکم ۖ فاولئک حبطت اعمالهم فی الدنیا والآخرة ۖ واولئک اصحاب النار هم فیها خالدون ۖ ﴾ . وروی عن رسول الله صلى الله علیه وسلم « من بدل دینه فاقتلوه » .

٦٧٢- تعریف الردة : الردة لغة هی الرجوع ، فالراجع مرتد ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا ترتدوا على ادبارکم فتقلبوا خاسرین ﴾ وتعرف الردة شرعاً بأنها الرجوع عن الإسلام أو قطع الإسلام وكلا التعبيرین بمعنى واحد ^(١)

أركان الردة

٦٧٣- للردة ركائز : 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
 بالرجوع يكون بأحد طرق ثلاثة : بالفعل أو بالامتناع عن فعل ، وبالقول وبالاعتقاد
 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 أو لأى كوكب ، وكإلقاء المصحف
 وكتب الحديث فى الأقدار أو وطأها واستهزاء بها أو استخفافاً بما جاء فيها أو
 عناداً ، 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 وأشباه هذا مما لا خلاف فيه كفر ، وكذلك إن استحل قتل
 المعصومين أو أخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل ، أما إذا كان 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 يتقربون إلى الله جل شأنه بقتلهم ومع هذا لم يحكم
 الفقهاء بكفرهم لتأويلهم وكذلك الحكم فى كل محرم استحل بتأويل فلا يعتبر
 فاعله مرتدّاً .

ومن الأمثلة على استحلال الحرم بالتأويل ما فعله قدامى بن مظلوم فقد
 شرب الخمر مستحلاً لها وكذلك فعل أبو جندل بن سهل وجماعة معه شربوا الخمر
 فى الشام مستحلين لها مستدلين بقول الله جل شأنه ﴿ ليس على الذين آمنوا

وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ﴿ فلم يكفروا بفعالهم وعرفوا تحريمها فتأبوا 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 يوجبه الإسلام إذا أنكر هذا الفعل أو جحده 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 ناشئ 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 لاتكاد تخفى والكتاب والسنة مشحونان بأدلتها والإجماع منفعدها فلا يحجدها إلا معاند للإسلام ممتنع عن التزام أحكامه ، غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا إجماع أمته^(٢) .

ومن الأمثلة الظاهرة على الكفر بالامتناع في عصرنا الحاضر الامتناع عن الحكم بالشريعة الإسلامية وتطبيق القوانين الوضعية بدلاً 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 ٦٥ ، ٦٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١١٦ ، ١١٨ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٣ - الفتن ج ١٠ ص ٨٥ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠١ ، ١٠٣ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧٥ - ٥٧٧ .
(٢) تراجع المراجع السابقة .

عنصوص 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 يتبعون 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 للشريعة الإسلامية باطل لايجب له الطاعة ، وأن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحت السلطة الحاكمة أيا 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 يعتقد صحته ، 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 يحدد الربوبية فيدعى أن ليس ثمة إله أو يحدد الوجدانية فيدعى أن الله شركاء أو يقول بأن الله صاحبة أو ولداً 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 تنبئ لتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات ، والحاكين 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 بزمان 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 والمخلوق 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 للآلوسي ج ٦ ص ١٤٠ - تفسير الطبري ج ٦ ص ١١٩ - تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٠٠ - التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ٠ من 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 أيّا 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 المنافى 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 ﴿يُخِيلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنْهَا 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 اللطفي عليه أن تعلم السحر وتعليمه حرام ، واعتقاد إباحته كفر ولكنهم اختلفوا في حكم الساحر ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الساحر

يكفر بتعلم السحر وبفعله سواء اعتقد تحريمه أو لم يمتدحه ويقتل بذلك دون استتابة لما روى عن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « حد الساحر ضربه بالسيف » ولذلك يرى الخنفزيون قتل المرأة ولو أنهم لا يرون قتل المرأة المرتدة لأن الساحر يقتل حداً لا ردة ولو أنه يكفر بسحره ، والمرتد يستتاب أما في الحد فلا استتابة إلا حيث يوجد نص . ولا نص ^(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 الحصنات المؤمنات » فكان هذا بياناً جلياً بأن السحر ليس من الشرك ولكنه معصية موبقة كفقت

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ . - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨

للفن ج ١٠ ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ . (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٧

النفس فارتنع 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 الكاهن والعراف نفس الخلف في الساحر . والكاهن هو الذى له رؤى من الجن يأتية بالأخبار والعراف هو الذى يحبس 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 وإسلام 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 صاحباً ثم جن بعد ذلك لم يقتل حال جنونه لأنه يقتل بالإصرار على الردة بعد استنابته والمجنون لا يمكن أن يوصف بالإصرار كما أنه لا يمكن أن يستناب ، فإذا قتل قبل إفاقته أو بعدها وقبل استنابته عزرت نفويته الاستنابة الواجبة ولا فتياته على السلطات العامة ، ولكنه لا يسأل عن القتل ، وإذا كان المجنون المقتول امرأة فلا قود على قاتلها عند أبي حنيفة ، وإنما على القاتل التمييز فقط ، لأن الردة تبيح دم صاحبها ، وكل جنابة على المرتد هدر ، ومنع قتل المرأة بالردة راجع للشبهة^(١)

والقاعدة عند الشافعي وأحمد أن المجنون تنفذ عليه حال جنونه عقوبة كل جريمة ثبتت عليه بالبيينة ، وعقوبة كل جريمة ثابتة بالإقرار ، إذا كان المدول عن الإقرار لا يسقط الإقرار كالتقصاص . أما إذا كانت الجريمة ثابتة بالإقرار وكان المدول عن الإقرار يسقط العقوبة كما هو الحال في السرقة والزنا والشرب فيوقف التنفيذ حتى يفيق المجنون 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 المجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصاً ، فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقة المجنون وباقي الرأى ، ورأى أبي حنيفة في التشريع الجنائى^(٣) .

٦٧٦ — ردة المكره وإسلامه : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن

(١) المفتى 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 — المفتى 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 أتاه وهو سكران سواء أدخل السكر 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 السكر على نفسه وكان عالماً بأنه يتناول سكرأ ، 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 الذى لا يعقل غير صحيحة ولكنهم اختلفوا في ردة الصبي الذى يعقل على الوجه الآتى :

فيرى أبو حنيفة ومحمد أن البلوغ ليس بشرط للردة فتصح ردة الصبي الذى يعقل ، ويرى أبو يوسف أن الصبي الذى 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) المنى ج ١٠ ص ١٠٨ ، ١١٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - المذهب ج ٢ ص

٢٣٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ - مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٤ .

اللميز يصح إسلامه فتصح رדתه 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 ولكن يحبس إذا لا قتل إلا على البالغ بعد استنابته فيحبس الصبي حتى يبلغ ثم يستناب ، ويشترط أبو يوسف البلوغ لصحة الردة فلا تصح الردة عنده إلا إذا بلغ الصبي مرتدًا ، وحجته أن عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وتبرأته والردة مضرّة محضة ، أما الإيمان فيصح من الصبي لأنه نفع محض ولذلك صح إسلام الصبي عند أبي يوسف ولم تصح رדתه ^(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 رדתه ، وهو يتفق مع رأى أبي يوسف ^(٢) .

ويلاحظ أن الخلاف ليس له أهمية عملية من الناحية الجنائية ، لأن الصبي لا يقتل سواء قيل بصحة رדתه أو بعدم صحتها إذ الفلام لا تجب عليه الحدود حتى يبلغ ، فإذا بلغ فثبت على رדתه ، ثبت حكم الردة ووجب عليه العقوبة بعد الاستنابة إن لم يتب ، فيستوى إذن في الحكم المرتد قبل بلوغه والمرتد وقت بلوغه ، والمسلم الأصلي الذي ارتد والكافر الذي أسلم صبيًا 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) الفتن 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 لكان 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 ردته ، وبعضهم يصحح إسلامه ولا يصحح ردته ، وبعضهم يصحح إسلامه وردته معاً ، 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 - الفتى ج ١٠ ص ٨٨ - المحلى ج ١٠ ص ٦١٨ ، ٣٤٤ - المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ .

«مروهم بالصلاة اسبع» فدل ذلك على صحة عباداتهم فيكون حداً لصحة إسلامهم ،
وبعض الفقهاء يرى تصحيح إسلام الصبي إذا بلغ خمس سنوات وحجته أن
عليها 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 وإسلامه : ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة
الكفر أو بعمل مكفر لم يصير كافراً وهذا متفق عليه في المذاهب الأربعة ، وعليه مذهب
الشيعة الزيدية ومذهب الظاهريين ، وشهادة ذلك قوله تعالى ﴿ لا من أكره وقلبه
مطمئن بالإيمان ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ﴾
ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم «عني لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكروها

(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 الأزهاري 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 كالذبح 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 الثاني

القصد الجنائي

٦٧٩ - وبشترط لوجود جريمة الردة أن يتعمد الجاني إتيان الفعل أو القول الكفري وهو يعلم بأنه فعل أو قول كفري ، فمن 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 ربي وأنا عبدك - فقال : أنت عبدى وأنا ربك .

وبشترط الشافعي أن يقصد الجاني أن يكفر ، فلا يكفي أن يتعمد إتيان الفعل أو القول الكفري ، بل يجب أن ينو الكفر مع قصد الفعل ، وحجته حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات » - فإذا لم ينو الكفر فلا يكفر ^(٢) وعلى هذا الرأي مذهب الظاهريين لأنهم يشترطون النية ^(٣) في كل الأعمال وحجتهم حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » فالصحيح عندهم أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به .

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦ - المهذب ج ٢ ص ٢٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢١ - المنى 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 يتمدد 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 المازل 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 أمانة 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 لأنها تنجبر 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 ٢٩٢ - كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ - شرح فتح القدير

ج ٤ ص ٤٠٧ .

على الإسلام يكون بأن تحبس وتخرج كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت . وإلا حبست وهكذا إلى أن تسلم أو تموت^(١)

وللأذهاب 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 للدار 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 - المفهوج ١٠ ص

٧٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٧ - شرح الأزهري ج ٤ ص ٥٧٨ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٧٤ ، ٥٧٨ .

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 ولكنه 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 أُرهِق أى قارب البلوغ كابن ثلاث عشرة سنة . فهذان إذا بلغ أحدهما كافراً فلا يقتل بكفره وإنما يجبر على الإسلام بالتعزير^(٢)

أما بقية المذاهب فتري 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 الاستتابة واجبة ، وهو مذهب مالك والشيعة الزيدية وهو الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد ، وهناك رأى في مذهب الشيعة الزيدية أن الاستتابة مستحبة وهو رأى مرجوح^(٤) ويرى أبو حنيفة أن الاستتابة مستحبة لا واجبة ، لأن الدعوة قد بلغت المرتد فانتفى بذلك الوجوب ، وإنما يعرض عليه الإسلام استجباباً فلعلمه يسلم وهذا القول رأى للشافعي وأحمد . ويرى الظاهريون أن الاستتابة 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 لاستنابة: مذهب مالك على أن الاستنابة مدتها ثلاثة أيام يليها من يوم ثبوت الكفر على المرتد، لا من يوم الكفر ولا من يوم الرفع أى التبليغ.

ولا يحسب اليوم إن سبته 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 سأل هو التأجيل، أجله ثلاثة أيام، وإن لم يطمع في توبته ولم يسأله هو التأجيل قتله من ساعته^(٢).

وفى مذهب الشافعي رأيان: أحدهما: أن الاستنابة مدتها ثلاثة أيام لأنها مدة حرورية يمكن فيها الارتياح والنظر، والرأى الثانى: أن يقتل في الحال إذا استتيب فلم يقب، وهو الرأى الراجح في المذهب^(٣).

ومذهب أحمد على أن مدة الاستنابة ثلاثة أيام مع حبس المرتد فيها^(٤). ولا يحدد الظاهريون مدة الاستنابة، ويرون قتل المرتد في الحال إذا لم يقب^(٥). ولكن الشيعة الزيدية يحددون مدة الاستنابة 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 حققه: فقال عمر رضى الله عنه هلا طفيتم عليه بيتاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً

(١) شرح الزرقاني 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 — كشف القناع ج ٤ ص ١٠٤

(٥) المحلى ج ١١ ص ١٩٢

(٦) الروض النضير ج ٤ ص ٣٢٤ — تنوير الأضمار ج ٤ ص ٣٧٩، ٣٨٠

واستتبعوه له ليتوب ويرجع إلى الله سبحانه وتعالى ، اللهم إني لم أحضر ، ولم آمر ، ولم أرض ، إذ باغى ، 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 كن خصوص 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 بفض النظر عما إذا كانت الاستتابة واجبة أو مستحبة فإن مالكا يمنع من استتابة ثلاثة :
١ - الساحر إذا أتى من السحر ما يعتبر كفرًا فإنه لا يستتاب ويقتل ،
وإذا تاب لم تقبل توبته إلا أن يجيء بنفسه مبلغاً عن سحره وتائباً منه ، فذاك 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 مقرأ بزندقته ومعلنًا توبته دون أن يظهر عليه فتقبل توبته^(٢) :

٣ - من سب نبياً أو ملكاً 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 حد خاص 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 استغاثته ، على أن هناك من يرى فعله رده ، وفي هذه الحالة يستتاب فإن تاب نكّل أى عزز^(١) .

أما المعتاد على الرد فسيستتاب 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 يقناهى خبثه فى عقيدته لقوله تعالى ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ ولقول 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 نبيائغيره، 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 ويعزر على السب^(٥) . وفى مذهب أحمد : ١ - لا تقبل توبة الزنديق ، لأن الله تعالى يقول ﴿ إلا الذين تابوا وأصلحوا ، ويدينوا ﴾ والزنديق لا يظهر منه ما يقين 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 يهديهم 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 يضر السحر ولا يحجر به فيكون إظهار الإسلام خوفاً من القتل^(١).

وهناك رواية أخرى عن أحمد يرى الأخذ بها بعض فقهاء المذهب وهي قبول توبة المرتد وإن تباثبه 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 القائلين بقتل الساحر، يرون قتل الساحرة، لأن القتل حد لا يستتاب فيه... ٢ - الزنديق والرأي في توبته هو ما يرونه 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 بعدهما.

والثاني : يرى أنه مرتد يقتل للردة فتقبل توبته^(١)

٤ — من تكررت ردة فلا تقبل توبته^(٢)

ومذهب الظاهر بين كذهب 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 من تقبل توبته
أن يسقط القتل عنه بالتوبة فيمورد معصوم الدم كما كان قبل الردة فإذا قتل شخص
ما أقيده لأنه قتل نفساً معصومة أما قبل ذلك فيكون المرتد مهدر الدم من
وقت الردة فإذا قتل شخص مالم يعتبر قاتلاً وإنما يعزر فقط لافتيائه على السلطات
العامّة 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 من 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 مرتدين ، 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 العامّة^(٥)

ثانياً : العقوبة البدلية

٦٨٧ — العقوبة البدلية للردة تكون في هاتين :

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 الأزمهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٨ — أسنى الطالب 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 رده (وهذا عند من يقبلون توبة المعتاد على الردة) كما يميل بعض الفقهاء إلى إعفاء الجاني من العقاب من أول ردة إلا إذا كان ساباً 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 ويحجر 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 أبناءهم المسلمون لما كانوا^(٢) والراى 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 رده 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 فالمال المكتسب في حال الإسلام يرثه الورثة للمسلمون إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى بالحق أو المال المكتسب حال الردة فيراه أبو حنيفة فيثا ، ويراه أبو يوسف ومحمد ميراثاً - 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 للمسلم الكافر » فالمذاهب الثلاثة لا تجعل 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 موتاً فهو مسلم قد مات فيرثه ورثته المسلمون .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة ورأى أبي 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 ببلحاقه لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المقررة في دار الإسلام ، لأن زوال الملك عن المال بالمرتد بمنزلة الكوفة مالا فاضلا عن حاجته لانتهاه حاجته بالموت وبمنزلة الانتفاع به ، وقد وجد هذا المعنى في اللحاق ، لأن المال الذي في دار الإسلام يخرج من أن يكون منتفعا به في حقه لمجزئه عن الانتفاع به ، فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته ، لمجزئه عن قضاء حاجته به ، فكان اللحاق بمنزلة الموت في تولاه من زبلا 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 أهمية المرتد للتصرف** - : لانتؤثر 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 مكنسباً قبل الردة أو بعدها فتصرفاته لا تكون نافذة ، وإنما توقف
تصرفاته ، فإن أسلم نفذت - وإن مات على رده كانت تصرفاته باطلة لأنها
تمس أموالاً تعلق 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 الثابتة ما لم يكن معلقاً على شرط وكذلك الهبة والرهن
وما أشبهه - على أن في هذه المذاهب الثلاثة رأى مرجوح يرى أصحابه بطلان
تصرفات المرتد بطلائاً مطلقاً ، وهذا على أساس النظرية القائلة بأن الردة تربل
الملك ولا توقفه ، فإذا أزيلت الردة عن الملك عن المرتد فتصرف كان التصرف باطلا
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 وعبد ، فملك المرتد لا يزول بالردة ولا يوقف وإنما يزول الملك
بالموت أو القتل أو اللحاق بدار الحرب ، وعلى هذا فإن تصرفات المرتد عندها
جائزة كما تجوز من المسلم ، ولكنهما اختلفا في مدى جواز هذه التصرفات ، فرأى

(١) نرح الأزهاري ج ٤ ص ٥٧٨ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٤ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٦ ،

٦٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ - المغني ج ١٠ ص ٨٣ .

مكتف 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 يجعلون التصرفات في القرب لغواً كالوقف والصدقة والنذر إلا الممتع فإذا لم تتناول التصرفات القرب فهي موقوفة فإن أسلم نفذت وإلا بطلت ^(٢) .



الباب الأول

في الجنايات

رقم الصفحة	رقم الفقرة	
٤	١	معنى الجناية
٥	٢	أقسام الجناية

الفصل الأول

في القتل

٦	٤	تعريف القتل
٧	٥	أقسام القتل
١٠	المبحث الأول	في القتل العمد
		أركان جريمة القتل العمد
١٢	الركن الأول	القتيل آدمى حي
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 الجاني
٢٥	٢٨	فعل مبيت من الجاني
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 والمتسبب والشرط
٣٧	٤٨ قدرة المجنى 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 المجنى عليه
٤٨	٥٩ القتل بفعل غير مادى

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٤٩	٦٠ تعدد الأسباب
٥١	٦١ اقطاع 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 بالمحدد
٦٥	٧٨ القتل بمثقل
٦٧	٧٩ الإلقاء في مهلكة
٦٩	٨٠ التعريق والتعريق
٧١	٨٠ الخنق
٧٢	٨٢ الحبس ومنع الطعام والشراب
٧٣	٨٣ القتل بسبب شرعى
٧٤	٨٤ القتل بوسيلة ممنوعة
٧٥	٨٥ التسمم
٧٨	الركن الثالث : أن يقصد الجاني إحداث الوفاة

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٨٣	٩١ رضاء المجنى عليه بالقتل
٨٥	٩٢ الرضاء بالجرح
٨٦	٩٣ أسباب الخلاف بين الفقهاء في الإذن بالقتل
٨٦	٩٤ مقارنه بين الشريعة والقانون
٨٧	٩٥ القصد المحدود وغير المحدود
٨٨	٩٦ الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية
٨٩	٩٧ مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية
٨٩	٩٨ القصد الاحتمالى
٩١	٩٩ مقارنة
٩٢	١٠٠ إثبات 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 لوقاة المحنى عليه
١٠٠	١١٤ الركن الثانى : أن يتعمد الجانى الفعل
١٠١	١١٥ القصد الاحتمالى
١٠١	١١٦ القصد المحدود وغير المحدود
١٠١	١١٧ الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية
١٠٢	١١٨ رضاء المجنى 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
١٠٥	١٢٧
١٠٨	١٢٨
١٠٨	١٢٩
١١٠	١٣٧
١١١	١٤٦
١١٣	١٤٨
١١٤	١٤٩
١١٥	١٥٣
١١٥	١٥٤
١١٩	١٥٥
١٢٥	١٥٦
١٢٦	
١٢٨	
١٢٩	
١٣٦	
١٣٣	
١٣٥	١٥٧
١٣٦	١٥٨
١٣٦	١٥٩
١٣٧	١٦٠
١٣٨	١٦١
١٤٠	١٦٢

رقم الصفحة	رقم الفقرة
١٤٠	١٦٣ مستحق القصاص
١٤١	١٦٤ طبيعة ملكية الورثة لحق القصاص
١٤٢	١٦٦ من يلي الاستيفاء
١٤٥	١٦٨ تعدد مستحق الاستيفاء
١٤٨	١٧١ تأخر الاستيفاء لا يؤدي إلى إطلاق سراح الجاني
١٤٩	١٧٣ الأمن من التعدي إلى غير القاتل
١٥٠	١٧٤ كيفية الاستيفاء
١٥٣	١٧٥ حكم الفعلين
١٥٣	١٧٦ حضور المستحقين الاستيفاء
١٥٤	١٧٧ تفقد آلة القتل
١٥٤	١٧٨ جواز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف
١٥٥	١٧٩ استئثار السلطان باستيفاء القصاص
١٥٥	١٨٠ سقوط القصاص
١٥٥	١٨٧ فوات محل القصاص
١٥٧	١٨٢ العفو
١٦٧	١٩٠ الصلح
١٦٩	١٩٦ إرث حق القصاص
١٧٢	١٩٧ الكفارة
١٧٥	٢٠٣ العقوبات البدنية للقتل العمد
١٧٦	٢١٤ أولاً - الدية
١٨٣	٢١٦ ثانياً - التعزير
١٨٤	٢١٧ ثالثاً - الصيام

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 البديلة
٢٠٠	٢٤٦ العقوبات التبعية
	٢٤٧ عقوبات القتل الخطأ
٢٠١	العقوبات الأصلية
٢٠١	٢٤٨ أولاً - الدية
	٢٥٦ ثانياً - الكفارة
٢٠٣	٢٥٧ العقوبات البديلة (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	الشجاج عند أبي حنيفة ٢٦٥
٢٠٧	الشجاج عند مالك ٢٦٦
٢٠٧	الشجاج عند الشافعي وأحمد ٢٦٧
٢٠٧	القسم الرابع : الجراح ٢٦٨
٢٠٧	القسم الخامس : مالا يدخل تحت الأقسام السابقة ٢٦٩

الجنائية على مادون النفس عمداً

- الركن الأول : فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته ٢٠٨
الركن الثاني : أن يكون الفعل متعمداً ٢١٠

الجنائية على مادون النفس خطأً

- ٢١١ فرق هام ٢٨٢
٢١١ عقوبة الجنائية على مادون النفس
٢١١ أولاً - عقوبة الجنائية على مادون النفس عمداً
٢١٢ القصاص ٢٨٣

أسباب امتناع القصاص العامة

- ٢١٣ أولاً - إذا كان القتيل جزءاً من القاتل ٢٨٤
٢١٣ ثانياً - انعدام التكافؤ ٢٨٥
٢١٧ ثالثاً - أن يكون الفعل شبه عمد ٢٨٦
٢١٨ رابعاً - أن يكون الفعل تسبياً ٢٨٧
٢١٨ خامساً - أن تكون الجنائية وقعت في دار الحرب ٢٨٨
٢١٨ سادساً - عدم إمكان الاستيفاء ٢٨٩
٢١٩ أسباب امتناع القصاص الخاصة بمادون النفس ٢٩٠
٢١٩ أولاً - عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف ٢٩١

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 الإليطان
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 يجبس الجاني إذا أخر القصاص
٢٣٨	٣١١ مدى سلطة الولي والوصي

رقم الصفحة

رقم الفقرة

٢٣٩	هل يصح قصاص الصغير والمجنون	٣١٢
٢٣٩	من إلى 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 لبعض	٣٢٥
٢٥٥	السراية لبعض	٣٢٦

سقوط القصاص

٢٥٧	فوات محل القصاص	٣٢٨
٢٥٨	العفو	٣٢٩
٢٥٩	من يملك العفو	٣٣٠
٢٥٩	الصلح	٣٣٢

المقوبات الأصلية الثانية

٢٦٠

الحرر

العقوبات البدنية

٢٦١	أولاً - الدية	
٢٦١	والأرض 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 الفائط	٣٤٦
٢٦٥	الجلد	٣٤٧
٢٦٦	شعر الرأس وشعر اللحية والحاجبين	٣٤٨
٢٦٦	اليدين	٣٤٩
٢٦٧	الرجلان	٣٥٠
٢٦٨	العيان	٣٥١
٢٦٨	الأذنان	٣٥٢
٢٦٩	الشفقتان	٣٥٣
٢٦٩	الحاجبين	٣٥٤
٢٦٩	التديان والجلتان	٣٥٥
٢٧٠	الأثنيان	٣٥٦
٢٧١	الشفران	٣٥٧
٢٧١	الإليتان	٣٥٨
٢٧١	الحيان	٣٥٩

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٢٧١	أشعار الصين ٣٦٠
٢٧٢	أهداب العينين ٣٦١
٢٧٢	أصابع اليدين وأصابع الرجلين ٣٦٢
٢٧٢	الأسنان ٣٦٣
٢٧٤	إذهاب المعاني ٣٦٥
٢٧٥	١ - السمع ٣٦٦
٢٧٥	٢ - البصر ٣٦٧
٢٧٥	٣ - الشم ٣٦٨
٢٧٥	٤ - الذوق ٣٦٩
٢٧٦	٥ - الكلام ٣٧٠
٢٧٦	٦ - العقل ٣٧١
٢٧٧	الشي والجماع ٣٧٢
٢٧٧	الصغر ٣٧٣
٢٧٩	معاني أخرى ٣٧٥
٢٧٩	ما يجب في قوات بعض المعنى ٣٧٦
	ما يجب فيه أرش مقدر
٢٧٩	الأطراف التي لها أرش مقدر
	أرش الشجاج
٢٨١	الروضة ٣٧٩
٢٨٢	المناصرة ٣٨٠
٢٨٢	النقلة ٣٨١
٢٨٢	الآمة ٣٨٢
٢٨٣	العامضة ٣٨٣

أرش الجراح

هل تساوى الديات لكل الأشخاص

الأنثى ثم بعدها التكافؤ

٢٨٤	دية الأنثى فيما دون النفس	٣٨٤
٢٨٥	الأرش 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 البديلة 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 يجهض الحامل	٣٩٧
٢٩٤	انقصال الجنين	٣٩٩
٢٩٧	قصد الجاني	٤٠٨
٢٩٨	العقوبات المقررة للجناية على الجنين	٤١٢
٢٩٩	أولاً - انقصال الجنين عن أمه ميتاً	٤١٣
٣٠٠	ثانياً - انقصال الجنين عن أمه حياً وموته	٤١٥

بسبب الفعل

٣٠١	ثالثاً — انفصال الجنين عن أمه حياً ولم يمت	٤١٦
٣٠١	رابعاً — انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عدم انفصاله	٤١٧
٣٠١	خامساً — أن يترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أو موتها	٤١٨
٣٠٢	الكفارة	٤١٩
	إثبات الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين	
٣٠٣	الإقرار	٤٢١
٣٠٥	إقرار زائل الفعل	٤٢٥
٣٠٦	إقرار المكره	٤٢٧
٣٠٨	شروط الإكراه	
٣١١	حكم إقرار المكره	٤٣٤
٣١٢	الإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل	٤٣٥
٣١٤	رجوع المقر عن إقراره .	٤٣٨

الشهادة

٣١٥	الجرائم التي توجب عقوبة بدنية	٤٤٠
٣١٧	الجرائم التي توجب تعزيراً بدنياً	٤٤٢
٣١٨	إثبات الجرائم الملوحة لعقوبة مالية	٤٤٥

القصاص

٣٢١	معنى القسامة	٤٥٠
٣٢٤	اختلاف الفقهاء في شرعية القسامة	٤٥١
٣٢٧	لماذا شرعت القسامة	٤٥٤
٣٢٨	هل شرعت القسامة للآليات أم للنفي	٤٥٦

رقم الصفحة

رقم الفقرة

٣٢٩	الجرائم التي يجوز فيها القسامة	٤٥٧
٣٣٣	كيفية القسامة	٤٦٢
٣٣٤	من يدخل القسامة	٤٦٣
	شروط القسامة	٤٦٩

الضرائع

٣٤٢	النكول عن اليمين وردها	
٣٤٣	مسائل عامة عن الحدود	
٣٤٣	تعريف الحد	٤٧٧
٣٤٣	الحد والجناية	٤٧٨
٣٤٥	جرائم 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 : الوطء المحرم	
٣٥٠	الوطء المعتبر زنا	٤٨٥
٣٥٢	الوطء في الدبر	٤٨٦
٣٥٣	وطء الزوجة في دبرها	٤٨٧

٣٥٤	وطء الأموات	٤٨٨
٣٥٥	وطء البهائم	٤٨٩
٣٥٦	وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية	٤٩٠
٣٥٧	وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجتونة	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 الوطء	٤٩٧
٤٦٧	الرضاء بالوطء	٤٩٨
٤٦٧	الزواج اللاحق	٤٩٩
٣٦٨	وطء من وجب عليها القصاص	٥٠٠
٣٦٨	للمساحقة	٥٠١
٣٦٩	الاستثناء	٥٠٢
٣٧٠	العجز عن ادعاء الشبهة	٥٠٣
٣٧١	إنكار أحد الزانين	٥٠٤
٣٧٢	ادعاء أحد الطرفين الزوجية	٥٠٥
٣٧٣	بقاء البكارة	٥٠٦
	تعمد الوطء	
	الركن الثاني	

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

٣٧٦	التطور التشريعي لعقوبة الزنا	٥٠٨

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	للساحقة	٥٠١
٣٦٩	الاستثناء	٥٠٢
٣٧٠	العجز عن ادعاء الشبهة	٥٠٣
٣٧١	إنكار أحد الزانين	٥٠٤
٣٧٢	ادعاء أحد الطرفين الزوجية	٥٠٥
٣٧٣	بقاء البكارة	٥٠٦
	تعمد الوطاء	
	الركن الثاني	

الفصل الثاني

في عقوبة الزنا

٣٧٦	التطور التشريعي لعقوبة الزنا	٥٠٨

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	خامساً : أن يكون عدد الشهود أربعة	
٤١٦	شهود الإحصان	
٤٢٧	سادساً : أن يقنع القاضي بشهادة الشهود	
٤٣١	علم القاضي	
	المبحث الثاني الإقرار	
٤٣٥	إقرار زائل العقل	٥٣٩

رقم الصفحة

رقم الفقرة

٤٣٦	إقرار النائم	٥٤٠
٤٣٦	أثر التقادم على الإقرار	٥٤١
٥٣٧	التحاييل على الإقرار	٥٤٢
٤٣٨	الإقرار في مجلس القضاء	٥٤٣
٤٣٨	الرجوع عن الإقرار	٥٤٤
٤٤٠	القرائن	٥٤٥
٤٤١	اللعان	٥٤٦

تنفيذ العقوبة

٢٤١	مقدار الحد	٥٤٧
	مقارنة بين الشريعة والقانون على الأدلة على الزنا	
٤٤٢	التكليف الشرعى لحد الزنا	٥٤٨
٤٤٢	تعدد العقوبات	٥٤٩
٤٤٢	الداخل	
٤٤٣	الجب	
٤٤٤	من الذى يقيم الحد	٥٥٠
٤٤٥	علانية التنفيذ	٥٥١
٤٤٥	كيفية التنفيذ فى الرجم	٥٥٢
٤٤٨	كيفية التنفيذ فى الجلد	٥٥٣
٤٥٠	التنفيذ على الحامل	٥٥٤
٤٥٢	التنفيذ على المريض	٥٥٥
٤٥٢	المريض الذى يرجى شفاؤه	
٤٥٣	المريض الذى لا يرجى شفاؤه	

موانع التنفيذ

٥٥٦	يتمتع التنفيذ إذا جد ما يسقط الحد بعد الحكم به	٤٥٤
	ومسقطات الحد	

الكتاب الثاني

القذف

٥٥٧	تعريف القذف —	٤٥٥
٥٥٨	قاعدة الشريعة في إثبات القذف والسب	٤٥٥
٥٥٩	بين الشريعة والقانون	٤٥٦
٥٦٠	النصوص الواردة في القذف	٤٦١
	المبحث الأول : أركان جريمة القذف	
	الركن الأول : الرمي بالزنا أو نفي النسب	٤٦٣
	الركن الثاني : إحصان المذوف	٤٧٣
	الركن الثالث : القصد الجنائي	٤٧٧
	هل تشترط العلانية في القذف	٤٧٨
	المبحث الثاني : في دعوى القذف	٤٨٠
٥٦٧	من يملك الحصومة	٤٨٠
٥٦٨	بين الشريعة والقانون	٤٨٣
٥٦٩	هل حد القذف حق لله أم حق للعبيد	٤٨٤
	المبحث الثالث : في الأدلة على القذف	
	يثبت القذف بالطرق الآتية	
٥٧١	أولا — الشهادة	٤٨٨
٥٧٢	ثانيا — الإقرار	٤٨٩

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٤٩٠	٥٧٣ ثالثاً - اليمين
	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 تدخل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى
٤٩٥	٥٧٨ مسقطات العقوبة

الكتاب 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	الرأحة ٥٩٠
٥١١	المسكر ٥٩١
٥١٢	القيء ٥٩٢
٥١٣	هل يقضى القاضى بعلمه ٥٩٣
٥١٣	امتناع التنفيذ ٥٩٤

الكتاب الرابع

المسقة

٥١٤	أنواع المسقة ٥٩٥
٥١٥	المسقة المعاقب عليها بالتميزير ٥٩٦
	المبحث الأول : في أركان المسقة
٥١٨	الركن الأول : الأخذ خفية
٥٢٦	نظرية الهتك المكامل ٥٩٩
٥٢٦	تعدد الجناة ٦٠٠
٥٣١	التعاون على الإخراج ٦٠١
٥٣٦	الأخذ بالتسبب ٦٠٢
٥٣٨	التسليم بنفى الأخذ خفية ٦٠٣
٥٤٢	الركن الثانى : أن يكون المأخوذ مالا
٥٤٣	أولاً - أن يكون مالا منقولاً ٦٠٦
٥٤٤	ثانياً - أن يكون مالا منقولاً ٦٠٧
٥٤٤	ثالثاً - أن يكون المال محرراً ٦٠٨

٥٥٥	١ - حرز بالمكان وحرز بنفسه	٦٠٩
٥٥٦	٢ - حرز بالحافظ أو حرز بغيره	
٥٧٦	السرقات من الأقارب	٦١٠
٥٨٠	رابعاً : أن يبلغ المال المسروق نصيباً	٦١١
٥٨٨	الركن الثالث : أن يكون مملوكاً للغير	
٥٩٤	سرقه مال المدين	
٦٠٢	سرقه الكفن	
٦٠٤	الأشياء المباعة	
٦٠٤	الأشياء المتروكة	
٦٠٤	اللقطة	٦١٥
٦٠٦	الركاز والسكنز	
٦٠٨	الركن الرابع : القصد الجنائي	
٦١٠	عقوبة الشريك إذا كان الشريك الآخر لا يقطع	٦١٧
	المبحث الثاني : في أدلة السرقة	
٦١١	أولاً - البيئة	٦١٨
٦١٤	من يملك الخصومة	
٦١٥	ثانياً - الإقرار	٦١٩
٦١٧	ثانياً - اليمين	٦٢٠
	المبحث الثالث : فيما يترتب على ثبوت السرقة	
٦١٨	أولاً - الضمان	٦٢١
٦٢١	ثانياً - القسط	٦٢٢
٦٢٢	محل القسط	٦٢٣
٦٢٨	موضع القسط	٦٢٤

رقم الصفحة	رقم الفقرة
٦٢٨	٦٢٥ التداخل
٦٢٩	٦٢٦ من الذي يقيم الحد
٦٢٩	٦٢٧ تعليق اليد بعد قطعها
٦٢٩	٦٢٨ مسقطات القطع
٦٣٥	٦٣٠ الشروع في السرقة
٣٣٦	٦٣١ متى يعتبر الفعل شروعا في 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 القتل لا غير
٦٥٢	٦٤٢ القتل 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 من 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 صبيّاً أو فاقد العقل
٦٧٠	٦٥٨ حكم المال المأخوذ حراًبة

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 : القصد الجنائي (قصد البغي)
٦٩٧	٦٦٥ مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية

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 البدلية
٧٢٨	٦٨٨ ثالثاً - العقوبة التبعية
٧٢٨	٦٨٩ ١ - مصادرة مال المرتد
٧٣٠	٢ - نقص أهلية المرتد