

التشريع الجنائي الإسلامي

مُقَارَنًا
بالقانون الوضعي

تأليف
عبد القادر عودة

الجزء الثاني



شركة أبناء شريف الأنصاري
للطباعة والنشر والتوزيع
صيدا - بيروت - لبنان

• **المكتبة العظيمة**

الخندق الغميق - ص.ب: 11/8355

تلفاكس: 655015 - 632673 - 659875 11 00961

بيروت - لبنان

• **الدار النورية للطباعة**

بوليفار د. نزيه البزري - ص.ب: 221

تلفاكس: 720624 - 729259 - 729261 7 00961

صيدا - لبنان

• **الطبعة العظيمة**

كفر جرة - طريق عام صيدا جزين

07 230195 - 7 230841 00961

تلفاكس: 655015 - 632673 - 659875 11 00961

صيدا - لبنان

الطبعة الأولى

هـ 1437 - 2016

Copyright© all rights reserved

جميع الحقوق محفوظة للناشر

لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب، أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع، أو نقله على أي نحو، أو بأي طريقة، سواء كانت الكترونية، أو بالتصوير، أو التسجيل، أو خلاف ذلك، إلا بموافقة كتابية من الناشر مقدما.

alassrya@terra.net.lb

E. Mail alassrya@cyberia.net.lb

info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت

www.alassrya.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة المؤلف

الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل، وهداه بعد ضلال، وفقَّهه بعد غفلة، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذي أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهادياً ومعلماً، ﴿لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ وَيَحْيَىٰ مَنْ حَيَّ عَنْ بَيِّنَةٍ﴾ [الأنفال: ٤٢].

وبعد؛ فهذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية، وفقني الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة، وتفوقها على القوانين الوضعية، وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية، والنظريات العلمية والاجتماعية التي لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيراً.

وسيرى القارئ مصداق هذا القول بين دفتي هذا الكتاب، وأرجو أن لا ينتهي من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده، وهو أن الشريعة الإسلامية هي شريعة كل زمان ومكان.

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

﴿رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي * وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي * وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي * يَقْفَهُوا قَوْلِي﴾

[طه: ٢٥ - ٢٨].

الباب الأول

في الجنايات

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

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

وأكثر الفقهاء يتكلمون عن القتل والجرح والضرب تحت عنوان الجنايات، متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق اسم الجناية 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 لجرائم القتل والجرح 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^(٥) على الآدمي إلى ثلاثة أقسام:

١ - جناية على النفس مطلقاً، ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التي تهلك النفس أي القتل بمختلف أنواعه.

(١) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٨٦، الزيلعي ج ٦ / ص ٩٢.

(٢) المرجعان السابقان، وبدائع الصنائع ص ٢٣٣، الإقناع ج ٤ / ص ١٦٢، البجيرمي على المنهج ج ٣ / ص ١٢٩.

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

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٠، مواهب الجليل للحطاب ج ٦ / ص ٢٣٠.

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

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

٣ - جناية على ما هو 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 - جرائم 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 المجني عليه، فالضرب بعصاً قد لا يحدث أثراً وقد يحدث شجة أو جرحاً، وقد يؤدي إلى موت المجني 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 المجني عليه كان الضرب قتلاً عمداً إذا قصد الجاني القتل، وكان قتلاً شبه عمد أي 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.

وتتفق أحكام جرائم القتل والجرح والضرب في الشريعة الإسلامية مع أحكامها في القوانين الوضعية فيما يختص بأركان الجريمة وصورها والأفعال المختلفة المكونة لها، ولا تكاد 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 بينهما من اتصال، وهو نفس ما فعله فقهاء الشريعة في شرح هذه الجرائم.

الفصل الأول

القتل

٤ - تعريف القتل : يعرف القتل في الشريعة كما يعرف في القوانين الوضعية بأنه فعل من العباد تزول به الحياة^(١)، أي أنه إرهاب روح آدمي بفعل آدمي آخر .

والقتل في الشريعة أصلاً على نوعين : قتل محرم، وهو كل قتل عدوان، وقتل بحق؛ وهو كل قتل لا عدوان فيه كقتل القاتل والمترد، وبعض الفقهاء يقسم القتل من حيث الحل والحرمة إلى خمسة أقسام : واجب، وهو قتل المترد إذا لم يتب والحربي إذا لم يسلم أو يعط الأمان، محرم، وهو قتل المعصوم بغير حق، مكروه، وهو قتل الغازي قريبه الكافر إذا لم يسب الله ورسوله فإن سبهما لم يكره قتله، مندوب، وهو قتل الغازي قريبه الكافر إذا سب الله ورسوله، مباح، ومثله قتل المقتص وقتل الأسير، على أن قتل الأسير كما يرى البعض قد يكون واجباً إذا ترتب على عدم قتله مفسدة ومندوباً إذا كان فيه مصلحة، بل يحتمل الوجوب مطلقاً إذا ظهرت المصلحة^(٢) .

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

أولاً : التقسيم الثنائي : يقسم بعض الفقهاء القتل إلى قتل عمد، وقتل خطأ، ولا وسط بينهما، والقتل العمد عند هؤلاء هو كل فعل ارتكب بقصد العدوان إذا أدى لموت المجني 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^(٣)، وهذا هو مشهور مذهب مالك^(٤) .

ثانياً : التقسيم الثلاثي : يقسم معظم الفقهاء القتل ثلاثة أقسام^(٥) :

- (١) تكملة فتح القدير ج ٨ / ص ٢٤٤ .
- (٢) نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي ج ٧ / ص ٢٣٣ .
- (٣) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ / ص ٢٤٠ .
- (٤) حجة مالك وغيره في تقسيم الثنائي ستأتي فيما بعد .
- (٥) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٥، المغني ج ٩ / ص ٣٠، الإقناع ج ٤ / ص ١٦٣، الزيلعي ج ٦ / ص ٩٧ .

أ - عمد: وهو ما تعمد فيه الجاني الفعل المزهق قاصداً إزهاق روح المجني عليه .
ب - شبه عمد: وهو ما تعمد فيه الجاني الاعتداء على المجني عليه دون أن يقصد قتله إذا مات المجني عليه نتيجة للاعتداء، ويسمى شراح القوانين الوضعية هذا النوع من القتل بالضرب المفضي إلى الموت .

ج - قتل خطإ: ويكون في حالات:

أولها: إذا تعمد الجاني الفعل دون أن يقصد المجني عليه، كمن يرمي غرضاً فيصيب شخصاً، وتسمى هذه الحالة الخطإ في الفعل .

وثانيها: إذا تعمد الجاني الفعل وقصد المجني عليه على ظن أن الفعل مباح بالنسبة للمجني عليه ولكن تبين أن المجني عليه معصوم، كمن يرمي من يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو مسلم أو معاهد أو ذمي، وتسمى هذه الحالة الخطإ في القصد .

وثالثها: أن لا يقصد الجاني الفعل ولكنه يقع نتيجة لتقصيره، كمن يتقلب وهو نائم على آخر فيقتله .

ورابعها: أن يتسبب الجاني في الفعل، كمن يحفر حفرة في الطريق فيسقط فيها أحد المارة ليلاً وتؤدي السقطة لوفاته .

ثالثاً: التقسيم الرباعي: يقسم بعض الفقهاء القتل أربعة أقسام:

١ - عمد .	٢ - شبه عمد .
٣ - خطإ .	٤ - ما جرى مجرى الخطإ ^(١) .

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

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

أما ما جرى مجرى الخطإ فنوعان: نوع هو في معنى الخطإ من كل وجه؛ وهو أن يكون القتل على طريق المباشرة كأن ينقلب النائم على إنسان فيقتله، فهذا القتل في معنى القتل الخطإ من كل وجه لوجوده عن غير قصد، ونوع هو في معنى الخطإ من وجه واحد؛

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

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٤، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٣٣ .

(٣) الحربي: هو المنتهي إلى دولة محاربة، **والمرتد:** هو المسلم الذي ترك دينه، **والمعصوم:** هو من لا يحل قتله ولم يهدر دمه .

وهو أن يكون القتل عن طريق التسبب كمن يحفر حفرة في طريق ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع المارة ليلاً من السقوط فيها فيسقط فيها شخص ويموت من سقطته^(١).

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

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

- ١ - عمد.
- ٢ - شبه عمد.
- ٣ - خطأ.
- ٤ - ما جرى مجرى الخطأ.
- ٥ - القتل بالتسبب.

والفرق بين هذا التقسيم والتقسيم السابق أن أصحاب هذا التقسيم يفرقون بين الفعل المباشر والقتل بالتسبب ويجعلون الأخير قسماً مستقلاً^(٢).

ويعزى التقسيم الخماسي إلى أبي بكر الرازي، فقد أاده 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 حريماً لأنه في صفوفهم أو عليه لباسهم فيتبين أنه معصوم، وإذا كان هذا هو الخطأ فإنه لا ينطبق على فعل الساهي أو النائم لأن الفعل في الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة في الفعل وتارة في القصد، وفعل الساهي والنائم غير مقصود أصلاً فليس هو إذن في حيز الخطأ كما أنه ليس في حيز العمد أو شبه العمد، ولما كان حكم فعل الساهي والنائم هو حكم الخطأ من حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازي إلحاقه بالخطأ باعتباره جارياً مجراه.

كذلك لاحظ هذا الفقيه أن الفقهاء يلحقون بحكم القتل ما ليس بقتل في الحقيقة لا عمداً ولا غير عمد، وذلك نحو فعل حافر البئر ووضع الحجر في الطريق إذا عطب به إنسان، وقال: إن هذا ليس بقاتل في الحقيقة إذ ليس له فعل في قتل المجني عليه لأن الفعل القاتل إما أن يكون مباشراً في الجاني أو متولداً عن فعله، وليس من وضع الحجر وحافر البئر فعل في العاثر بالحجر والواقع في البئر لا مباشرة ولا متولداً، فلم يكن قاتلاً في الحقيقة وإنما يمكن اعتباره قاتلاً بالتسبب^(٣).

هذه هي التقسيمات المختلفة للقتل، وظاهر من استعراضها أن التقسيم الثنائي يختلف عن باقي التقاسيم في أنه لا يعترف بالقتل شبه العمد، وأن الخلاف بين التقسيمات فيما عدا ذلك خلاف ظاهري أدى إليه منطق الترتيب والتبويب الدقيق.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٧١، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٣٤.

(٢) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٨٧، تكملة فتح القدير ج ٨ / ص ٢٤٤.

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

ولما كان التقسيم الثلاثي هو أشهر التقاسيم فسنجعله أساساً لبحثنا دون غيره، خصوصاً وأنه يتفق مع التقسيم الذي سار عليه قانون العقوبات المصري وغيره من القوانين الوضعية، فقد قسم قانون العقوبات المصري القتل إلى: عمد، وخطأ، وضرب أفضى إلى الموت؛ أي القتل شبه العمد.

المبحث الأول

القتل العمد

٦ - القتل العمد هو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجني عليه: أي أن تعمّد الفعل المزهق لا يكفي لاعتبار الجاني قاتلاً متعمداً بل لا بد من توفر قصد القتل لدى الجاني، فإذا لم يقصد الجاني القتل وإنما تعمد فقط مجرد الاعتداء فالفعل ليس قتلاً عمداً ولو أدى لموت المجني عليه، وإنما قتل شبه عمد كما يعبر عنه فقهاء الشريعة، وضرب أفضى إلى موت في لغة شراح القوانين الوضعية.

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

تحريم القتل من القرآن: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣] وقال: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾ [الفرقان: ٦٨] وقال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمَّا يَنْتَحِنَ نَزْفُهُمْ وَإِنَّا لَنُكَفِّرُ عَنْهُمْ وَلَٰكِنْ فَتَنًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: ٣١] وقال: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ أُولَٰئِكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ تَحْنُ نَزْفُكُمْ وَإِنَّا لَهُمْ لَفُجْشٌ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطُرٌ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَٰلِكُمْ وَصَّيْتُكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ [الأنعام: ١٥١] وقال جل شأنه: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢].

عقوبة القتل من القرآن: قال الله تعالى: ﴿وَكُتِبَ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالْيَدَ بِالْيَدِ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥].

وإذا كانت هذه الآية تذكر أن هذا الحكم كتب على من قبلنا فليس ذلك بشيء لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقدّم دليل على نسخه، فضلاً عن أن القرآن جاء بنص صريح في أنه مكتوب علينا، وذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ

وَرَحْمَةً فَمَنْ أَعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَى الْأَلْبَابِ لَكُمْ أَنْ تَتَّقُونَ ﴿البقرة: ١٧٨، ١٧٩﴾.

تحريم القتل من السنة: روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزناً بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس » وقال: « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأني رسول الله، فإن قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل » وقال: « من قتل نفسه بشيء من الدنيا عذب به يوم القيامة » وقال: « من أعان على قتل امرئ مسلم بشطر كلمة لقي الله مكتوباً بين عينيه: آيس من رحمة الله » وقال: « قتل المؤمن يعدل عند الله زوال الدنيا » وقال في خطبة عرفات: « ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا ».

عقوبة القتل من السنة: روي عن رسول الله ﷺ أنه وجد في قائم سيفه: « إن أعدى الناس على الله القاتل غير قاتله، والضارب غير ضاربه، ومن تولى غير موابه فقد كفر بما أنزل على محمد » وروي أنه قال: « من اعتبط مؤمناً بقتل فهو قود به إلى أن يرضى ولي المقتول، فمن حال دونه فعليه لعنة الله وغضبه، لا يقبل منه صرف ولا عدل » وقال: « العمد قود » وقال: « من قُتل له قاتل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا فالقود، وإن أحبوا فالعقل ».

أركان جريمة القتل العمد

٨ - أركان جريمة القتل العمد في الشريعة ثلاثة:

أولها: أن يكون المجني عليه آدمياً حياً.

ثانيها: أن يكون القتل نتيجة لفعل الجاني.

ثالثها: أن يقصد الجاني إحداث الوفاة.

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

الركن الأول

القتل آدمي حي

٩ - تقع جريمة القتل على النفس فهي بطبيعتها اعتداء على آدمي حي: ولذلك سماها الفقهاء بالجناية على النفس، فلتحقق وقوع الجريمة يجب أن يكون المجني عليه آدمياً وأن يكون على قيد الحياة وقت ارتكاب جريمة القتل، فمن أطلق مقذوفاً نارياً على حيوان حي 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 الجناني 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 رقبتة فالقاتل هو الثاني لأنه فوت حياة مستقرة أو ما هو في حكم الحياة، ويستدلون على ذلك بحادث عمر رضي الله عنه فإنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج يصلي 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 عليلًا لا يرجى له البرء^(١).

١٢ - أما إذا كان فعل الأول قد أخرج المجني عليه من حكم الحياة كأن قطع حشوته أي قطع أمعاءه وانتزعها ثم جاء الثاني وذبحه، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة: ففريق يرى أن القاتل هو الأول إذا صبر المجني عليه إلى حركة مذبح لأنه هو الذي صيره بفعله لحالة الموت ومن ثم أعطى حكم الأموات مطلقاً، والمفروض فيمن يصل لهذه الحالة أن يكون عاجزاً عن النطق فاقدًا 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 يعتبر في حكم الحياة ما دام لم يسلم الروح، وهو يرث غيره وتصح الوصية له إذا مات الموصي 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 نفسه عمداً^(٣).

(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 الرأي هم الحنفيون والشافعيون والحنابلة وبعض المالكيين، راجع المراجع السابقة.

(٣) من هذا الرأي أصحاب المذهب الظاهري وبعض المالكيين، راجع مواهب الجليل للخطاب ج ٦ / ص ٢٣٣، ٢٤٤، الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٥، المحلى لابن حزم ج ١٠ / ص ٥١٨.

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 بعقوبة خاصة، وسنتكلم 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 لجنسية المجني عليه أو دينه أو لونه أو سنه أو نوعه أو ضعفه أو صحته أي أثر على اعتباره مقتولاً عمداً: فيستوي أن يكون القتل أجنبياً أو من رعايا دولة الجاني، ويستوي أن يكون متديناً أو غير متدين يعتنق دين القاتل أو ديناً آخر، ويستوي أن يكون أبيض أو أسود، عربياً أو أعجمياً، صغيراً أو كبيراً، ذكراً أو أنثى، ضعيفاً أو قوياً، مريضاً أو صحيحاً، ويستوي أن يكون مرضه بسيطاً أو عضالاً يتوقع له الموت أو يرجى له الشفاء، فمن يقتل إنساناً أياً كان فهو قاتل متعمد ولو كان طبيباً قصد أن يخلص القتل من آلام مرضه المستعصي.

١٥ - ووجود جثة القتل ليس شرطاً لاعتبار جريمة القتل واقعة، وليس شرطاً لقيام الدعوى، ما دامت الأدلة قائمة على حدوث واقعة القتل.

١٦ - ولا خلاف بين الشريعة وقانون العقوبات المصري فيما سبق: ولا يشترط القانون المصري لتوفر هذا الركن أكثر مما بسطناه، ولكن الشريعة الإسلامية تشترط فوق ما سبق أن يكون القتل معصوماً؛ أي غير مهدر الدم.

١٧ - والعصمة أساسها في الشريعة الإسلام والأمان: ويدخل تحت الأمان عقد الجزية والموادعة والهدنة، وعلى هذا يعتبر معصوماً المسلم، والذمي، ومن بينه وبين المسلمين عهد أو هدنة، ومن دخل أرض الدولة بأمان ولو كان منتبهاً لدولة محاربة ما دام الأمان قائماً ويعتبر الإذن بالدخول أماناً حتى تنتهي مدة الإذن، فهؤلاء جميعاً معصومون؛ أي لا تباح دماؤهم ولا أموالهم، وإذا قُتل أحدهم كان قاتله مسؤولاً عن قتله عمداً إن تعمد قتله، وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد^(١).

أما أبو حنيفة فيرى أن العصمة ليست بالإسلام وإنما يعصم المرء بعصمة الدار ومنعة الإسلام وبالأمان، فأهل دار الإسلام معصومون بوجودهم في دار الإسلام وبمنعة الإسلام المستمدة من قوتهم وجماعتهم، وأهل دار الحرب غير معصومين لأنهم

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٣١، تحفة المحتاج ج ٤ / ص ١٠، المغني ج ١٠ / ص ٤٧٦، ٦٠٦ وما بعدها، الإقناع ج ٤ / ص ١٧٣، المغني ج ٩ / ص ٢٣٥.

محاربون، وإن كان فيهم مسلم فلا يعصمه إسلامه حيث لا منعة له ولا قوة^(١). والفرق بين رأي أبي حنيفة ورأي بقية الأئمة أن قتل المسلم في دار الحرب لا عقاب عليه لأنه غير معصوم كما يرى أبو حنيفة، وعندهم يعاقب على قتله لأنه معصوم النفس محقون الدم بإسلامه فقط ولا عبرة بوجوده في دار الحرب.

١٨ - وإذا كان أساس العصمة الإسلام والأمان فإن العصمة لا تزول بزوال الأساس الذي قامت عليه: فالمسلم يصبح مهدر الدم بردته وخروجه عن الإسلام، والمستأمن والمعاهد يصبح مهدر الدم بانتهاك أمانه ونقضه عهده، ولا عصمة أصلاً لرعايا الدولة المحاربة ويسمى الفرد منهم حربياً اصطلاحاً، والحربي مهدر الدم أصلاً إلا إذا استأمن فأمن فإنه يعصم عصمة موقوتة بمدة أمانه، وإلا إذا عقدت دولته عهداً ينهي حالة الحرب مؤقتاً أو دخلت في الذمة فإنه يصبح معصوماً بعقد المودعة أو عقد الذمة.

١٩ - وكما تزول العصمة بالردة وبانتهاك الأمان فإنها تزول بارتكاب بعض الجرائم: وهي على وجه الحصر: الزنا من محصن، وقطع الطرق، والقتل العمد، كذلك تزول العصمة - على رأي أبي حنيفة^(٢) - بارتكاب جريمة البغي وهي الخروج على أنظمة الدولة وقوانينها والثورة على القائمين بالأمر فيها، ويسمى الثائرون بغاة، وسنفصل القول فيما يأتي عن كل جريمة من هذه الجرائم^(٣).

٢٠ - ويترتب على زوال العصمة أن يصبح الشخص مهدر الدم، أي مباح القتل: فإذا قتله آخر لا يعتبر قاتلاً لأن قتل المهدر لا يعتبر جريمة من حيث فعل القتل إذ الفعل مباح، ولكن لما كان قتل المهدرين من شؤون السلطات العامة وموكلواً إليها فإن قتل الأفراد لهم يعتبر اعتداء على السلطات العامة ومن ثم يعاقب قاتل المهدر باعتباره مرتكباً لجريمة الافتيات على السلطات العامة لا باعتباره قاتلاً، وهذا هو الراجح في المذاهب الأربعة^(٤).

(١) راجع: بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٢، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٢٧.

(٢) يرى أبو حنيفة وأصحابه أن البغاة غير معصومين، ويخالفه في ذلك مالك والشافعي وأحمد، ويقولون إنهم معصومون إلا في حالة الاشتباك مع أهل العدل، وهم الفريق الآخر من الأمة الذي خرج على البغاة.

(٣) يحسن بالقارئ أن يرجع إلى ما كتبناه عن هذا الموضوع في الجزء الأول من كتابنا، حيث تكلمنا عنه بتوسع.

(٤) الأصل في الشريعة الإسلامية أن من ارتكب جريمة حوكم عليها فإن ثبتت عليه حُكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة، وإن لم تثبت حُكم ببرائته مما نُسب إليه، وإذا حُكم عليه بالعقوبة تولى تنفيذها ولي الأمر أو نائبه، ومن المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد - أي العقوبات المقررة لجرائم الحدود - إلا الإمام أو نائبه؛ لأن الحد حق الله تعالى، أي: حق الجماعة، فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة، ولأن الحد مفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولي الأمر، يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه.

٢١ - الحربي: هو من ينتمي 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 اختص 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 مقتضى كأن ضبط في أرض الوطن أو استؤسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما فلا يؤاخذ القاتل طبقاً للشريعة باعتباره قاتلاً لأن الحربي مباح الدم أصلاً كما قلنا لحرايته فضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته كحربي ومن ثم يبقى دمه مباحاً بعد الضبط أو الأسر، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسؤولية عن قتل مباح باعتبار فعل القتل، وإنما المسؤولية تأتي من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التي يوكل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة، هذا هو حكم الشريعة الإسلامية في هذه الحالة، وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التي تعتبر الفعل قاتلاً عمداً ويعاقب عليه على هذا الاعتبار، ولكن الذي يحدث عملاً أن المحاكم تقدر ظروف الجاني والمجني عليه وتقضي على الجاني بعقوبة مخففة بقدر الإمكان، فالنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية من وجهة تقرير عقوبة على فعل الجاني وأن الخلاف واقع في تصوير الجريمة تصويراً قانونياً، فالقوانين تعتبرها قاتلاً والشريعة ترى فيها اعتداء على السلطة العامة، وكما

= وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد، لأن النبي ﷺ لم ير حضوره لازماً، فقال: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وأمر ﷺ برجم ماعز ولم يحضر الرجم، وأُتي بسارق فقال: «اذهبوا به فاقطعوه».

لكن إذن الإمام واجب في إقامة الحد، فما أقيم حد في عهد رسول الله ﷺ إلا بإذنه، وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم (المهذب ج ٢/ ص ٢٨٧) ومما يروى عن رسول الله ﷺ قال: «أربع إلى الولاة: الحدود، والصدقات، والجمعات، والفيء» (شرح فتح القدير ج ٤/ ص ١٣٠) وإذا كانت القاعدة العامة إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمهم لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف؛ أي: إذا كان الحد قتلاً أو قطعاً، وإنما يسأل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة، أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا والقذف فإنما مقيمهم يسأل عن إقامته، أي: 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 جريمة فيما 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.

أن القوانين تعطي للقضاة حق تخفيف العقوبة لظروف الجاني والجنائية فإن الشريعة تجيز لولي الأمر أن يرتفع بعقوبة التعزير إلى القتل، وجريمة الاعتداء على السلطة العامة من جرائم التعازير فيستطيع أولياء الأمور إن شأؤوا أن يشددوا عقوبتها في بعض الحالات دون البعض الآخر.

٢٢ - المرتد: هو المسلم الذي غير دينه، فلا يعتبر غير المسلم مرتدّاً إذا غير دينه، ويعتبر المرتد مهدر الدم في الشريعة^(١)، فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره قاتلاً عمداً، سواء قتله قبل الاستتابة^(٢) أم بعدها؛ لأن كل جناية على المرتد هدر ما دام باقياً على رده.

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافئات عليها فيعاقب على هذا لا على فعل القتل في ذاته، وعلى هذا الرأي فقهاء المذاهب الأربعة^(٣) إلا أن في مذهب مالك رأياً مخالفاً^(٤) يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبیت المال، وحجتهم أن المرتد يجب استتابته فهو بعد رده كافر فمن قتله فقد قتل كافراً محرماً القتل فتجب عليه دية لبیت المال لأنه هو الذي يرث المرتد، فكأن أصحاب هذا الرأي يزيلون عصمة المرتد بالردة ويعصمون به 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 غيرهما 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،

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين:

أولهما: أنه كان معصوماً بالإسلام، فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدرًا، وأساس العصمة بالإسلام قوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، وأني رسول الله، فإن قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله عز وجل».

ثانيهما: أن عقوبة المرتد في الشريعة القتل حداً لا تعزيراً لقوله ﷺ: «لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزناً بعد إحسان، وقتل نفس بغير نفس» ولقوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه» وعقوبة الحد في الشريعة لا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها، فيعتبر الجاني مهدرًا لوجوب تنفيذ العقوبة، فإذا نفذها عليه أي شخص فقتله قتل مهدرًا بحد من حدود الله مباح القتل، كما لو قتل زانياً محصناً.

(٢) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة القتل على المرتد أن يُستتاب ويُعرض عليه الإسلام من جديد، فإن لم يتب قُتل حداً.

(٣) راجع: البحر الرائق ج ٥ / ص ١٢٥، الإقناع ج ٤ / ص ٣٠١، المذهب ج ٢ / ص ٢٣٨، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٣٣.

(٤) راجع: الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٧١.

ويرجع الخلاف إلى الأساس الذي قام عليه كل منهما، فالقوانين الوضعية قامت على أساس لا ديني فاقتضى منطقها أن لا يعاقب على تغيير الدين، والشريعة الإسلامية أساسها الدين الإسلامي فاقتضت طبيعتها العقاب على تغيير الدين الذي أسست عليه.

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

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

ومثل الزنا من محصن جريمة قطع الطريق المعاقب عليها بالقتل أو القتل والصلب، فإن مرتكبها تزول عصمته بارتكابها ويصبح مهدر الدم، فمن قتله لا يعاقب على قتله وإنما يعاقب فقط على افتياته على السلطات العامة.

وليس في جرائم الحدود المقدرة حقاً لله ما يعاقب عليه بالقتل إلا الزنا من محصن وقطع الطريق والردة، وقد تكلمنا عن الردة في الفقرة السابقة.

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

والقتل الذي يستوجب القصاص من القاتل يزيل عصمة القاتل ويجعله مهدراً من وقت

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

ارتكاب الجريمة إهداراً نسبياً مطلقاً، فهو مهدر فقط بالنسبة لأولياء القتل ولكنه معصوم بالنسبة لغيرهم، فإذا قتله أحد ولاية دم القتل فلا يعتبر قاتلاً عمداً لأن لأولياء القتل في الشريعة حق استيفاء القصاص من القاتل إذا كان القتل ظلماً وعدواناً تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾ [الإسراء: ٣٣] أما إذا قتله من ليس ولياً للقتل فإنه يعتبر قاتلاً عمداً لأن القاتل الأول معصوم الدم بالنسبة للقاتل الثاني، وقد فصلنا الكلام في هذا الموضوع في الجزء الأول من هذا الكتاب بمناسبة الكلام على استعمال الحق وأداء الواجب.

٢٥ - البغي: 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، يرى مالك والشافعي وأحمد^(١) أنهم معصومون إلا في حالة الحرب بينهم وبين أهل العدل، وفي حالة مهاجمتهم لأهل العدل، أو الاعتداء على أموالهم، ويرى أبو حنيفة^(٢) أن البغاة غير معصومين في أي حال وأن دمهم يهدر وعصمتهم تزول بالبغي، وطبقاً لهذا الرأي لا يعاقب قاتل الباغي بعقوبة القتل العمد، وإنما يعاقب باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة، هذا إذا قتله في غير حرب، أما القتل في حالة الحرب فلا يعتبر جريمة باتفاق الفقهاء، وطبقاً لرأي مالك والشافعي وأحمد يعتبر قاتل الباغي قاتلاً عمداً إذا قتله في غير حرب أو حيال أي دفاع عن النفس.

٢٦ - ولا يزيل العصمة ارتكاب أية جريمة أخرى معاقب عليها بالقتل ما دامت العقوبة لا تجب حداً أو قصاصاً: لأن لولي الأمر في غير جرائم الحدود والقصاص حق العفو عن الجريمة، وحق العفو عن العقوبة^(٣)، ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتماً،

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٨، المذهب ج ٢ / ص ٢٣٦، الإقناع ج ٤ / ص ٢٩٣.

(٢) البحر الرائق ج ٥ / ص ٢٧٨، البدائع ج ٧ / ص ٢٣٦.

(٣) ليس لولي الأمر حق العفو في جرائم القصاص، ولكن لأولياء الدم حق العفو بمقابل أو بغير مقابل، بالرغم من تقرير هذا الحق لأولياء الدم واحتمال عفوهم حتى للحظة الأخيرة فإن الجاني يعتبر مهدر الدم لأولياء الدم حتى يعفوا، فإن عفوا أو عفا أحدهم عاد معصوم الدم كما كان قبل ارتكاب الجريمة، وقد يظن أن هناك تناقضاً بين هذه الحالة وحكم الجرائم التي لولي الأمر حق العفو فيها، ففي جرائم القصاص يعتبر الجاني مهدر الدم من وقت ارتكاب الجريمة، مع أن لولي الدم حق العفو، وفي الجرائم التي يملك ولي 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، وولي الأمر يعتبر ممثل الجماعة، وقد اقتضت المصلحة العامة حرمان ممثل الجماعة من حق العفو في جرائم القصاص، تحقيقاً للعدل والمساواة وحفظاً للدماء، كما اقتضت المصلحة العامة التعجيل في تنفيذ العقوبة فأصبحت عقوبة القصاص بهذا لازمة واجبة التنفيذ من وقت وقوع الجريمة، واقتضى هذا النظر اعتبار الجاني مهدرًا، فإهدار دم الجاني في جرائم القصاص اقتضته المصلحة العامة، أما =

وكل عقوبة غير محتمة لا تزيل العصمة ولا تهدر الجاني حتى ولو حكم بها لأن من الجائز أن يعفو ولي الأمر عن العقوبة في اللحظة الأخيرة .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في هذه النقطة، حيث تعتبر القوانين الجاني معصوماً ولو حكم عليه بالإعدام، ولكنها تخالف الشريعة في تعميم هذا الحكم بالنسبة لكل الجرائم، وأساس هذا الخلاف أن جرائم الحدود والقصاص في الشريعة لا تقبل العفو ولا تحتمل الإمهال والتأخير في تنفيذ العقوبة، فاقضى هذا اعتبار مرتكب الجريمة المعاقب عليها بالقتل 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 معصوماً حتى بعد صدور الحكم عليه بالإعدام لجواز العفو عنه .

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

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

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

= العقوبات التي يجوز فيها عفو ولي الأمر، فإن تقرير العفو فيها استوجبه 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 استوجبه المصلحة العامة، والعصمة في غيرها اقتضتها المصلحة العامة، وليلاحظ فوق هذا أن ولي الأمر حين يعفو إنما يعفو عن حق الجماعة، وهو حق عام، وأن ولي الدم حين يعفو عن حقه في القصاص إنما يعفو عن حق خاص، ولا يمكن أن نرتب على العفو عن حقين مختلفين في طبيعتهما نتائج واحدة .

والظاهر أنه لا فرق بين رأي أبي حنيفة ورأيهما إذا اعتبرنا حجة أبي حنيفة، لأنه استند في حجته إلى وقت الموت ونفي مسؤولية الجاني عن القتل على أساس أن المجني عليه لم يكن معصوماً وقت أن أصبح الفعل قتلاً، أي وقت موت المجني عليه، فكأنه بهذا ينظر إلى وقت الفعل ووقت الموت معاً، وهذا نفس ما يقول به أبو يوسف ومحمد.

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

ويختلف أبو حنيفة مع أبي 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 أبي حنيفة أن مسؤولية الجاني تترتب على فعله، ولا فعل منه غير الرمي، ولا يدخل في قدرته غيره، فيصير قاتلاً به إذا كان المجني عليه معصوماً عند الرمي، وحجة أبي يوسف ومحمد أن العبرة بوقت التلف وهو وقت الإصابة، فإن حصل التلف فلا عقوبة، وعلى هذا لو رمى شخص آخر برصاصة، فارتد المجني عليه بعد الرمي وقبل أن يصاب فالجاني مسؤول عند أبي حنيفة لأن المجني عليه كان معصوماً وقت الرمي، وأما عندهما فهو غير مسؤول لأن المجني عليه لم يكن معصوماً وقت الإصابة^(١).

ويرى أصحاب مالك والشافعي 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).

وقد وضع فقهاء المذهب الشافعي قاعدة لتغير حال المجني عليه بين العصمة والإهدار فقالوا: «إن كل جرح وقع أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال في الانتهاء، وما ضمن فيهما يعتبر قدر الضمان فيه بالانتهاء» فإذا جرح شخصاً حربياً أو مرتداً ثم أسلم الحربي أو المرتد ومات من جرحه بعد إسلامه فلا مسؤولية على الجراح لأن الجرح وقع غير مضمون، أي وقع على مهدر، فلا جريمة في فعله، وإذا جرح مسلماً فارتد بعد الجرح ثم مات من جرحه فلا يسأل الجاني إلا عن الجرح والنفس هدر، لأن الفعل أصبح قتلاً أثناء الردة، وقتل المرتد لا عقوبة عليه، ولو قتله مباشرة بعد الردة لم يكن مسؤولاً عن قتله، ويرى البعض أنه لا يسأل حتى عن الجرح من باب أولى ما دام غير مسؤول عن النفس^(٣).

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

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٤، المغني ج ٩ / ص ٣٤٢ وما بعدها.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٦٤ وما بعدها.

الركن الثاني

القتل نتيجة لفعل الجاني

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

٢٩ - نوع الفعل: ولا يشترط أن يكون الفعل من نوع معين لاعتباره قتلاً، فيصح أن يكون ضرباً أو جرحاً أو ذبحاً أو حرقاً أو خنقاً أو تسميماً أو غير ذلك، ويصح أن يقع الفعل من الجاني مرة واحدة، ويصح أن يقع على التوالي في مدة طالت أو قصرت.

٣٠ - أداة الفعل ووسيلته: ولما كان العرف قد خصص لكل آلة استعمالاً، ولكل فعل من الأفعال القاتلة أداة أو وسيلة تحدثه أو يحدث بها ولا يمكن أن يحدث الفعل القاتل غيرها، 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 - رأي مالك: ولا يشترط الإمام مالك شروطاً خاصة في الفعل القاتل أو في أداة القتل، فعنده «أن كل ما تعمد الإنسان من ضربه بلطمة أو بلكزة أو ببندقية أو بحجر أو بقضيب أو بغير ذلك؛ كل هذا قتل عمد، إذا مات فيه المجني عليه» «وأن هناك أشياء يتعمد الإنسان فعلها مثل الرجلين يصطرعان فيصرع أحدهما صاحبه، أو يتراميان بالشيء 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 القتل والغضب 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 المجني عليه، وكذلك الضرب بالقضيب - أي العصا - والأخذ برجل المجني 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 العمد بأنه إتلاف النفس بآلة

(١) راجع مدونة الإمام مالك ج ١٦ / ص ١٠٨، والعبارات التي وضعت بين قوسين هي نص المدونة مع تصرف اقتضاه ربط العبارات.

تقتل غالباً أياً كان نوعها، أو بإصابة المقتل كعصر الأنثيين وشدة الضغط والخنق^(١)، وظاهر من هذا التعريف أنهم يرون أن تكون آلة القتل مما يقتل غالباً.

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

٣٢ - رأي الشافعي وأحمد: ويشترط الإمامان الشافعي وأحمد أن يكون القتل مما يقتل غالباً، ولو كانت الأداة مثقالاً 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 المجني عليه أو صغره أو لوقوع الإصابة في مقتل، ولمعرفة ما إذا كانت الأداة 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 المجني عليه وموقع الفعل من جسمه وأثر الفعل فيه.

فإذا كانت الأداة تقتل غالباً مع إدخال أحد هذه العناصر أو كلها في الحساب فالفعل قتل عمد، وإذا كانت الأداة لا تقتل غالباً مع النظر إلى أي 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

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٠.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٥.

(٣) المثل ما ليس له حد يجرح ولا سن يطعن كالعصا والحجر.

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 المجني عليه، ما يجعل الفعل قاتلاً في الغالب، أو ترك آلاماً وآثاراً انتهت بالموت^(١).

٣٣ - رأي أبي حنيفة: ويشترط أبو حنيفة في أداة القتل أكثر مما يشترط الإمامان الشافعي وأحمد، فهو يشترط مثلهما أن تكون أداة القتل مما يقتل غالباً، ويشترط أكثر منهما أن تكون الأداة مما يُعدُّ للقتل، ولا يغني عنه الشرط الأول عن الأخير، والآلة المعدة للقتل عنده هي كل آلة جارحة أو طاعنة ذات حد لها مؤر 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 والمروحة والرمح الذي لا سنان 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 وغيرهما 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 غالباً، وكانت معدة للقتل كالسيف أو البندقية، فالفعل قتل عمد في رأي أبي حنيفة، أما إذا كانت الآلة مما يقتل غالباً ولكنها ليست جارحة ولا طاعنة فالفعل قتل شبه عمد في رأيه ولو كانت الآلة مدققة مكسرة كالخشبة الكبيرة والحجر الثقيل، والصور الآتية لا تعتبر في رأي أبي حنيفة قتلاً عمداً، ولو كانت نية الضارب منصرفة للقتل وإنما هي في رأيه قتل شبه عمد:

١ - أن يقصد الجاني القتل بعضاً صغيرة أو بحجر صغير أو بلطمة مما لا يقتل غالباً وبشرط أن لا تتوالى الضربات، وذلك لأن الأداة لا تقتل غالباً، ولأنها غير معدة للقتل، ولكن هذه الصورة تعتبر قتلاً عمداً عند مالك دون شرط، وتعتبر قتلاً عمداً عند الشافعي

(١) راجع في مذهب الشافعي: نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٨ وما بعدها، حاشية البجيرمي على المنهج ج ٤ / ص ١٣٠ وما بعدها، تحفة المحتاج ج ٤ / ص ٣ وما بعدها، المهذب ج ٢ / ص ١٨٧ وما بعدها، وراجع في مذهب ابن حنبل: المغني ج ٩ / ص ٣٢١ وما بعدها، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٢٠، الإقناع ج ٤ / ص ١٦٣ وما بعدها.

وأحمد إذا كانت صورة الفعل أو ظرف أو حال المجني عليه أو موقع الإصابة وأثرها في جسمه مما يجعل الأداة قاتلة غالباً.

٢ - أن يقصد الجاني القتل بما لا يقتل غالباً مع موالاة الضربات حتى يموت المجني عليه، فهذه الصورة لا تعتبر قتلاً عمداً عند أبي حنيفة؛ لأن أداة القتل لا تقتل غالباً، ولأنها غير معدة للقتل، أما عند مالك والشافعي وأحمد فهي قتل عمد، وقد اعتبرها مالك عمداً لمجرد تعمد الفعل بقصد العدوان، أما الشافعي وأحمد فقد اعتبروا هذه الصورة قتلاً عمداً؛ لأن موالاة الضرب حتى الموت تجعل أداة القتل قاتلة غالباً، ويكفي عندهما كما قدمنا أن تكون الأداة قاتلة غالباً ليكون الفعل قتلاً عمداً.

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

ولكن مالكاً والشافعي وأحمد يعتبرون هذه الصورة من صور القتل العمد، ويأخذ أبو يوسف ومحمد من فقهاء مذهب أبي حنيفة رأي الأئمة الثلاثة فيعتبران هذه الصور قتلاً عمداً مخالفين رأي أبي حنيفة، ورأيهما هو الراجح في المذهب^(١).

على أن موافقة أبي يوسف ومحمد للأئمة الثلاثة لا تعني الأخذ برأي أحدهم وترك رأي صاحبهما أبي حنيفة، فإنهما قد وافقا الأئمة الثلاثة على تمسكهما بقاعدة أبي حنيفة وهي: اشتراط أن تكون الآلة مما يقتل غالباً، وأن تكون معدة للقتل، وكل ما في الأمر أنهما اعتبرتا المثل أداة معدة للقتل على اعتبار أن المثل يستعمل غالباً في القتل فأصبح بهذا الاستعمال أداة قاتلة، وما دام المثل أداة تقتل غالباً ومعدّة للقتل فالقتل به قتل عمد على شرط أبي حنيفة، وهكذا جاء اتفاقهما مع الأئمة الثلاثة نتيجة لمخالفة أبي حنيفة في اعتبار المثل أداة معدة للقتل، لا نتيجة للأخذ برأي أحد من الأئمة الثلاثة.

٣٤ - أساس الخلاف بين مالك والفقهاء الثلاثة: أساس الخلاف أن مالكاً 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 غيرهما، فقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا * وَمَنْ

(١) راجع: بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٣، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٨٧، الزيلعي ج ٦ / ص ٩٨.

يَقْتُلُ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءُ هُنَّ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٢﴾ [النساء: ٩٣].

والقتل العمد عند مالك هو: كل فعل تعمده الإنسان بقصد العدوان فأدى للموت أيّا 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 يكتفي 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 يقتضي أن تكون كل الأفعال المتعمدة التي تحصل بآلة لا تقتل غالباً كالعصا الخفيفة والسوط، فلا خطأ حتى مع تعدد الضرب ومولاته، كما يقتضي أن تكون الأفعال المتعمدة التي تحصل لما لم يعد للقتل كإسقاط حائط على إنسان أو إلقائه من شاهق أو ضربه بعصاً 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 أي شرط، وسواء كانت الآلة تقتل غالباً أو 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 ﷺ: «ألا إن في قتل السوط...» الحديث، فاقترض منهم طبيعة هذا التقسيم أن يفرقوا بين نوعين من الأفعال المتعمدة هما: القتل العمد، والقتل شبه العمد، وقد استعانوا في التفرقة بين هذين النوعين بمميز صالح للتمييز هو قصد القتل، فإذا قصد الجاني القتل بالفعل قتل عمد، وإذا لم يقصده فهو قتل شبه عمد، لكنهم وجدوا أن القصد أمر داخلي يتعلق بنية الجاني وقلما 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، واشتراطوا 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 الأول، لأن كل إثبات يجيء عن الطريق الثاني يعتبر مشكوكاً فيه حتى يزول الشك بثبوت القصد عن طريق الآلة أو الوسيلة المستعملة في القتل.

واعتبار القصد الجنائي 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 ﷺ 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 وشبه العمد هو قصد القتل فقط، فيجب أن يكون القصد بحيث لا شبهة فيه، والشبهة لا تكون إذا كان القتل بآلة تقتل غالباً ومعدة للقتل، لأن استعمال هذه الآلة يظهر بجلاء قصد الجاني بحيث لا يدخله الاحتمال ولا الشبهة، فما كان هكذا اعتبر العمد فيه كاملاً من كل وجه وكان قتلاً عمداً، ولهذا اعتبر أبو حنيفة القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل قتلاً شبه عمد، ولم يعتبره قتلاً عمداً، لأن الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة، بل يقصد به التأديب والتهذيب عادة، فكان هذا الاعتبار شبهة في القصد، والقتل العمد لا يعتبر موجوداً مع قيام الشبهة في القصد، وكذلك اعتبر الموالاة في الضرب بقصد القتل قتلاً شبه عمد إذا أدى الضرب للموت، لأنه يحتمل حصول القتل بضربة أو ضربتين على سبيل الاستقلال دون حاجة إلى الضربات الأخرى، والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمداً كما تبين مما سبق لاحتتمال أن الضربة والضربتين قصد بهما التأديب والتهذيب، والقاعدة عند أبي حنيفة أنه إذا جاء الاحتمال جاءت الشبهة، وإذا جاءت الشبهة امتنع القول بتوفر قصد القتل وبالتالي بتوفر القتل العمد.

أما في المثلث: 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 احتتمل أن الفاعل لم يقصد هذا الفعل بالذات، وهذا الاحتمال شبهة، والشبهة تمنع القول بالقتل العمد.

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

وعلى هذا الأساس اعتبروا الضربة والضربتين بعضاً خفيفة قتلاً عمداً إذا كانت الآلة تقتل غالباً لظروف المجني عليه أو الفعل أو غير ذلك، كما أنهما اعتبروا الموالاة في الضرب قتلاً عمداً؛ لأن الموالاة تجعل الآلة قاتلة غالباً، واعتبرا الضرب بالمثقل 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 - خلاف أبي يوسف ومحمد لأبي حنيفة: خالفاه في المثقل واعتبرا القتل به قتلاً عمداً، بينما اعتبر أبو حنيفة القتل بالمثقل قتلاً شبه عمد كما بينا، وحجتهما أن الضرب بالمثقل 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 لانتفاء شبهة في القصد ولوجود العمد كاملاً^(١).

٤٠ - بين الشريعة والقانون: لا تفترق آراء شراح القوانين كثيراً عن آراء الفقهاء التي عرضناها، فشراح 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 لا تحدث 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 النظرية المستحيلة أن الفعل إذا لم يؤد للوفاة لا يعتبر شروعاً في قتل عمداً؛ لأن نية القتل عندهم لا تكفي وحدها لاعتبار القتل عمداً، بل يجب أن تكون أداة القتل من شأنها إحداث القتل؛ أي 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 أي مع موالاة الضرب والجرح أو تعدد الإصابات.

(١) راجع: بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٤، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٨٨.

ورأي الفريق الأول يتفق مع رأي أبي حنيفة في الضرب البسيط وضرب الموالاة، كما يتفق مع رأي أبي يوسف ومحمد في الضرب بالمثل، لأنهم ينظرون إلى طبيعة أداة القتل دون نظر إلى تعدد الفعل وظروفه وحال المجني عليه وأثر الفعل فيه، أما رأي الفريق الثاني فيتفق تماماً مع رأي الشافعي وأحمد ومن باب أولى مع رأي مالك، ويلاحظ أن نفي الاتفاق فيما يختص بأداة القتل فقط لا فيما يختص بالمسؤولية 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 المجني عليه السابق على الواقعة أو التالي لها أو إهماله العلاج هو الذي سبب الموت، فلا يسأل الجاني إلا عن الضرب فقط دون الموت، ولو أن المجني عليه لم يمت إلا على أثر الضرب أو الجرح؛ لأن الموت في نظر هؤلاء الشراح لم يكن نتيجة مباشرة لفعل الجاني؛ أي أن فعل الجاني لم يكن السبب المنتج، بل هو سبب عارض فقط، وهذا يتفق كل الاتفاق مع رأي أبي حنيفة في القتل العمد عموماً، كما يتفق مع رأي أبي يوسف ومحمد في مسألة المثل^(١).

٤٣ - الأفعال المتصلة بالقتل: والأفعال التي تتصل بالقتل لا تعدو فعلاً من ثلاثة، فهي إما مباشرة، وإما سبب، وإما شرط، والتمييز بين هذه الأفعال ضروري للتمييز بين القاتل وغير القاتل^(٢).

٤٤ - المباشرة: يعرف الفقهاء المباشرة بأنها ما أثر في التلف وحصله؛ أي ما جلب الموت بذاته دون واسطة وكان علة له كالذبح بسكين، فإن الذبح يجلب الموت بذاته وهو في الوقت نفسه علة الموت، وكالخنق فإنه متلف بذاته للمجني عليه، وهو في الوقت نفسه علة تلفه؛ أي ما أتلّف المجني عليه وكان علة تلفه.

٤٥ - ويُعرفون السبب: بأنه ما أثر في التلف ولم يحصله، أي ما كان علة للموت ولكنه لم يحصله بذاته وإنما بواسطة، كشهادة الزور على بريء بالقتل فإنها علة للحكم عليه بالإعدام، ولكنها لا تجلب بذاتها الإعدام وإنما الذي يجلبه فعل الجلاّد الذي يتولى تنفيذ الحكم، وكذلك حفر بئر وتغطيتها في طريق المجني عليه بحيث يسقط فيها ويموت من سقطته.

والسبب على ثلاثة أنواع:

- ١ - حسي: كالإكراه، فإنه يولد في الكره داعية القتل.
- ٢ - شرعي: كشهادة الزور على القاتل، فإنها تولد في القاضي دواعي الحكم بالإعدام.

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

(٢) راجع: نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٠، الوجيز للإمام الغزالي ج ٢ / ص ١٢٢ وما بعدها.

٣ - ما يولد المباشرة توليداً عرفياً لا حسيّاً ولا شرعياً : كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف، وحفر بئر وتغطيتها في طريق القتل، فإن حفر البئر علة للموت ولكن الحفر ليس هو الذي أَمَات المجني عليه، وإنما السقطة هي التي أَمَاتت، والسبب يشبه المباشرة من وجه، فكلاهما علة للموت، فمعنى ذلك أن الفعل المباشر المؤدي للموت يتولد عن السبب.

٤٦ - الشرط : هو ما لا يؤثر في التلف ولا يحصل بل يتحصل التلف عنده بغيره ويتوقف تأثير ذلك الغير عليه، أي هو ما لا يكون علة للموت ولا يجلب الموت، أو هو كل فعل لم يتلف المجني عليه، ولم يكن علة في تلفه، ولكن وجوده جعل فعلاً آخر متلفاً أو علة في التلف، ولولا وجوده ما كان لهذا الفعل الآخر ذلك التأثير، ومثل ذلك أن يلقي إنسان بآخر في بئر حفره ثالث بغير غرض للقتل، فيموت الثاني، فإذا ما أثر في التلف وحصله هو الإلقاء لا حفر البئر، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له الأثر الذي حدث لولا وجود البئر.

٤٧ - المسؤولية عن المباشر والمتسبب 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 الواسطة، فيستوي بذلك لدى الفقهاء أن يكون القتل العمد مباشرة أو تسبباً إذ لا عبء بالفرق الظاهر بين المباشرة والسبب، وإذا كان فعل الجاني مباشرة سمي القتل قتلاً مباشراً، وإذا كان سبباً تسمى القتل قتلاً بالتسبب.

٤٨ - قدرة المجني عليه على دفع أثر المباشرة والتسبب : ويدق الأمر في تحديد المسؤولية إذا كان المجني عليه قادراً على دفع أثر فعل الجاني، 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 عبء بترك العلاج.

٢ - إذا كان الفعل غير مهلك والدفع موثوق به كمن ألقى آخر في ماء قليل فبقي مستلقياً فيه حتى نام أو تصلبت أطرافه من البرد، فإن الفاعل لا يعتبر قاتلاً، إذ الموت نتيجة لبقاء المجني عليه في الماء وليس نتيجة إلقائه فيه، ويختلف الفقهاء في تطبيق هذا المبدأ، فالشافعية يرون أن من فُصد 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).

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٢٦.

٣ - إذا كان الفعل مهلكاً والدفع سهل كما لو أُلقي من يحسن السباحة في ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق، وكما لو أُلقي شخص في نار قليلة يستطيع الخروج منها فبقي 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 ما دام المجني عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل والخروج من النار فبقي فيها مختاراً^(١)، وأسباب الخلاف هو اختلاف وجهة النظر في تصور حال المجني 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 حاصلاً بيد الجاني مباشرة: فيستوي عندهم في القتل العمد أن يكون مباشرة أو تسبباً، فإذا ذبح الجاني المجني عليه بسكين فهو قاتل عمداً، وإذا أعد الجاني وسائل الموت وهياً أسبابه للمجني عليه فهو قاتل عمداً، ولو كان الموت معلقاً على ظرف معين أو على مشيئة المجني عليه، فبعد قاتلاً عمداً من يحفر بئراً في طريق المجني عليه ويستترها عن نظره، أو جسراً في طريقه، ولو كان المرور في الطريق معلقاً على ظرف خاص أو على مشيئة المجني عليه، وهكذا في غير ذلك من الصور ما دام الفعل يحدث الموت بذاته، أو ما دام بين الفعل والموت رابطة السببية^(٢).

٥٠ - رأي لأبي حنيفة: وأبو حنيفة كبقية الفقهاء لا يفرق بين القتل المباشر والقتل بالتسبب ويعتبر كليهما قتلاً عمداً، ولكنه يجعل عقوبة القصاص للقتل المباشر ويدروها عن القاتل بالتسبب ويجعل بدلاً منها الدية، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي القصاص، ومعنى القصاص المماثلة، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة، فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتلاً بطريق المباشرة ما دام أساس عقوبة القصاص المماثلة 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^(٣).

٥١ - تعدد المباشرة والسبب: وإذا كان الجاني واحداً كان فعله إما مباشرة أو تسبباً إذا كان فعلاً واحداً، فإذا تعددت أفعال الجاني أو تعدد الجناة تعددت تبعاً لذلك أفعال

(١) الوجيز ج ٢ / ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٠، المغني ج ٩ / ص ٣٣٢ وما بعدها، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤١،

٢٤٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٩.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٩.

المباشرة والتسبب، وقد تكون الأفعال جميعها مباشرة، وقد تكون جميعها تسبباً، وقد يكون بعضها مباشرة وبعضها تسبباً.

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

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

٥٣ - التمالؤ: الأصل في التمالؤ هو قضاء عمر رضي 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، فامتنعت عنه فطاوعها، فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة ورجل آخر والمرأة وخدامها فقتلوه ثم قطعوه أعضاء وألقوا به في بئر، ولما ظهر أمر الحادث وفشا بين الناس أخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف ثم اعترف الباكون، فكتب إلى عمر بن الخطاب بخبر ما حصل، فكتب إليه عمر أن اقتلهم جميعاً، وقال: «والله لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً».

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

ومع أن الأئمة الأربعة يسلّمون بأن الجماعة تقتل بالواحد إلا أنهم اختلفوا في معنى التمالؤ، فأبو حنيفة يرى أن التمالؤ هو توافق إرادات الجناة على الفعل دون أن يكون بينهم اتفاق سابق، بحيث يجتمعون على ارتكاب الفعل في قور 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 التمالؤ نتيجة ما فإذا لم يكن فعل الجاني قاتلاً فلا أثر للتمالؤ عليه.

ويرى مالك أن التمالؤ يعني الاتفاق السابق على ارتكاب الفعل والتعاون على ارتكابه، وأن التوافق على الاعتداء لا يعتبر تمالؤاً، ويأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء مذهب

(١) الزيلعي ج ٦ / ص ١١٤، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣١٠، المغني ج ٩ / ص ٣٦٦، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٣٥ وما بعدها، المذهب ج ٢ / ص ١٨٦.

الشافعي ومذهب أحمد، ولكنهم يخالفون مالكا في أنهم لا يعتبرون متمالئاً إلا من اشترك في ارتكاب الفعل بصفته فاعلاً له^(١).

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

٥٤ - القتل المباشر على الاجتماع: من المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أنه إذا قام جماعة بقتل شخص في فور واحد بأن توافقت إرادتهم على القتل وقت الحادث فقط دون اتفاق سابق فإن كلّاً منهم يعتبر قاتلاً عمداً له إذا كان فعل كل منهم يمكن تمييزه وكان على انفراده له دخل في إحداث الموت؛ كأنه جرحه كل منهم جرحاً أو جراحاً قاتلة لها دخل في زهوق روحه، ولا عبّرة بالتفاوت بين الجناة في عدد الجراح وفُحْشها، فإذا أحدث أحدهم جرحاً والآخر عشرة، وإذا أحدث أحدهم جرحاً فاحشاً وأحدث الآخر جرحاً أقل فحشاً، فكل منهم مسؤول عن القتل العمد ما دام 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، والعبّرة 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 رأي الأئمة ما عدا مالكا، ويرى بعض فقهاء الحنفية مسؤوليتهم جميعاً عن القتل إذا لم تتميز أفعالهم^(٣).

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

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في حكم لها قضت فيه بأنه متى كان الثابت أن كلّاً من المتهمين قد ضرب القاتل وأن ضربته ساهمت في إحداث الوفاة كان كل منهم مسؤولاً عن الوفاة ولو لم يكن بينهم اتفاق سابق، ولو كانت الضربة الحاصلة من

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٧، ٢١٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٦١، ٢٦٣، تحفة المحتاج ج ٤ / ص ١٤، ١٥، حاشية البجيرمي على المنهج ج ٤ / ص ١٤٠، الإقناع ج ٤ / ص ١٧٥.

(٢) نفس المراجع السابقة.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٩٠.

أحدهم ليست بذاتها قاتلة، فإذا كان الثابت أن كلاً منهم قد قصد القتل كان مسؤولاً 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 مَنْ أحدثت ضربته الموت، فهم جميعاً قاتلون إذا ضربوه عمداً عدواناً، وفي المذهب يرى سقوط القصاص وإحلال الدية محله إذا لم تتميز الضربات ولم يعلم من أيها مات، وهو رأي 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، فيعطون الأحكام السابقة للجماعة غير المتمثلين، فإن كانوا متمثلين 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 منهم سوطاً أو نحو أن يضربوه على التوالي^(٤).

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 كلاً منهم يعتبر قاتلاً له إذا كان فعل كل منهم يمكن تميزه وكان على انفراده له دخل في إحداث الوفاة، وإذا جرحه أحدهم جرحاً وجرحه الآخر عشر جراحات فكلاهما مسؤول عن قتله عمداً ولا عبرة بكثرة الجراحات ما دام كل جرح له أثره في إحداث الوفاة، ولأن الإنسان قد يموت بجرح واحد ولا يموت بجراحات كثيرة.

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

وإذا شفي من الجراح التي أحدثها أحدهم ومات من جراح الباقيين كان كلٌ مسؤولاً

(١) نقض في ٧ نوفمبر ١٩٣٨، المحاماة ص ١٩ ص ٦١٥.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٦٣، الإقناع ج ٤ / ص ١٧٠.

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

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٧، ٢١٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٦٣، الإقناع ج ٤ /

ص ١٧٠.

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^(١).

وإذا قطع واحد يده من المعصم، وقطع الثاني نفس اليد من المرفق فمات، فإن برئت جراحة الأول قبل قطع الثاني فالأول جراح والثاني قاتل دون خلاف، وإن كان القطع الثاني قبل بُرء 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^(٢) لأنه 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 بعدهما حتى أكل وشرب فلأولياء أن يقسموا على أيهما ويقتصوا منه^(٣).

وإن رماه أحدهما من شاهق فتلقيه آخر بالسيف فقدّه أو ألقي 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 ألقي عليه صخرة يمكن أن يسلم منها، أما إن كان عمل الأول لا يمكن السلامة فيه، فالبعض يرى كليهما مسؤولاً عن القتل لدخول المباشرة مع السبب، ويرى البعض أن الثاني هو القاتل، والرأي الأخير هو المتفق مع القانون؛ لأنه يعتبر الأول شارعاً في قتل والثاني قاتلاً ما لم يكن بينهما اتفاق أو توافق على القتل فكلاهما يعتبر قاتلاً، وإن ألقاه في لُجة 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 سبع أو التقمه حوت أو تماسح فهو شبه عمد لأن الذي فعله لا يقتل غالباً^(٤).

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٩ / ص ٣٣٦.

(٢) البدائع ج ٧ / ص ٣٠٤.

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٧ / ص ٣٧٧.

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٩ / ص ٣٤٠.

وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يُعرف صاحب الجرح الذي أحدث الموت، أو كانت أفعالهم مفردة لا دخل لها في الزهوق ولكنها أدت إليه مجتمعة، فالحكم في ذلك هو ما سبق في القتل على الإجماع.

وقد يطرأ على الفعل المباشر فعل مباشر آخر أقوى منه بحيث ينقطع بالفعل الثاني أثر الفعل الأول، وحكم هذه الحالة تقديم الفعل الأقوى واعتبار صاحبه هو القاتل، فلو جرح الأول رجلاً جرحاً مميتاً بقصد القتل فجاء صاحب الفعل الثاني وحز رقبتة فالقاتل هو الثاني، أما لو ذبحه الأول فجاء الثاني وجسم المذبوح لا يزال ينتفض فقدّه نصفين فالقاتل هو الأول، أما الثاني فيعتبر معتدياً على حرمة ميت ويُعزّر، وإن شق الأول بطنه ومزق أحشائه ولكن بقيت به حياة مستقرة فجاء الثاني وقطع رقبتة فالثاني قاتل والأول جارج، أما إذا كان فعل الأول قد أخرج المجني عليه من حكم الحياة فالأول هو القاتل على رأي، والثاني هو القاتل على رأي آخر، ما دام المجني عليه لم يسلم الروح فعلاً^(١)، ويرى البعض أنهم جميعاً مسؤولون عن القتل عمداً، إذا تعذر معرفة صاحب الجرح المشخن^(٢).

وإذا شق شخص بطن آخر ثم جاء ثان فحز رقبتة فالآخر هو القاتل أما الأول فجارج فقط، لأن الإنسان يعيش بعد شق البطن، ولأن حياة المجني 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، وهناك رأي آخر مضاد لهذا الرأي، وقد بسطنا القول في هذه المسألة في الفقرتين الحادية عشرة والثانية عشرة.

٥٦ - إجماع سببين فأكثر: إذا تسبب اثنان أو أكثر في إحداث أفعال قاتلة بإنسان «كأن حبسه واحد في منزل يقصد قتله جوعاً، وأطلق الثاني صنادير الغاز بقصد قتله خنقاً، وأشعل الثالث النار في المنزل بقصد قتله حرقاً» فإن مسؤولية الجناة تترتب طبقاً للقواعد إلى سبق أن بينها في حالة تعدد المباشرة، سواء كانت الأفعال على الإجماع 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 الذي ينسب للقاتل مباشرة، ومن ثم لم يكن اختلاف الحكم.

٥٧ - إجماع مباشرة وسبب: إذا اجتمع فعل مباشر مع فعل متسبب، فلا يخرج الأمر في تحديد مسؤولية المباشر والمتسبب عن حالة من ثلاث:

(١) راجع الفقرتين ١١، ١٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٩٠.

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

فإن قتل الجلاّد له ليس عدواناً، والجلاّد هو المباشر للقتل، أما المتسبب في القتل فشهود الزور، وما دامت المباشرة ليست عدواناً، فالمسؤولية على المتسبب وحده.

ثانياً: أن تغلب المباشرة السبب: وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله، كمن ألقى إنساناً في ماء بقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح في الماء، أو كمن ألقى إنساناً من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقطع رقبتة بسيف أو أطلق عليه عياراً نارياً فقتله قبل وصوله إلى الأرض، فالمسؤول 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 والمباشر مسؤولين معاً عن القتل، كحالة الإكراه على القتل، فإن المكره وهو المتسبب هو الذي يحرك المباشر وهو المكره ويحمله على ارتكاب الحادث، ولولا الأول لما فعل الثاني شيئاً ولما حصل القتل^(١).

وكذلك من يأمر ولده الصغير أو المعتوه بقتل آخر فيقتله طاعة لهذا الأمر، فكلاهما يعتبر قاتلاً ولو أن للصغير أو المعتوه حكماً خاصاً من حيث العقوبة، خلافاً لأبي حنيفة.

٥٨ - تسبب الجاني في فعل قاتل مباشر من المجني عليه: ويعتبر الجاني مسؤولاً عن القتل العمد عند مالك^(٢) إذا تسبب في الفعل القاتل، ولو كان الموت نتيجة مباشرة لفعل المجني عليه.

فلو أن إنساناً طلب آخر قاصداً قتله بسيف مجرد أو ما يخيف كرمح أو سكين فهرب منه فتبعه الجاني وتلف المجني عليه في هربه، بأن سقط من شاهق أو انخسف به سقط أو خر 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 المجني عليه هو الذي أنتج الموت مباشرة.

ويعتبر أحمد^(٣) الطالب مسؤولاً عن القتل شبه العمد في هذه الصور؛ لأن الفعل

(١) الوجيز ج ٢ / ص ١٢٢ وما بعدها، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٠ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤١.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٥٧٧.

الذي حدث من الجاني لا يقتل غالباً، وفي مذهب الشافعي^(١) رأيان يفرقان بين المجني عليه المميز، وغير المميز، فإذا كان المجني عليه غير مميز فالطالب يعتبر مسؤولاً عن القتل شبه العمد، وإذا كان مميّزاً فهناك رأيان: رأى يرى أنه لا مسؤولية على الطالب لأن المجني عليه هو الذي أهلك نفسه بفعله، ورأي يرى مسؤولية الطالب عن القتل شبه العمد، لأن المجني عليه لم يقصد إهلاك نفسه، وإنما ألجأ الطالب إلى الهرب المفضي للهلاك، وقد اعتبر القتل شبه عمد لأن وسيلة القتل ليست مما يقتل غالباً، فالشافعي وأحمد في هذا يحافظان على قاعدتهما، أما مالك فاعتبره عمداً لأنه - كما مر - لا يعرف القتل شبه العمد، والفعل عنده إما عمد أو خطأ، ويمكن تفسير مسؤولية الطالب مع أن الفعل المباشر من المجني عليه بأن المباشرة لم تكن عدواناً فيتغلب الفعل المسبب.

أما أبو حنيفة فلا يرى مسؤولية الطالب؛ لأن المجني عليه قُتل بفعل نفسه.

ويتفق القانون المصري والفرنسي مع ما يراه أبو حنيفة، ويتفق القانون الألماني والقانون الإنجليزي مع ما يراه باقي الأئمة.

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

وعند مالك^(٢) أن القتل في هذه الأحوال عمد ما دام الجاني قد تعمد الفعل على وجه العدوان ولم يقصد منه اللعب أو المزاح، فإن قصد اللعب أو المزاح فالقتل خطأ. ويرى أحمد^(٣) أن القتل في هذه الأحوال شبه عمد لأن الوسيلة لا تقتل غالباً، وكذلك يرى أبو حنيفة^(٤).

وفي مذهب الشافعي^(٥) يفرقون بين من يميز وبين من لا يميز، كالصبي والمعتوه والمجنون والنائم والموسوس والمصعوق والمذعور والضعيف، ويرون أن القتل شبه عمد في حالة من يميز، وأنه قتل عمد في حالة من لا يميز، لأن الوسيلة تقتل غالباً في حالة من لا يميز، ولا تقتل غالباً في حالة المميز.

وليس في نص القانون المصري أو القانون الفرنسي ما يمنع أن تكون وسيلة القتل فعلاً غير مادي، ولكن جمهور الشراح الفرنسيين ويتابعهم المصريون يرون أن لا عقاب على

(١) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٣، ٣٣٣.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ٢١٧.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٥٧٨.

(٤) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٤.

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٣٠، ٣٣١.

القتل بهذه الطريقة، وحجتهم أنه لا يمكن على وجه التحقيق اعتبار العوامل النفسية التي تنشأ عن فعل الجاني سبباً لموت المجني عليه، وهذا الرأي منتقد لأنه مع تقدم العلم يمكن أن يثبت على وجه التحقيق أن الموت نشأ عن العوامل النفسية إلى أحدثها فعل الجاني، ولأن هناك صوراً تكون حالة الجاني والمجني عليه فيها من الظهور بمكان بحيث يكون من الظلم أن يفلت الجاني من العقاب، ومع ذلك فهناك من القوانين الوضعية ما يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية، فالقانون الإنجليزي يعاقب على القتل إذا كانت وسيلة القاتل لقتل فريسته معنوية لا مادية.

٦٠ - تعدد الأسباب: ومن المتفق عليه بين الأئمة الأربعة^(١) أن الجاني يعتبر مسؤولاً 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 المجني عليه أو تقصيره أو لحالته أو لفعل غيره، متعمدة أو غير متعمدة، وسواء كانت رئيسية أم ثانوية، فإذا أحدث المجني عليه بنفسه جراحاً وأساء المجني 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 مسؤولاً عن القتل العمد ما دام فعله مهلكاً من شأنه إحداث الوفاة.

وإذا كان المجني عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً فيعتبر الجاني مسؤولاً عن قتله عمداً إذا ضرب المجني 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 بالمجني عليه إصابات قاتلة فأحدث به الجاني إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً، فالجاني مسؤول عن القتل ولو أن القتل نتيجة مباشرة لكل هذه الإصابات، ويستوي أن تكون الإصابات التي بالمجني عليه ناشئة عن فعله كما إذا جرح نفسه أو عن فعل غيره كإنسان ضربه أو حيوان نهشه.

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

وإذا كان بالمجني عليه إصابات غير متعمدة ثم أحدث به الجاني إصابات متعمدة

(١) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٨، ٢٤٣، ٢٦٣ وما بعدها، المغني ج ٩ / ص ٣٢٤، ٣٨٠، ٣٨١، ٥٧٨، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٣٦، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢١٩، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٤، ٣٠١، بدائع الصنائع ج ٦ / ص ٢٣٦، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٨٠، ٤٨١، ٤٩٣.

فمات منها جميعاً، فالجاني مسؤول عن القتل العمد، ولو أن بعض الإصابات التي أدت إليه ناشئة عن خطأ.

وإذا كانت بعض الإصابات أفحش من بعض فإن الجاني الذي أحدث أبسط الإصابات مسؤول عن القتل العمد ما دامت إصابته مهلكة بذاتها ولها دخل في القتل على انفرادها، كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التي أحدثها كل جانٍ، فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله فالجاني الذي أحدث واحدة منها فقط مسؤول عن القتل ما دام لإصابته دخل في القتل على انفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد.

ويؤخذ من اعتبارهم الجاني قاتلاً عمداً في حالة إهمال العلاج أو إساءته أو ضعف المجني عليه ومرضه... إلخ، أنهم عرفوا نظرية تساوي الأسباب التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا حديثاً، فكل فعل اشترك في 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 الذي جعل لهذه الأسباب الأخرى أثراً على الوفاة.

٦١ - انقطاع فعل الجاني: ويسأل الجاني عن القتل العمد نتيجة لفعله، ما دام 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 الجرحي فهو القاتل والأول جارج لا قاتل، لأن فعل الثالث قطع فعله وقضى على أثره، كذلك تنتفي مسؤولية الجاني عن القتل إذا انقطع أثر فعله، كأن يشفى جرحه قبل الموت أو إذا لم يكن لجرحه أثر على الموت.

٦٢ - نظرية السببية في الشريعة: ويمكننا أن نستخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية تشترط لمسؤولية الجاني عن القتل أن يكون بين فعله وبين الموت رابطة السببية وهي الرباط الذي يربط الفعل الحاصل من الجاني بالنتيجة التي يسأل عنها، ولا يشترط أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد في إحداث الموت، بل يكفي أن يكون فعل الجاني سبباً فعالاً في إحداثه، ويستوي بعد ذلك أن يكون فعل الجاني هو الذي سبب الموت وحده أم أن الموت نشأ عن فعل الجاني بالذات، وعن أسباب أخرى تولدت عن هذا الفعل كتتحرك مرض كامن لدى المجني عليه، كما يستوي أن يكون الموت نشأ عن فعل الجاني وحده أو عن هذا الفعل وعن أسباب أخرى لا علاقة لها بفعل الجاني كالاغتداء الحاصل من شخص آخر.

ولا يعتبر فعل الجاني سبباً للموت إذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل وموت المجني عليه، أو إذا كانت قائمة ثم انقطعت بعد ذلك بفعل من شخص آخر ينسب إليه الموت دون فعل الجاني الأول، أو إذا كان في إمكان المجني عليه أن يدفع أثر الفعل دون شك فامتنع عن دفعه دون أن يكون للجاني دخل في امتناعه.

والجاني مسؤول عن نتيجة فعله، سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعله أو كان نتيجة غير مباشرة لهذا الفعل، وسواء كان السبب قريباً أم بعيداً مادام الفعل سبباً للنتيجة.

لكن فقهاء الشريعة مع هذا لا يسمحون بتوالي الأسباب إلى غير حد، بل يقيّدون هذا التوالي 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 في تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر - كما فعل شراح القانون الفرنسي - لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التي يعتبرها العقل والعرف قتلاً، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر - كما فعل الشراح الألمان - لأدخلوا في دائرة القتل أفعالاً كثيرة لا يعتبرها عرف الناس ولا منطقهم قتلاً.

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية في 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 بقي الناس، لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا؛ جهلوا أو علموا، لهم عرف يطمئنون إليه، وعقول لا ترتاح إلا لما تراه عدلاً، 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 للأمر من شراح القانون الوضعي في عصرنا الحاضر، فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون إلا السبب المباشر، أي السبب الذي أنتج الفعل المؤدي للقتل بشرط أن لا يطرأ عليه سبب آخر يؤدي بذاته إلى حدوث النتيجة المتوقعة أو يساعد على حدوثها، فمثلاً إذا ضرب شخص آخر ضربة مميتة، وجاء ثالث قبل أن يموت فقطع رقبتة، فالثالث هو القاتل لأن السبب الثاني حال بين السبب الأول ونتيجته وقطع عمله، ولأن السبب الثاني هو الذي أدى بذاته إلى القتل، وفي هذا يتفق القانون الفرنسي مع الشريعة، ولكن إذا ضرب الجاني شخصاً أو جرحه فأهمل المجني 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 في 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، وفي هذا تخالف الشريعة القانون الفرنسي لأنها تأخذ بالرأي المضاد.

٦٤ - نقد النظرية الفرنسية: ويطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه في حالة القتل العمد فقط، ولا يرون بأساً من اعتبار السبب غير المباشر في القتل الخطأ، وفي هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة، لأنه إذا كان العدل يقتضي أن لا يقبل إلا السبب المباشر، فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ، وإذا كان العدل يقتضي أن يقبل السبب غير المباشر في 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 الذي جعل الشروط الأخرى سلبية، والفعل عندهم يعتبر قتلاً ولو كان غير كافٍ وحده لإحداث الوفاة، أو كانت الوفاة لم تحدث لولا أعمال أخرى اقترنت بهذا الفعل أو تلتته، ومن ثم فهم يعتبرون الضارب والجراح مسؤولاً عن القتل ولو كان الضرب والجرح في ذاته مهلكاً لولا ضعف المجني عليه أو إهماله العلاج.

٦٦ - النظرية الإنجليزية: كذلك يأخذ الإنجليز بالسبب المباشر وغير المباشر، إذ يعتبرون 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 يلقي بنفسه من نافذة أو شرفة ليخلص نفسه من هذا الاعتداء، فإن المعتدي يعتبر قاتلاً إذا مات المعتدى عليه من إلقاء نفسه، كذلك يعتبر الجراح قاتلاً ولو تبين أن المجني عليه أساء علاج نفسه، أو رفض إجراء عملية كان من المرجح أن تؤدي إلى شفائه.

٦٧ - عيب النظرية الألمانية والإنجليزية: ونظرية الألمان تتفق مع النظرية الإنجليزية وهما أوسع مدى من النظرية الفرنسية، ويرى الكثير من الشراح أن النظرية الألمانية الإنجليزية أقرب إلى العدل من النظرية الفرنسية، لأن الأولى تفتح الباب واسعاً أمام القاضي 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 فهي معيبة، وعيبها أنها تسلم بتوالي الأسباب غير المباشرة إلى غير حد يقف عنده هذا التوالي، وقد أدى بها هذا العيب إلى أن تخلق حلولاً يستسيغها العقل ولا تتفق مع العرف، فمثلاً يرى بعض الآخذين بهذه النظرية على إطلاقها أنه يعتبر متسبباً في القتل من جرح غيره جرحاً غير مميت إذا استلزمت حالة الجرح نقله للمستشفى فاحترق المستشفى بمن فيه إذ لولا الجرح لما احترق المجني عليه.

٦٨ - والرأي المعتدل: الذي 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 سفناً قاصداً فأحدث به إصابات أعجزته عن إدارة حركة السفينة، ثم غرقت به السفينة بعد ذلك بسبب اشتداد الأنواء دون أن يكون لعجز المجني عليه أثر على غرقه، فإن الجاني لا يعتبر مسؤولاً عن غرق المجني عليه، أما إذا كان غرق السفينة ناشئاً عن عجز المجني عليه عن إدارة السفينة بسبب إصاباته فيكون الجاني مسؤولاً عن الغرق، لأن عجز المجني عليه من الضرب كافٍ لتحقيق هذه النتيجة.

٦٩ - وتقيد النظرية بكفاية السبب لتحقيق النتيجة معناه تقيدها بالعرف: لأن مقياس الكفاية ليس مادياً، وإنما هو معنوي يرجع إلى ما تعارف عليه الناس وما تقبله عقولهم وترتاح إليه نفوسهم، وإذا كان العرف هو المقياس الذي تقاس به كفاية الأسباب لتحقيق النتيجة في الشريعة الإسلامية، فمعنى ذلك أن نظرية السببية في القوانين الوضعية تسير الآن في نفس الطريق الذي 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 الإسلاميين وإنما منشؤه أن المحاكم المصرية تفضل في 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 الذي وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك لعوامل أخرى تعاونت وإن تنوعت على إحداث وفاة المجني عليه، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، فهو مسؤول جنائياً عن كافة النتائج التي ترتبت على فعله، مأخوذاً في ذلك بقصد الاحتمالي؛ 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 المجني عليه بسكين متعمداً قتله، فأحدث به جرحاً في تجويف الرئة نتجت عنه الوفاة، يكون مرتكباً لجناية

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

(٢) محكمة جنايات أسيوط في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧، المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٨ العدد ٦٢.

القتل عمداً وإن تكن الوفاة قد حصلت بعد علاج ثمانية وخمسين يوماً بالمستشفى، إذ من المبادئ المقررة أن الفاعل مسؤول عن جميع نتائج فعله غير القانوني التي كان يمكنه أو كان واجباً عليه أن يفترضها، وهذه المسؤولية ليست متوقفة على إثبات أن المجني عليه قد عولج أحسن علاج طبقاً للعلوم الحديثة^(١).

٧٠ - القتل بالترك: وكما يجوز في الشريعة الإسلامية أن يكون القتل بفعل مادي أو معنوي أي بفعل إيجابي، فإنه يجوز أن يكون القتل بالسلب، أي بغير فعل إيجابي يصدر عن الجاني بحيث يمتنع الجاني عن عمل معين فيؤدي امتناعه إلى قتل المجني عليه، فمن حبس إنساناً ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله، وذلك ما يراه مالك^(٢) والشافعي^(٣) وأحمد^(٤)، أما أبو حنيفة فلا يرى الفعل قتلاً لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا صنع لأحد في الجوع والعطش، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان الفعل قتلاً عمداً، لأنه لا بقاء لأدمي إلا بالأكل والشرب والدفء، فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد عليه يكون إهلاكاً له^(٥) ولكنه قتل بالتسبب ولا يقتص في القتل بالتسبب عندهما وعند أبي حنيفة.

والأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ولو أنها لم تأت بعمل إيجابي^(٦).

ومن منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لا يحل له منعه، وأنه يموت إن لم يسقه، اعتبر قاتلاً عمداً له وإن لم يك قتله بيده^(٧) وهو رأي في مذهب مالك، ويرى البعض أنه قتل شبه عمد، وهو رأي في مذهب أحمد^(٨).

وإذا حضرت نساء ولادة فقطعت إحداهن سرة الوليد وامتنعت عن ربط الحبل السرى فمات بعد القطع بقليل فهي قاتلة له عمداً، ومن الممكن القول باعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرين الربط، لأن المهلك ترك الربط فإلحاق ينسب إليهن كلهن^(٩).

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 يوجبه الشرع والعرف، ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف ما دامت

(١) نقض في ١١/٢٢/١٩١٣، شرائع ١ ص ٨٦.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٥.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٩.

(٤) المغني ج ٩ / ص ٣٢٨.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٤، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٥.

(٦) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢١٥.

(٧) مواهب الجليل للخطاب ج ٦ / ص ٢٤٠.

(٨) المغني ج ٩ / ص ٥٨١.

(٩) الفتاوى الكبير ص ٢٢٠ وما بعدها.

وجهاً النظر مختلفة، فمثلاً يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلكة كماء أو نار أو سبيع فلم يفعل حتى هلك فلا مسؤولية عليه^(١)، ويرى بعض الحنابلة مسؤوليته^(٢)، وأساس الاختلاف: هل الإنقاذ 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 ولكنهم لم يأخذوا بالمبدأ على إطلاقه، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفاً في الأصل بالعمل وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف، ويستوي عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق، ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك: حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله، وامتناع الأم عمداً عن إرضاع ولدها بقصد قتله، ويضربون مثلاً على الحالة التي لا مسؤولية فيها: الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق، أو إنسان أحاطت به النار، أو أقدم سبيع 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 يساوي تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة أو العرف؛ لأنه تعارف الناس على وجوب أمر يساوي الاتفاق على وجوبه^(٣)، 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 الفرنسي - وهي تماثل نصوص القانون المصري - لا تتسع للعقاب على القتل بالترك، وأنه إذا كان لا بد من العقاب على هذه الجرائم فيتعين إصدار تشريع خاص يعاقب عليها.

أما في إنجلترا فالقانون الإنجليزي لا يفرق بين ما إذا كانت الجريمة ارتكبت بفعل أو ترك، ويعاقب على الحالين، فمن كان متكفلاً بطفل ومنع عنه الطعام حتى مات جوعاً يعاقب بعقوبة القتل العمد.

(١) الإقناع ج ٤ / ص ٢٠٥.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٥٨١١.

(٣) توجب الشريعة الوفاء بالعقود والاتفاقات، فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب طبقاً للشريعة الإسلامية، ما لم يكن مخالفاً لنصوص الشريعة.

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

وفي مصر تعاقب المحاكم المصرية على القتل بالترك، فقد حكمت محكمة النقض في قضية تلخص وقائعها في أن المتهم لعداء بينه وبين والد المجني عليهما خطف طفليه ووضعهما في زراعة قصب بعد أن أحدث بهما إصابات أعجزتهما عن الحركة ثم تركهما يموتان جوعاً، وقد مات أحدهما فعلاً وأسعف الآخر بعد العثور عليه، وظهر من تشريح جثة القتيل أن وفاته حصلت من الصدمة العصبية الناشئة عن الكسور والرضوض التي به مع ضعف الحيوية الناشئ من عدم التغذية، وقد قالت المحكمة في معرض بيان نية القتل: «إنه لا نزاع في أن تعجيز 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 وضعتها لهذه الحالة هي نفس القواعد التي أخذت بها القوانين أخيراً.

٧٣ - عصمة القاتل: ويشترط في الفعل القاتل أن يكون صادراً من معصوم حتى يمكن اعتباره مسؤولاً 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 كالمترد أو الزاني المحصن أم غير ملتزم بها كالحربي، أما العصمة بالنسبة للقاتل فهي التزام أحكام الإسلام سواء كان الملتزم مهدر الدم أو محقونه، فيعتبر المترد والزاني المحصن والقاتل عمداً معصومين إذا ارتكبوا القتل ولو كانت دماؤهم مهذرة لأنهم ملتزمون بأحكام الإسلام وهو يحرم القتل كما يحرم غيره من الجرائم التي يؤدي ارتكابها إلى إهدار الدم، فإذا أهدر شخص دم نفسه بارتكاب جريمة فليس له أن يتخذ من ذلك سنداً لارتكاب أي جريمة بحجة أنه أصبح مهدر الدم.

وإذا كانت العصمة بالنسبة للقاتل هي التزام أحكام الإسلام فإن كل قاتل معصوم إلا الحربي^(٢) فإنه لا يعتبر معصوماً حال حرابته ومن ثم فهو غير مسؤول عن الجرائم التي

(١) نقض في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ قضية رقم ٢١٠٥ سنة ٢٦ ق.

(٢) راجع: الشرح الكبير للدردير ج ٤/ ص ٢١٠، مواهب الجليل للحطاب ج ٦/ ص ٢٣٠، نهاية =

يرتكبها ولو أسلم بعد ارتكابها؛ لما تواتر من فعل الرسول والصحابة من عدم عقابهم من أسلم على ما فعله في حال حرايته، كما أنه لا يسأل عن جرائمه السابقة ولو عقدت له ذمة أو أمان لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨].

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

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

٧٤ - كل ما سبق محله أن يكون من شأن فعل الجاني إحداث الوفاة وأن يحدثها فعلاً فإن لم يكن من شأن الفعل إحداث الوفاة أصلاً، كمن حاول قتل آخر بسلاح ناري 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 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، وما دامت الوسيلة لا تحدث القتل أصلاً فلا تقع جريمة الشروع ولا عقاب على جريمة لم تقع، أو أن الجريمة التامة وهي القتل يستحيل تنفيذها، والشروع هو البدء في التنفيذ، فالجريمة التي يستحيل تنفيذها يستحيل بدء تنفيذها، هذا هو التعليل القانوني لعدم العقاب، وليس في مبادئ الشريعة ما يمنع قبول مثل هذا التعليل.

على أن فقهاء الشريعة إذا كانوا لم يذكروا شيئاً في باب القتل عن عقاب من حاول جريمة مستحيلة فليس معنى ذلك أن العقاب غير جائز شرعاً، لأن مبادئ الشريعة في الواقع لا تمنع من العقاب على الشروع في الجريمة المستحيلة إذا رأت السلطة التشريعية ذلك ما دام الفعل في ذاته اعتداءً، والتفسير الصحيح لسكوت الفقهاء هو أنهم في باب القتل يتكلمون عن جريمة القتل والجرح المعاقب عليها بالقصاص والدية إذا ارتكبت فعلاً، فإذا حاول الجاني ارتكابها وأخفقت وسائله في الوصول إلى النتيجة المنشودة فعقوبته التعزير، وتقرير عقوبة التعزير وتقديرها متروك للسلطة التشريعية تحدده كما تشاء وعما تشاء، فضلاً

= المحتاج ج ٧ / ص ٢٦٥٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٣٤٩، المغني ج ١٠ / ص ٤٣٦ إلى ٤٣٩، ٤٤٨، ٤٨٣.

عن أنهم في باب التعزير نصوا على أن التعزير جائز في كل معصية ليس لها حد مقدر، والشروع في الجريمة المستحيلة معصية لم يرد فيها حد مقدر .

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

وإذا كان فقهاء الشريعة لم يضعوا نظرية منظمة عن الشروع في الجرائم كما فعل شراح القوانين، فليس معنى ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الجريمة التامة والشروع فيها، إذ الواقع أنها فرقته بين الجريمة التامة والشروع من وقت نزولها حيث جعلت التعزير في نوعين من الجرائم؛ فجعلته أولاً في كل جريمة لم يشرع فيها حد، وجعلته ثانياً في كل جريمة شرع فيها حد إذا كانت الجريمة لم تتم؛ لأن الحد شرع فقط للجريمة التامة، فيبقى ما دون التمام 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؛ أي فيما دون تمام الجريمة، وجريمة السرقة حددها القطع وهي لا تتم إلا بإخراج المال من حرزه، فإذا ضبط المتهم قبل إخراج المال من الحرز عُرِّز ولم يقطع لأن القطع لا يكون إلا بتمام الجريمة وهي لم تتم، وكذلك جريمة القتل حددها القصاص، ولا تتم إلا بفعل من الجاني يقع على المجني عليه ويكون من شأنه إحداث الوفاة، فإذا بدأ المتهم جريمة وخاب أثرها لسبب لا دخل لإرادته فيه وجب التعزير .

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

وقد أخذ القانون المصري كغيره من القوانين الوضعية بهذه الطريقة في جرائم الضرب، فإذا لم يترك الضرب عاهة مستديمة، أو لم يؤد لوفاة المجني عليه، فلا يعتبر

الجاني شارعاً في إحداث عاهة أو ضرب مفضٍ لموت، وإنما يعتبر ضارباً أو جارحاً لأن القانون يعتبر الضرب والجرح جريمة مستقلة أدنى مرتبة من إحداث العاهة والضرب المفضي للموت.

ولكنّ كلاً من القانون المصري والفرنسي يختلف مع الشريعة في حالة القتل العمد إذ يعتبر الجريمة التي لم تتم شروعاً في قتل ولا يعتبرها جرحاً، فكأن هذين القانونين يؤخذان الفاعل على فعله بحسب قصده من هذا الفعل، أما الشريعة فتؤاخذ على فعله طبقاً لنتيجة فعله، وليس لهذا الخلاف أهمية لأنه في تصوير الفعل القانوني والمهم أن كل تشريع يعاقب على الفعل بالعقوبة التي يراها مناسبة له.

٧٦ - تطبيقات على الأفعال القاتلة: رأينا أن نورد أنواعاً مختلفة من الأفعال القاتلة ونبين آراء الفقهاء فيها تطبيقاً للقواعد التي سبق عرضها، فإن ذلك أحرى أن يثبت هذه القواعد في ذهن القارئ ويساعد على فهم أسس الخلاف بين الآراء المختلفة.

٧٧ - القتل بالمحدد: والمحدد هو كل آلة محددة جارحة أو طاعنة لها مَوْر في البدن؛ أي تفرق أجزاء الجسم، ولا يشترط أن يكون المحدد من مادة معدنية، فيصح أن يكون من الحديد أو النحاس أو الرصاص أو الذهب أو الفضة أو الزجاج أو الخشب أو القصب أو العظم أو غير ذلك، ومثل المحدد: السكين والرمح والبنديقية والمسلة والسهم والقنبلة والسيوف، وحكم المحدد أن الجاني إذا أحدث به جرحاً كبيراً فأدى إلى الموت فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين الفقهاء.

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

أما إذا جرحه جرحاً صغيراً في غير مقتل أو غرزه بإبرة أو شوكة في غير مقتل فبقي خماً - أي سقيماً - حتى مات أو مات في الحال ففي المسألة رأيان عند الشافعي 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، والمحدد لا تشترط فيه غلبة الظن في حصول القتل، بعكس غير المحدد فلا بد أن يكون قاتلاً غالباً^(١).

وفي مذهب أبي حنيفة^(٢) يرون القتل في حالة الإبرة والشوكة شبه عمد، لأن الآلة وإن كانت جارحة إلا أنها لم تُعدّ للقتل، فالإبرة مثلاً معدة للخياطة ولا يقصد بها القتل

(١) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٨، المغني والشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٢٠، ٣٢١، الإقناع ج ٤ / ص ١٦٣.

(٢) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٨٧ - ٢٨٩.

عادة، أما الجرح البسيط في غير مقتل فهو قتل عمد إذا أدى للموت وكان من آلة قاتلة معدة للقتل.

ويرى مالك أن الجرح والغرز قتل عمد سواء كان في مقتل أو في غير مقتل، ما دام الفاعل متعمداً ولم يأت بالفعل على وجه اللعب أو التأديب^(١).

وهكذا يتمسك كل بالشروط التي وضعها للآلة القاتلة، فالشافعيون والحنابلة يشترطون أن تقتل غالباً بالرغم من أنها محدد، وإن كان بعضهم لا يرون هذا الشرط في الآلة إذا كانت محدداً، والأحناف يشترطون أن تكون الآلة قاتلة ومعدة للقتل، أما مالك فلا يشترط شيئاً إلا أن يكون الفعل متعمداً على وجه العدوان.

٧٨ - القتل بالمثقل: والمثقل هو ما ليس له حد كالعصا والحجر، وآراء الفقهاء مختلفة في المثقل.

فمالك يرى كل قتل بالمثقل هو قتل عمد، سواء كان المثقل يقتل غالباً أو لا يقتل غالباً، ما دام الفعل متعمداً على وجه العدوان لا على وجه اللعب والتأديب.

ويرى الشافعي وأحمد أن الضرب بمثقل يقتل غالباً هو قتل عمد إذا أدى للموت كالعصا الغليظة والحجر وعمود الحديد، ويلحق بالمثقل ما يعمل عمله كإلقاء حائط أو سقف والإلقاء من شاهق، ويعتبر أن القتل عمداً أيضاً ولو كان الضرب بمثقل صغير كعصا خفيفة أو حجر صغير أو لكزة يد في مقتل أو في حال ضعف المضروب لمرض أو صغر أو حر مفرط أو برد شديد، ولو ضربه ضربة واحدة، وكذلك يعتبر قاتلاً عمداً ولو لم يكن الضرب في مقتل، ولو لم يكن المضروب ضعيفاً أو صغيراً... إلخ، 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 المجني عليه وأثر الفعل فيه.

أما أبو حنيفة فيرى القتل بالمثقل قتلاً شبه عمد أيّاً كان المثقل ثقیلاً أو خفيفاً؛ لأنه يشترط أن تكون الآلة قاتلة غالباً وأن تكون معدة للقتل، والمثقل 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 والصُّفْر، فهذه إذا استعملت في القتل كان القتل عمداً ولو لم تكن محددة أو طاعنة ولو كانت مثقلاً كالعمود والملكمة والمطرقة والعصا الملبسة بالحديد، وقد استثنى أبو حنيفة الحديد لأنه يعمل عمل السلاح، أو لأنه يعتبر سلاحاً بنفسه لقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥] فألحقه بالسلاح في

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٤، ٢١٥.

الحكم، وجعل حكمه حكم المحدد، وألحق ما في معنى الحديد بالحديد في الحكم^(١). ويشترط البعض في الحديد أن يترك جرحاً ليكون القتل عمداً، ولكن البعض الآخر يسوي في الحكم بين الجرح والرضوض ويعتبر الفعل عمداً في الحالين^(٢).

ويرى أبو يوسف ومحمد أن القتل بالمثل قتل عمد إذا كان المثل يقتل غالباً، واعتبر المثل آلة معدة للقتل باستعماله في القتل، فتوفر للمثل شرطاً أبي حنيفة، وهو أن يكون قاتلاً غالباً، وأن يكون معداً للقتل، فإذا لم يكن المثل قاتلاً غالباً فالقتل شبه عمد ولو توالى الضرب^(٣).

وحجة أبي حنيفة في المثل قوله ﷺ: «ألا إن في قتل عمد الخطأ قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل» وقد أخذ أبو حنيفة الحديث على إطلاقه وقال: إن الرسول سمى 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 مثل، فكل مثل له حكمها؛ أي أن الضرب به لا يكون إلا شبه عمد، ولم يستثن من ذلك إلا الحديد الذي لا حد له، لأن الحديد آلة معدة للقتل بطبيعتها بقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ 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 - الإلقاء في مهلكة: كأن يجمع بينه وبين أسد في زُبَّة أو ينهشه كلب أو سبع أو حية أو تلسعه عقرب.

يرى أحمد أن الجاني إذا جمع بين المجني 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 لسعته عقرب من القواطل.

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 ففيه رأيان:

(١) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٨ وما بعدها، المغني والشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٢٠، ٣٢١ وما بعدها.

(٢) الزيلعي ج ٦ / ص ٩٨.

(٣) البحر الرائق ج ٨ / ٢٨٧ - ٢٨٩.

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 وألفاه 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 المجني عليه وأسد أو حية لأن الأسد والحية يهربان من الآدمي، ولأن الفعل سبب غير ملجئ^(١).

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

أما إذا ألقى الصبي على السبع وهو في زبيته، أو ألقى السبع عليه، أو أغوى 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 رأي بمسؤولية الجاني كلما عجز المجني عليه أن ينتقل من المحل المهلك، فإن عجز فالقتل شبه عمد، إلا إذا كان السبع ضارياً لا يتأتى الهرب منه فهو عمد، فإن كان المجني عليه يمكنه الانتقال من المحل المهلك فلم ينتقل أو وضع بغير مسبعة فاتفق أن سبعاً أكله أو كان المجني عليه بالغاً فالفعل هدر لا مسؤولية عنه^(٢).

وفي مذهب أبي حنيفة أن لا شيء على الجاني في كل هذه الصورة 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 ما دام القصد منه العدوان المحض^(٤).

وأساس الخلاف بين القائلين بالمسؤولية ومن لا يقول بها هو اختلاف وجهة النظر في طبيعة الحيوان وقدرة المجني عليه على التخلص، فمن رأى أن الحيوانات تنفر من الإنسان وتهرب منه وأن المجني عليه يستطيع أن يتجنب الحيوان، وأن وجود الإنسان ولو مكتوفاً أمام الحيوان ليس فيه ما يلجئ الحيوان لافتراسه أو نهشه أو لسعه. إن من رأى هذا فقد بنى على رأيه عدم المسؤولية كما فعل أبو حنيفة، ومن رأى أن الصغير لا يستطيع أن ينجي نفسه كما يفعل الكبير، أو أن الحيوان لا ينفر منه كما ينفر من الكبير، فقد رأى المسؤولية في

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

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

(٣) البحر الرائق ج ٢ / ص ٢٩٤.

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٧.

حالة الصغير دون الكبير، ومن رأى أن الهلاك مصدره عجز المجني عليه عن الابتعاد عن المحل المهلك، فقد جعل المسؤولية في حالة العجز كما فعل بعض الشافعية، ومن لم ير هذا ولا ذاك فقد حمل الجاني المسؤولية 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 - التغريق والتحريق: يتميز مذهب الشافعي وأحمد في هذه المسألة، ومن رأيهما أن الجاني إذا ألقى المجني عليه في ماء أو نار لا يمكنه التخلص منها؛ إما لكثرة الماء والنار، أو لأنه مكتوف يعجز عن الخروج منها، أو لأن الجاني منعه من الخروج، أو لكونه في حفرة لا يقدر على الصعود منها، أو في بئر عميقة، فإذا أدى الفعل إلى موت المجني عليه فهو عمد، لأنه يقتل غالباً.

وإن ألقاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه مختاراً حتى مات فلا مسؤولية 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 الجاني، فرأى البعض أنه لا يسأل عن القتل قياساً على حالة الإلقاء في ماء يسير وإنما يسأل فقط عن ما 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 فأشبه ما لو غرق في الماء.

والثاني: أن الهلاك كان نتيجة التقام الحوت له فأشبه ما لو قتله آدمي آخر حين ألقى في الماء، فلا يسأل إلا عن إلقائه في الماء فقط وهو فعل عقوبته التعزير.

وإن ألقاه في ماء يسير لا يهلك غالباً فأكله سبع أو التقمه حوت أو تماسح فهو شبه عمد عند أصحاب الرأي الأول، وعليه التعزير عند أصحاب الرأي الثاني، وإن هلك غرقاً فهو شبه عمد باتفاق^(١).

وإن كان المجني عليه يحسن السباحة فألقي في ماء مغرق وهو مكتوف أو زَمِنُ أو

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٢٦، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٥.

ضعيف فالفعل قتل عمد إن مات، وإن منع من السباحة عارض بعد الإلقاء كريح أو موج فمات فشبهه عمد، وإن كان العارض قبل الإلقاء فالفعل عمد لأن الإلقاء مهلك غالباً.

وإن كان يحسن السباحة فامتنع عنها مع إمكانها فهلك فيرى البعض أن لا مسؤولية على الملقى لأنه هلك بامتناعه عن السباحة، ويرى البعض أن الفعل قتل شبهه عمد لأن الإنسان لا يسلم نفسه للموت عادة، وقد يمنعه عن السباحة دهشة أو عارض باطن، ولما كان الفعل لا يهلك غالباً ما دام يحسن السباحة فهو قتل شبهه عمد^(١).

ويفرق أبو حنيفة وأصحابه بين التحريق والتغريق؛ لأنهم يلحقون التحريق 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 شبهه عمد، ويلحقون بالنار الماء المغلي والأشياء المصهورة والوضع في فرن محمى، وعلى هذا الأساس يتفق رأي أبي حنيفة وأصحابه في التحريق مع رأي الشافعي وأحمد.

أما التغريق فهو شبهه عمد دائماً عند أبي حنيفة لأنه يلحقه بالمثل، وهو وإن قتل غالباً ليس معداً للقتل، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان أنه معد للقتل إذا استعمل وسيلة له، وعلى هذا فإن كان الماء قليلاً لا يقتل غالباً وترجى منه النجاة في الغالب وألقي فيه إنسان فمات فالفعل شبهه عمد لا خلاف فيه في مذهب أبي حنيفة، وإن كان الماء عظيماً ولكن المجني عليه يستطيع النجاة بالسباحة وكان يحسنها وليس ثمة ما يمنعه منها بأن لم يكن مشدوداً ولا مثقلاً فمات منها فهو شبهه عمد عندهم أيضاً، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة أو لا يحسن السباحة فهو شبهه عمد عند أبي حنيفة - لما تقدم - وعمد عند أبي يوسف ومحمد، وإن ألقاه في بئر فالفعل شبهه عمد عند أبي حنيفة وعمد عندهما إن كان موضعاً لا ترجى منه النجاة غالباً، فإن كانت ترجى فهو شبهه عمد^(٢).

أما مالك فالتحريق والتغريق عنده قتل عمد دائماً سواء كان الفعل مهلكاً غالباً أم لا، ما دام الفعل قد أدى للموت ولم يكن على وجه اللعب^(٣).

وأساس الخلاف بين الفقهاء هو اختلاف وجهة نظرهم في شروط آلة القتل أو وسيلته، وقد سبق أن شرحنا هذا الموضوع في فقرة ٣٢ وما بعدها.

٨١ - الخنق: المقصود من الخنق منع خروج النفس بأي وسيلة سواء شق الجناني المجني عليه بحبل أو خنقه بيديه أو بحبل أو غمه بوسادة أو بأي شيء وضعه على فيه

(١) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٣، ٢٤٤.

(٢) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٤.

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٥، ٢١٦.

وأنفه، فإن فعل به ذلك في مدة يموت في مثلها فهو قتل عمد، وإن كانت مدة لا يموت في مثلها فهو قتل شبه عمد.

وإن خنقه وتركه متألماً حتى مات فهو عمد، أما إن تنفس وصحا 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 رأي الشافعي وأحمد في الخنق^(١)، وظاهر أنهما يطبقان في الخنق قاعدتهما التي وضعهما في الوسيلة القاتلة أو أداة القتل، فإن كانت تقتل غالباً اعتبر القتل عمداً، وإن لم تكن اعتبر شبه عمد.

أما أبو حنيفة فيعتبر الخنق في كل الأحوال قتلاً شبه عمد تطبيقاً لقاعدته الخاصة في الوسيلة القاتلة وهي 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 في كل الأحوال ما دام قد وقع بقصد العدوان ولم يكن على وجه اللعب والمزاح^(٣).

٨٢ - الحبس ومنع الطعام والشراب: يعتبر الحبس مع منع الطعام والشراب قتلاً عمداً عند الشافعي وأحمد إذا مات المحبوس في مدة يموت في مثلها غالباً، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال، فإذا منع عنه الماء في شدة الحر مات عطشاً في الزمن القليل، وإن كان الوقت بارداً أو معتدلاً لم يمت إلا في الزمن الطويل، والكبير قد يتحمل عن الصغير، والمتقشف قد يصبر أكثر من المرفه، فتراعى هذه الاعتبارات، فإن مات في مدة يموت في مثلها غالباً فالقتل عمد، وإن مات في مدة لا يموت في مثلها غالباً فهو شبه عمد^(٤).

ومثل المنع عن الطعام والشراب ما لو عزله أو منعه عن الاستظلال حتى قتله البرد أو الحر.

وإن كان به جوع أو عطش سابق على حبسه وعلم الحابس بذلك فالقتل عمد، إذ الغرض أن مجموع المديتين بلغ المدة القاتلة، وإن لم يعلم ففي المسألة رأيان: **أحدهما:** أن القتل عمد؛ لأن الحبس أهلك المحبوس، فهو كما لو ضرب

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٠.

(٤) المغني ج ٩ / ص ٣٢٨.

(١) الشرح الكبير مع المغني ج ٩ / ص ٣٢٦.

(٢) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٤.

المريض ضرباً يهلكه دون الصحيح وهو جاهل مرضه فإنه يسأل عن قتله .

والرأي الثاني : يعتبر القتل شبه عمد لا تتفاء قصد الإهلاك إذ الفاعل لم يأت بفعل مهلك ؛ أي أن المدة التي حبس فيها المجني عليه لا تهلك عادة^(١) .

وأبو حنيفة لا يرى مسؤولية الفاعل لأن الموت حصل بالجوع والعطش لا بالحبس والجاني لم يفعل إلا الحبس ، ولكنّ أبا يوسف ومحمداً يعتبران الجاني قاتلاً شبه عمد^(٢) لأن الجاني منع بفعله الطعام والماء عن المجني عليه ، ولا حياة لغيرهما 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 شرطي الوسيلة القاتلة ، كما أن الشافعي وأحمد يصدران في رأيهما عن هذه الوجهة .

ويرى مالك الفعل في كل حال قتلاً عمداً ما دام أنه قد صدر على وجه العدوان^(٣) .

٨٣ - القتل بسبب شرعي : ومثله شهادة الزور على رجل بقتل عمد أو زناً أو ردة ، فحكم بقتله ، ثم يتضح كذب الشهود بعد تنفيذ الحكم ، والأئمة جميعاً^(٤) يعتبرون الشاهد قاتلاً عمداً ، ولأن القتل بالتسبب وليس مباشراً فإن أبا حنيفة لا يرى فيه القصاص ، والقاعدة عنده أن القتل بالتسبب لا قصاص فيه إلا إذا كان السبب ملجئاً .

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

٨٤ - القتل بوسيلة معنوية : يرى مالك أن القتل بطريق معنوي معاقب عليه باعتباره قتلاً عمداً ، فمن ألقى على إنسان حية ولو كانت ميتة فمات فزاعاً ورعباً فهو قاتل له عمداً ، وإذا سل عليه سيفاً فمات فزاعاً فهو قاتل له عمداً^(٥) .

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

وإذا بعث السلطان لامرأة ليحضرها إلى محل الحكم فأفرعها ذلك وأسقطت جنيئاً ميتاً

(١) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٠ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٩٥ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٥ .

(٤) المغني ج ٩ / ص ٣٣٢ ، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤١ ، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٩ .

(٥) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٧ .

ضمنه، فإن ماتت المرأة من الإجهاض الذي ترتب على الفرع فالحادث قتل شبه عمد، وكذلك من استعدى السلطان على امرأة فأحضرت إلى محل الحكم ففرغت. وألقت جنينها أو ماتت من الفرع كان القاتل لها هو المستعدي ما لم تكن ظالمة له فلا يكون مسؤولاً لأنها أحضرت بسبب ظلمها^(١).

ويتفق مذهب الشافعي في مجوعه مع مذهب أحمد، إلا أن الشافعية منقسمون في هذه المسألة، فالبعض يفرق بين المميز وغير المميز، ويرون أن لا مسؤولية على الفاعل إذا كان المجني عليه مميزاً، لأن المميز لا يفرغ عادة وإذا فرغ فنادراً ولا حكم للنادر، ويرى البعض الآخر أن لا فرق بين المميز وغير المميز وأن الفاعل مسؤول عن فعله ما دام قد أدى للموت، والفريقان يعتبران الفعل في حالة المسؤولية قتلاً شبه عمد، لأن الوسيلة لا تقتل غالباً، ولكن القائلين بقصر العقوبة على حالة غير المميز بعضهم يعتبر الفعل قتلاً عمداً وبعضهم يعتبره شبه عمد.

وللشافعية رأي خاص في حالة الإجهاض من الفرع، فهم يرون مسؤولية السلطان عن الإجهاض وعن موت المرأة بسبب الإجهاض، ولكن إذا ماتت المرأة من الفرع لا بسبب الإجهاض فلا مسؤولية، وعلة ذلك على ما نظن أن الحاكم حين استدعاها كان يؤدي واجباً عليه، أو يستعمل حقاً له قبلها، وكذلك الشاكي كان يستعمل حقه^(٢)، ويرى أبو حنيفة أن من صاح على إنسان فجأة فمات من صيخته فهو قاتل له قتلاً شبه عمد^(٣).

٨٥ - التسميم: لا يخصص فقهاء الشريعة للتسميم فصلاً خاصاً مكتفين بتطبيق القواعد العامة على هذا النوع من وسائل القتل كما يطبقونها على التغريق والتحريق، وهم يخالفون في طريقتهم ما يسير عليه شراح القوانين في مصر وفرنسا وغيرهما 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 القصائص، فلم يكن ثمة ما يدعو للتخصيص، أما في القانون المصري والفرنسي مثلاً، فإن عقوبة القتل بالسم تختلف عن

(١) المغني ج ٩ / ص ٤٨٧، ٥٨٠.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٣٠ - ٣٣٢.

(٣) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٤، يحمل الفقهاء السلطان مسؤولية إجهاض المرأة إذا طلبها ففرغت وألقت حملها، اتباعاً لما فعل عمر رضي الله عنه، فقد طلب امرأة ففرغت وأخذها الطلق فألقت ولداً صالحاً صيحتين ومات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فقال بعضهم: ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، وصمت علي، فقال عمر: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا رأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوها لك، إن ديتك عليك، لأنك أفرعتها فألقتها، فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك، والفقهاء وإن اتفقوا على مسؤولية السلطان فإنهم يختلفون فيمن يحمل الدية أهو السلطان نفسه وعاقلته أم بيت المال؟

عقوبة القتل العادي، ومن ثم كان هناك ما يدعو للتخصيص، ويرى مالك أن القتل بالسّم قتل عمد في كل حال سواء كانت المادة سامة كثيراً أو قليلاً، تقتل غالباً أو كثيراً أو نادراً، ما دام الجاني قد انتوى قتل المجني عليه بهذه الوسيلة، وما دام المجني عليه قد مات فعلاً.

ويستوي عند مالك أن يقدم الجاني الطعام أو الشراب أو اللباس المسموم بنفسه للمجني 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 المجني عليه بأن الطعام أو الشراب مسموم ثم تناوله مع علمه فهو القتل لنفسه.

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

وإن خلط الجاني السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله دون إذنه وأكله فلا مسؤولية على الجاني؛ لأن الداخل هو الذي قتل نفسه بفعله، وإذا دخل المجني عليه المنزل بإذنه - أي بإذن الجاني - وأكل الطعام المسموم دون إذنه فالحكم ما سبق^(٢).

ويتفق الشافعي مع أحمد في حالة الإكراه، فإذا سقى الجاني المجني عليه السم كرهاً عنه فهو قاتل عمداً إذا كان السم يقتل غالباً، فإن لم يكن يقتل 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، أي في حالة تقديم الطعام المسموم للمجني 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 أعجمياً 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 فإن يغرر به بسهولة ويصعب عليه الامتناع عن تناولها، والقدرة على الامتناع تجعل التسميم غير قاتل غالباً، فيكون القتل شبه عمد، ويرى البعض الثالث أن لا مسؤولية على الجاني لأنه تناول المادة المسمومة بنفسه، فقطع فعله فعل الجاني، أي أن المباشرة اجتمعت مع السبب فتغلبت عليه، ويرد على ذلك بأن المباشرة لا تغلب السبب

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٧.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٢٤٢.

إلا إذا اضمحل معها، ولا يضمن السبب إلا إذا علم المجني عليه أن الطعام مسموم ثم تناوله، ففي هذه الحالة تغلب المباشرة السبب ويقطع فعل المجني عليه فعل الجاني.

وإذا دس الجاني السم في طعام المجني عليه أو شرابه فأكله جاهلاً ومات، فيرى الشافعيون فيه الآراء الثلاثة السابقة، ولا يفرقون بين المميز وغير المميز كما في حالة تقديم الطعام أو الشراب المسموم إلى الضيف^(١).

وأساس الخلاف بين الشافعي وأحمد هو اختلاف الرواة في حديث اليهودية: قدمت شاة مسمومة للنبي ﷺ 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 المجني عليه.

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

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

أما إذا أوجرَ الجاني المجني عليه السم إيجاباً، 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 المجني عليه: فإن لم يتوفر هذا القصد فلا يعتبر الفعل قتلاً عمداً ولو قصد الجاني الاعتداء على المجني عليه؛ لأن نية العدوان المجردة عن قصد القتل لا تكفي لجعل الفعل قتلاً عمداً.

(١) نهاية المحتاج ج ٣ / ص ٢٤٣.

٨٧ - ولقصد القتل أهمية خاصة عند الأئمة الثلاثة : لأنه هو الذي يميز القتل العمد عن القتل شبه العمد وعن القتل الخطأ، إذ الفعل الواحد يصلح أن يكون قتلاً عمداً أو شبه عمد أو خطأ، والذي يميز هذه الأنواع الثلاثة من القتل أحدها عن الآخر هو قصد الجاني، فإن تعمد الجاني الفعل بقصد قتل المجني 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 نتيجته فهو خطأ.

٨٨ - ولا يشترط مالك لاعتبار الفعل قتلاً عمداً أن يقصد الجاني قتل المجني عليه : ويستوي عنده أن يقصد الجاني قتل المجني عليه أو أن يتعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل ما دام أنه لم يتعمد الفعل على وجه اللعب أو التأديب فالجاني في كلا الحالتين قاتل عمداً^(١)، وهذا الرأي يتفق مع منطق مالك لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ولا يرى القتل إلا نوعين فقط: عمداً وخطأ، فاقتضى منه ذلك أن يعتبر الجاني قاتلاً عمداً بمجرد توفر قصد العدوان، ولو أنه اشترط توفر نية القتل عند الجاني لترتب على هذا الشرط أن يدخل في باب الخطأ كل ما يدخل في باب شبه العمد عند الفقهاء الآخرين.

٨٩ - وبعض كتب الفقه في مذاهب الأئمة الثلاثة تشترط صراحة قصد القتل في الجاني وبعضها لا يذكر شيئاً إطلاقاً عن قصد القتل : وقد يوهم هذا أن هناك خلافاً على اشتراط قصد القتل، والواقع أنه لا خلاف إطلاقاً في اشتراط قصد القتل وإنما الخلاف جاء في طريقة التعبير، فالأصل أن نية القتل شرط أساسي في القتل العمد، ولما كانت هذه النية أمراً باطنياً متصلاً بالجاني كامناً في نفسه ومن الصعب الوقوف عليها فقد رأى الفقهاء أن يستدلوا على نية الجاني بمقياس ثابت يتصل بالجاني ويدل غالباً على نيته ونفسيته؛ ذلك المقياس هو الآلة أو الوسيلة التي يستعملها في القتل، إذ الجاني في الغالب يختار الآلة المناسبة لتنفيذ قصده من الفعل، فإن قصد القتل اختار الآلة الملائمة للفعل والتي تستعمل غالباً كالسيف والبنديقة والعصا الغليظة، وإن قصد الضرب دون القتل اختار الآلة الملائمة لقصده كالضرب بالقلم أو العصا الخفيفة أو السوط، فاستعمال الآلة القاتلة غالباً هو المظهر الخارجي 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 المجني عليه، واستغنوا بهذا الشرط الدال على قصد القتل عن مدلول الشرط أي أنهم أقاموا الدليل مقام المدلول فلم يعد بعد هذا ما يدعو 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

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

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 الخطي العمد أو عمد الخطي؛ لأنه عمد في الفعل خطي في القصد.

ونستطيع أن نعرض عينة من أقوال الفقهاء في هذا الموضوع، فمثلاً يعرف الزيلعي - وهو حنفي 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 ربما لا يقتل غالباً وأنه سمي بشبه العمد لأن فيه قصد الفعل لا القتل^(١)، ويعرف صاحب بدائع الصنائع - وهو حنفي 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 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 العمد لأن الجاني لم يقصد القتل^(٣)، 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^(٤)، 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^(٥)، ولكنهم حين يفرقون بين أفعال العمد وشبه العمد يميزون العمد بقصد الجاني إهلاك المجني 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 والركز وسائر ما لا يقتل غالباً، وهو شبه عمد لأنه قصد الضرب دون القتل، ويسمى عمد الخطي وخطي العمد لإجماع العمد والخطي فيه فإنه تعمد الفعل وأخطي في

(١) الزيلعي ج ٦ / ص ٩٨، ١٠٠.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٣، ٢٣٤.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ١٨٤، ١٨٥.

(٤) الأحكام السلطانية ص ٢١٩، ٢٢٠.

(٥) تحفة المحتاج ج ٤ / ص ٢ - ٤، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٥، ٢٤٠، حاشية البجيرمي على

المنهج ج ٤ / ص ١٢٩، ١٣١.

القتل^(١)، ويعرف صاحب الشرح الكبير - وهو حنبلي المذهب - العمد وشبه العمد بمثل ما عرفهما به زميله السابق، وصاحب الإقناع - وهو حنبلي أيضاً، يشترط في العمد القصد ويعرف العمد بقوله: «أن يقتل قصداً بما يغلب على الظن موته به» ثم يعرف شبه العمد فيقول: أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو التأديب له فيسرف فيه بما لا يقتل غالباً قصد قتله أو لم يقصده^(٢)، وظاهر مما سبق أن اشتراط قصد القتل هو المميز بين العمد وشبه العمد.

وإذا كان صاحب الإقناع قد صرح باتراط القصد فإنه مع ذلك لم يذكره في تعريف العمد واكتفى باشتراط أن تكون الآلة قاتلة غالباً، كما أنه يلاحظ عليه أنه لم يفسر القصد أصلاً في الحالة التي تكون فيها الآلة غير قاتلة غالباً، وهو منطق دقيق، فقد رأى أنه إذا كانت الآلة القاتلة غالباً دليلاً على توفر قصد القتل، فإنه يجب أن تكون الآلة التي لا تقتل غالباً دليلاً على انتفاء قصد القتل ما دامت الآلة هي الدليل المادي على قصد الجاني.

وعلى كل حال فإن هذا الذي يراه هو نفس ما يراه بقية الفقهاء ممن ذكرنا وممن لم نذكر، ولو أنهم لم يصرحوا بهذا في تعريف شبه العمد كما صرح صاحب الإقناع، ولكن المتتبع لأمثلتهم وتطبيقاتهم يجد أنهم يعتبرون الفعل شبه عمد إذا كانت الوسيلة غير قاتلة غالباً، بغض النظر عما إذا كان الجاني قصد القتل أم لم يقصده، ولعلمهم لم يصرحوا بهذا في التعريف كما لم يصرحوا باشتراط القصد في العمد، ويكون إذن معنى قولهم إن القاتل في شبه العمد لم يقصد الفعل أنه لم يقصده فرضاً أو حكماً لا فعلاً، ومن الأمثلة على ذلك أن الضربة أو الضربتين بالعصا وضرب الموالاة لا يعتبر قتلاً عمداً ولو قصد الجاني قتل المجني عليه^(٣) في رأي أبي حنيفة وأصحابه، وأن القتل بطريق معنوي يعتبر قتلاً شبه عمد في مذهب الشافعي وأحمد، لأن الوسيلة لا تقتل غالباً، وأن الضرب بما لا يقتل غالباً يعتبر قتلاً شبه عمد ولو قصد الجاني قتل المجني عليه ما دام الضرب لم يكن متوالياً ولا على ضعيف أو صغير أو في حر شديد أو في برد شديد^(٤).

ومع أن الفقهاء قد جعلوا استعمال الآلة أو الوسيلة القاتلة غالباً دليلاً على توفر القصد للقتل عند القاتل وجعلوا استعمال الآلة أو الوسيلة التي لا تقتل غالباً دليلاً على انتفاء قصد القتل عند القاتل، إلا أنه يجب أن لا يفهم من هذا المساواة التامة في الحالين، فهناك فرق دقيق لا يصح أن يغرب عن البال، وهو أن افتراض توفر قصد القتل عند من يستعمل آلة

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٢١، ٣٣٧.

(٢) الإقناع ج ٤ / ص ١٦٣، ١٦٨.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٣٤، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٨٨، ٢٩٤، ٢٩٥.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٧، ٢٤٠، ٣٣٠، ٣٣٣، المغني ج ٩ / ص ٣٢٠ - ٣٣٨ ومن ص ٥٥٧ - ٥٨١.

تقتل غالباً هو فرض يقبل النفي، فللجاني أن يثبت العكس، أي أنه لم يقصد القتل، أما افتراض انعدام نية القتل عند من يستعمل آلة لا تقتل غالباً فهو فرض لا يقبل النفي، فلا يجوز إثبات عكسه ولو اعترف الجاني نفسه بأنه قصد القتل، بل يكذب اعترافه كون الآلة غير قاتلة، والملاحظ في حالة قبول النفي وعدم قبوله هو مصلحة المتهم لا مصلحة غيره، وإن كانت مصلحة الجماعة روعيت في حالة استعمال آلة تقتل غالباً بافتراض أن نية القتل متوفرة، فلا يجد الاتهام ضرورة لإثبات نية القتل ما دام المتهم لم يثبت أنه لم يقصد القتل، وأنه لم يستعمل الآلة القاتلة لهذا الغرض.

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

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

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

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 قتلاً عمداً، لكنهم اختلفوا في العقوبة التي توقع على الجاني، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن تكون العقوبة الدية ودرؤوا عقوبة القصاص عن الجاني على أساس أن الإذن بالقتل شبهة، وأن الرسول ﷺ يقول: **«ادرؤوا 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).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٦.

والرأي الراجح في مذهب مالك: أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ولو أبرأ المجني عليه الجاني من دمه مقدماً لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد، وعلى هذا يعتبر الجاني قاتلاً عمداً، ولكن بعض أصحاب هذا الرأي يرون أن تكون العقوبة القصاص ويعاقب بالعقوبة المقررة له، ويرى البعض 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 العُتْبَةِ» أنه يرى عقاب القاتل وإن كان يدرأ القصاص عنه للشبهة^(١).

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^(٢)، 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^(٣)، 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 عندهم يسلك بها مسلك الأموال، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبه فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن، ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلاً عمداً لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع، فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً ولا قطعاً ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد، ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فتعين أن تكون العقوبة الدية، أما أبو يوسف ومحمد فممن رأيهما أنه إذا أدى الجرح أو القطع لموت فلا شيء على الجاني إلا التعزير لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل^(٤).

وفي مذهب مالك أن الإذن بالجرح والقطع لا عبرة به إلا إذا استمر مبرئاً له بعد الجرح والقطع فإن لم يبرئه بعد الجرح والقطع ففيه العقوبة المقررة وهي القصاص أو الدية، أما إذا استمر مبرئاً له تسقط العقوبة المقررة وهي القصاص والدية ويحل محلها التعزير ما

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ / ص ٢٣٥، ٢٣٦، الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٣.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٨.

(٣) الإقناع ج ٤ / ص ١٧١.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٦، ٢٣٧.

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

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

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

٩٤ - مقارنة بين الشريعة والقانون: يتفق مذهب مالك وأبي حنيفة ورأي الشافعي الذي يقول بالعقاب في حالة الرضاء بالقتل أو الجرح الذي ينتهي بالموت مع القوانين الوضعية الحديثة، لأنها تعتبر القتل والجرح بالرغم من الرضاء أو الإذن جريمة وتعاقب عليها، وإذا كان بعض الفقهاء يرى أن تكون العقوبة القصاص، والبعض يرى أن تكون الدية، فهذا ليس بذي أهمية، لأن استبدال الدية بالقصاص ليس إلا استبدال عقوبة مقررة شرعاً بعقوبة مقررة شرعاً، وهو يقابل في القوانين الحديثة ما تقرره من الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة عقوبة للقتل العمد مع ترك الحرية للقضاة في اختيار إحدى العقوبتين وتقدير ظروف الجريمة والمجرم، ولا شك أن إذن المجني عليه في الجريمة وإن

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٣.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٨، ٢٩٦، تحفة المحتاج ج ٤ / ص ٣٠، ٣١.

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

لم يكن له أثر على تكوين الجريمة إلا أنه مما يدعو القضاة إلى استعمال الرأفة، وإذا لم يحملهم على تخفيف العقوبة إلى حدها الأدنى فإنه يمنعهم من رفعها إلى حدها الأعلى، فتكون النتيجة العملية في القانون أن يعاقب الجاني المأذون له في القتل بعقوبة بسيطة الفرق بينها وبين الحد الأعلى المقرر أصلاً كالفرق بين القصاص والدية في الشريعة.

٩٥ - القصد المحدود وغير المحدود: لا يفرق الفقهاء في مذهب أبي حنيفة وأحمد بين القصد المحدود والقصد غير المحدود سواء في تعريف أنواع القتل أو في الأمثلة التي يضربونها لمختلف وسائل القتل، ومن ثم يمكن القول بأنه يستوي في مذهب أبي حنيفة وأحمد أن يكون القصد عند الجاني متجهاً إلى قتل إنسان بعينه أو إلى قتل إنسان غير معين فهو مسؤول عن القتل العمد في الحالين ما دام قد أتى الفعل بقصد القتل، فمن أطلق عياراً نارياً على شخص معين، ومن ألقي قنبلة على جماعة بقصد القتل، دون أن يقصد شخصاً معيناً من الجماعة كلاهما قاتل عمداً عند أبي حنيفة وأحمد.

أما في مذهب الشافعي^(١) فيفرقون بين ما إذا قصد معيناً أو غير معين، فإن قصد معيناً فالفعل قتل عمد، وإن قصد غير معين فالفعل قتل شبه عمد، ويعتبر المجني عليه ولو قصد الجاني أن يصيب أي شخص من جماعته؛ لأن الجماعة تصبح كلها مقصودة، فتصير معينة أفراداً وجماعة.

ويفرقون في مذهب مالك أيضاً بين قصد شخص معين وبين قصد شخص غير معين، فإن قصد الجاني معيناً فالفعل قتل عمد، وإن قصد غير معين أيّاً كان فلا يعتبر القتل عمداً وإنما يعتبر خطئاً^(٢).

ويتفق مذهب أبي حنيفة وأحمد مع القانون المصري اتفاقاً تاماً، فالمادة ٢٣١ عقوبات تنص على أن الإصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية غرض المصير منها إيذاء شخص معين أو أي 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 محتشد، وأطلق منها عياراً نارياً أو عدة أعيرة نارية أصاب بعضها شخصاً أو أكثر من هذا الجمع وقتله، عُدَّ القاتل مرتكباً لجريمة القتل عمداً لتوفر قصد القتل عنده^(٣).

أما مذهب الشافعي ومالك فظاهر أنهما يخالفان القانون.

٩٦ - الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية: يراد بالخطأ في الشخص أن يقصد

(١) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٥ وما بعدها، تحفة المحتاج ج ٤ / ص ٣٢٢.

(٢) الشرح الكبير للدريدر ج ٤ / ص ٢١٦، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٢٤.

(٣) نقض في ١٢ ديسمبر ١٩٢٨، محاماة ٩ عدد ١٠٦.

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

وللفقهاء نظريتان مختلفتان في الخطأ في الشخص والشخصية:

الأولى لمالك وأصحابه، وتتلخص في أنه إذا قصد الجاني شخصاً فأصاب غيره، أو قصد شخصاً على أنه زيد فتبين أنه بكر فإن الجاني يكون قاتلاً عمداً في الحالين، سواء قصد القتل أو قصد مجرد العدوان على وجه الغضب لا على وجه اللعب أو التأديب، وبعض فقهاء المذهب يرى أن الحالة الأولى ليست 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 إنسان، فهو إذن قاتل له عمداً^(٢)، أما إذا كان الفعل المقصود أصلاً غير محررم، 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 رأي أصحاب النظرية الأولى، إذ تأخذ القوانين الوضعية الجاني بقصده، فما دام قد قصد القتل والضرب ونفذ قصده فيستوي بعد ذلك أن يكون أصاب من قصده أو أصاب غيره، وقضاء المحاكم المصرية مستقر على أن من تعمد قتل إنسان فأصاب آخر فهو قاتل عمداً لهذا الآخر^(٤).

٩٨ - القصد الاحتمالي: ولا شك أن الشريعة الإسلامية تعرف حق المعرفة القصد

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٠، ٢٤٣، الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٥.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٣٣٩.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٦، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٣٧، الإقناع ج ٤ / ص ١٦٨، المغني ج ٩ / ص ٣٣٩.

(٤) نقض في ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩، قضية ٢٠٨٥ سنة ٤٦ قضائية.

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

لكن ما هو رأي فقهاء الشريعة في القصد الاحتمالي في جريمة القتل العمد بالذات؟ ذلك القصد الذي عرفته محكمة النقض المصرية بأنه «نية ثانوية غير مؤكدة تختلج بها نفس الجاني الذي يتوقع أن قد يتعدى فعله الغرض المنوي عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينتوه من قبل أصلاً فيمضي مع ذلك في تنفيذ الفعل، فيصيب به الغرض غير المقصود، ومظنة وجود تلك النية هي استواء حصول هذه النتيجة وعدم حصولها لديه، ذلك القصد الذي يقيمه الألمان مقام القصد الثابت في جريمة القتل وغير القتل ويقولون: إنه يكون كلما تصور الفاعل النتيجة ممكنة الوقوع ثم يمضي بالرغم من ذلك في فعلته مستهيناً بالنتيجة».

ولا يسلم أبو حنيفة والشافعي وأحمد بالقصد الاحتمالي في جريمة القتل العمد ويصرون على أن تتوجه نية الجاني للقتل، وأن يرتكب الفعل بقصد الوصول لهذا الغرض، ولعل حرصهم على ظهور نية القتل عند الجاني راجع إلى أنهم يقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطأ، وفي العمد وشبه العمد يتعمد الجاني العدوان ولكن الذي يميز العمد عن شبه العمد هو أن الجاني يقصد القتل في العمد، فلو سلموا بالقصد الاحتمالي في القتل العمد لانعدام الحد الفاصل بين القتل العمد والقتل شبه العمد.

وقد سلم بعض فقهاء مذهب أحمد بالقصد الاحتمالي في جريمة القتل في موضعين فقط، واعتبروا الفاعل قاتلاً عمداً أخذاً بقصده المحتمل: الأول: إذا أخطأ الجاني في الفعل، كأن أراد أن يقتل زيداً فلما رماه أخطأه وأصاب عمراً، بشرط أن يكون زيد معصوماً؛ أي غير مهدر الدم، كأن يكون حربياً أو مرتداً، فإن كان مهدر الدم فالقتل خطأ لا عمد، الثاني: إذا كان الخطأ في ظن الفاعل كأن يقصد قتل زيد فيقتل عمراً، على أنه زيد بشرط أن يكون معصوماً.

أما مالك فمذهبه يتسع للقصد الاحتمالي في جريمة القتل العمد ولما هو أكثر من القصد الاحتمالي؛ لأنه لا يعرف القتل شبه العمد، والقتل عنده نوعان فقط: عمد وخطأ، والعمد عنده لا يشمل فقط الفعل المقصود به القتل، وإنما يشمل كل فعل

قصد به مجرد العدوان ولو لم يقصد الفاعل القتل، ولما كان من المستبعد عقلاً أن تؤدي كل أفعال العدوان البسيطة إلى الموت، فمعنى ذلك أن مذهب مالك يتسع لأكثر من القصد الاحتمالي؛ لأنه يتسع لما يتصوره الفاعل ممكن الوقوع ولما يتصوره ممتنع الوقوع.

٩٩ - مارنة: والنظرية الفرنسية تتفق مع نظرية الأئمة الثلاثة، فالفرنسيون لا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالي في جريمة القتل العمد، ولو أن القانون الفرنسي أخذ المتهم بقصده الاحتمالي في جرائم الضرب والجرح، وحجتهم أن الأخذ بنظرية القصد الاحتمالي في القتل العمد يؤدي إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضي إلى الموت وتجعل التمييز بينهما متعذراً، أما مذهب مالك فيتفق مع النظرية الألمانية كما يتفق مع القانونين الإنجليزي والسوداني، وهما يعتبران القتل عمداً إذا حصل الفعل بقصد تسبب الموت أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون نتيجة الفعل المحتملة، ولكن بالرغم من هذا الاتفاق الظاهري، فإن مذهب مالك يظل أكثر اتساعاً من مذهب الألمان والقانونين الإنجليزي والسوداني، فمثلاً إذا لطم شخص آخر صحيحاً بقصد الاعتداء ودون أن يقصد القتل فمات من اللطمة فهو قاتل عمداً عند الإمام مالك ولا يعتبر قاتلاً طبقاً للنظرية الألمانية، لأن إمكان الموت من اللطمة بعيد التصور، كذلك لا يعتبر قاتلاً بحسب القانونين الألماني والإنجليزي لأنه ليس في ظروف المجني عليه أو في اللطمة ذاتها ما يدعو الجاني إلى العلم بأن اللطمة قد تؤدي للوفاة.

١٠٠ - إثبات القصد الجنائي: يشترط أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن يثبت قصد القتل ثبوتاً لا شك 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 تكتفي به إذا لم يكن ثمة ما ينفيه، ويصح لها أن تضيف إليه أدلة أخرى من ظروف الواقعة أو ظروف المتهم والمجني 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

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

القتل لدى الجاني إذ يكفي أن يثبت أنه أتى الفعل بقصد العدوان وأنه لم يأت به على وجه اللعب أو التأديب.

المبحث الثاني

القتل شبه العمد

١٠١ - ذكرنا أن القتل شبه العمد مختلف 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: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا﴾ [النساء: ٩٣] ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾ [النساء: ٩٢] أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد فيقولون بالقتل شبه العمد ويرون أن القتل على ثلاثة أنواع: عمد وشبه عمد وخطأ، ويحتجون بقوله ﷺ: «ألا إن في قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل» وبأن عمر وعلياً وعثمان وزيد بن ثابت وأبا موسى الأشعري والمغيرة قالوا بالقتل شبه العمد ولا مخالف لهم من الصحابة، كما يحتجون بأن القصد مسألة تتعلق بنية الجاني ولا يطلع على النيات إلا الله تعالى وإنما الحكم يدار على الظاهر وليس أدل على النية وأكثر إظهاراً لها من الآلة المستعملة في القتل، فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أي حكم من قصد القتل، ومن قصد الضرب بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ ففعله يشبه العمد لأنه قصد ضربه 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 يعتدي على المجني عليه بقصد قتله أما مرتكب القتل شبه العمد فيعتدي على المجني 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 فتشابه القتلين تشابهاً شديداً دعا لتسمية أحدهما بالقتل شبه العمد إذا كان الثاني يسمى بالقتل العمد.

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

(١) يعبر أبو حنيفة عن هذه الفكرة بقوله: إن 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 الجزء لتفهم جيداً الفرق بين العمد وشبه العمد في القصد.

الفاعل إلى القتل فهو يشبه العمد صورة من حيث إنه قصد الفعل^(١).

ويعرفه الشافعيون أنه: ما كان عمداً في الفعل خطئاً في القتل^(٢)، أي كل فعل لم يقصد به القتل تولد منه القتل، ويعرفه بعضهم بأنه قصد الإصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ولا تجب به عقوبة القتل العمد لأن الجاني لم يقصد القتل^(٣)، ويعرفه أكثرهم بأنه قصد الفعل والشخص ولو كان غير معين بما لا يقتل غالباً^(٤).

ويعرفه الحنابلة بأنه: قصد الجناية بما لا يقتل غالباً فيقتل إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير أو يلكزه بيده أو يلقيه في ماء يسير أو يصيح بصبي أو معتوه على سطح فيسقطان أو يغتفل عاقلاً فيصيح به فيسقط؛ فهو شبه عمد إذا قتل لأنه قصد الضرب دون القتل، ويسمى خطئاً العمد وعمد الخطئاً لإجماع العمد والخطئ فيه فإنه عمد الفعل وأخطأ في القتل^(٥).

١٠٣ - مقارنة: وظاهر مما سبق أنه يدخل تحت شبه العمد كل الأفعال التي يقصد منها الجاني العدوان ولم يقصد بها القتل ولكنها أدت إلى موت المجني عليه، فالقتل شبه العمد في الشريعة يقابل الضرب المفضي إلى الموت في القوانين الوضعية، ولكن تعبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصح منطقاً من تعبير القوانين الوضعية، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والضارة والتغريق والتحرقيق والتردية والخنق وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجاني وتوفر قصد الاعتداء، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدي للموت، فاختيار فقهاء الشريعة لهذا اللفظ للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق لأنها تنتهي جميعاً بالموت، أما لفظ الضرب الذي عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير ذلك من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتغريق والتحرقيق والتردية والخنق، وشرح القانون المصري يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذي يندرج تحته قانوناً ويلاحظون على نصوص الضرب عموماً قصور ألفاظها عن الإحاطة بما يندرج تحتها.

أركان القتل شبه العمد

١٠٤ - أركان القتل شبه العمد ثلاثة: أولها: أن يأتي الجاني فعلاً يؤدي لوفاة المجني عليه، **ثانيهما:** أن يأتي الجاني الفعل بقصد العدوان، **ثالثهما:** أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية.

(١) المبسوط ج ٦ / ص ٦٤، ٦٥.

(٢) المذهب ج ٢ / ص ١٨٥.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٣١.

(٤) الوجيز ج ٢ / ص ١٢٥.

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٣٧.

الركن الأول

فعل يؤدي لوفاة المجني عليه

١٠٥ - يشترط لتوفير هذا الركن أن يأتي الجاني فعلاً يؤدي لوفاة المجني عليه : أيّاً كان هذا الفعل ضرباً أو جرحاً أو غير ذلك من أنواع التعدي والإيذاء مما لا يعتبر ضرباً ولا جرحاً كالتهريق والتحريق وإعطاء مواد ضارة أو سامة بغير قصد القتل .

١٠٦ - وليس من الضروري في الضرب والجرح أن يستعمل الجاني آلة معينة : فقد يكون بغير أداة كاللطم واللكم والعض والرفس ، وقد يكون بأداة راضة أو حادة أو واخزة كالعصا والسيف والفأس والبلطة والسكين والرمح والمسلّة ، وقد يرمي الجاني المجني عليه بشيء كالحجر والسهم والرصاص ، وقد يغري به حيواناً مفترساً كالذب أو أليفاً كالكلب^(١) .

١٠٧ - ويستوي أن يحدث الفعل أثراً مادياً في جسم المجني عليه أو أن يحدث به أثراً نفسياً يؤدي بحياته : فمن شهر على إنسان سيفاً أو صوب إليه بندقية فمات رعباً قبل أن يضربه ، ومن دلى إنساناً من شاهق فمات رهبة ورعباً ، ومن أفزع امرأة حاملاً فألقت حملها من الرعب وماتت بسبب الإجهاض ، يسأل عن القتل شبه العمد ولو أن فعله لم يحدث أثراً مادياً مباشراً بجسم المجني عليه^(٢) .

ولا يتفق القانون المصري والفرنسي مع الشريعة في هذا ، ولكنّ الكثيرين من الشراح يرون أنه من القصور أن لا يعاقب هذان القانونان على مثل هذه الحالات ، أما القانون الإنجليزي فيعاقب على مثلها فعلاً .

١٠٨ - وليس ثمة ما يمنع عند الشافعي وأحمد من مسؤولية الجاني عن القتل شبه العمد ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله : كمن طلب إنساناً بسيف مجرد أو بندقية أو ما يخيف فهرب منه فتلّف في هربه كأن سقط من شاهق أو انخسف به سقّف أو غرق في ماء أو احترق بنار أو سقط فتلّف أو خرّ في مهواة من بئر أو غيرها ، 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 المجني عليه أن يكون معصوماً : فإن لم يكن معصوماً ، فلا يعتبر الفعل جريمة قتل وإنما يمكن اعتباره ما وقع اعتداء على السلطات العامة ، وقد بينا معنى

(١) يرى أبو حنيفة شخصياً أن من حرش كلباً أو غيره على آخر لا يكون متعمداً لأن للكلب اختياراً ، وإنما يكون مخطئاً فإذا قتله الكلب كان مسؤولاً عن القتل الخطأ فقط ، ويخالفه في هذا أبو يوسف ومحمد ويريان الفعل قتلاً شبه عمد .

(٢) راجع الفقرتين ٥٩ ، ٦٠ من هذا الجزء .

(٣) راجع الفقرة ٦٧ من هذا الجزء .

العصمة بمناسبة الكلام على القتل العمد^(١)، ولكننا لم نذكر من المهدرين إلا ما اقتضى الكلام عن القتل العمد ذكرهم، فبقي منهم من لم نذكره وهم: السارق سرقة عقوبتها قطع اليد، والزاني غير المحصن، والقاذف، وشارب الخمر، فهؤلاء مهدرون 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 المجني عليه مهدراً إهداراً كلياً، ولكن إذا كان الإهدار جزئياً لتنفيذ حد لا يقتل من الحدود التي ذكرناها الآن ثم مات المجني 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، ويستوي عند أحمد أن يكون القطع قبل الحكم بالسرقة أو بعده ما دامت السرقة ثبتت على السارق ولكن يشترط أن تكون الدعوى مقامة، فإن لم تكن الدعوى رفعت اعتبر القاطع قاطعاً عمداً، وإذا شهد الشهود بالسرقة ولم يحكم القاضي بالقطع انتظاراً لتعديل الشهود فقطعه قاطع فلا عقوبة عليه إذا عدلت الشهود - أي ثبتت عدالتهم وصلاتهم - فإن لم تعدل الشهود فهو قاطع ليد معصومة عمداً، ويرى الشافعي مثل ما يراه أحمد.

أما مالك وأبو حنيفة فيشترط أن يكون القطع بعد الحكم، فإن كان بعده فلا مسؤولية على القاطع بسبب القطع وإنما يؤاخذ على الافتيات على السلطات، أما إذا كان القطع قبل الحكم فهو مسؤول عن القطع^(٣).

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 التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا يتعطل تنفيذ الحدود.

(١) راجع الفقرات من ٧١ إلى ٢٧ من هذا الجزء.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٥٤.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٣١، البحر الرائق ج ٥ / ص ٦٢.

والفرق عند أبي حنيفة بين هذه الحالة وحالة القصاص، أن القصاص حق للمقتصص وليس واجباً عليه، وهو مخير في حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتصص، 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^(١).

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

١١١ - ويصح أن يصدر الفعل من الجاني مباشرة: كأن يضرب المجني عليه بعصاً أو يرميه بحجر، ويصح أن يتسبب في الفعل دون أن يباشره كأن يغري به كلباً فيعضه فيموت من العضة أو يضع له مزلقاً 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، والسبب، والتماثل، والقتل على الاجتماع، والقتل على التعاقب، وإجماع المباشرة مع السبب^(٢)، وقد تكلمنا عن هذه القواعد بما فيه الكفاية فلا داعي لإعادة الكلام عنها.

ومن 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 المماثل، فإن فعل فهو قاطع عمدًا، وإن قطع العضو المماثل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن أفتياته على السلطات العامة وتعجله بالقصاص، أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسؤول عن القطع لأن المقطوع معصوم في حقه.

وإذا اقتصص المستحق في طرف، فسرى القصاص إلى النفس، ومات المقتصص منه،

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

(٢) راجع الفقرات من ٤٣ - ٥٧ من هذا الجزء.

فلا يسأل الوالي عن القتل شبه العمد، لأنه مات من فعل مباح^(١) وهو تنفيذ العقوبة.

وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد وأبي يوسف ومحمد، أما أبو حنيفة فيرى أن المقتص مسؤول عن القتل شبه العمد، وحجة الفريق الأول أن الموت حدث بفعل مأذون فيه، ولا يعتبر جريمة، فما تولدت من المباح مباح، وحجة أبي حنيفة أن الفعل المأذون له فيه هو القطع وهو حقه، ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل ففيه مسؤولية^(٢).

١١٣ - ويشترط أن يكون الفعل الذي أتاه الجاني محرماً عليه: فإن كان حقه أو من واجبه أن يأتي الفعل فأدى الفعل للموت فالمسؤولية تختلف بحسب حدود الحق وباختلاف أصحاب الحق، كما تختلف بحسب اختلاف الشخص المحمل بالواجب، وسنفصل ذلك فيما يأتي في:

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

الركن الثاني

أن يتعمد الجاني الفعل

١١٤ - يشترط أن يتعمد الجاني إحداث الفعل المؤدي للوفاة دون أن يتعمد قتل المجني عليه: وهذا هو المميز الوحيد بين جريمتي القتل العمد وشبه العمد، في الأول يتعمد الجاني إصابة المجني عليه وفي الوقت ذاته يقصد من الإصابة قتله، وفي الثاني يتعمد إصابة المجني عليه ولا يتعمد قتله، فالفاصل بين الجريمتين أصلاً هو قصد الجاني، فإن قصد القتل فالفعل قتل عمد وإن قصد مجرد العدوان ولم يقصد القتل فالفعل شبه عمد، ويستدل على نية الجاني قبل كل شيء بالآلة أو الوسيلة التي يستعملها في القتل، فإن كانت الآلة تقتل غالباً فالفعل قتل عمد ما لم يثبت الجاني أنه لم يقصد القتل، وإن كانت الآلة لا تقتل غالباً فالفعل قتل شبه عمد ولو توجه قصد الجاني فعلاً للقتل؛ لأن القتل لا يكون إلا بالآلة الصالحة لإحداثه، فإن لم تكن الآلة صالحة لإحداثه كانت نية القتل عبثاً^(٣)، 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 لقصد 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.

(١) المذهب ج ٢ / ص ٢٠٠، تحفة المحتاج ج ٤ / ص ٢٨، المغني ج ٩ / ص ٤٤٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٣٠٥.

(٣) راجع الفقرة ٨٩ من هذا الجزء.

١١٥ - القصد الاحتمالي: والجاني في القتل شبه العمد مأخوذ بقصده الاحتمالي، فإن نيته لا تتجه لقتل المجني 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^(١).

١١٦ - القصد المحدود أو غير المحدود: ويستوي 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، ويعاقب عليه بعقوبة القتل شبه العمد إذا أدى للموت^(٢).

١١٧ - الخطأ في الشخص والخطأ 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 المجني 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^(٣).

١١٨ - رضاء المجني عليه: وإذا كان المجني عليه قد أذن بالفعل المؤدي للموت، فيرى أبو حنيفة مسؤولية الجاني عن القتل شبه العمد لأن الجاني أذن بالجرح ولم يأذن بالقتل فلما مات المجني عليه تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً، ويخالفه أبو يوسف ومحمد في هذا الرأي كما يخالفه الشافعي وأحمد، ويرون أن لا مسؤولية على الجاني، وقد تكلمنا عن هذا بتفصيل بمناسبة الكلام على القتل العمد^(٤).

ولا عبرة بالبواعث التي دفعت الجاني لارتكاب الفعل، فسواء كانت هذه البواعث شريفة أو وضيعة 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: أي أن يكون الفعل علة مباشرة للموت أو أن يكون سبباً في علة الموت، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا يسأل الجاني عن موت المجني عليه، وإنما يسأل باعتباره جارحاً أو ضارباً.

(٢) راجع الفقرة ٩٥ من هذا الجزء.

(٤) راجع الفقرة ٩٣ من هذا الجزء.

(١) راجع الفقرة ٩٨ من هذا الجزء.

(٣) راجع الفقرة ٩٦ من هذا الجزء.

١٢٠ - ويكفي 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 المجني عليه أو مرضه أو غير ذلك، وقد تكلمنا على ذلك بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على القتل العمد، وما قلناه هناك ينطبق هنا مما 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 المجني 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 الصديدي 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 بقصده الاحتمالي ولو لم يكن يتوقع هذه النتائج لأنه كان يجب عليه قانوناً أن يتوقعها^(٣).

المبحث الثالث

القتل الخطأ

١٢٢ - الأصل في العقاب على القتل الخطأ: قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانُ لِلْمُؤْمِنِينَ أَنْ يَقْتُلُوا مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانُوا مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانُوا مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: 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 يرمي صيداً فيخطئه ويصيب آدمياً، والخطأ في ظن

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

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

(٣) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ قضية رقم ٢٠٥٨ سنة ٣ قضائية .

الفاعل كمن يرمي شخصاً على ظن أنه مهدر الدم فإذا هو معصوم، وكمن يرمي ما يحسبه حيواناً فيتبين أنه إنسان، أما ما هو في معنى القتل الخطأ: فهو ما لا قصد فيه إلى الفعل ولا الشخص، أي أن الجاني لا يتعمد إتيان الفعل الذي يسبب الموت ولا يقصد المجني 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 فجرح جرحاً أودى بحياته، والفقهاء الذين لا يرون تقسيم الخطأ يدخلون تحته ما يدخله الآخرون تحت هذين القسمين، فالفرق بين الفريقين في منطق الترتيب والتبويب لا غير.

ولعل الذي دعا القائلين بالتقسيم إلى تقسيم الخطأ، أنهم رأوا أن طبيعة الفعل في الخطأ المحض تختلف عن طبيعته فيما يعتبر قتلاً في معنى الخطأ، ففي الخطأ المحض يتعمد الجاني الفعل، أما في النوع الثاني فلا يتعمده، 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 بعينه، وإذا كان شراح القوانين لا يقسمون الخطأ هذه التقاسيم ويكتفون بإدراجها كلها تحت لفظ الخطأ كما فعل بعض الفقهاء إلا أن ما تعتبره القوانين خطأ لا يخرج عن نوع من الأنواع التي ذكرها فقهاء الشريعة.

١٢٥ - والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الجاني يكون مسؤولاً كلما كان الفعل والترك نتيجة إهمال أو تقصير أو عدم احتياط وتحرز أو عدم تبصر أو مخالفة لأمر 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 قاعدتين^(١) عامتين يحكمان مسؤولية الجاني في الخطأ وبتطبيقهما نستطيع أن نقول: إن شخصاً ما أخطأ أو لم يخطئ.

القاعدة الأولى: كل ما يلحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعله أو المتسبب فيه إذا كان يمكن التحرز منه، ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصد في الاحتياط والتبصر، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسؤولية.

القاعدة الثانية: إذا كان الفعل غير مأذون فيه (غير مباح) شرعاً وأثناء الفاعل دون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٧١، ٢٧٢.

ضرورة ملجئة فهو تعدّ من غير ضرورة، وما تولد منه يسأل عنه الفاعل سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه.

١٢٧ - ١ - من كان يمشي في الطريق حاملاً خشبة فسقطت منه على إنسان فقتلته فهو مسؤول عن قتله لأنه يستطيع أن يتحرز ويحتاط فلم يفعل، ولكن الغبار الذي يثيره مشي الإنسان في الطريق إذا جاء في عين إنسان فأتلفها لا يسأل عنه الماشي لأن إثارة الغبار عند المشي مما لا يمكن التحرز منه.

٢ - من سیر دابة أو ساقها أو قادها فوطئت إنساناً أو كدمته أو صدمته فهو مسؤول عن ذلك كله لأنه مما يمكن التحرز عنه بحفظ الدابة وتنبيه الناس، أما نَفْحُ 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 أو رَلَقَ فيه فسقط وأصيب فلا مسؤولية على الراكب أو السائق أو القائد لأن سبب الإصابة مما لا يمكن التحرز منه، ولأن الرسول ﷺ قال: «**والرَّجُلُ جُبَّارٌ**» أي نفح الدابة برجلها جبار؛ أي لا مسؤولية عنه.

٣ - ما تثيره الدابة بسيرها من الغبار والحصى الصغار لا ضمان فيه؛ أي لا مسؤولية عنه لأنه لا يمكن التحرز فيه، أما إثارة الحصى الكبار ففيه المسؤولية لأنها لا تثار إلا عند السير العنيف وهو مما يمكن التحرز منه.

٤ - إذا أوقفت الدابة في الطريق العام فقتلت إنساناً فمن أوقفها مسؤول عن قتله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها، وكذلك هو مسؤول 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 لا ضرورة فيه فهو تعد من غير ضرورة، وما تولد منه يكون مضموناً عليه سواء كان مما يمكن التحرز منه أم لا يمكن التحرز منه.

٥ - ومن ربطها في غير ملكه فهو مسؤول عما أصابته من شيء بيدها أو رجلها وعمّا 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 كموقف معد للحيوانات في الشارع العام أو كموقف الحيوانات في السوق العام فهو كما لو أقف الدابة في ملكه الخاص.

٧ - ولو نفرت الدابة أو انفلتت من صاحبها بالرغم منه فما أصابت في نفاها وانفلاتها فلا مسؤولية عنه لقوله ﷺ: «**العجماء جبار**» أي البهيمة جرحها جبار ولأنه لا صنع له في نفاها وانفلاتها ولم يكن في إمكانه أن يتحرز عن فعلها.

٨ - من أحدث شيئاً في الطريق كمن أخرج جناحاً أو شرفة، أو نصب ميزاناً، أو بنى دكاناً، أو وضع حجراً أو خشبة أو متاعاً، فعثر بشيء من ذلك عاثر فوق فمات، أو وقع على غيره فقتله، أو حدث به أو بغيره من العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره، أو صب ماء في الطريق فزلق به إنسان، فهو مسؤول عن ذلك كله وعما عطب من الدواب وتلف من الأموال؛ لأنه تسبب في التلف بإحداث هذه الأشياء وهو متعدي في التسبب، فكل ما تولد من التعدي 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 احتياطة.

١٠ - إذا سقى أرضه فأسرف حتى أضر السقي بأرض جاره، أو كان بأرضه شق فنزل الماء في أرض جاره، فهو ضامن لعدم تبصره وعدم احتياطة وتقصيره.

١١ - إذا رش الطريق فجاوز المعتاد في الرش فهو ضامن.

١٢ - ولو تناهى في الاحتياط والتبصر والتحرز فجرت 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 إلى ضربها فقهاء الشريعة على الخطأ، وظاهر منها أن المسؤولية تختلف في حالة ما إذا كان الفعل مباحاً، عنها في حالة ما إذا لم يكن مباحاً، فإن كان الفعل مباحاً فالمسؤولية أساسها التقصير الذي يرجع إلى الإهمال وعدم الاحتياط والتحرز أو عدم التقصير، أما إذا كان الفعل غير مباح فأساس المسؤولية هو ارتكاب الفعل غير المباح ولو كان لم يحدث منه تقصير، وهذا الذي تقوم عليه المسؤولية في الخطأ في الشريعة هو نفس ما يأخذ به القانون المصري الناقل عن القانون الفرنسي، فهو ينص على المسؤولية في حالة التقصير بصوره المختلفة من عدم الاحتياط والإهمال وعدم الانتباه، كما ينص على المسؤولية في حالة عدم مراعاة اتباع اللوائح، ولا يشترط التقصير في الحالة الأخيرة^(٢).

أركان القتل الخطأ

١٢٨ - للجناية على النفس خطأ ثلاثة أركان:

أولها: فعل يؤدي لوفاة المجني عليه.

(١) راجع في هذا المثل والأمثلة السابقة: بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٧١ - ٢٨٦، المغني ج ٩ / ص ٥٥٨ - ٥٧٧، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٣٣ - ٣٥٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤١ - ٢٤٣، ومن ص ٣٢٠ - ٣٢٣.

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

ثانيها: أن يقع الفعل خطأ من الجاني .

ثالثها: أن يكون بين الخطأ ونتيجة الفعل رابطة السببية .

١٢٩ - يشترط أن يقع بسبب الجاني أو منه فعل على المجني عليه: سواء كان الجاني

أراد الفعل وقصده كما لو أراد أن يرمي صيداً فأصاب إنساناً، أو وقع الفعل نتيجة إهماله وعدم احتياظه دون أن يقصده كأن انقلب وهو نائم على طفل بجواره فقتله .

١٣٠ - ولا يشترط في الفعل أن يكون من نوع معين: كالجرح مثلاً بل يصح أن

يكون أي فعل مما يؤدي للموت؛ كالاصطدام بشخص أو بشيء وتزليق الطريق وحفر بئر فيها وإسقاط ماء ساخن أو نار على المجني عليه أو إسقاطه في ماء أو سقوط حائط عليه .

١٣١ - وكما يصح أن يكون الفعل مباشراً يصح أن يكون بالتسبب: كمن ألقى ماء

في الطريق أو قشر موزاً أو بطيخاً فتزلق فيه آخر فسقط وأصيب فمات من إصابته، ومن حفر بئراً أو حفرة ولم يتخذ حولها مانعاً فسقط فيها إنسان فمات من سقطته .

١٣٢ - ويجوز أن يكون الفعل إيجاباً: كمن يلقي حجراً من شرفته ليتخلص منه دون

قصد إصابة أحد فيصيب أحداً، ويجوز أن يكون الفعل تركاً كترك الكلب العاقر في الطريق فيعقر إنساناً ويحدث به إصابات تميته، وكعدم إصلاح الحائط المائل أو المختل حتى يسقط على إنسان فيميته .

١٣٣ - ويصح أن تكون وسيلة الموت مادية، كما يصح أن تكون معنوية: فمن أثار

رائحة كريهة أدت إلى إسقاط حامل وموتها، ومن صاح على حيوان صيحة مزعجة فمات منها إنسان رعباً أو أزعجه فسقط من مرتفع ومات من سقطته، يعتبر قاتلاً خطأ في كل هذه الحالات وأمثالها .

١٣٤ - ويشترط أن يؤدي الفعل إلى الوفاة: ويستوي أن تكون الوفاة على أثر وقوع

الحادث أو بعده طالّت المدة أو قصرت، فإن لم يمت المجني عليه كان الفعل جناية خطأ على ما دون النفس .

١٣٥ - وينطبق على القتل الخطأ كل القواعد التي ذكرت في باب القتل العمد: عن

المباشرة والسبب والشرط والمسؤولية عنها وتعدد المباشرة والسبب وإجماعهما والقتل على التعاقب^(١) .

١٣٦ - وليكون الجاني مسؤولاً عن فعله يجب أن يكون المجني عليه معصوماً: وقد

تكلمنا عن العصمة بمناسبة الكلام عن القتل العمد وفيما ذكر هناك الكفاية^(٢) .

(١) راجع الفقرات من ٤٣ إلى ٥٦ من هذا الجزء .

(٢) يعتبر الإمام مالك من القتل الخطأ الأفعال التي تقع من الجاني بقصد تأديب المجني عليه، أو بقصد اللعب إذا أدت للوفاة، ولعله أخذ بهذا الرأي نتيجة لقوله: إن القتل إما عمد وإما خطأ فقط، ولا =

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 يردّها الجاني بطريق مباشر أو غير مباشر، سواء كان الجاني أراد الفعل أو الترك أم لم يردّه، ولكنه وقع في الحالين نتيجة لعدم تحرّزه أو لمخالفته 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 من عدم التحرز أو مخالفة الأوامر والنصوص ضرر، فإذا تولد الضرر فقد وجدت المسؤولية عن الخطأ، وإذا انعدم الضرر فلا مسؤولية^(١).

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

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

١٤١ - ولا يشترط أن يكون الخطأ بالغاً حداً معيناً من الجسامه: فيستوي أن يكون خطأ الجاني جسيماً أو تافهاً، فهو مسؤول جنائياً لمجرد حصول الخطأ وعليه أن يتحمل نتيجة خطئه، وهي نتيجة لا تختلف باختلاف جسامه الخطأ أو تهاوته، لأن عقوبة القتل الخطأ في الشريعة ذات حد واحد ولا يجوز إنقاصها ولا إيقافها ولا العفو عنها من السلطات

= وسط بينهما، ورأيه فيما يختص بالأفعال التي يقصد بها التأديب يخالف آراء بقية الفقهاء الذين يقررون الفعل قتلاً شبه عمد، كما يخالف القانونيين المصري والفرنسي اللذين يقرران الفعل ضرباً أفضى إلى موت، وهو يتفق مع رأي بقية الفقهاء، أما فيما يختص بالأفعال التي تُرتكب بقصد اللعب أو تنشأ عنه فرأى مالك فيها يتفق مع رأي بقية الفقهاء كم يتفق مع القوانين الوضعية، ويرى أبو حنيفة أن من الخطأ أن يغري إنسان كلبه فيعقر آخر فيقتله، وحجته أن الكلب لا يعقر مكرهاً، ولكن يعقر مختاراً فلا يمكن أن ينسب لصاحب الكلب إلا أنه أهمل، ويخالفه أبو يوسف ومحمد ويعتبران الفعل قتلاً شبه عمد، ورأيهما يتفق مع رأي الشافعي وأحمد، أما مالك فيعتبر الفعل قتلاً عمداً. البدائع ج ٧ ص / ١٨٣، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٠، ٢٤١.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٧١، ٢٧٢.

العامة، وينبغي على هذا أن المجني 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 نتيجة لخطئه: بحيث يكون الخطأ هو العلة للموت، وبحيث يكون بين الخطأ والموت علاقة السبب بالمسبب، فإذا انعدمت السببية فلا مسؤولية على الجاني.

١٤٣ - ويسأل الجاني عن الموت ولو ساعد على إحداثه عوامل أخرى: كسوء العلاج واعتلال صحة المجني 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 شخص، وفحش هذه الإصابات، ما دامت الإصابة المنسوبة للجاني مهلكة بذاتها أو ساهمت في إحداث الوفاة، وتعتبر رابطة السببية متوفرة سواء كان الموت نتيجة مباشرة للخطأ، كمن يعبث ببندقية فتنتلق منه خطأ فتصيب المجني عليه فتقتله، أو كان الموت ليس نتيجة مباشرة للخطأ، كمن حفر بئراً عدواناً فجاء السيل ودحرج بجوارها حجراً فعثر المجني عليه بالحجر فسقط في البئر فمات من سقطته.

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

١٤٥ - واشتراك شخص أو أشخاص في الخطأ لا يعني الجاني من مسؤولية القتل العمد: ولكنه يخفف من العقوبة، إذ تقسم عليهم الدية بحسب عددهم لا بحسب عدد إصابتهم، فإذا اشترك ثلاثة في قتل رافع خطأ، فعليهم دية ثلاثاً بغض النظر عن جسامه فعل كل منهم وعدد إصاباته ما دام فعله قد ساهم في إحداث الوفاة.

١٤٦ - وإذا اشترك المجني عليه مع الجاني في الخطأ: تخفف العقوبة بقدر نصيب المجني عليه؛ لأنه اشترك في الفعل، فأعان على نفسه، فمثلاً إذا اشترك أربعة في حفر بئر فوقع عليهم فمات أحدهم، فعلى كل من الثلاثة الباقيين ربع دية فقط، وإذا كان عشرة يرمون بالمنجنق فرجع عليهم بخطئهم فأصاب أحدهم فمات فعلى الباقيين كل منهم تسع دية ويسقط عشر الدية مقابل اشتراك المجني عليه في الخطأ الذي أعان به على نفسه، وقد قضى علي بن أبي طالب بمثل هذا في قضية موضوعها: أن عشرة مدوا نخلة فسقطت على

أحدهم فمات ففضى 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).
والرأي الثاني يتفق مع ما تأخذ به المحاكم في مصر وفرنسا، فإن اشتراك المجني 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 الجاني أو كان نتيجة مباشرة لفعل غيره من إنسان أو حيوان، ما دام الجاني هو المتسبب في الفعل، فمن يعثر ببندقية، فتطلق منه خطأ فتصيب المجني عليه، فهو مسؤول عن القتل إذا مات، ومن يكلف أجيراً بحفر بئر في طريق فسقط فيها أحد فمات من سقطته، فالقاتل هو المالك ما دام الأجير لا يعلم أنها في ملك الآخر، ومن قاد دابة فعقرت شخصاً فمات من العقر فالقاتل هو القائد.

المبحث الرابع

عقوبات القتل العمد

١٤٨ - للقتل العمد في الشريعة أكثر من عقوبة: منها ما هو أصلي، ومنها ما هو تبعي.

والعقوبات الأصلية هي:

١ - القصاص.

٢ - الدية.

٣ - التعزير والكفارة، على رأي.

والعقوبات التبعية اثنتان:

١ - الحرمان من الميراث.

٢ - الحرمان من الوصية.

١٤٩ - القصاص: تجب عقوبة القصاص بارتكاب جريمة القتل العمد في الشريعة، ومعنى القصاص المماثلة؛ أي مجازاة الجاني بمثل فعله وهو القتل، ويستوي لتوقيع هذه العقوبة أن يكون القتل مسبوقاً بإصرار أو ترصد أو غير مسبوق بشيء من ذلك، كما يستوي أن يصحب القتل جريمة أخرى أو لا يصحبه شيء، فالعقوبة على القتل العمد هي القصاص

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٧٨، المغني ج ٧ / ص ٥٥٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٥٠.
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٧٣، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٣، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٤٣.

في كل حال؛ إلا في حالة الحراة، أي عندما يقترون القتل بسرقة فالعقوبة في هذه الحالة هي القتل والصلب، ولكن العقوبة لا تقع على الجاني باعتباره قاتلاً متعمداً بل باعتباره محارباً أي قاطع طريق.

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

١٥١ - ويترتب على اعتبار الدية بدلاً من القصاص نتيجتان: أولهما: أنه لا يجوز للقاضي أن يجمع بين العقوبتين جزاء عن فعل واحد ولكن الجمع يجوز إذا تعددت الأفعال فيجمع بينهما باعتبار القصاص عقوبة عن بعض الأفعال والدية عقوبة عن البعض الآخر، فمن قتل شخصاً عمداً لا يصح أن يعاقب إلا بعقوبة القصاص، فإذا امتنع القصاص فالعقوبة 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 وبدلها ولكن يجوز الجمع بين بدلين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين، فمثلاً يجوز الجمع بين الدية والتعزير وكلاهما بدل من عقوبة القصاص، ويجوز الجمع بين القصاص والكفارة وكلاهما عقوبة أصلية، ولا جدال في أنه يجوز الجمع بين العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية حيث لا يوجد ما يمنع من ذلك عقلاً وشرعاً.

١٥٢ - ويترتب 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

فكلها مختلف فيه ولكن بعضها أخذ به معظم الفقهاء والبعض أخذ به أقلهم، وسنذكرها جميعاً فيما يلي:

١٥٤ - أولاً: أن يكون القتل جزءاً من القاتل: يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد^(١) أنه إذا كان القتل جزءاً من القاتل امتنع الحكم بالقصاص، ويكون القتل جزءاً من القاتل إذا كان ولده، فإذا قتل الأب ولده عمداً فلا يعاقب على قتله بالقصاص؛ لقوله ﷺ: « 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 أمّاً إذا قتله طبقاً للنصوص العامة لأن النص الخاص لم يخرج من حكم النصوص العامة إلا الوالد فقط، ويعللون هذه التفرقة في الحكم بين الوالد والولد بأن الحاجة إلى الزجر والردع في جانب الولد أشهر منها في جانب الوالد لأن الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه دون أن ينتظر نفعاً منه إلا أن يحیی ذكره، وهذا يقتضي الحرص على حياته، أما الولد فيحب والده لنفسه لا لوالده أي أنه يحبه لما يصل إليه من منفعة عن طريقه، وهذا لا يقتضي الحرص على حياة والده لأن مال والده كله يؤول إليه بعد وفاته وحبه لنفسه يتعارض مع الحرص على حياة والده^(٢)، ويعلل البعض^(٣) 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 زنا 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^(٤)، 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^(٥)، 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، ولأحمد رأي آخر غير معمول به وهو قتل الأم بولدها،

(١) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٣٥، المهذب ج ٢ / ص ١٨٦، المغني ج ٩ / ص ٣٥٩ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٣٥.

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

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٢ / ص ٢٥٠.

(٥) يرى الحسن بن حي أن الجد لا يدخل تحت لفظ الوالد، ويرد عليه بأن الحكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد ومن ثم كان الجد والدّاً.

ويعلل هذا الرأي بأن الأم ولا ولاية لها على ولدها فتقتل به، ويرد على هذا الرأي بأن الولاية لا دخل لها في منع القصاص بدليل أن الأب لا يقتص منه إذا قتل ولده الكبير مع أنه لا ولاية له على ولده^(١).

والجدة كالأم فيما سبق سواء كانت من قبل الأب أو من قبل الأم، فحكمها حكم الجد.

ويمتنع القصاص عن الوالد سواء كان مساوياً للولد في الدين والحرية أو مخالفاً 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 ومكانتها^(٢)، ولأحمد رأي 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 الرأي بأن النصوص العامة تقضي بأن يقتل كل منهما بالآخر لولا النص الخاص الذي جاء قاصراً على الولد، وأن الوالد أعظم حرمة وحقاً على الابن من أي شخص أجنبي فإذا كان الابن يقتل بالأجنبي فبالأب أولى، كذلك فإن الابن يحد بقذف الأب فيقتل به^(٣).

ويخالف مالك الفقهاء الثلاثة، ويرى قتل الوالد بولده كلما انتفت الشبهة في أنه أراد تأديبه، أو كلما ثبت ثبوتاً قاطعاً أنه أراد قتله، فلو أضجعه 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 يكفي لدرء الحد عنه^(٤) فلا يقتص منه، وإنما عليه دية مغلظة.

والقتل - كما جاء في المدونة - من العمد لا من الخطأ، فهو في حال القاتل لا تحمل العاقلة منه شيئاً^(٥).

والأصل أن الخطأ فيه دية مخففة لا دية مغلظة، وأن الدية المغلظة هي العقوبة البديلة التي تحل محل القصاص، أي عقوبة العمد، فهل اعتبر مالك الفعل قتلاً عمداً ودرأ القصاص للشبهة، طبقاً لقوله ﷺ: «إدروا الحدود بالشبهات» ومن ثم رأى القصاص بالدية المغلظة بدلاً من القصاص؟ أم أنه اعتبر الفعل قتلاً خطئاً ورأى تغليظ الدية لشناعة الجريمة؟

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٦١.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٣٦١.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٣٦٥.

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٥، المدونة ص ١٠٦ - ١٠٨.

(٥) المدونة ج ١٦ / ص ١٠٧، ١٠٨.

الراجح أن الفعل يعتبر قتلاً عمداً، 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 **رأي ثالث** بأن مالكا اعتبر الفعل قتلاً شبه عمد وأنه لم يسلم بالقتل شبه العمد إلا في هذه الحالة، وهو رأي له سند في المذهب، وإنما جاء به أصحابه تعليلاً للحكم، ولا شك 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 بدلاً من عقوبة الحد بعقوبة تعزيرية، ومن السهل تطبيق هذه القاعدة في جرائم الحدود جميعاً على هذه الصورة، ولكن تطبيق القاعدة في جرائم القتل نادر مع إمكانه، فهي تقريباً معطلة التطبيق وإن كانت في الواقع تطبق معنى لا صورة، 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 قتلاً خطأً أو جرحاً، وإذا قامت الشبهة في القصد فإن الفعل يكون قتلاً شبه عمد، وهكذا يمنع تنوع القتل من تطبيق القاعدة، وكذلك إذا كان الفعل قتلاً شبه عمد، فقامت الشبهة في الفعل أو القصد، فإن الفعل يعتبر قتلاً خطأً أو جرحاً، وإذا قامت الشبهة في القتل الخطأ فإن الفعل يعتبر جرحاً خطأً، فالشبهة في القتل تحول نوع القتل إلى ما هو أدنى منه، وتدرأ الحد الأعلى بالحد الأدنى، فكان القاعدة تطبق معنى لا صورة.

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

قتل الرجل بزوجه: ويقس الليث بن سعد والزهرى الزوج على الأب، فالابن وماله ملك لأبيه طبقاً لحديث الرسول، والزوجة ملك للزوج بعقد النكاح، فهي أشبه بالأمّة، فإذا منعت شبهة الملك القصاص هناك منعت كذلك هنا، ولكن جمهور الفقهاء لا يرون هذا الرأي وعلى الأصح فقهاء المذاهب الأربعة، فعندهم أن الزوجين شخصان متكافئان فيقتل كل منهما بقتل الآخر كالأجنبيين، وما يقال من أن الزوج يملك الزوجة غير صحيح، فهي حرة ولا يملك منها الزوج إلا متعة الاستمتاع، فهي أشبه بالمستأجرة، وفضلاً عن هذا فإن النكاح ينعقد لها عليه كما ينعقد له عليها، بدليل أنه لا يتزوج أختها ولا أربعاً 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 الجانيين لا في جانب واحد.

١٥٥ - ثانياً: يشترط مالك والشافعي وأحمد أن يكون المجني عليه مكافئاً للجاني:

فإن لم يكن مكافئاً امتنع الحكم بالقصاص، ويعتبر المجني عليه مكافئاً عندهم إذا لم يفضل به الجاني بحرية أو إسلام، فإذا تساوى في الحرية والإسلام فهما متكافئان، ولا عبرة بعد ذلك بما بينهما من فروق أخرى؛ فلا يشترط التساوي في كمال الذات، ولا سلامة الأعضاء، ولا يشترط التساوي في الشرف والفضائل، فيقتل سليم الأطراف بمقطوعها، والصحيح بالمریض والأمثل، والكبير بالصغير، والقوي بالضعيف، والعالم بالجاهل، والعاقل بالمجنون، والأمير بالمأمور، والذكر بالأنثى... إلخ.

ولا خلاف بين الفقهاء في قتل الرجل بالرجل والأنثى بالأنثى لقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى﴾ [البقرة: ١٧٨] 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:

الرأي الأول: وهو رواية عن علي بن أبي طالب: يرى أصحاب هذا الرأي بأن الرجل يقتل بالمرأة ويُعطى أولياؤه نصف الدية، وحجة هذا الفريق أن النص لم يتعرض إلا لحكم النوع إذا قتل نوعه، وأن دية المرأة نصف دية الرجل، فإذا قتل بها بقي له بقية فيستوفي ممن قتله^(١)، وإن أرادوا استحيوه وأخذوا منه دية المرأة.

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

ويقول القرطبي: إن أبا عمر علق على هذا الرأي بقوله: إذا كانت المرأة لا تكفى الرجل ولا تدخل تحت قول النبي: «المسلمون تتكافأ دماؤهم» فلم قتل الرجل بها وهي لا تكافئه؟ وكيف تؤخذ نصف الدية مع القتل وقد أجمع العلماء على أن الدية لا تجتمع مع القصاص، وأن قبول الدية يحرم دم القاتل ويمنع القصاص؟^(٢).

وأصحاب الرأي الثاني يرون أن الذكر يقتل بالأنثى كما تقتل الأنثى بالذكر، ومن هذا الرأي الأئمة الأربعة، وحجتهم قوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾، وقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم» وأنه ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب الفرائض والسنن وذكر فيه أن الرجل يقتل بالمرأة، والرجل والمرأة شخصان يحد كل منهما بقذف الآخر، فيقتل كل منهما بالآخر

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٧٧، ٣٧٨.

(٢) القرطبي ج ٢ / ص ٢٤٨.

كالرجلين، ولا يجب مع القصاص شيء لأنه قصاص واجب، فلا تجب معه الدية كسائر القصاص، واختلاف الديات لا عبرة به في القصاص، بدليل أن الجماعة تقتل بالواحد، والنصراني بالمجوسي مع اختلاف دينهما، والعبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما.

ومذهب الشيعة الزيدية أنه إذا قتلت امرأة رجلاً أن تقتل المرأة بالرجل ولا يزيد شيء على قتلها، وإذا قتل الرجل المرأة قتل الرجل بها، ويستوفي ورثته - أي أولياء الدم - نصف دية، ولا يجب القصاص إلا بشرط التزامهم ذلك.

ويشترط التكافؤ في المجني عليه لا في الجاني، فإذا كان المجني عليه لا يكافئ الجاني امتنع القصاص؛ كأن يكون القاتل مسلماً والقتيل كافراً، أو كان القاتل حراً والقتيل عبداً، ولكن التكافؤ لا يشترط في الجاني، فإن كان الجاني لا يكافئ المجني 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 قُتل به على الرغم من انعدام التكافؤ بينهما؛ لأن النقص في الجاني وليس في المجني عليه، والنقص هو الكفر والعبودية، والزيادة هي الإسلام والحرية.

أ - الحرية: يرى الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد أن الحر لا يقتل بالعبد؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من السنة أن لا يقتل حر بعبد» أو كما يروى عن ابن عباس: «لا يقتل حر بعبد» ويرون أن العبد منقوص بالرق فلا يكافئ الحر، والمكافأة بالحرية شرط عندهم في المجني عليه لا في الجاني، فإذا كان المجني عليه حراً والجاني عبداً اقتص من الجاني، وإذا كان المجني عليه عبداً والجاني حراً لم يقتص من الجاني^(١).

أما أبو حنيفة فيرى القصاص بين الأحرار والعبيد ولا يشترط التكافؤ في الحرية للقصاص، ويستوي عنده أن يكون الحر هو القاتل للعبد أو العبد هو القاتل للحر، فالقصاص واجب الحكم به على الجاني في 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 ﷺ: «لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبد» 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 تلحق بالحقيقة درءاً للحد، أما إذا قتل العبد سيده فإنه يقتص منه؛ لأن معنى القصاص عام، ولم يستثن منه إلا قتل السيد لعبد، وظاهر

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

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٥.

مما سبق أن أبا حنيفة يتفق مع الأئمة الثلاثة في قتل السيد لعبده، ويختلف معهم فيما عدا ذلك .

وهناك من يرى أن يقتصر من السيد إذا قتل عبده، فالنخعي وداود يريان قتل السيد لعبده؛ لما روي عن الرسول ﷺ: « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه »^(١).

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

ب - الإسلام، قتل المسلم بغيره: يرى مالك والشافعي أن المسلم لا يقتل بكافر أيًا كان إذا قتله، لأن الكافر لا يكافئ المسلم، ولكن الكافر يقتل بالمسلم إذا قتله، لأنه قتل الأدنى بالأعلى، ويرون تطبيق هذا الحكم على الذميين ولو أنهم يؤدون الجزية، وتجري عليهم أحكام الإسلام، وحجتهم أن التكافؤ في الإسلام شرط وجوب القصاص وأن الكفر نقصان، فإذا وجد الكفر امتنعت المساواة، ويمتنع وجوب القصاص لأن رسول الله ﷺ قال: « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر » ولأن في عصمة الذمي شبهة العدم لثبوتها مع قيام المنافي وهو الكفر، والأصل في الكفر أنه مبيح للدم، ولكن عقد الذمة منع الإباحة، فبقاء الكفر يورث الشبهة والشبهة تدرأ الحد، وإذا كان المسلم لا يقتل بالمستأمن وهو كافر فكذلك الذمي^(٢).

ويرى أبو حنيفة أن المسلم يقتل بالذمي وأن الذمي يقتل بالمسلم؛ لأن النصوص التي جاءت بعقوبة القصاص عامة، فالله تعالى يقول: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ [البقرة: ١٧٨] ويقول: ﴿ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ [المائدة: ٤٥] ويقول: ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَانًا ﴾ [الإسراء: ٣٣] فهذه النصوص عامة لم تفصل بين قتل وقَتِيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم، فمن ادعى التخصيص والتقييد فهو يدعيه بلا دليل، ولقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَى الْأَلْبَابِ ﴾ [البقرة: ١٧٩] 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.

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٤٩.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٢٦ وما بعدها، المذهب ج ١ / ص ١٨٥، المغني ج ٩ / ص ٣٤١ وما بعدها.

والقتل الغيلة هو نوع من الحراية عند مالك، ولا يعترف به الشافعي وأحمد وأبو حنيفة^(١)، فإن للقتل الغيلة حكماً خاصاً، فهو قتل فيه القصاص إن توفرت شروطه، وإذا كان مالك يقيسه على الحراية فإنهم لا يرون ذلك^(٢).

كذلك يحتجون بما روي عن رسول الله ﷺ من أنه أقاد مؤمناً بكافر وقال: «أنا أحق من وقي بذمته» ويفسرون حديث: «لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهد» بأن المراد من «الكافر» المستأمن، وأن «ذو عهد» معطوف 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 علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كعصمة دم المسلم وماله، ولهذا يُقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو كان في عصمته شبهة لما قُطع 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^(٣).

ورأي أبي حنيفة يتفق مع القوانين الوضعية الحديثة، فهي لا تفرق في العقوبة باختلاف الدين، والقانون المصري لا يفرق بين ذمي ومسلم فكلهما 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 أكثر سواد الكفار، ومن أكثر سواد قوم فهو منهم على لسان الرسول، وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً، وهذا هو الذي أورثه الشبهة، ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً^(٤) للشبهة ولتعذر الاستيفاء.

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٣٣.

(٢) مواهب الجليل ج ٩ / ص ٣٨٣.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٧، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٦.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٢، ٢٣٧.

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 رأي 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 عن 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 الميخ^(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 الجنابة ولكنه عاون عليها أو حرض عليها: محل هذا الشرط أن يتعدد الجناة؛ لأن الجاني الواحد يباشر الجنابة بنفسه، سواء كان القتل مباشرة أو تسبباً، أما إذا تعدد الجناة فإن بعضهم قد يباشر الجنابة بنفسه، وبعضهم قد يعين المباشرين، وبعضهم قد يحرض على الجنابة.

ومن المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أن تعدد الجنابة لا يمنع من الحكم عليهم بالقصاص ما دام كل منهم قد باشر الجنابة^(٦)، وإذا كان القصاص يقتضي المماثلة فإن المماثلة شرط في الفعل لا في عدد الجناة والمجني عليهم، وأحق ما يجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل الاجتماع، فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص، إذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره يضمه إليه ليبطل القصاص عن نفسه، وفي هذا ما يفوت الغرض من فرض القصاص وهو الحياة ومنع القتل، قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَى الْأَلْبَبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩].

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

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٣٥.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٣٤٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٨ / ص ٢٩٦.

(٤) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٦.

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

(٦) راجع الفقرات من ٥٢ إلى ٥٤.

حصصهم من الدية، وحجتهم في عدم القصاص من الجمع أن كل واحد منهم مكافئ للجاني، فلا يستوفى أبدال بمبدل واحد، كما لا تجب ديات لمقتول واحد، وأن الله تعالى قال: ﴿لَحَرْزٌ بِالْحَرْزِ﴾ و﴿النَّفْسُ بِالنَّفْسِ﴾ ومقتضاه أن لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة^(١).

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 التمالؤ.

ثانيها: إمساك القاتل للقاتل.

ثالثها: الأمر بالقتل.

رابعها: الإكراه على القتل.

أولاً: الإعانة في حالة التمالؤ: ذكرنا قبلاً أن التمالؤ عند أبي حنيفة هو التوافق، وأن باقي الأئمة يرون التوافق قتلاً على الاجتماع لا تمالؤ فيه، وأن التمالؤ عندهم هو الاتفاق السابق على ارتكاب جريمة القتل، والفرق بين الحاليين أن المباشرين في حالة الاتفاق يعتبر كل منهم قاتلاً، ولو كان فعله بالذات غير قاتل، ما دام الموت 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 الحاليين يقتص منه ولو تعدد المباشرون، سواء كان إجتماعهم على القتل نتيجة اتفاق سابق أو توافق غير منتظر.

ولكن الخلاف في حكم من اتفق ولم يحضر القتل، أو عان عليه ولم يباشره، فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يرون القصاص من المباشر فقط، وتعزير من لم يباشر، ومالك يرى قتل من حضر ولم يباشر ومن أعان ولم يباشر، كأن كان ربيئة 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 إذاً أن يكون المتمالي غير المباشر في محل الحادث أو على مقربة منه، وليس من الضروري أن يباشر القتل بنفسه^(٢).

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٣٦، ٣٣٧.

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

وقد جاء في فتاوى ابن تيمية^(١) أمثلة على هذه الحالات المختلفة، ففيها: إذا اشترك جماعة في قتل معصوم «أي محرم القتل» بحيث أنهم جميعاً لو باشروا قتله، وجب القود - أي القصاص - عليهم جميعاً، وإن كان بعضهم قد باشر وبعضهم قائم يحرس 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 والدهم جاز قتلهم جميعاً، فقتل المباشر باتفاق الأئمة، وأما الذين أعانوا بمثل إدخال الرجل إلى البيت مع غلق الأبواب ونحو ذلك، ففي قتلهم قولان، وقتلهم مذهب مالك وغيره، وجاء في الفتاوى أيضاً: إذا وعد رجل رجلاً آخر على قتل معصوم بمال معين فقتله وجب القتل على الموعد، وأما الواعد فيجب أن يعاقب عقوبة تردعه وأمثاله عن مثل هذا، وعند بعضهم يجب عليه القود.

ثانياً: إمساك القاتل للقاتل: إذا أمسك رجل آخر فجاء ثالث فقتله فلا مسؤولية على الممسك، إذا لم يمسه بقصد القتل أو لم يكن يعلم أن القاتل سيقتله، أما إذا أمسكه بقصد القتل فقتله الثالث فلا خلاف في القصاص من الثالث أي مباشر القتل، ولكنهم اختلفوا في الممسك على الوجه الذي سنبينه بعد.

فمالك^(٢) يرى قتل الممسك قصاصاً إذا أمسك القاتل لأجل القتل فقتله الطالب وهو يعلم أن الطالب سيقتله، لأنه بإمساكه تسبب في قتله، ويشترط البعض أن يكون لولا الإمساك ما أدركه الطالب، ولا يشترط البعض هذا الشرط^(٣)، فإن أمسكه ليضربه الطالب ضرباً معتاداً أو لم يعلم أنه يقصد قتله لعدم رؤيته آلة القتل معه مثلاً، أو كان قتله لا يتوقف على الإمساك، فعقاب الممسك هو التعزير وليس القصاص.

ويلحق مالك بالممسك الدال على القاتل إذا ثبت أنه لولا دلالته ما قتل المدلول عليه^(٤).

ويرى أبو حنيفة^(٥) والشافعي^(٦) تعزير الممسك ولو أمسك المجني عليه بقصد القتل وهو عالم بأنه سيقتل، لأنه فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك تسبب، وقد تغلبت المباشرة على السبب وقطعت أثره، كما أن السبب غير ملجئ. وفي مذهب أحمد^(٧) رأيان:

أولهما: يرى القصاص من الممسك، لأنه لو لم يمسه القاتل ما قدر الطالب على

(١) فتاوى ابن تيمية ج ٤ / ص ١٨٧، ١٨٨ طبعة سنة ١٣٢٩ هـ مطبعة كردستان.

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

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٧. (٥) البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٤٥.

(٦) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٤٤. (٧) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٢٣٥ وما بعدها.

قتله، فالقتل حاصل بفعلهما معاً فهما شريكان فيه وعليهما القصاص، وإذا كان فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك تسبباً 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 روي عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك لأنه حبسه إلى الموت» ولأن علياً رضي الله عنه قضى بقتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت.

ويرى البعض أن مدة الحبس متروك تقديرها لولي الأمر، لأن الحبس نوع من التعزير وليس حداً^(١)، وإذا اعتبرنا الحبس تعزيراً لا حداً فإن الرأي الثاني في مذهب أحمد يتفق مع مذهب أبي حنيفة والشافعي.

ويفسر الفقهاء الإمساك بمعناه الأعم، فلا يقصرونه على الإمساك باليد؛ فيدخل تحته منع القتل من مبارحة مكانه بأي 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).

الثالث: 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 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 كالصبي أو المجنون، فيرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من الأمر لأنه هو المتسبب في القتل، وإن كان المأمور هو الذي باشره فما هو إلا آلة للأمر يحركها كيف شاء^(٣)، ولا يرى أبو حنيفة القصاص من الأمر لأنه تسبب في القتل ولم يباشره، والتسبب عند أبي حنيفة لا قصاص فيه.

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

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٩ / ص ٣٤٤.

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٩ / ص ٣٤٢، المهذب ج ٢ / ص ١٨٩، الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٨.

وإذا كان المأمور بالغاً عاقلاً ولا سلطان للآمر عليه، فيرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من المأمور، أما الأمر فعلية التعزير، ويرى مالك القصاص من الأمر أيضاً إذا حضر القتل، وهذا يتفق مع رأيه في التمالؤ، فإذا لم يحضره فعلية التعزير، وينبغي أن يلحق بحضور القتل الإعانة عليه، لأن المعين عند مالك يقتص منه^(١).

وإذا كان المأمور بالغاً عاقلاً، وكان للآمر سلطان عليه، بحيث يخشى أن يقتله لو لم يطع الأمر فيقتص من الأمر والمأمور معاً عند مالك، لأن الأمر في هذه الحالة يعتبر إكراهاً، فإن لم يكن المأمور يخشى القتل إذا لم يطع الأمر فالقصاص على المأمور وحده ويعزر الأمر إذا كان المأمور يعلم أن القتل بغير حق، فإن كان يعتقد أن القتل بحق، فالقصاص على الأمر دون المأمور لأنه معذور في طاعة الأمر، هذا إذا كان الأمر من حق الأمر كوال أو سلطان، فإن لم يكن من حقه فالقصاص على المأمور؛ لأن الطاعة لا تلزمه، ولأن الأمر ليس له الأمر بالقتل، بخلاف السلطان فله الأمر بالقتل وطاعته واجبة في غير معصية^(٢).

ويتفق رأي أحمد فيما سبق مع رأي مالك تمام الاتفاق^(٣)، ويتفق رأي الشافعي معهما كذلك إلا أنه في المذهب رأيان في المأمور في حالة اعتبار الأمر إكراهاً، أحدهما يرى أصحابه القصاص من الأمر دون المأمور، والثاني - وهو الأصح - يرى أصحابه القصاص منهما معاً^(٤).

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 إكراهاً فلا قصاص على الأمر لأنه لم يباشر القتل بنفسه، أما المأمور فيقتص منه إذا لم يكن مكرهاً وكان الأمر صادراً له ممن لا حق فيه، فإن كان صادراً ممن يملكه فلا قصاص ولو كان المأمور يعلم أن الأمر غير محق لأن الأمر يكون شبهة تدرأ القصاص^(٥).

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 - أي المكره - والمباشر، وذلك ما نحن في حاجة إليه في هذا المقام.

مذهب مالك وأحمد والرأي الصحيح في مذهب الشافعي على أن القصاص واجب على المكره والمكره معاً؛ لأن الحامل - أي المكره - تسبب في القتل بمعنى يفرض إليه

(١) نفس المراجع السابقة.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٩ / ص ٣٤٢، المدونة ج ٦ / ص ٤٣، ٤٤.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٤٢، ٣٤٣.

(٤) المهذب ج ٢ / ص ١٨٩.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٦، القصاص ص ١٣٣، أحكام المرأة ص ٥٨٢.

غالباً، ولأن المباشر - أي المكره - قتل المجني عليه ظلماً لاستبقاء نفسه فأشبه ما إذا اضطُر للأكل فقتله ليأكله، والقول بأنه ملجأ غير صحيح لأنه يستطيع أن يمتنع عن القتل ولكنه لم يفعل إبقاء على نفسه^(١).

وعند أبي حنيفة ومحمد أن القصاص يجب على الحامل دون المباشر؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وعفو الشيء عفو عن موجهه، فظاهر الحديث يدل على أن الفعل المستكره عليه معفو عنه بالنسبة لمن باشره، ولأن الحامل هو القاتل معنئ وإن كان المباشر هو الذي قتل صورة، إذ المباشر كان آلة للحامل يحركه كما يشاء^(٢) وهذا الرأي يتفق مع الرأي الضعيف في مذهب الشافعي.

ويرى زفر أن القصاص على المباشر فقط لأنه هو القاتل حقيقة حساً ومشاهدة^(٣)، ويرى أبو يوسف أن لا قصاص على الحامل ولا على المباشر؛ لأن المكره مسبب للقتل ولا قصاص على متسبب، وإذا لم يجب القصاص على الحامل فأولى أن لا يجب على المباشر^(٤).

التفرقة بين الفاعل والشريك: ونخلص مما سبق أن الفقهاء يفرقون بين المباشر للجريمة ومن اتفق أو أعان أو حرض عليها، فالمباشر هو من ارتكب الجريمة وحده أو مع غيره أو أتى عملاً من الأعمال المكونة للجريمة، ومن المتفق عليه أن عقوبة المباشر هي القصاص، أما من اتفق أو أعان أو حرض، أي من اشترك في الجريمة، فحكمهم ليس واحداً، فمن اتفق أو حرض 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 بالأشغال الشاقة المؤبدة، أي أن القانون المصري يخالف بين عقوبة الفاعل والشريك ولا يسوي 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 الباقيين؟: علمنا مما سبق أن تعدد القائلين لا يمنع من الحكم عليهم بعقوبة القصاص جزاء على جريمة القتل

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٦، المغني ج ٩ / ص ٣٣١، المهذب ج ٢ / ص ١٨٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٨٠.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٧٩.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٧٩.

العمد، ولكن يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن نسبة القتل العمد إليه كمن يحدث بالمجني عليه إصابة قاتلة خطأ أدت مع إصابات المتعمدين إلى الوفاة، لذلك يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن أن يعاقب بالقصاص طبقاً للقواعد كالصغير والمجنون فهل يؤثر إعفاء المخطئ والصغير والمجنون من عقوبة القصاص على مركز بقية الفاعلين فلا يقتصر منهم أيضاً؟ ذلك ما سنفعله فيما يأتي:

إن إعفاء أحد الفاعلين أو بعضهم من القصاص يرجع إلى حالتين لا ثالث لهما:

الأولى: أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفعل.

الثانية: أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفاعل.

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

وقد انقسم الفقهاء إزاء هذه الحالة قسمين: **الأول:** يرى أن امتناع القصاص عن أحد الفاعلين لأن فعله لا يوجب استلزام منع القصاص عن بقية الفاعلين ولو كان فعلهم موجباً للقصاص، كالعامد مع المخطئ فإن المخطئ لا يقتصر منه أصلاً لأن فعله لا يوجب القصاص والعامد يقتصر منه لأن فعله يوجب القصاص، ولكنهما إذا اشتركا معاً في قتل امتنع القصاص عن العامد بامتناعه عن المخطئ لأنه من المحتمل أن يكون فعل المخطئ هو الذي أدى للقتل كما يحتمل أن يكون فعل العامد هو الذي أدى للقتل، وقيام هذا الاحتمال شبهة توجب درء الحد عن العامد تطبيقاً لقاعدة: «إدروا 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، وما دام أنهم شاركوا في القتل عادين متعمدين فعليهم عقوبة القصاص؛ لأن كل إنسان يؤاخذ بفعله ولا أثر لفعل غيره عليه، وهذا الرأي المرجوح في مذهب مالك وأحمد.

وقد اتفق الفريق الأول في تطبيق القاعدة التي أقرها على العامد مع المخطئ فأجمع على عدم القصاص من شريك المخطئ ولو كان عامداً، ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك وأساس اختلافهم هو تطبيق القاعدة لا غير، فمنهم من رأى تطبيقها في كل حالة لا يعاقب فيها أحد الشركاء وهؤلاء هم الحنفية أو بعض فقهاء المذاهب الأخرى، ومنهم من رأى تطبيقها فقط إذا كان فعل المعفى غير متعمد فإن كان متعمداً فلا تنطبق القاعدة.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٥، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٦٢، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٣، الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٨، ٢١٩، المغني ج ٩ / ص ٣٧٩ وما بعدها.

ومن المسائل التي اختلفوا عليها شريك نفسه وشريك السبع، فأبو حنيفة يرى أن لا قصاص على الشريك لأنه شارك من لا يجب عليه القصاص فلا يلزمه القصاص كشريك المخطئ، 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 فيجيء ثالث ويجرح 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 المعفى من القصاص وهذا الاحتمال شبهة تدرأ الحد عمن 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؛ ولأن القصاص امتنع عن الشريك لمعنى يخصه ولا يتوفر في باقي الشركاء فلا يتعدى إليهم ما دام أنه غير قائم فيهم، ولكن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في الصبي والمجنون، فبعضهم يرى أن شريك الصبي والمجنون لا يقتص منه، والقائلون بهذا ينظرون إلى فعل الصبي والمجنون ويقولون: إن من المتفق عليه بين أغلب الفقهاء أن عمد الصبي والمجنون خطأ فإذا كان فعلهما يوصف بأنه خطأ ولا قصاص في الخطأ فشريكهما يأخذ حكم العمد مع المخطئ ولا يقتص منه، فهذا الفريق يغلب صفة الفعل على صفة الفاعل، والفريق الثاني يأخذ برأي الشافعي وهو أن عمد الصبي والمجنون عمد ويرى أن الإعفاء من القصاص أساسه صفة الفاعل وإذن فلا يستفيد منه الشريك، والفريق الثالث يرى أن العبرة بفعل الشريك فما دام أنه تعمد

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

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٦٢ وما بعدها، المغني ج ٩ / ص ٣٧٣ وما بعدها، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٧.

الفعل فقد وجبت عليه عقوبة العاقد دون النظر إلى فعل شريكه أو صفته^(١).

١٥٨ - رابعاً: القتل بالتسبب: يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن القتل بالتسبب لا يوجب الحكم بالقصاص لأن القصاص قتل بطريق المباشرة فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة ما دام أن أساس عقوبة القصاص المماثلة في الفعل^(٢)، ويوجب الدية بدلاً من القصاص، ولكن الأئمة الثلاثة لا يرون فرقاً بين القتل بالتسبب والقتل المباشر فكلاهما قتل يعاقب عليه بالقصاص، ورأيهم يتفق مع القانون المصري وغيره من القوانين الوضعية.

١٥٩ - خامساً: أن يكون الولي مجهولاً: إذا كان ولي القاتل مجهولاً لا يجب الحكم بالقصاص في رأي أبي حنيفة؛ لأن وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الإيجاب له^(٣)، ويخالف في ذلك باقي الأئمة.

١٦٠ - سادساً: أن 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 القاتل من أهل دار الحرب ثم أسلم ولم يهاجر إلى دار الإسلام، وحالة ما إذا كان القاتل من دار الإسلام ولكنه دخل دار الحرب بإذن كالتاجر أو مضطراً كالأسير، ففي الحالة الأولى لا عقاب على القاتل، وفي الحالة الثانية عليه الدية في حالة التاجر ولا تجب عليه في حالة الأسير، ويخالفه في هذا محمد وأبو يوسف، وأساس التفرقة بين الحالين أن العصمة في الحالة الأولى محل شبهة لأن القاتل وإن كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾ [النساء: ٩٢] فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة في عصمته، ولأنه إذا لم يهاجر إلينا مكثر سواد الكفار ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله، وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم داراً، والخلاصة أن إسلامه لا يعصمه لأن العصمة عند 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^(٤).

أما مالك والشافعي وأحمد فيرون القصاص من القاتل، سواء كان القاتل في دار الإسلام أو في دار الحرب، وسواء هاجر المقتول من دار الحرب أو لم يهاجر، ما دام القاتل قد قتل وهو يعلم بإسلام القاتل لأنه قتل معصوماً بالإسلام ظلماً^(٥).

١٦١ - مدى لزوم القصاص: وعقوبة القصاص لازمة إلا إذا رأى ولي القاتل العفو إن

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٧٩ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٩.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٠.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٣، ٢٣٧.

(٥) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٢، ٣٨٣.

عفا فلا قصاص، ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لولي القتل أن يقتص من القاتل أو يعفو عنه إما على الدية أو مجاناً، ولكنهم اختلفوا في حالة ما إذا عفا الولي عن القصاص على أن يأخذ الدية، فرأى مالك وأبو حنيفة أن عفو الولي لا يلزم الجاني بالدية إلا إذا قبل أن يدفعها في مقابل العفو عنه، ورأى الشافعي وأحمد أن عفو الولي عن القصاص إلى الدية ملزم للجاني ولو كان العفو بغير رضاه، وأساس الاختلاف أن مالكا وأبا حنيفة يريان أن القصاص واجب عيناً بينما الشافعي وأحمد يريان أن القصاص ليس واجباً عيناً وأن الواجب هو أحد الشئئين غير عين؛ إما القصاص وإما الدية، وللولي خيار التعيين إن شاء استوفى القصاص وإن شاء أخذ الدية من غير توقف على رضا القاتل وعلى اعتبار التعزير بدلاً من الدية.

ويترتب على اعتبار الدية والتعزير بدلاً من القصاص نتيجتان: أولاهما: أنه لا يجوز للقاضي أن يجمع بين عقوبة وبدلها جزاء عن فعل واحد سواء كانت العقوبة المبدل بها عقوبة أصلية أو بدلاً 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 بدلاً عن عقوبة أصلية محكوم بها، كمن قتل ثلاثة أشخاص فحكم عليه بالقصاص لقتل أحدهم، وبالدية لقتل الثاني لوجود مانع عن الحكم بالقصاص كأن كان القاتل ولد القاتل، وبالتعزير لقتل الثالث لامتناع الحكم بالقصاص والدية كأن عفا ولي القاتل عن القاتل عفواً مطلقاً، ففي 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 - تعدد القتلى: وتظهر أهمية التفرقة بين هذين الرأيين المختلفين في حالة تعدد القتلى 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 بقتل الجاني قبل إبداء الآخرين رأيهم فقد سقط حق الباقيين في القصاص ولا دية 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 ما دام أحد الأولياء يريد القصاص، وإنما تجب الدية بدلاً من القصاص إذا امتنع القصاص، وهنا لا يمكن امتناعه ما دام أحد الأولياء يطلبه، لأن محل القصاص واحد بالنسبة للجميع^(١).

ويرى الشافعي^(٢) أن حقوق الأولياء لا تتداخل، فإن قتل الجاني واحداً بعد واحد اقتصر منه للأول لأن له مزية بالسبق، وإن سقط حق الأول بالعفو اقتصر للثاني، وإن سقط حق الثاني اقتصر للثالث، وهكذا، وإذا اقتصر من الجاني لواحد بعينه تعين حق الباقيين في الدية؛ لأن القصاص فاتهم بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية كما لو مات القاتل، وإن قتلهم دفعة واحدة أو أشكل الحال، أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتصر له؛ لأنه مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة، وإن عفا عمن خرجت له القرعة أعيدت القرعة للباقيين لتساويهم، وإن ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو القرعة فبادر غيره واقتصر صار مستوفياً لحقه، وإن أساء في التقدم على من هو أحق منه.

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

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب الشافعي 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، قُتل لمن أراد القود وأعطى الباقيون الدية، وحجته في ذلك أن محل القصاص وهو القاتل تعلق به حقوق لا يتسع لها معاً، فإذا اكتفى المستحقون بمحل القصاص فيكتفي به، فأساس فكرته أنه ما دام المستحقون قد اكتفوا بالقصاص فقد تنازلوا عما عداه^(٣).

وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر فسرى القطع إلى النفس - أي نفس المقتوع اليد - فمات فهو قاتل لهما، ويقتصر منه أولاً عن قتله، لأن وجوب القتل عليه أسبق، إذ القطع لم يصح قتلاً إلا بالسراية وهي متأخرة عن قتل الآخر، لكن لما كان استيفاء القطع ممكناً وكان في القتل تفويت للقصاص من القطع، فيستوفى القطع قبل القتل، ولولي المقتوع نصف الدية عند الشافعي وأحمد، ولا شيء له عند مالك وأبي حنيفة، وإذا لم يسر القطع - أي

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

(٢) المهذب ج ٢ / ص ١٩٥.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٤٠٥ - ٤٠٨.

قطع اليد - إلى النفس فيقتص للقطع أولاً، سواء تقدم القطع القتل أو تأخر عنه، وهذا متفق عليه عند أحمد وأبي حنيفة والشافعي، ويرى مالك أن يقتل في كل الأحوال ولا يقطع، لأنه بالقتل يتلف الطرف فيسقط القصاص بتلف محله^(١)، وكذلك الحكم لو تأخر القطع عن القتل.

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

استيفاء القصاص في القتل

١٦٣ - مستحق القصاص: عند مالك: العاصب الذكّر، فلا دخل فيه لزوج، ولا لأخ لأم، ولا لجد لأم، ويقدم الابن فابن الابن، ثم يليهم الأقرب فالأقرب من العصبه والجد والإخوة، سواء في ولاية القصاص، ويعتبر كلاهما في مرتبة الآخر، وأبناء الإخوة أقل مرتبة من الجد، لأنه بمنزلة أبيهم، والمراد بالجد الجد القريب، فهو الذي يتساوى مع الإخوة في الدرجة، أما الجد العالي فلا شأن له مع الإخوة كما أن بني الإخوة لا شأن لهم مع الجد القريب^(٢)، ويستحق القصاص عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد الورثة الذين يرثون مال القتل رجالاً ونساء، ولا يشترط لاستحقاقهم القصاص أن يرثوا شيئاً فعلاً، فمن قُتل وعليه دين محيط بتركته أو لم يترك شيئاً، فالقصاص لوارثيه الذين كان يحتمل أن يرثوه لو ترك شيئاً^(٣).

وعند مالك: تراث المرأة القصاص إذا توفرت فيها شروط ثلاثة: **أولاً:** أن تكون وارثة كبنت أو أخت، **ثانياً:** أن لا يساويها عاصب في الدرجة بأن لم يوجد أصلاً، أو وُجد أنزل منها درجة كالعم مع البنت أو الأخت، وعلى هذا تخرج البنت مع الابن، والأخت مع الأخ، فلا كلام لواحدة منهما معه في عفو ولا قود، بخلاف الأخت الشقيقة مع الأخ لأب، فلها الكلام معه، لأنه وإن ساواها في الدرجة أنزل منها في القوة، **ثالثاً:** أن تكون بحيث لو

(١) المغني ج ٩ / ص ٤٠٨، شرح الدردير ج ٩ / ص ٢٣٦، المذهب ج ٢ / ص ١٩٥، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٣.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٢٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٢، المذهب ج ٢ / ص ١٩٦، الإقناع ج ٤ / ص ١٨٢، وفي مذهب الشافعي رأيان آخران: **أحدهما:** أن القصاص للعصبه، **والثاني:** لمن ورث بالنسب لا بالسبب، راجع: نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٨٤.

كان في درجتها رجل ورث بالتعصيب، وعلى هذا تخرج الأخت للأُم والزوجة والجدة للأُم^(١).

١٦٤ - هل يملك الوارث حق القصاص على سبيل الشركة أم على سبيل الكمال؟ :

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

النظرية الأولى : ويقول بها مالك وأبو حنيفة، وهي قول لأحمد، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الكمال لا على سبيل الشركة، وحيثهم أن المقصود من القصاص في القتل هو التشفي، 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 بوفاته، فإذا ثبت لم يكن القتل أهلاً لتملك 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).

النظرية الثانية : ويقول بها الشافعي وأحمد، وأبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الشركة، وحيثهم 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^(٣).

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

١٦٥ - وإذا لم يكن 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

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٢٩.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٢٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٢، المغني ج ٩ / ص ٥٤٩.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ١٩٦، المغني ج ٩ / ص ٤٥٨ وما بعدها.

المقتول من أهل دار الإسلام، وله أن يأخذ الدية، وحجته في ذلك: أن المقتول من أهل دار الإسلام لا يخلو عن ولي عادة إلا أنه لا يعرف، ولا ولاية للسلطان إلا إذا انعدم الولي الوارث، بخلاف الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم، لأن الظاهر أن لا ولي له في دار الإسلام^(١).

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

١٦٧ - فإذا استحق القصاص واحد وكان كبيراً فله أن يستوفيه إن شاء: لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣] ولوجود سبب الولاية في حقه على المال، وهو وراثته القصاص دون مزاحم.

أما إذا كان مستحق القصاص صغيراً أو مجنوناً: فيرى الشافعي^(٢) وأحمد^(٣) انتظار بلوغ الصبي وإفاقة المجنون إلا أنه إذا كانت إفاقة المجنون ميؤوساً منها قام وليه مقامه^(٤) لأن القود للتشفي، ولا يحصل باستيفائه بمعرفة ولي الصبي أو المجنون ولا بمعرفة الحاكم، وفي مذهب أبي حنيفة^(٥) رأيان: أحدهما: يرى أصحابه ما يراه الشافعي وأحمد، **وثانيهما:** يرى أصحابه أن يقوم القاضي أو الحاكم بالاستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصبي أو إفاقة المجنون، ويرى مالك^(٦) 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 والولي.

سلطة ولي الصغير والمجنون: ومن يعطي الولي حق الاستيفاء عن الصغير والمجنون يعطيه حق الصلح أو العفو عن القصاص على مال بشرط أن لا يقل عن الدية، وأن يكون أصلح من القصاص للصغير، أو على الأقل تتساوى مصلحة القصاص بمصلحة العفو، فإن صالح أو عفا على أقل من الدية كان للصغير بعد بلوغه الرجوع على القاتل بما نقص من

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٢٨، ج ٩ / ص ٣٩٤، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٣، ٢٤٥، المهذب ج ٢ / ص ١٩٦.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٨٥.

(٣) الإقناع ج ٤ / ص ١٨١.

(٤) كما ورد ذلك في حاشية السابع من نهاية المحتاج للشبراملسي.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٣.

(٦) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٢.

الدية، ما لم يكن القاتل معسراً وقت الصلح، كما يرى مالك، وليس للولي أن يتنازل عن القصاص مجاناً، فإن فعل فتنازله باطل^(١).

ومن لا يعطي الولي حق الاستيفاء يعطي 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^(٢)، وأبو حنيفة لا يعطي 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، وولايتهما مقيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لأنه إسقاط حق أصلاً ورأياً فلا يملكانه وإنما لهما حق الصلح على مال، وأبو حنيفة متأثر في هذا بنظريته التي تقتضي بأن حق الولي في القصاص عيناً وأن العفو للدية يقتضي رضا الجاني، ويظهر أن أبا حنيفة يرى أن العفو لا يكون عفواً ما دام متوقفاً على رضا الجاني وإنما يكون صلحاً، ولذلك فهو لا يتكلم إلا عن العفو المطلق دون قيد، أما عند مالك فيعتبرون التنازل عن القصاص إلى الدية عفواً ولو أن الأمر معلق على رضا الجاني، ويعبر عنه هكذا، ويعبر عنه أكثر الشراح بالصلح، ومن عبر عنه بالعفو عبر عنه أكثر من مرة بأنه صلح، مما يدعو إلى الاعتقاد بأن لفظ العفو تجاوز في التعبير، وقد جاء هذا التعبير في الشرح لا في المتن مما يؤكد فكرة التجوز في التعبير أو الخطأ^(٣).

هل يصح قصاص الصغير والمجنون؟: الأصل في تأخير القصاص حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون، أن القصاص حق وأن استعماله يقتضي 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 أم لا؟^(٤) فصار كما لو أتلّف وديعة له فلا مسؤولية على المودع لديه، فيرى 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، أي أن أصحاب هذا الرأي يعتبرون فعل الصبي والمجنون جريمة قتل عمد يدرأ فيها

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٣٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٢، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٩، ٣٠٠.

(٢) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٨٤.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٢.

(٤) في هذه النقطة فراغ يبدو أنه كلام لم يتم ولم يكتب.

القصاص للصغر والجنون^(١)، ولا شك أن الرأي الأول أقرب للعدالة والمنطق من الرأي الثاني.

١٦٨ - تعدد مستحقي الاستيفاء : إذا تعدد مستحقو الاستيفاء : فإذا كان يكون جميعهم كباراً، وإما أن يكون فيهم صغير أو مجنون، وإما أن يكونوا جميعاً حاضرين، وإما أن يكون بعضهم غائباً.

١٦٩ - فإذا تعدد مستحقو الاستيفاء وكانوا جميعاً كباراً حاضرين : فالأصل أن لكل منهم ولاية استيفاء القصاص حتى إذا قتله أحدهم صار القصاص مستوفى للجميع؛ لأن القصاص إن كان حق الميت كما يرى أبو يوسف ومحمد، فكل واحد من الورثة خصم في استيفاء حق الميت كما هو الحال في المال، وإن كان القصاص حق الورثة ابتداء كما يرى مالك وأبو حنيفة، فكل من الورثة يملك حق القصاص على الكمال، هذا هو الأصل، إلا أن الفقهاء يشترطون اتفاق مستحقي 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، فمذهب مالك وأبي 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 وأبي حنيفة في أن القصاص يجب عيناً^(٢)، إلا أن المقتض يعزّر 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 مستوفى لحق غيره دون إذنه، والراجح أنه لا يجب القصاص عليه بفعله^(٣) 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 رأي - بحق شركائه في الدية، لأنه هو الذي أتلّف محل حقهم، ويلزم - على الرأي الآخر - لورثة الجاني بدية مورثهم إلا قَدَرَ حقه منها، على أن يكون لباقي مستحقي القصاص الرجوع بحقهم في الدية على تركة الجاني، ورأي الشافعي وأحمد تطبيق لنظريتهما في أن القصاص يثبت للمورث ابتداء، ثم ينتقل منه للورثة، كما هو تطبيق

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٥، المهذب ج ٢ / ص ١٩٦.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٣، الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢١٢، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٠، ٣٠١.

(٣) في مذهب الشافعي رأي مرجوح، ملخصه أن على المستحق القصاص إذا قتل الجاني قبل اتفاقه مع باقي المستحقين، لأنه اقتصر في أكثر من حقه، ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس إذا عري عن الشبه: فإذا اشترك شخصان في قتل اقتصر منهما قاتل لبعض النفس.

لنظريتهما في أن الواجب بالقتل أحد شيئين غير عين القصاص والدية^(١).

١٧٠ - وإذا تعدد مستحقو القصاص، وكانوا كباراً وصغاراً، أو فيهم مجنون، أو كان بعضهم غائباً: 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 رضي الله عنه أوصى الحسن بعد أن ضربه ابن ملجم فقال له: إن شئت فاقتله، وإن شئت فاعف عنه، وإن تعفو خير لك، فقتله الحسن، وكان في ورثة علي صغار، والاستدلال من وجهين:

أحدهما: بقول علي؛ لأنه خير الحسن في القتل أو العفو 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 عفو، ولأنه قد يعفو دون أن يشعر الحاضر بعفو، فإذا أجزى للحاضر أن يستوفي، 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 فمميؤوس منه حال استيفاء القصاص، لأنه ليس من أهل العفو.

ويفرقون في مذهب مالك بين الغيبة القريبة والغيبة البعيدة الميؤوس منها، أي من عودة صاحبها، ويرون الانتظار في الغيبة القريبة دون البعيدة، وهذا هو الرأي الراجح، وهناك رأي لا يفرق بين الغيبة القريبة والغيبة البعيدة^(٢).

أما الشافعي وأحمد ومعهما محمد وأبو يوسف فيريان أن ورثة القتل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقيين، فإن كان فيهم صغير ينتظر بلوغه، أو مجنون تنتظر إفاقة، أو غائب ينتظر قدومه^(٣)؛ لأن القصاص حق مشترك بينهم، فمن استوفى قبل اتفاق كل الشركاء فقد استوفى غير حقه وأبطل حق غيره، ولأن القصاص أحد بدلي النفس، فإذا لم يجز انفراد أحد المستحقين بأحد البدلين وهو الدية لم يجز له أن ينفرد

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ٣٨٦، ص ٣٧٦، المذهب ج ٢ / ص ١٩٧.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٠، ٢٥١، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٨، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٣، ٢٤٤، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٠، ٣٠١.

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

بالبدل الآخر وهو القصاص، ويستدلون على أن للصغير والمجنون حقهما في القصاص بأربعة أمور:

أحدها: أنه لو كان منفرداً لاستحق القصاص، ولو نافاه الصغير مع غيره لنافاه منفرداً.

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 ما لا يستحقه^(١).

١٧١ - هل يطلق سراح الجاني حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير ويفيق المجنون؟:
من المتفق عليه أن تأخر الاستيفاء لا يؤدي إلى إطلاق سراح الجاني، بل يحبس مهما تأخر الاستيفاء، فيحبس حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير أو يفيق المجنون، وقد حبس معاوية ابن أبي سفيان هدية بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل - في عصر الصحابة - فلم ينكر عليه ذلك، ويعللون بقاءه محبوساً بأن في تخليته تضييعاً للحق، لأنه لا يؤمن هربه، ولأنه مستحق القتل وفيه تفويت نفسه ونفعه، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه، ولا يقبل من القتيل أن يقدم كفيلاً ليخلي 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 الاقتراع بين مستحقي القصاص إذا كانوا جميعاً يحسنونه ولم يتفقوا، فمن اختارته القرعة قام بالاستيفاء^(٣)، ويرى بعض الفقهاء في مذهب مالك أن الحاكم مخير بين أن يستوفي بنفسه القصاص أو أن يسلمه لولي المقتول ليقترض منه، والأصل في الشريعة أن لا يمكن إنسان من استيفاء حقه بنفسه، لأن استيفاء الحقوق متروك للحكام، ولكن جاز أن يستوفي الفرد حقه في القتل بدليل خاص هو تسليم الرسول

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

(٢) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٤، ٣٨٥، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٠، المهذب ج ٢ / ص ١٩٦.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٨٥.

للقاتل المستحق^(١)، ولما كان من شروط الاستيفاء عدم الحيف وأن لا يُعذَّب المقتصد القاتل وأن يحسن قتلته^(٢)، فإن القصاص يجب أن يتم تحت إشراف السلطة التنفيذية، وليس ثمة ما يمنع من أن تتولاه السلطة التنفيذية اليوم لضمان التنفيذ على الوجه المطلوب.

١٧٣ - الأمن من التعدي إلى غير القاتل: يشترط في الاستيفاء أن لا يتعدى إلى غير القاتل، فإذا وجب القصاص على حامل قبل وجوبه أو حامل بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع ولدها، وليس هذا اختلاف؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣] وقتل الحامل إسراف، وروي عن رسول الله ﷺ 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: «ارجعي حتى تضعي ما في بطنك» فلما وضعته قال لها: «ارجعي حتى ترضعيه» وهذه القاعدة مسلم بها في القصاص إطلاقاً سواء كان في النفس أو الطرف، أما في النفس فلما سبق، وأما في الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى غير الجانب وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى، ولأن في القصاص من الحامل قتلاً لغير الجاني وهو محرم إذ لا تزر وازرة وزر أخرى.

وإذا وضعت الحامل لم تقتل حتى تسقي ولدها اللبن، لأن الولد يتضرر لتركه ضرراً كبيراً، ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء من الأم، لأن الولد يستغني 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 فتحبس حتى تضع، ويستوي أن تكون حاملاً من زواج أو زناً^(٣)، وتأخير التنفيذ على الحامل هو المبدأ الذي تأخذ به القوانين الوضعية اليوم، فالقانون المصري ينص في المادة ٢٦٣ على أنه «إذا أخبرت المحكوم عليها بالإعدام أنها حبلى يوقف تنفيذ الحكم، ومتى تحقق قولها لا ينفذ إلا بعد الوضع».

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٩ / ص ٢٣٠.

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

(٣) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٩٤ وما بعدها، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٨٨، ٢٨٩، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٣، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٩.

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 أو لسراية جراح، أو نتيجة الخنق أو التغريق أو التحريق، أو غير ذلك، وحجة القائلين بهذا أن رسول الله ﷺ قال: «لا قود إلا بالسيف» والقود هو القصاص، والقصاص هو الاستيفاء، فمعنى الحديث نفي القصاص بغير السيف.

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية، فالقود بالسيف؛ لأنه تبين أن فعل الجاني وقع قتلاً من وقت وجوده، فلا يقتص منه إلا بالقتل؛ لأنه لو قطع عضواً من الجاني لتحقق التماثل، ثم عاد فحز رقبتة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعاً بين القطع والحز، ولم يكن مجازاة بالمثل، ولا يعتبر حز الرقبة متمماً 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 أطرافهم، لأن إتلافها يعتبر تعذيباً لا استيفاءً.

وعلى هذا فمن قطع يد إنسان فمات، أو أجافه جائفة أو أوضحه موضحه فمات فليس له أن يقطعه أو يجيفه أو يوضحه ثم يقتله - طبقاً لرأي أبي حنيفة وأحد رأيي أحمد - وله فقط أن يقتله بالسيف.

وإذا أراد الولي أن يقتص بغير السيف لا يمكن من ذلك، وإذا فعله عُرِّرَ لافتياته على السلطات العامة، إلا أنه يعتبر مستوفياً لحقه في القصاص بأي طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألغاه من سطح أو أرداه 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 فيعزَّر 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: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] 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 فمات، فللولي أن يقتص بمثل ذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ عَاقِبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] ولما رواه البراء عن الرسول ﷺ قال: «من حرق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٢، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٠٠ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٦، المهذب ج ٢ / ص ١٩٩، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٠٠ وما بعدها.

حرقناه، ومن غرق غرقناه» ولأن القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الأسباب فجاز أن يستوفى بها القصاص.

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

وإن قتله بما هو محرم كاللواط وسقي الخمر فيرى البعض أن يفعل به مثل فعله صورة بما هو غير محرم؛ فيفعل به في اللواط مثل ما فعل بخشبة لعذر مثل فعله حقيقة، ولسقي 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 بمثقل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ما فعل فلم يمت فيرى البعض أن يكرر عليه ذلك حتى يموت، ويرى البعض الآخر أنه يقتل بالسيف لأنه فعل مثل ما فعل وبقي إزهاق الروح فوجب بالسيف.

وإن جنى عليه جنائية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه وأوضح رأسه فمات للولي أن يستوفي القصاص بما جنى فيقطع كفه ويوضح رأسه؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] فإن مات فقد استوفى حقه وإن لم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يقطع منه عضو آخر وأن يوضح في موضعه آخر لأنه يصير قطع عضوين بعضو وإيضاح موضحين بموضحة.

وإن جنى عليه جنائية لا يجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه، فيرى البعض أن يقتل بالسيف، ويخالف مالك الشافعي في أنه يرى أن يكون القصاص بالسيف دائماً كلما ثبت القتل بقسامة أو كان القتل بما يطول أمره كمنع الطعام والشراب، ولا يقتص في الجائفة ولا في قطع الساعد لأن كليهما جنائية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط، ويرى البعض أن يقتص في الجائفة وقطع اليد من الساعد لأنه جهة يجوز القتل بها في غير القصاص لمجاز القتل بها في القصاص كالقطع من المفصل وحز الرقبة، فإن اقتص بالجائفة وقطع الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يجاف جائفة أخرى ولا أن يقطع منه عضو آخر فيصير جائفتان بجائفة وقطع عضوين بعضو.

١٧٥ - حكم الفعلين: وإذا قطع طرف رجل كيد أو رجل ثم قتله فإذا كان القتل بعد براء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن يقتص منه الولي بمثل ما فعل فيقطع طرفه ثم يقتله إن شاء وله أن يكتفي بقتله فقط، أما مالك فيرى أن الطرف يندرج في القتل فليس للولي إلا القتل فقط، أما إذا كان القتل قبل براء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة

والشافعي وقولهما رواية عن أحمد أن للمستوفي أن يقطع الطرف ثم يقتل لأن حق المجني عليه في المثل والمثل هو القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن، فإذا قطع الولي طرفه ثم قتله كان مستوفياً للمثل وكان الجزاء مثل الخيانة جزاء وفاقاً، ويرى مالك هذا الرأي بشرط أن لا يكون القطع قصد به التمثيل^(١)، ويرى أبو يوسف ومحمد وهو قول في مذهب أحمد بأن الطرف يدخل في النفس فللولي 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 بالمجني عليه^(٢).

١٧٦ - حضور المستحقين الاستيفاء: يرى أبو حنيفة أن مستحقي القصاص يجب أن يحضروا الاستيفاء ولا يكفي أن يحضر وكيل عنهم بل يجب 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^(٣)، ولا يشترط باقي الأئمة هذا الشرط وليس عندهم مانع من أن يتم الاستيفاء بمعرفة الوكيل في غياب الموكلين.

١٧٧ - تفقد آلة القتل: وإذا أراد الولي الاستيفاء بنفسه فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفي بها، فإذا كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول، وإن كانت مسممة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة غُزِرَ، فالولي الذي يستوفي يجب أن يكون خبيراً بالاستيفاء، وأن تكون الآلة التي يستوفي بها صالحة للاستيفاء، وكل ذلك قصد منه أن لا يعذب الجاني وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن، وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليجد أحدكم شفرته وليرخ ذبيحته»^(٤).

١٧٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف؟: الأصل في اختيار السيف أداة للقصاص أنه أسرع في القتل، وأنه يزهق روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاًماً فلا مانع شرعاً من استعمالها، فلا مانع من استيفاء القصاص بالمقصلة والكرسي الكهربائي وغيرهما مما يفضي إلى الموت بسهولة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٣، المهذب ج ٢ / ص ١٩٥، المغني ج ٩ / ص ٣٩٦، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٦.

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

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٣.

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

وإسراع، ولا يتخلف الموت عنه عادة، ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد، وأما الكرسي الكهربائي فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب^(١).

١٧٩ - هل يجوز للسلطان اليوم أن يستأثر باستيفاء القصاص؟: الرأي الراجح عند الفقهاء أن لا يترك الولي يستوفي بنفسه القصاص في الجراح^(٢)؛ لأن القصاص في الجراح يقتضي خبرة ودقة فوق ما يجب فيه من البعد عن الحيف والتعذيب، ولما كانت الخبرة لا تتوفر في معظم الأولياء فقد رأى الفقهاء أن يتولى القصاص خبراء يوكلمهم الأولياء، ولا مانع من أن يأخذ هؤلاء الخبراء أجرهم من خزانة الدولة، أما الاستيفاء في القتل فقد ترك للولي إذا كان يحسن الاستيفاء وإذا استوفاه بألة صالحة، فإذا لم يكن يحسنه وكُل 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 والكرسي 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 روعي هذا جميعه أمكن القول إن الضرورات اليوم تمنع من ترك الولي يستوفي حقه على الطريقة القديمة، وأنها تقضي بحرمان الأولياء من استيفاء القصاص بأنفسهم وترك الاستيفاء لمن تعينهم الدولة من الموظفين الخبيرين، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شأوا القصاص أو لا يأذنوا إذا رأوا العفو.

سقوط القصاص

١٨٠ - تسقط عقوبة القصاص بأربعة أسباب هي: فوات محل القصاص - العفو - الصلح - إرث حق القصاص.

١٨١ - فوات محل القصاص: محل القصاص في القتل هو نفس القاتل، فإذا فات محل القصاص، أي 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 في ماله أم لا؟ فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص، ولا يترتب عليه وجوب الدية في مال القاتل، لأن القصاص واجب عيناً، والدية لا تجب إلا

(١) من فتوى للجنة الفتوى بالأزهر، راجع: القصاص ص ٢٠٨.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٤١٢، المهذب ج ٢ / ص ١٩٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٣.

برضاء القاتل فإذا مات القاتل سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية لأن القاتل لم يوجبها على نفسه، ويستوي أن يكون الموت بأفة سماوية أو بيد شخص آخر ما دام أن الموت بحق، فإذا مات الجاني بمرض أو قتل في قصاص بشخص آخر أو زناً أو ردة، ففي كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب بدلها الدية.

أما إذا قتل ظلماً، فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول، فمثلاً من قتل رجلاً فعداً عليه أجنبي فقتله عمداً، فدمه لأولياء المقتول الأول، ويقال لأولياء المقتول الثاني: أرضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتل وليكم في 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 قُتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول^(١)، ويسوي أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً، ولا يوجب الدية في مال الجاني ولا في مال غيره^(٢) إذا جنى عليه، ويرى الشافعي وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص في كل الأحوال، سواء كان الموت بحق أو بغير حق، ولكنه يؤدي إلى وجوب الدية في مال الجاني، لأن الواجب في القتل أحد شيئين: عين القصاص أو الدية، فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر، ولأن ما ضمن بسببين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الأمثال^(٣).

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء في المثل الآتي: إذا قتل محمد علياً، فإن لأولياء محمد حق القصاص على علي، فإذا مرض علي ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقاً لرأي مالك وأبي حنيفة، ولأوليائه الدية في مال علي طبقاً لرأي الشافعي وأحمد، فإذا كان موت علي سببه أن زيدا أطلق عليه عياراً نارياً عمداً فقتله أو صدمه بسيارته خطأ فقتله، فقد سقط معه القصاص ولا شيء لأولياء محمد كما يرى أبو حنيفة، وطبقاً لرأي 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 علي لأولياء محمد، وطبقاً لرأي الشافعي وأحمد يسقط القصاص وتكون لأولياء محمد دية علي في مال علي.

١٨٢ - العفو: أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص، وأن العفو عنه أفضل من استيفائه، والأصل في جواز العفو الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقد أقر العفو في سياق قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٣١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٦.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ٢٠١، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤١٧.

يَا لَأُنْتَىٰ فَمَنْ عَفَىٰ لَمْ مِنْ أَمْنِهِ شَيْءٌ فَأَنِيعَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءَ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ﴿البقرة: ١٧٨﴾ وفي سياق قوله تعالى: ﴿وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] إلى أن قال: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ [المائدة: ٤٥].

وأما السنة فإن أنس بن مالك قال: «ما رأيت رسول الله ﷺ 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 لنفاذه رضا الجاني بدفع الدية، بخلاف الشافعي وأحمد اللذين يريان أن العفو عن الدية يعتبر نافذاً دون حاجة لرضا الجاني^(١).

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجاناً، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفواً عندهما، وإنما هو صلح^(٢)؛ لأن تنازل الولي لا ينفذ إلا إذا قبل الجاني دفع الدية^(٣).

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، وولايتهما مقيدة بالنظر لمصالح الصغير، والعفو ضرر محض لأنه إسقاط الحق أصلاً ورأساً فلا يملكه، وكذلك لا يملك السلطان العفو فيما له ولاية الاستيفاء فيه^(٤) ولكن الأب والجد والسلطان يملكون الصلح.

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

والفرق بين أبي حنيفة والشافعي وأحمد هو اختلاف في تكييف التنازل عن القصاص على الدية، فأبو حنيفة يسميه صلحاً وباقي الأئمة يسمونه عفواً، وأبو حنيفة منطقي في

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٣٠، المذهب ج ٢ / ص ٢٠١، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤١٣ وما بعدها.

(٢) الزيلعي ج ٦ / ص ١٠٧، ١٠٨، ١١٣، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠١، ٣٠٢.

(٣) يسمي بعض الفقهاء في مذهب مالك التنازل عن القصاص بمقابل: عفواً، ويسميه بعضهم: صلحاً، وهؤلاء يتفق رأيهم مع أبي حنيفة، راجع الفقرة ١٦٧.

(٤) راجع الفقرة ١٦٣.

وجهة نظره، لأنه يشترط رضا الجاني بدفع الدية، فإذا كان التنازل معلقاً على رضا الجاني بمقابل التنازل وهو الدية فالتنازل صلح لا عفو، والشافعي وأحمد يتبعان المنطق في وجهة نظرهما لأن تنازل أولياء المجني عليه عن القصاص على الدية لا يتوقف على رضا الجاني إذ الواجب عندهما بالقتل العمد عن القصاص والدية وللولي 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.

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

١٨٤ - من يملك حق العفو؟: يملك حق العفو عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد من يملك حق القصاص^(٢)، والقصاص عندهم حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والأسباب، الرجال والنساء والصغار والكبار، فكل واحد منهم يملك العفو إذا كان بالغاً عاقلاً فإن لم يكن كذلك فلا يملك التصرف فيه وإن كان الحق ثابتاً 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 في الدرجة، والتي لو كان في درجتها رجل ورث بالتعصيب، ويشترط مالك أيضاً في العافي أن يكون بالغاً عاقلاً.

١٨٥ - هل يملك العفو فرد عند تعدد المستحقين؟: إذا كان المستحق للقصاص واحداً بالغاً عاقلاً رجلاً أو امرأة فهو يملك العفو وحده عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد، وإذا كان عفاً كان عفوه نافذاً، وإذا تعدد المستحقون للقصاص فعفا أحدهم نفذ عفوه وأنتج أثره، ولو لم يعف الباقي، وحجتهم أن القصاص حق مشترك بين المستحقين فإذا عفا أحدهم سقط بعفوه لأن القصاص لا يتجزأ بطبيعته إذ لا يمكن قتل بعض الجاني وإحياء بعضه وأن العفو أقرب للتقوى، فهو أفضل من طلب القصاص، فمن عفا رجح عفوه على

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٢.

(٢) راجع الفقرة ١٦٣.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٦، المهذب ج ٢ / ص ٢٠١، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٨.

طلب القصاص، ويستدلون على صحة رأيهم بما روي عن عمر من أنه أتى برجل قتل قتيلاً، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه، فقالت امرأة المقتول، وهي أخت القاتل: قد عفوت عن حقي، فقال عمر: الله أكبر عتق القاتل، وفي رواية عن زيد قال: دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلاً فقتلها، فقال بعض إخوتها: قد تصدّقت، فقضي لسائرهم بالدية، وروي عن قتادة: أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلاً، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم، فقال عمر لابن مسعود: ما تقول؟ قال: إنه قد أحرز من القتل، فضرب على كتفه وقال: كُنَيْفٌ مُلئ علماً.

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

أما مالك فيرى أن المستحقين إذا كانوا رجالاً متساوين في الدرجة فالعفو يملكه أي 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 بإجماع النساء والعصبة، وإن كان المستحقون نساء وكلهم من درجة واحدة فعفت إحداهن فلا يعتبر العفو إلا إذا أقره الحاكم، وإذا كان المستحقون رجالاً ونساءً أعلى درجة منهم وكان للرجال كلام لكونهم وارثين وثبت القتل ببينة 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 الجنانية دون البعض.

١٨٧ - عفو الولي بعد الموت: إذا استحق ولي الدم القصاص وحده فعفا بعد موت القاتل وكان ممن يملك العفو ترتب على عفو أثر وسقط القصاص عن القاتل، سواء كان العفو مطلقاً غير مقيد أو أن العفو على الدية، وسواء قبل الجاني دفع الدية أم لم يقبل، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد، أما مالك فيرى أن حق القصاص لا يسقط إلا إذا قبل الجاني دفع الدية إذا كان العفو على الدية، وأساس الخلاف أن العفو على الدية

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٢.

يوجبها على الجاني عند الشافعي وأحمد فلا حاجة لرضاه، ولكن الدية لا تجب عند مالك وأبي حنيفة إلا برضاء الجاني^(١).

وإذا عفا الولي عن الجاني ثم قتله بعد العفو عنه اعتبر الولي قاتلاً عمداً باتفاق؛ لأن الجاني بالعفو عنه صار معصوم الدم^(٢)، وإذا استحق قصاصاً على شخص فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فهو مسؤول عن قطع اليد عند مالك وأبي حنيفة، ولا مسؤولية عليه عند الشافعي وأحمد وأبي يوسف ومحمد، وحجة الفريق الأول أن حق من له القصاص في الفعل وهو القتل، لا في المحل وهو النفس، وإن كان في النفس فهو في القتل لا في القطع لأن حقه في المثل ومثل القتل هو القتل، فإذا قطعها فقد استوفى ما ليس له بحق، ويرى مالك القصاص ولكن أبا حنيفة برأه للشبهة، أما الفريق الآخر فحجته أن نفس القاتل صارت ملكاً لولي القتل، 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^(٣).

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 مالاً فيأخذون حصتهم من الدية ولا يأخذون الدية كاملة لأن للعافي نصيباً فيها فيأخذون الباقي بعد خصم نصيب العافي، أما العافي فإنه يأخذ نصيبه إذا عفا على الدية ولا يأخذه إذا عفا مجاناً^(٤).

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

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٣٥، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٧.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٧، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٩١، المهذب ج ٢ / ص ١٩٧، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٨٦.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٤، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٣٥، المهذب ج ٢ / ص ٢٠٣.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٧، ٢٤٨، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٤، المهذب ج ٢ / ص ٢٠٢، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٩٠.

والحدود تدرأ بالشبهات، ولكن زفر يرى أن عصمة الجاني عادت بالعفو فإذا قتله أحد الأولياء فقد قتل معصوماً فعليه القصاص، وفي مذهب الشافعي رأيان كلاهما يعتبره قاتلاً عمداً، ولكن أصحاب الرأي الأول يدروون القصاص للشبهة، وأصحاب الرأي الثاني يرون القصاص، ومذهب أحمد أن لا قصاص للشبهة.

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 عالماً بالعفو وأن يحكم القاضي بسقوط القصاص، وإن لم يتوفر هذان الشرطان درئ القصاص للشبهة؛ لأن مالكا يرى أن حق الولي لا يسقط في القود بعفو الشريك، وهذا الخلاف يعتبر شبهة تدرأ القصاص^(١) [تبحث هذه المسألة من كتب المالكية].

كل ما سبق إذا كان القصاص الواحد مشتركاً بين مستحقين متعددين 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 الآخر 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 عفو أحد الشريكين فيه يسقط حق الشريك الآخر؛ لأن حق القصاص لا يتجزأ ومن المحال إسقاط بعضه وتنفيذ بعضه.

١٨٨ - عفو الولي قبل الموت: إذا عفا الولي بعد الجرح وقبل الموت ففي صحة

عفوه ونفاذه رأيان:

أولهما: أن العفو غير صحيح لأنه عفا عما لم يجب له لأن القصاص لا يجب له إلا بعد وفاة موروثه، ولأن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلاً إلا بوفاة الموروث، فالعفو لم يصادف محله.

ثانيهما: أن العفو صحيح وأن 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).

١٨٩ - العفو من المجني عليه: وكما يصح أن يكون العفو من ولي القاتل يصح أن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٨، المهذب ج ٢ / ص ١٩٧، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٨٦، المغني ج ٩ / ص ٤٦٥، ٤٦٦.

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

يكون العفو من القتل قبل موته، فإن عفا المجرور عن الجاني وبرأ من جراحه دون أن يسري إلى أعضاء أخرى فالعفو صحيح؛ لأن القاعدة أن للمجني عليه أن يعفو عن القصاص مجاناً وله أن يعفو عن الدية أيضاً.

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

وإن عفا المجرور ثم سرى الجرح إلى النفس ومات، فيرى أبو حنيفة وأصحابه أن العفو إذا كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح العفو ولا شيء على القاتل، لأن لفظ الجناية يتناول القتل، وكذلك لفظ الجراحة وما يحدث منها، فكان ذلك عفواً عن القتل، وأما إذا كان العفو بلفظ الجراحة فقط ولم يذكر ما يحدث منها، لم يصح العفو عند أبي حنيفة، وكان الجاني مسؤولاً عن القتل العمد، ولكن تجب الدية بدلاً من القصاص درءاً لشبهة العفو، وعن محمد وأبي يوسف العفو صحيح ولا شيء على القاتل، لأن العفو عن الجراحة يشمل الجراحة وما يتولد عنها من السراية، لأن السراية أثر الجرح، والعفو عن الشيء عفو عن أثره، وحجة أبي حنيفة أن حق المجني عليه في موجب الجناية أي القصاص لا في عين الجناية أي الجرح وعين الجناية، ومن لا يتصور بقاؤه فلا يتصور العفو عنه، فكان عفو المجني عليه عفواً عن موجب الجراحة وبالسراية تبين أن لا موجب بهذه الجراحة، وأن الواجب عند السراية هو موجب القتل أي القصاص، كذلك فإن الجرح غير القتل، فالعفو عن أحدهما ليس عفواً عن الآخر^(٢).

ويقتررب رأي الشافعي من رأي أبي 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

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

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٩.

النفس لأنه لا يتبعض^(١)، وفي مذهب أحمد رأيان: رأي يماثل رأي الشافعي ورأي يماثل رأي أبي يوسف ومحمد^(٢).

أما إذا كان الجرح أو الجناية لا يجب فيه القصاص كجائفة أو قطع يد من الساعد، فإن العفو لا أثر له عند الشافعي 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^(٣).

وعند مالك: إذا كان العفو عن الجرح وما ترامى 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، ويعتبر في حالة السراية إلى النفس قاتلاً عمداً ويقتص منه بقسامة في حالة العمد^(٤).

فالفرق بين الشافعي وأحمد وبين مالك، أنه يجعل القصاص في كل حال، ولكنهما يجعلانه في حالة ما إذا كانت الجناية لا توجب القصاص، أي أن رأي مالك يتفق مع رأي أبي حنيفة ويخالفه فقط في أنه لا يدرأ القصاص للشبهة، ولكن بعض الفقهاء المالكيين يفرق بين ما إذا كان الجرح يجب فيه القصاص أو لا يجب، ويجعل القصاص قاصراً على الجناية التي لا يجب فيها القصاص.

هل يعتبر عفو المجني عليه وصية للقاتل؟ : للفصل في هذه المسألة أهمية كبرى، لأن اعتبار العفو وصية يوجب أن يكون المعفو عنه في ثلث التركة حيث لا تصح الوصية في أكثر من ثلث التركة، فإن كان المعفو عنه في ثلث التركة فالعفو نافذ إذا كان صحيحاً وتوفرت شروطه، وإن كان المعفو عنه يزيد على ثلث التركة نفذ العفو فيما يساوي ثلث التركة فقط.

وإذا اعتبرنا العفو وصية فهناك رأيان: رأي يقول بأن الوصية لا يجوز أن تكون لقاتل ورأي يرى الجواز، فإذا أخذ بالرأي الأول كان العفو لغواً إلا في الجرح الحاصل قبله، ومن رأي مالك وأبي حنيفة أن عفو المجني عليه لا يعتبر وصية للقاتل، لأن موجب العمد هو القصاص عيناً، والعفو ينصب على إسقاط القصاص، والقصاص ليس مالاً يملك

(١) المذهب ج ٢ / ص ٢٠٢، ٢٠٣.

(٢) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٢٧ وما بعدها، المغني ج ٩ / ص ٤٦٩ وما بعدها.

(٣) المذهب ج ٢ / ص ٢٠٣، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٢٩ وما بعدها، المغني ج ٩ / ص ٤٧٥ وما بعدها.

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

والوصية تمليك لما بعد الموت، فالعفو عن القصاص لا يمكن أن يكون وصية. ويرى أحمد أن العفو لا يعتبر وصية ولو عبر عنه العافي بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غير ذلك، لأنه إذا كان الواجب في العمد هو أحد شيئين: القصاص أو الدية، فإن العفو قبل تعيين أحدهما لا يعتبر عفواً عن مال، أو بمعنى آخر تمليكاً لمال، ومن ثم فلا يعتبر وصية، أما إذا عين الموجب بأن أبرأه المجني عليه من الدية، أو أوصى له بها، 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 الرأي أن الجاني يلزم بدية النفس بعد خصم 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 للقاتل، كأن يقول: أوصيت له بأرش هذه الجناية، فإذا جاء العفو بلفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط فيرى البعض أنه وصية أيضاً لأنه تبرع، ويرى البعض أنه ليس وصية لأنه إسقاط ناجز، والوصية معلقة بحالة الموت، والرأي الأخير هو الراجح، وكما اختلفوا في حكم الوصية للقاتل هل هي صحيحة أم لا؟ فقال البعض: إنها صحيحة وهو الرأي الراجح، وقال البعض: إنها غير صحيحة، ويترتب على هذا الخلاف في صحة الوصية ما سبق 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 عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شأؤوا قتلوا وإن شأؤوا أخذوا الدية؛ ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة، وما صولحوا عليه فهو لهم» وفي عهد معاوية قتل هدبة بن خشرم قتيلاً^(٣)، فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله.

ولما كان القصاص ليس مالاً جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان؛ لأنه صلح عما لا يجري فيه الربا فأشبه الصلح على العروض، فيصح أن يكون بدل الصلح قليلاً

(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.

أو أكثر، من جنس الدية أو من خلاف جنسها، حالاً أو مؤجلاً، بخلاف ما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية لأن ذلك يعتبر رباً، فمثلاً لا يصح الصلح على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل؛ لأن الدية مائة من الإبل ولأن الزيادة رباً.

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 عيناً والدية لا تجب إلا برضاء الجاني، فإسقاط القصاص على الدية يقتضي رضاء الطرفين فهو صلح لا عفو، أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو على الدية عفواً لا صلحاً؛ لأن الواجب عندهما أحد شقي القصاص أو الدية والخيار للولي دون حاجة لرضاء الجاني، ومن ثم كان التصرف إسقاطاً من طرف واحد فهو عفو.

١٩٢ - من يملك الصلح؟: يملك الصلح من يملك حق القصاص وحق العفو، وقد سبق أن بينا ذلك بمناسبة الكلام على العفو، ونزيد عليه هنا أن الشافعي وأحمد يجعلان العفو للسلطان لولي 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 باقي الدية في ذمة الجاني، فإذا كان الجاني معسراً وقت الصلح فيرى مالك عدم الرجوع عليه.

١٩٣ - ويصح أن يكون الصلح من المجني عليه ويصح أن يكون من الولي قبل الموت أو بعده: وحكم الصلح في هذه الحالات جميعاً هو حكم العفو على الوفاق والخلاف الذي ذكرنا في العفو.

١٩٤ - وإذا صالح الولي القاتل على مال ثم قتله فهو قاتل له عمداً: وقد مرت المسألة في العفو، وإذا تعدد الأولياء والقصاص مشترك فصالح أحدهم سقط القصاص عن القاتل وانقلب نصيب الآخرين مالاً؛ لما ذكرنا في العفو، وإذا قتله أحد الآخرين بعد عفو صاحبه؛ على التفصيل والخلاف والوفاق الذي ذكرنا في العفو، وإذا تعدد الأولياء ولكل منهم قصاص كامل فصالح ولي أحد القتلة فلا آخرين 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 - وصالح المجني عليه حكمه حكم عفو: سواء سرى الجرح وانتهى بالبرء 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

١٩٦ - 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 أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له سوى القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فسقط القصاص ، وكذلك الحكم لو ورث بعضه فإن القصاص يسقط وللمن بقي من المستحقين نصيبهم من الدية^(١) ، ومن الأمثلة التي يضربونها على سقوط القصاص بإرثه ما يأتي :

إذا قتل أحد الأبوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلا أن لا يجب له بالجناية على غيره أولى ، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه في الميراث أو لم يكن ؛ لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه لأنه إذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه لا يتبعص وصار كما لو عفا بعض مستحقي 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 أخاً زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص ، سواء صار إليه ابتداء أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره .

إنان 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 قُتلت ورثها قاتل الأب فورث جزءاً من دم نفسه فسقط عنه القصاص وبقي له القصاص على أخيه^(٢) ، وإن لم تكن الزوجية قائمة وقت القتل فعلى كل من الولدين القصاص لأخيه ، لأنه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥١ ، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٣ ، المذهب ج ٢ / ص ١٨٦ ، المغني ج ٧ / ص ٣٦٢ وما بعدها .

(٢) هذا الحمل 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 .

وسقط القصاص عنه، لأنه يرث أخاه لكونه 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، والرأي الأخير مذهب الشافعي، واختلفوا في مذهب أبي حنيفة، فرأى زفر ترك الأمر للقاضي يبتدئ بأيهما شاء، ورأي الحسن بن 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 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 المخلف زميله وسقط عنه القصاص فكأنه قتل دون حق^(١).

ويلاحظ أن مالكا يفرق بين استحقاق القصاص ووارث حق القصاص، فمستحق 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 عصبة لأنهم ورثوه عمن 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 بقي من المستحقين يستقل الواحد منهم بالعفو^(٣)، أما إذا كان الباقي لا يستقل أحد منهم بالعفو ولا بد من العفو من إجماعهم عليه فلا يسقط القصاص عن الجاني الوارث لجزء من دمه كمن قتل أخاه شقيقه وترك المقتول بنتين وثلاثة إخوة أشقاء غير القاتل فمات أبوهم 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)؛ أي: من هؤلاء وهؤلاء.

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٦٢ وما بعدها، بدائع الصنائع ج ٧ / 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: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةً إِلَىٰ أَهْلِهِ ۖ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ۖ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ ۖ﴾ [النساء: ٩٢].

١٩٨ - والكفارة عقوبة أصلية: وهي عتق رقبة 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 العمد 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 وائلة بن الأسقع قال: أتينا النبي ﷺ بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال: «أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضواً منه من النار»^(١) ولأحمد رأي يتفق مع رأي 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 ﷺ فأوجب عليه القود ولم يوجب كفارة، وأن عمرو بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي ﷺ فوداهما ولم يوجب كفارة^(٢).

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن لا كفارة في القتل العمد؛ لأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة 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^(٣).

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 للعفو^(٤).

(٣) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩١.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٨.

(١) المذهب ج ٢ / ص ٢٣٣.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٤٠.

وسنذكر فيما يلي أحكام الكفارة مقارنة في المذاهب، مع ملاحظة الفرق بين من يجيزها في القتل العمد ومن لا يجيزها.

٢٠٠ - على من تجب الكفارة؟ : تجب الكفارة عند الشافعي وأحمد على القاتل أيّاً كان بالغاً أو غير بالغ عاقلاً أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم، لا يستثنى من ذلك إلا الحربي، فتجب على الذمي والمعاهد والمستأمن^(١).

ويرى مالك أنها تجب على الصبي البالغ والعقل والمجنون، ولكنها لا تجب إلا على مسلم لأنها عقوبة تعبدية^(٢).

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 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 فهما 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 جاني كفارة مستقلة، وعلى هذا أجمع الأئمة الأربعة؛ لأن الكفارة عن الفعل فلا تتبعض، وتكون كاملة في حق كل واحد من المشتركين في القتل كالتقصاص يجب على كل مشترك في القتل.

وهناك رواية عن أحمد ورأي في مذهب الشافعي بأن على الجميع كفارة واحدة، وهذا يتفق مع رأي 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 فذلك يجب أن يكون شأن الكفارة^(٣).

٢٠٢ - وكفارة القتل - كما قلنا - هي عتق رقبة مؤمنة : فإن لم يجدها القاتل في ملكه فاضلة عن حاجته، أو يجد ثمنها في ماله فاضلاً عن كفايته، فصيام شهرين متتابعين، فليس بشرط إذن أن تكون الكفارة عتق رقبة بالذات لأن 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.

(١) المغني ج ١٠ / ص ٣٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٦٤، ٣٦٥.

(٢) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٥٤، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٨.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٣٩، ٤٠، المهذب ج ٢ / ص ٢٣٤، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٨.

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 مسكيناً قياساً على ما جاء في كفارة الظهار، ويعترض على هذا الرأي بأن الله ذكر العتق والصيام فقط في القتل، وذكر العتق والصيام والإطعام في الظهار، ولو وجب الإطعام في القتل لذكره كما ذكره في حالة الظهار^(١).

هل تجب الكفارة في كل قتل؟ : تجب الكفارة في القتل المحرم فقط، أما القتل المباح فلا تجب فيه، كقتل قاطع الطريق والقتل للقصاص وقتل الحرب والقتل دفاعاً عن النفس، وتجب الكفارة سواء كان القاتل مسلماً أو غير مسلم، ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، وسواء كان القتل في دار الإسلام 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: ﴿وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] وقاتل نفسه لا تجب فيه دية، كما أن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ، ولم يأمر النبي ﷺ 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 أيّاً كان نوعه؛ أي ولو كان خطأ^(٣).

العقوبات البدلية للقتل العمد

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

أولاً: الدية:

٢٠٤ - الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقولُه تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ [النساء: ٩٢].

(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 ج ٧ / ص ٢٥٢.

(٣) البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٣، المغني ج ١٠ / ص ٣٣، المهذب ج ٢ / ص ٢٣٤.

وأما السنة: فقد روي أن النبي ﷺ كتب لعمر بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه: « وإن في النفس مائة من الإبل » وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة .

٢٠٥ - والدية في القتل العمد ليست عقوبة أصلية: وإنما هي عقوبة بدلية قررت بدلاً من العقوبة الأصلية وهي القصاص، وتحل الدية محل القصاص كلما امتنع القصاص أو سقط بسبب من أسباب الامتناع أو السقوط بصفة عامة، مع مراعاة أن هناك حالات يسقط فيها القصاص ولا تحل 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 تعتبر الدية في حالة قتل الأب ولده عقوبة أصلية؛ لأن العقوبة الأصلية للمقتل هي القصاص، وإنما استثنى الأب منها لقوله ﷺ: « 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 ثلاثة 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 يقوم مقام الآخر، ويرى أحمد ومعه أبو يوسف ومحمد أن الدية تجب في ستة أجناس: الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلّل^(٢) .

وكان الشافعي يرى قديماً رأي مالك وأبي حنيفة ثم عدل عنه وقال: إن الدية تجب في جنس واحد هو الإبل، وأساس رأي 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 ﷺ مائة من الإبل، قيمة كل بعير أوقية، ثم غلت قيمة الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفاً،

(١) وحجتهما أن رسول الله ﷺ قال: « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » وأنه جعل دية كل ذي عهد على عهده ألف دينار .

(٢) وحجتهم عمل عمر رضي الله عنه فإنه قضى بالدية من هذه الأجناس جميعاً حين كانت الديات على العواقل، وروي عن عمرو بن شعيب أنه قام خطيباً فقال: ألا إن الإبل قد غلت، فقوّم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة .

ثم غلت فصارت قيمة كل بغير أوقيتين، فما زالت تغلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو أربعمئة دينار» ويستدل الشافعي على أن الأصل هو الإبل بأن التغليظ جاء في الإبل لا في غيرها فلو كان غيرها أصولاً لجاء فيها التغليظ أيضاً^(١).

وباقى الفقهاء يسلمون بأن الإبل هي الأصل في الدية، وأن تقدير الذهب والفضة وغيرها روعي فيها وقت التقدير قيمة الإبل، ولكنهم لا يعتبرون ما عدا الإبل أبداً 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 الدية، فإذا اعتبرت الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل أصولاً لم يكن لولي الدم أن يمتنع عن تسليم أي شيء منها أحضره من عليه الدية، ويلزم الولي بأخذه دون أن يكون له المطالبة بغيره لأنها جميعاً أصول في قضاء الواجب يجزي واحد منها، فالخيرة فيها لمن وجبت عليه الدية لا لمن وجبت له، أما إذا قيل إن الإبل هي الأصل خاصة فعلى القاتل تسليمها للولي 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 على ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم، وكان رأي الشافعي قديماً ك رأي مالك وأبي حنيفة يقضي 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 رأي الشافعي ولم تصل إلى ألف دينار فالولي ملزم بأخذها كلها، وإذا قلت قيمة الإبل بحسب رأي الشافعي ولم تصل إلى ألف دينار فالولي ملزم بأخذها مهما قلت قيمتها، لأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال، ولأن حق الولي يتعين في الإبل دون غيرها فليس له أن يطالب بأكثر منها^(٢).

٢٠٧ - مقدار الواجب 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 لرأي مالك وأحمد ورأي الشافعي القديم وعشرة آلاف درهم طبقاً لرأي أبي حنيفة، وأساس الخلاف أن الفريق الأول يجعل الدينار اثني عشر درهماً والفريق الثاني يجعله عشرة دراهم، ومن البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفان، ومن الحلل مائتا حلة، ونلاحظ مما ذكرنا عن الاتفاق والاختلاف على تقدير هذه الأجناس.

(١) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٩٩ وما بعدها، المذهب ج ٢ / ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٥٥، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٥٠، المغني ج ٩ / ص ٤٨٨، المذهب ج ٢ / ص ٢٠٩.

٢٠٨ - على من تجب الدية في القتل العمد: من المتفق عليه أن دية القتل العمد تجب في مال القاتل فلا يحملها غيره عنه، وهذا يتفق مع مبادئ الشريعة العامة التي تقضي بأن بدل التلف يجب على المتلف وأن أرش الجناية على الجاني، ويتفق مع قول الرسول ﷺ: « لا يجني جان إلا على نفسه » والواقع أن الجناية هي أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها.

مقدار ما يلزم به القاتل عن التعدد: إذا تعدد الجناة ولم يكن قصاص فعليهم دية واحدة للقتيل تقسم عليهم بحسب عددهم ولا يلتزم كل منهم بدية مستقلة، وإذا عفى عن بعض الجناة على الدية واقتصر من البعض الآخر فعلى المعفو عنهم كل منهم حصته فقط من الدية مقسمة على عدد رؤوس القتالين من اقتُص منه ومن عُفي عنه.

وإذا نتج الموت من عدة أسباب كأن طعنه شخص عمداً برمح وأصابه آخر خطأ وعقرته دابته بعد ذلك فمات من هذه الحالات الثلاث، فعلى المتعمد ثلث الدية بغض النظر عن عدد ما أحدثه من إصابات، ولا يلتزم كل واحد من القتالين بدية مستقلة حال العفو أو امتناع القصاص ولو أن عليهم القصاص جميعاً، ذلك لأن القصاص عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدد الفاعلين، أما الدية فبدل المحل المتلف وهو واحد^(١).

٢٠٩ - ولكن الفقهاء مع هذا اختلفوا فيمن يحمل دية القتيل إذا كان القاتل حدثاً صغيراً أو مجنوناً، فرأي مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعدد الفعل لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمد إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فالحق 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).

٢١٠ - أوصاف الإبل في دية العمد: يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية في القتل العمد مائة من الإبل، تقسم أربعاً: خمساً وعشرين بنات مخاض، وخمساً وعشرين بنات لبون، وخمساً وعشرين حقة، وخمساً وعشرين جذعة.

ويرى الشافعي ومحمد بن الحسن من فقهاء مذهب أبي حنيفة، ولأحمد رأي يتفق معهما، أن دية العمد مائة من الإبل مثلية، ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها، وحجة هؤلاء ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٩٤، ٣٩٦.

(٢) البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٤١، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢١٠، المغني ج ٩ / ص ٥٠٦، المهذب ج ٢ / ص ٢١٠.

رسول الله ﷺ 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» وما رواه عبد الله بن عمرو من أن رسول الله قال: «ألا إن في قتل عمد الخطي قتل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها» وما رواه عمرو بن شعيب من أن رجلاً يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه^(١)، والخلفه الحامل، وقول الرسول ﷺ: «في بطونها أولادها» تأكيد، وقلما تحمل إلا ثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة، وأي ناقة حملت فهي خلفه تجزئ في الدية ولو لم تبلغ السن؛ لأن لفظ خلفه مطلق، ولو أسقطت قبل قبضها فعلى القاتل بدلها.

٢١١ - هل تغلظ الدية من العمد؟: 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 مغلظة وقيمتها غير مغلظة والفرق بينهما ثم تضاف مثل نسبة هذا الفرق على الذهب أو الفضة، فمثلاً إذا كانت قيمة الدية من الإبل مخفضة ستمائة وقيمتها مغلظة ثمانمائة فالفرق بينهما يساوي ثلث المخفضة فيضاف على الذهب أو الورق ما يساوي ثلثه، ويرى أحمد أن الدية تغلظ في العمد لأسباب ثلاثة هي: القتل في الحرم، والقتل في الشهور الحرم، وقتل المحرم، واختلفوا في المذهب في التغليظ لقتل ذي رحم محرم، وصفة التغليظ عند أحمد أن يضاف لكل واحد من أسباب التغليظ ثلث الدية فإذا اجتمعت الأسباب الثلاثة وجبت ديتان، ولا يرى الشافعي التغليظ في العمد وإنما يراه في الخطي كما سنرى فيما بعد، وقد احتج عليه فقهاء مذهب أحمد بأنه إذا جاز التغليظ في الخطي فهو في العمد أولى، والظاهر أن الشافعي لم ير التغليظ في العمد لأنه جعل دية العمد مغلظة إذ جعلها مثلثة بينما جعلها أحمد مربعة^(٣)، ولا يرى أبو حنيفة التغليظ في العمد لأنه يرى دية العمد مغلظة بالنسبة لغيرها إذ هي مربعة بينما دية الخطي مخمسة، ولأنها في مال الجاني بينما دية الخطي على العاقلة^(٤).

٢١٢ - وقت الدية في العمد: يرى مالك والشافعي وأحمد أن الدية في العمد تجب

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٦، ٢٣٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٤، المهذب ج ٢ / ص ٢٠٩،

المغني ج ٩ / ص ٤٨٨، ٤٨٩.

(٢) شرح الدردير ج ٤ / ص ٣٢٧.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٤٩٩ وما بعدها، المهذب ج ٢ / ص ٢١٠.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٧.

حالة غير مؤجلة، إلا إذا رضي ولي 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^(١).

ويرى أبو حنيفة أن دية العمد تجب مؤجلة لثلاث سنوات كما هو الأمر في دية الخطأ، ويكفي العامد تغليظاً بثبت الدية وجعلها في ماله^(٢).

٢١٣ - هل تتساوى الديات لكل الأشخاص؟: تختلف الديات لسببين، أولهما:

الجنس، **وثانيهما**: التكافؤ، والأول متفق عليه والثاني مختلف فيه، وفيما عدا هذين السببين فلا اختلاف، فدية الصغير كدية الكبير، ودية الضعيف كدية القوي، ودية المريض كدية الصحيح، ودية المتعلم كدية الجاهل، ودية الشريف كدية الوضيع.

٢١٤ - الجنس: اتفق الفقهاء على أن دية المرأة في القتل نصف دية الرجل أخذاً بما

نسبه الرسول ﷺ حيث كتب في كتاب عمرو بن حزم: دية المرأة على النصف من دية الرجل، وقد أجمع الصحابة على هذا فيروى عن عمرو وعلي وعثمان وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم 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^(٣).

٢١٥ - التكافؤ: أساس التكافؤ عند من يقول به من فقهاء الشريعة الحرة 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 رأي الفقهاء في ذلك فنقول: إنهم كانوا يجعلون دية الرقيق قيمته التي يساويها وقت القتل، فإن كانت أكثر من دية حر فهي ديته وإن كانت أقل فهي ديته.

أما الإسلام فلا يراه أبو حنيفة مانعاً من التكافؤ لأن أساس التكافؤ عنده الحرية فقط،

ومن ثم فدية المسلم عنده تساوي دية غير المسلم سواء كان كتابياً أو غير كتابي كالمجوسي وعابد الوثن أو الشمس، وحجة أبي حنيفة أن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مَسْكُومَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢] فأطلق القول في الدية في جميع أنواع القتل من غير فصل فدل أن الواجب في الكل على قدر واحد، كذلك فإن الرسول ﷺ جعل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار، وروي أن عمرو بن أمية الضمري قتل منافقين فقضى

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٥٠، المغني ج ٩ / ص ٤٨٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٠٠.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٤، المغني ج ٩ / ص ٥٣١، المهذب ج ٢ / ص ٢١١، شرح الدردير

ج ٤ / ص ٢٣٨.

رسول الله ﷺ فيهما بدية حرين مسلمين، وعن الزهري أنه قال: قضى أبو بكر وعمر في دية الذمي بمثل دية المسلم، وروي عن ابن مسعود أنه قال: دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين، ثم إن وجوب كمال الدية أساسه كمال حال القتيل، فما رجع إلى أحكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد كل هذا، أما الكفر فلا يؤثر في أحكام الدنيا^(١).

ويرى مالك والشافعي وأحمد أن دية الكتابي على النصف من دية المسلم، وأن دية نسائهم على النصف من دياتهم، وحجتهم ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «دية المعاهد نصف دية المسلم» وفي لفظ آخر: «عقل الكتابي نصف عقل المسلم» ويرى أحمد وحده أن المسلم إذا قتل ذمياً تضاعف عليه الدية فتكون دية الذمي دية كاملة، وحجته أن عثمان قضى بهذا في رجل قتل رجلاً من أهل الذمة.

ودية المجوس عند الأئمة الثلاثة ثمانمائة درهم ونسأؤهم 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 في التشريعات الوضعية الحديثة، فهي تسوي بين الأشخاص ولو اختلفت أديانهم في المسائل التي لا تبنى على الدين والمتعلقة بالدنيا.

ثانياً: التعزير:

٢١٦ - يعتبر التعزير عقوبة بدلية في القتل العمد: 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 تكون العقوبة الحبس لمدة سنة والجلد مائة جلدة^(٣).

ولا يرى باقي الأئمة هذا ويقولون: إن هذا حق الله تعالى أي حق للجماعة بعد سقوط القصاص وهي تأديب للقاتل يرجع نفعه للناس كافة، ونقل ابن رشد عن أبي ثور أن القاتل إذا كان معروفاً بالشر وسقط القصاص عنه بسبب عفو ولي الدم فإن الإمام يؤديه 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 بالفدر الذي تراه الهيئة التشريعية صالحاً لتأديبه وزجر غيره، ويلاحظ الفرق الظاهر بين عقوبة التعزير التي تحل محل القصاص وبين عقوبة التعزير على جرائم الشروع في القتل الخائبة، فالعقوبة في الحالة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٥.

(٢) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٨، المغني ج ٩ / ص ٥٢٧ وما بعدها، المهذب ج ٢ / ص ٢١١.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٨.

الأولى بدلية وفي الحالة الثانية أصلية، كذلك هناك فرق بين عقوبة التعزير التي توقع على الشركاء وبين العقوبة في الحالة الأولى، فعقوبة الشركاء أصلية لأن الشريعة لا تعاقب الشركاء بالقصاص ولا الدية وإنما تعاقبهم بالتعزير عدا ما يراه مالك في حالة الاشتراك بالمساعدة، أما عقوبة التعزير في الحالة الأولى فهي بدلية ولو أنها واقعة على الفاعل الأصلي.

وليس في الشريعة ما يمنع أن تكون عقوبة التعزير في جريمة القتل الإعدام أو الحبس مدى الحياة.

ثالثاً: الصيام:

٢١٧ - الصيام عقوبة بدلية لعقوبة الكفارة الأصلية وهي 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 في الصيام أن يكون متتابعاً: فإذا كان متفرقاً لم يجزئ، وتحتسب المدة بالأهلة إذا صام من أول الشهر ولو كان أحد الشهرين ناقصاً، فإذا صام من وسط الشهر تحتسب المدة بالأيام باعتبار الشهر ثلاثين يوماً^(١).

٢١٩ - وإذا لم يستطع الصوم لمرض أو كبر: فيرى مالك وأبو حنيفة وبعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أن الصوم يثبت في ذمته وليس عليه شيء آخر بدلاً 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.

(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، المغني ج ١٠ / ص ٤١.

(٣) مجمع الأنهر ج ١ / ص ٢٢٤، مواهب الجليل ج ٢ / ص ٣٩٥، المذهب ج ١ / ص ١٨٩.

أولاً: الحرمان من الميراث:

٢٢٢ - الأصل في ذلك قوله ﷺ: « 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.

٢٢٣ - فالإمام مالك يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد، سواء كان القتل مباشرة أو تسبباً وسواء اقتصر من القاتل أو درى عنه 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 والمجنون إذا قتل عمداً هل يمنعان من الميراث أم لا؟ فرأى البعض أن لا يمنعا من الميراث لأن عمدهما كخطئهما، ورأى البعض حرمانهما 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 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

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٤٣٢، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٤٢٢.

(٢) البحر الرائق ج ٨ / ص ٤٨٨ - ٥٠٠.

قتله لاستعجال الميراث، وإن لم يكن متهماً باستعجال الميراث فلا حرمان لو حكم عليه في الزنا بإقراره.

والرأي الراجح في المذهب غير هذين: وهو أن القاتل يحرم من الإرث في كل حال سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ، وسواء كان مباشرة أو 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 الذرائع ومنع المورث من استعجال الميراث^(١).

٢٢٦ - ويرى أحمد أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث، سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ، وسواء كان مباشرة أو تسبباً، وسواء كان من صغير أو مجنون أو بالغ عاقل، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصاً، ويعللون حرمان الصبي والمجنون من الميراث مع أن كليهما ليس أهلاً بأن ما فعله أحدهما هو فعل محرم لكنه لم يعاقب عليه عقوبة الحد لقصور أهليته، وامتناع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الميراث، بل إن الاحتياط يقتضي المنع من الميراث صوناً للدماء^(٢).

ثانياً: الحرمان من الوصية:

٢٢٧ - الأصل في الحرمان من الوصية قول الرسول ﷺ: « لا وصية لقاتل » ليس لقاتل شيء»، وذكره «الشيء» نكرة في محل النفي يعم الميراث والوصية جميعاً. 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 الموصي له قاتله، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له بعد الجنائية 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 الوصي بأنه قاتله أو لم

(١) المذهب ج ٢ / ص ٢٦.

(٢) الإقناع ج ٣ / ص ١٢٣، أحكام المرأة ص ٥٨٦ وما بعدها، مجلة القانون والاقتصاد - السنة السادسة.

يعلم، ويستوي 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 والخطي وما جرى مجرى الخطي بشرط أن يكون القتل مباشراً لا قتلاً بالتسبب وأن يكون القاتل بالغاً عاقلاً، فإن كان القتل بالتسبب أو كان القاتل صغيراً أو مجنوناً أو كان القتل ليس عدواناً فلا يحرم القاتل من الوصية^(٢)، ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح للقاتل ولو أجازها الورثة؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة والقتل لا ينعدم بإجازة الورثة.

٢٣٠ - وفي مذهب الشافعي وأحمد نظريتان:

أما الأولى: فيرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل، وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى فريقين: فريق يرى أن الوصية لا تصح ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة فإجازة الورثة تكون هبة مبتدئة 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 ما هو أصلي: وهو الدية والكفارة، ومنها ما هو بدل: وهو التعزير والصيام، ومنها ما هو تبعي: وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية.

العقوبات الأصلية

أولاً: الدية:

٢٣٢ - الدية: هي العقوبة الأصلية الأساسية للقتل شبه العمد، والأصل فيها قوله ﷺ: «ألا إن في قتل عمد الخطي قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل».

وتعتبر الدية في شبه العمد عقوبة أصلية لأنها ليست بدلاً 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.

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٦٨، شرح الدردير ج ٤ / ص ٣٧٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٣٩، ٣٤٠.

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 والحلل.

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

٢٣٤ - مقدار الواجب من كل جنس: المقدار الواجب من كل جنس في دية شبه العمد هو نفس المقدار الواجب في دية القتل العمد، وقد سبق أن ذكرنا ما فيه الكفاية بمناسبة الكلام عن دية القتل العمد^(٢).

٢٣٥ - هل تتساوى الديات لكل الأشخاص؟: تختلف الديات لسببين؛ **أولهما:** الجنس، **وثانيهما:** التكافؤ، والأول متفق عليه والثاني مختلف فيه، وقد تكلمنا عن هذا الموضوع بما فيه الكفاية في الفقرة (٢١٢) وما قيل هناك هو ما يمكن أن يقال هنا.

٢٣٦ - أوصاف الإبل في دية شبه العمد: هي نفس أوصافها في دية العمد على الخلاف والوفاق الذي سبق ذكره هناك، مع ملاحظة أن شبه العمد يدخل في العمد عند مالك إلا ما كان على وجه اللعب أو التأديب لأن القتل عنده إما عمد وإما خطأ.

٢٣٧ - هل تغلظ الدية في شبه العمد؟: لا يرى التغلظ في شبه العمد إلا أحمد للأسباب التي بينها 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 والوكزة والرمية والحجر والضرب بعصاة متعمداً، فهذا شبه العمد وتكون فيه دية مغلظة على الجاني وليست على العاقلة^(٣)، والرأي المشهور في مذهب مالك أنه لا يعرف شبه العمد.

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 والزهرري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وأبو بكر الأصم، ويرون أن دية القتل شبه العمد على القاتل في ماله لأنها موجب فعله الذي

(١) راجع الفقرة ٢٠٦.

(٢) راجع الفقرة ٢٠٧.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٢٧، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٧.

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، فكأن 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: «اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، ف قضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها» أي على عاقلة الجانية، ويقولون: إن القتل العمد يختلف عن القتل شبه العمد، ففي الأول يقصد الجاني الفعل ويقصد القتل فغلظ على الجاني من كل وجه، أما في الثاني فيقصد الجاني الفعل ولا يقصد القتل، فغلظ عليه من وجه حيث جعلت عليه الدية مغلظة كما هو الحال في دية العمد، وخففت عليه من وجه لأنه لا يقصد القتل وجعلت الدية على العاقلة كما هو الحال في القتل الخطأ.

هل تجب الدية على الجاني ابتداء أم على العاقلة؟: اختلفوا في التصوير القانوني لتحميل الدية، ففي مذهب الشافعي وأحمد أنها تجب على العاقلة ابتداء ولا تجب على الجاني لأنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحميلهم ورضاهم بها، فهم ملزمون رضوا أم لم يرضوا ولا تجب على غيرهم، والأرجح في المذهب أنها تجب ابتداء على الجاني لأنه هو الذي ارتكب الجناية ثم تنتقل منه إلى العاقلة تخفيفاً عنه ومناصرة له، ولأن حفظ القاتل في الواقع واجب على عاقلته فإذا لم يحفظوه فقد فرطوا، وهذا التفريط 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).

وتظهر نتيجة الفرق بين الرأيين إذا لم يكن للجاني عاقلة، أو كان له ولكنها لا تستطيع حمل الدية، فإن أخذنا بالرأي الأول وجب ألا يرجع على الجاني بالدية، وإن أخذنا بالرأي الثاني وجب أن يرجع عليه بها؛ لأنه هو الجاني المسؤول عن الدية أصلاً^(٣).

٢٣٩ - متى تؤدي دية 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^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٥، المغني ج ٩ / ص ٤٩١، المذهب ج ٢ / ص ٢٠٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٥، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٥٠، المغني ج ٩ / ص ٥٢٥، ٥٢٦.

(٣) الإقناع ج ٤ / ص ٢٣٤.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٧.

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 وقُسط نصيب كل عاقلة على ثلاث سنوات، وفي الدية الناقصة كدية المرأة وجهان:

أحدهما: أنها تقسم على 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 مذهب الشافعي وأحمد^(١)، 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^(٢).

وإذا وجبت الدية بالصلح فهي حالة في مال الجاني ما لم يكن هناك شرط بتأجيلها، وإذا وجبت بإقرار الجاني فيرى أبو حنيفة أنها تجب مؤجلة، ويرى أحمد أنها تجب حالة، وهو رأي الشافعي ومالك^(٣).

٢٤٠ - هل تحمل العاقلة كل الدية في القتل شبه العمد؟: يرى أحمد أن العاقلة لا تحمل ما دون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليها حملته العاقلة، وحجته ما روي عن عمر أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة (عقل المأمومة ثلث الدية) ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه موجب جنايته وبدل متلفه، فكان عليه كسائر الجنات والمتلفات، وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به^(٤).

ويرى أبو حنيفة أن العاقلة لا تحمل ما دون نصف عشر الدية الكاملة ويحمله الجاني، فإن بلغ نصف عشر الدية حملته العاقلة، وحجته ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تعقل العاقلة عمداً - إلى قوله - ولا ما دون أرش الموضحة» (أرش الموضحة نصف عشر الدية الكاملة)^(٥).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٥، المغني ج ٩ / ص ٤٩٢، المذهب ج ٢ / ص ٨٢٢٨

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٦، المغني ج ٩ / ص ٥٠٤ - ٥٠٦.

(٤) المغني ج ٩ / ص ٥٠٥، ٥٠٦. (٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٥.

ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ما قل أو كثر من الدية؛ لأن ما ألزم بالكثير ألزم بالقليل من باب أولى^(١).

ويرى مالك أن الدية إذا بلغت ثلث دية المجني عليه أو الجاني حملتها العاقلة فإذا كانت دون الثلث، فهي على الجاني وحده^(٢)، وفي المذهب رأي بأن العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث، ومقتضى هذا الرأي أن الثلث يحمله الجاني، وينظر في هذا إلى مصلحة الجاني فإن كانت دية أقل اعتبرت دون دية المجني عليه، فلو جنى مسلم على مجوسية ما يبلغ ثلث ديتها أو ثلث ديته حملته عاقلته، ولو جنى مجوسي أو مجوسية على مسلم ما يبلغ ثلث دية الجاني حملته العاقلة ولو كان أقل من ثلث دية المجني عليه، ويجعل مالك وأحمد ما لا تحمله العاقلة حالاً لا مؤجلاً، أما أبو حنيفة فالديات كلها مؤجلة عنده^(٣).

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى أبو حنيفة ومالك أن يتحمل الجاني من الدية ما يحمله أفراد العاقلة، أما الشافعي وأحمد فيريان أن لا يحمل الجاني شيئاً، ويرى مالك أن يتحمل الجاني مع العاقلة، وتظهر أهمية هذه الآراء المختلفة إذا ما أخذنا بالرأي القائل بأن الديات تتفاوت بحسب الدين، فإن دية المجوسي وعابد الوثن أقل من ثلث الدية فلا تحملها عنه العاقلة، طبقاً لرأي أحمد، وهي أكثر من نصف العشر لأنها ١٥ / ١ من الدية فتحملها العاقلة طبقاً لرأي أبي حنيفة، والمرأة المجوسية ديتها تبلغ ٣٠ / ١ فلا تحملها العاقلة في رأي أبي حنيفة وأحمد، ولكن تحملها طبقاً لرأي الشافعي، والكتابية ديتها ٤ / ١ الدية الكاملة فلا تحملها العاقلة طبقاً لرأي أحمد وتحملها طبقاً لرأي أبي حنيفة والشافعي.

٢٤١ - هل تتحمل العاقلة الديات عن الإمام والحاكم؟: من المتفق عليه أن ما يجب

على الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد فهو على العاقلة إذا كان مما تحمله العاقلة، أما ما وجب عليه بسبب الحكم والاجتهاد ففيه نظريتان في مذهب الشافعي وأحمد:

الأولى: أنه على عاقلته؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت جنينها، فقال عمر لعلي: عزمت عليك لا تبرح حتى تقتسمها - أي الدية - على قومك، ولأن الحاكم جان فكان خطؤه على عاقلته كغيره.

الثانية: أنه في بيت المال؛ لأن الخطأ يكثر في أحكامه واجتهاده فيوجب العقل على عاقلته مجحف بهم، ولأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش جنائته في مال الله.

وأبو حنيفة من القائلين بالوجه الثاني^(٤)، ومالك من القائلين بالوجه الأول.

(١) المهذب ج ٢ / ص ٢٢٨. (٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٥.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٧، المغني ج ٩ / ص ٤٩٤، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٥.

(٤) المغني ج ٩ / ص ٥١٠، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٧، المدونة ج ١٦ / ص ٨٣.

٢٤٢ - العاقلة: العاقلة من يحمل العقل، وسميت عقلاً 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 لأم وسائر ذوي الأرحام والزوج ليسوا من العاقلة.

ومذهب الشافعي أن الأب والجد والابن وابن الابن لا يدخلون في العاقلة، وهو رأي أحمد، وحجته ما رواه أبو هريرة عن الرسول ﷺ قال: «اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختموا إلى رسول الله ﷺ فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها» وفي رواية: «ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ميراثها لبنيتها والعقل على العصبه» وإذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه في معناه ومساو له في العصبه، ولأن مال ولده وولده كماله، ولهذا لم تقبل شهادتهما له، والدية جعلت على العاقلة إبقاء على القاتل وتخفيفاً له فلو جعلناها على الأب والابن أجحفاً به لأن مالهما كماله^(١).

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 وآبائه وأبنائه أقرب الناس إليه فكانوا أولى بتحمل عقله، ولأن الرسول ﷺ قضى - كما روى عمرو بن شعيب - بأن عقل المرأة بين عصبتها [من كانوا لا يرثون شيئاً إلا ما فضل عن ورثتها] وإن قتلت فعقلها بين ورثتها^(٢).

ويدخل في العاقلة سائر العصبات مهما بعدوا لأنهم عصبه يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم، ولا يشترط أن يكونوا وارثين في المال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا.

وقد كان العقل قبل خلافة عمر رضي الله عنه بالتعصيب فلما وضع الديوان جعل العقل على أهل ديوان القاتل، وهم المقاتلة من الرجال البالغين، ومن ثم يرى أبو حنيفة أن عاقلة الشخص أهل ديوانه، ولكنه يقول: إن العاقلة هي العصبه إذا لم يوجد الديوان، واليوم لا ديوان فالعاقلة دون شك هم العصبه، ويرى مالك أن العاقلة هي العصبه ولكنه يجعل أهل الديوان مع العصبه ويبدأ بهم في تقسيم الدية، أما الشافعي وأحمد فلا يريان أهل الديوان من العصبه.

ويشترك في العقل الحاضر والغائب من العصبه طبقاً لرأي أبي حنيفة وأحمد؛ لأن الغائبين استووا مع الحاضرين في التعصيب والإرث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين، ولأنه معني تعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب، ويرى مالك أن يخص العقل

(١) المهذب ج ٢ / ص ٢٢٨، المغني ج ٩ / ص ٥١٥.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٦، المغني ج ٩ / ص ٥١٥.

بالحاضر فقط لأن التحمل أساسه التناصر وهو بين الحاضر، وبعض الفقهاء في مذهب الشافعي يأخذون بالرأي الأول والبعض يأخذون بالرأي الثاني^(١).

وتقسيم الدية على العاقلة مع مراعاة الأقرب فالأقرب ولا يُحمّل العقل إلا من يُعرف نسبه من القاتل أو يُعلم أنه من قوم يدخلون كلهم في العقل، ومن لا يعرف منه ذلك لا يحمل وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشياً لا يلزم قریشاً كلهم التحمل فإن قریشاً وإن كانوا كلهم يرجعون لأب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون لأب يتميزون به، فيعقل عنهم من يشاركونهم في نسبهم إلى الابن الأدنى^(٢).

ولا تُكفّ العاقلة من المال ما يجحف بها ويشق عليها لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجاني والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يشق على غيره ويجحف به، ولو كان الإجحاف مشروعاً كان الجاني أحق به لأنه موجب جنايته وجزاء فعله، فإن لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى.

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 رأي يفرض ربع دينار على كل شخص، وفي مذهب أحمد رأي آخر يفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال، وهو مذهب الشافعي، ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة، كما يرى التسوية بين الغني والمتوسط^(٣)، والقائلون بنصف دينار وربعه اختلفوا، فبعضهم يرى هذا القدر هو الواجب في السنوات الثلاث، والبعض يراه الواجب سنوياً.

والمفروض أن الدية تقسم على ثلاث سنوات، فالمبلغ المقدر على كل فرد هو أقصى القسط السنوي ويجب عليه في آخر السنة، ومن مات أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء من الدية؛ لأن تحميل الفقير إجحاف، ولأن المرأة والصبي والمجنون ليسوا من أهل النصرة، ولكن هؤلاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم.

وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلاً، أو كان له عاقلة فقيرة، أو عددها صغير لا تحمل كل الدية، فهناك نظريتان:

الأولى: يرى أصحابها أن يقوم بيت المال مقام العاقلة، فإذا لم يكن عاقلة أو كانت

(١) البحر الرائق ج ٨ / ص ٤٠٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٧، المغني ج ٩ / ص ٥١٨، المذهب ج ٢ / ص ٢٣٠.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٥١٩.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٦، المغني ج ٩ / ص ٥٢٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٧، المذهب ج ٢ / ص ٢٣٠.

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 فإن في بيت المال حقوقاً للنساء والصبيان والمجانين والفقراء وهؤلاء لا عقل عليهم فلا يجوز صرف ما يستحقونه فيما لا يجب عليهم، وهذه النظرية رواية عن أبي حنيفة لمحمد ورأي 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، لأن 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 بالرأي القائل بأن الغني يدفع نصف دينار سنوياً والمتوسط يدفع ربع دينار، وافترضنا أن الفقراء ضعف عدد الأغنياء ومتوسطي الحال وأن متوسطي الحال ضعف الأغنياء وأن النساء والصبيان ضعف عدد الرجال، فإنه يجب ألا يقل عدد أفراد العائلة 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 ودللنا على أنه نظام عادل وإن كان يلوح في ظاهر الأمر أنه يحمل الإنسان وزر غيره، وقلنا إننا لو أخذنا بالقاعدة العامة فيحمل كل مخطئ وزره لكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ولا تمتنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة، ويتبع هذا أن يحصل أولياء

(١) مواهب الجليل ج ٧ / ص ٢٦٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٦، المغني ج ٩ / ص ٥٢٤، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٨.

المجني عليه أو هو نفسه على الدية كاملة إذا كان الجاني غنياً وعلى بعضها إذا كان متوسط الحال، أما إذا كان الجاني فقيراً وهو كذلك في أغلب الأحوال فلا يحصل المجني عليه من الدية على شيء، وهكذا تنعدم المساواة والعدالة بين المتهمين كما تنعدم بين المجني عليهم، وقلنا إن هذا النظام قصد به أن يحصل المجني عليهم على حقهم كاملاً وأنه يحقق العدالة والمساواة على جميع الوجوه، وقلنا أكثر من ذلك فليراجعه من شاء.

لكن هذا النظام على ما فيه من عدالة وتسوية بين المتهمين والمجني عليهم لا يمكن أن يقوم في عهدنا الحاضر لأن أساسه وجود العاقلة، ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود الآن إلا في النادر الذي لا حكم له وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا تتحمل أن يفرض عليها كل الدية، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقرباتهم وانتموا إلى قبائلهم وأصولهم، أما الآن فلا شيء من هذا بحيث يندر أن تجد شخصاً يعرف جده الثالث، وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين اللذين أخذ بهما الفقهاء من قبل، إما الرجوع على المجني عليه بكل الدية، وإما الرجوع على بيت المال، والرجوع على المجني عليه يؤدي إلى إهدار دماء أكثر المجني عليهم لأن أكثر المتهمين فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء وحياطتها وعدم إهدارها، والرجوع إلى بيت المال يرهق الخزنة العامة ولكنه يحقق المساواة والعدالة ويحقق أغراض الشريعة، والخوف من إرهاب الخزنة 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 العصرية تلزم نفسها لإعانة الفقراء أو العاطلين، فأولى أن تلزم نفسها بتعويض ورثة القتيل المنكوبين، ولقد سبقتنا بعض البلاد الأوروبية إلى هذا العمل، فأنشأت صندوقاً لتعويض المجني عليهم في الجرائم، إirاده المبالغ المتحصلة من الغرامات التي تحكم بها المحاكم، وهذا هو بالذات ما قصدته الشريعة الإسلامية من نظام العاقلة، فنظام العاقلة يقوم اليوم في (بعض)^(١) وهي من البلاد الأوروبية، فأولى بنا وهو نظامنا أن نقيمه بيننا على الوجه الذي يتلاءم مع ظروفنا وحالاتنا.

ثانياً: الكفارة:

٢٤٤ - تجب الكفارة عقوبة أصلية على القتل شبه العمد مع الدية: وقد سبق أن تكلمنا على الكفارة بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد، وما قلناه هناك يغني الاطلاع عليه عن إعادته هنا.

(١) هكذا في الأصل ونظن أنها اسم بلد لم يتحقق من اسمه.

العقوبات البدلية

٢٤٥ - العقوبات البدلية في القتل شبه العمد هي: أولاً: التعزير بدلاً من الدية، **ثانياً:** الصيام بدلاً من الكفارة وهي عتق الرقبة أو التصدق بقيمتها، وقد استوفينا الكلام على التعزير والصيام بمناسبة عقوبات القتل العمد وما قلناه هناك يغني عن إعادته هنا.

العقوبات التبعية

٢٤٦ - العقوبات التبعية في القتل شبه العمد هي: أولاً: الحرمان من الميراث، **ثانياً:** الحرمان من الوصية، وقد استوفينا الكلام عليهما في باب القتل العمد ومن ثم فليس ما يدعو لتكرار القول هنا.

عقوبات القتل الخطأ

٢٤٧ - عقوبات القتل الخطأ منها ما هو أصلي وهو الدية والكفارة، ومنها ما هو بدل وهو التعزير والصيام، ومنها ما هو تبعي وهو الحرمان من الميراث والوصية.

العقوبات الأصلية

أولاً: الدية:

٢٤٨ - هي عقوبة أصلية وليست بدلاً من عقوبة أخرى: لأن عقوبة الخطأ روعي في تقديرها انعدام قصد الجاني فاكتفى بتقدير الدية عليه، ومقدارها هو نفس مقدار الدية في العمد وشبه العمد أي مائة من الإبل.

٢٤٩ - وتجب دية القتل الخطأ خمسة أي تؤخذ أخصاً: عشرون بنت مخاض، وعشرون بنو مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة، وهذه الأوصاف متفق عليها بين الأئمة الأربعة، ودليلهم ما روى عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «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 ﷺ، وعلة فرضها على العاقلة أن جنایات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فإيجابها على الجاني في ماله مجحف به، فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عنه إذ انعدام القصد عذر له في فعله يشفع في التخفيف عنه.

(١) المغني ج ٩ / ص ٤٩٥، المهذب ج ٢ / ص ٢٠٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٤، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٦.

٢٥١ - ولا خلاف في أنها مؤجلة في ثلاث سنين: وأساس التأجيل في الدية هو قضاء الصحابة، فقد قضى عمر وعلي بجعل الدية في القتل الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين، ولا مخالف لهما من الصحابة فاتبعهم في ذلك أهل العلم، وعلة 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.

٢٥٢ - وإذا كانت العاقلة تحمل الدية وهي عقوبة أصلية أساسية فهل تحمل أيضاً الكفارة وهي عقوبة مالية أصلية أخف بكثير من الدية؟

يرى الفقهاء أن الكفارة في مال الجاني وحده ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً ولا بيت المال، ولكن في مذهب الشافعي رأي بأن بيت المال يتحملها عن الجاني^(١).

٢٥٣ - ولا يرى مالك وأبو حنيفة التغليظ في دية الخطأ، أما الشافعي وأحمد فيريان التغليظ، ولكن بينهما فرقاً هو أن أحمد يرى أن التغليظ في العمد وشبه العمد والخطأ، أما الشافعي فيرى التغليظ في الخطأ، ولعل الشافعي لم ير التغليظ في العمد وشبه العمد لأنه يوجب الدية فيهما مثلثة، أما أحمد فيوجبها مربعة، فكأن دية العمد وشبه العمد مغلفة بطبيعتها عند الشافعي ويوجب أحمد التغليظ للقتل في الحرم، وللقتل في الشهور الحرم، والقتل المحرم، واختلف في المذهب في التغليظ لقتل ذي الرحم المحرم 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 ذي الرحم المحرم، واختلفوا في المذهب في القتل في الحرم المدني فرأى البعض أن القتل فيه سبب للتغليظ، ورأى البعض أن القتل فيه ليس سبباً للتغليظ وهو الرأي الراجح في المذهب، وصفة التغليظ عند الشافعي هو إيجاب دية العمد بدلاً من دية الخطأ، فإن قتل ذا رحم محرم مثلاً فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة.

٢٥٤ - ولا تحمل العاقلة دية القتل العمد: سواء درئ القصاص للشبهة أو وجبت الدية بالعفو أو الصلح، وهذا متفق عليه بين الأئمة؛ لأن العاقلة حملت في الخطأ وشبه العمد لانعدام القصد إلى القتل ولعذر الجاني، أما العائد فلا عذر له في جريمته ومن ثم لا يستحق تخفيفاً ولا معاونه.

(١) المغني ج ٩ / ص ٤٩٨.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٤٩٩ وما بعدها، المذهب ج ٢ / ص ٢٠٩، ٢١٠.

٢٥٥ - وإذا جنى على نفسه خطأ فقيه روايتان :

الأولى : على عاقلته الدية لورثته إذا قتل نفسه، والقائلون بهذا الرأي بعض فقهاء مذهب أحمد، وحجتهم: «أن رجلاً ساق حماراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية ففقأت عينه فجعل عمر ديته على عاقلته وقال: هي يد من أيدي المسلمين» ويحتجون بأنها ليست إلا جناية خطأ كأي جناية خطأ ديتها 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 أصحابه أن الجناية هدر، وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعي، وهو رأي في مذهب أحمد، وحجتهم:

أولاً : بارز عامر بن الأكوع مرحباً يوم خبير فرجع سيفه على نفسه فمات ولم يعلم أن النبي ﷺ قضى فيه بدية ولا غيرها ولو وجبت لبيته النبي ﷺ.

ثانياً : أن وجوب الدية على العاقلة قصد منه مواساة الجاني والتخفيف عنه والجاني هنا هو نفس المجني عليه فليس إذن ما يدعو للإعانة والمواساة.

وحكم شبه العمد هو حكم الخطأ في هذه المسألة^(١).

ثانياً : الكفارة :

٢٥٦ - تكلمنا على 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.

(١) المغني ج ٩ / ص ٢٠٩ وما بعدها.

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 يودي بحياته، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التي يمكن تصورهما؛ فيدخل فيه الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشعر ونتفه وغير ذلك، ويعبر قانون العقوبات المصري عن نفس المعنى بالجرح والضرب فقط، وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الجرح والضرب من أنواع الإيذاء مما حمل المحاكم المصرية على التوسع في تأويل هذا التعبير بما يجعله متفقاً مع اتجاه الشريعة، فحكمت محكمة النقض بأن عبارة الضرب والجرح تشمل كل فعل يقع على الجسم ويكون له تأثير ظاهري أو باطني، فمن يضغط على عنق إنسان أو يجذبه فيوقعه على الأرض يعد مرتكباً لجريمة الضرب عمداً.

٢٦٠ - الجنايات على ما دون النفس إما عمد أو خطأ: فالعمد هو ما تعمد فيه الجاني الفعل بقصد العدوان كمن قذف أحداً بحجر بقصد إصابته، والخطأ هو ما تعمد فيه الجاني الفعل دون قصد العدوان كمن ألقى حجراً من نافذة ليتخلص منه فأصاب أحد المارة، أو ما وقع فيه الفعل نتيجة تقصير الجاني دون قصد منه كمن انقلب على نائم بجواره فكسر ضلوعه.

والعمد وإن كان يختلف عن الخطأ في ماهية الفعل وعقوبته إلا أنهما يتفقان في كثير من الأحكام، ومن ثم جرى الفقهاء على الجمع بينهما عند شرح أحكامهما فيتكلمون عنهما دفعة واحدة، وإذا كان شراح القوانين يفرقون بين جرائم العمد والخطأ على أساس نوع الجريمة، ويتكلمون عن كل على حدة، فإن فقهاء الشريعة يجعلون أساس الفرق هو محل الجريمة هل هو النفس أو ما دونها؛ لأن ما يقع على النفس يتحد في كثير من أحكامه على اختلاف أنواعه كما بينا فيما سبق، والجرائم التي تقع على ما دون النفس تتحد في كثير من أحكامها كما سنبين فيما بعد، ثم يفرقون بعد ذلك على أساس نوع الجريمة بين مختلف الجرائم التي تقع على ما دون النفس.

٢٦١ - ويقسم الفقهاء الجناية على ما دون النفس سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ خمسة أقسام، ناظرين في هذا التقسيم إلى نتيجة فعل الجاني؛ لأن الجاني في الجناية على

ما دون 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 يجري مجرى الأطراف، **ثانياً:** إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها، **ثالثاً:** الشجاج، **رابعاً:** الجراح، **خامساً:** ما لا يدخل تحت الأقسام الأربعة السابقة.

٢٦٢ - القسم الأول: إبانة الأطراف وما يجري مجراها: ويقصد من إبانة الأطراف قطعها وقطع ما يجري مجراها، ويدخل تحت هذا القسم: قطع اليد والرجل والإصبع والظفر والأنف والذكر والأنثيين والأذن والشفة وفقء العين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق أو نتف شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب.

٢٦٣ - القسم الثاني: إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها: ويقصد من ذلك تفويت منفعة العضو مع بقاء قائماً فإذا ذهب العضو ذاته فالفعل من القسم الأول، ويدخل تحت هذا القسم: تفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشي، 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، فتسمي ما كان في الرأس والوجه شجة، وتسمي ما كان في سائر البدن جراحة.

ويرى أبو حنيفة أن الشجاج لا تكون إلا في الرأس والوجه في مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدود، وباقي الأئمة يرون ما كان في الرأس والوجه مطلقاً شجة.

٢٦٥ - والشجاج عند أبي حنيفة إحدى عشرة شجة^(١):

١ - الخارصة: وهي التي تخرص الجلد أي تشقه ولا يظهر منها الدم.

٢ - الدامعة: وهي التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين.

٣ - الدامية: وهي التي يسيل منها الدم.

٤ - الباضعة: وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه.

٥ - المتلاحمة: وهي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة، ويرى محمد أن المتلاحمة قبل الباضعة وعرفها بأنها التي يتلاحم فيها الدم ويسود.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩٦.

٦ - **السمحاق**: وهي التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم، واسم الجلدة السمحاق فسميت بها الشجة.

٧ - **الموضحة**: وهي التي تقطع الجلدة المسماة السمحاق وتُوضّح العظم أي تظهره ولو بقدر مغرز الإبرة.

٨ - **الهاشمة**: وهي التي تهشم العظم أي تكسره.

٩ - **المنقلة**: وهي التي تنقل العظم بعد كسره، أي: تحوله عن مكانه.

١٠ - **الآمة**: وهي التي تصل إلى أم الدماغ، وهي جلدة تحت العظم وفوق الدماغ أي المخ.

١١ - **الدامغة**: وهي التي تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدماغ.

٢٦٦ - **ويرى مالك أن الشجاج عشرة فقط**: ويسمى الأول دامية، والثانية خارصة، والثالثة سمحاقاً، والسادسة ملطاة، ويحذف مالك الثامنة وهي الهاشمة ويرى أنها تكون في جراح البدن لا في الرأس والوجه، ويتفق فيما عدا ذلك مع أبي حنيفة^(١).

٢٦٧ - **ويرى الشافعي وأحمد أن الشجاج عشرة فقط**: وهما يحذفان الثانية عند أبي حنيفة وهي الدامغة ويعترفان بالعشرة الباقية، ويسمى أحمد الدامية بهذا الاسم أو بالبازلة، ويسمى الشافعي وأحمد العاشرة بالمأمومة أو بالآمة^(٢).

٢٦٨ - **القسم الرابع: الجراح**: ويقصد بالجراح ما كان في سائر البدن عدا الرأس والوجه، والجراح نوعان: جائفة، وغير جائفة.

فالجائفة: هي التي تصل إلى التجويف الصدري والبطني سواء كانت الجراحة في الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو بين الأثنين أو الدبر أو الحلق.

وغير الجائفة: ما لم تكن كذلك؛ أي التي لا تصل إلى الجوف^(٣).

٢٦٩ - **القسم الخامس: ما لا يدخل تحت الأقسام السابقة**: ويدخل تحت هذا القسم كل اعتداء أو إيذاء لا يؤدي إلى إبانة طرف أو ذهاب معناه ولا يؤدي 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 ٧ / ص ٢١٢، الشرح الكبير ج ٩ / ص ١١٩ 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 ما دون النفس عمداً

٢٧٠ - الجنائية على ما دون النفس عمداً هي أن يتعمد الجاني ارتكاب فعل يمس جسم المجني عليه أو يؤثر على سلامته، وأركان الجريمة اثنان:

الأول: فعل يقع على جسم المجني عليه أو يؤثر على سلامته.

الثاني: أن يكون الفعل متعمداً.

الركن الأول

فعل يقع على جسم المجني عليه أو يؤثر على سلامته

٢٧١ - يشترط لوقوع الجريمة أن يرتكب الجاني فعلاً يمس جسم المجني عليه أو يؤثر على سلامة هذا الجسم بأي حال، ولا يشترط أن يكون الفعل ضرباً أو جرحاً بل يكفي أن يكون أي فعل من أفعال الأذى أو العدوان على اختلاف أنواعها كالضرب والجرح والخنق والجذب والدفع والضغط والعصر.

٢٧٢ - وليس من الضروري أن يستعمل الجاني أداة معينة للإيذاء والعض وحلق الشعر ونتفه ولوى الذراع وغير ذلك، فقد يستعمل يده أو رجله أو أسنانه وقد يستعمل عصاً أو سكيناً أو سيفاً أو بندقية أو مادة مضرّة أو سامة، لأن ما دون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فتستوي فيه كل الآلات.

وفي مذهب أحمد رأي يرى أن ما دون 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: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

أما أبو حنيفة فلا يفرق بين العمد وشبه العمد إلا في النفس، ويكفي عنده تعمد الفعل فيما دون النفس^(٣)، وليس ما يمنع عند مالك والشافعي وأحمد أن يكون الجاني مسؤولاً عن الجنائية ولو لم تكن الجنائية مباشرة لفعله، كمن طلب إنساناً بسيف مجرد فهرب منه فخر به سقّف فأصيب بجرح أو كسر؛ لأنه هو الذي ألجأ المجني عليه للهرب بفعله.

(١) الإقناع ج ٤ / ص ١٨٩.

(٢) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٢٨، المغني ج ٩ / ص ٤١٠.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٦٧، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٨٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٣، الأم ج ٦ / ص ٤٥.

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 إلى نتيجة الفعل غالباً؛ كمن لطم إنساناً على رأسه فورمت ثم انشقت حتى وضحت فهذه شبه عمد لأن الغالب أن اللطمة لا تؤدي لإيضاح، ولو رماه بحصاة فورمت ثم أوضحت فهي شبه عمد لأن الغالب أن الرمي بالحصاة لا يؤدي للإيضاح^(١).

ومع أنهم وضعوا هذه القاعدة إلا أنهم يختلفون في طبيعة تطبيقها، وهذا الخلاف مرجعه التقدير، فمثلاً ابن رشد يضرب مثلاً على شبه العمد للطمة التي تفقأ العين لأن اللطمة لا تفقأ العين غالباً^(٢)، بينما يرى الشافعي أن اللطمة التي تفقأ العين عمد محض لأن اللطم يؤدي غالباً لفقأ العين^(٣).

٢٧٣ - ويستوي أن يكون الفعل مباشراً أو بالسبب، فالضرب باليد وشد حبل رفيع في طريق المجني 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 المصري كما ذكرنا من قبل لا يتسع للأفعال المعنوية، أما في فرنسا فيعاقبون على الفعل المعنوي فيما دون النفس؛ لأن القانون الفرنسي يجعل في حكم الضرب أنواع التعدي والإيذاء الأخرى بينما القانون المصري لم يذكر إلا عبارة الضرب والجرح.

٢٧٥ - ويشترط أن يكون المجني عليه معصوماً: فإن لم يكن كذلك فالفعل مباح ولا يعتبر جريمة، وقد تكلمنا عن العصمة بمناسبة الكلام على القتل وما قلناه هنا يغني عن الإعادة هنا.

٢٧٦ - ويشترط ألا يؤدي الفعل للوفاة: فإذا أدى للوفاة فهو جناية على النفس قد تكون قتلاً عمداً إذا ثبت أن الجاني تعمد الفعل وقصد القتل، وقد تكون قتلاً شبه عمد إذا ثبت أن الجاني تعمد الفعل ولم يقصد القتل.

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 أراده ولم يقصد العدوان فالفعل غير متعمد وإنما خطأ.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٤١.

(١) الأم ج ٦ / ص ٤٦.

(٣) الأم ج ٦ / ص ٤٥.

٢٧٨ - ويؤخذ الجاني بقصده المحتمل : فيسأل عن نتيجة الفعل الذي أتاه لا عما قصده وقت إحداث الفعل، فإن ترتب على الفعل ذهاب عضو أو إبطال منفعته أو إحداث موضحة 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 ألقى 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 - ويستوي في الجريمة على ما دون النفس أن يتعمد الجاني الفعل دون أن يقصد القتل، أو أن يتعمد الفعل بقصد القتل ما دام الفعل لم يؤد للموت؛ لأن الشريعة لا تعاقب على الشروع في القتل إذا كان الشروع يكون جريمة تامة على ما دون النفس أيًا كانت نتيجة هذه الجريمة جرحاً أو شجة أو جائفة أو إتلافاً لعضو أو ذهاب معناه، وقد عللنا هذا الحكم بمناسبة الكلام على القتل العمد.

الجناية على ما دون 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 أي قتل خطأ، وإذا لم يؤد للوفاة فهو جنائية على ما دون النفس، ومن ثم لا داعي للكلام هنا عن الجريمة وأركانها لأنه تكرر لما قيل هناك.

٢٨٢ - فرق هام: ويجب أن نلاحظ أن الشريعة جعلت العقوبة للجناية على ما دون النفس في حالة الخطأ متمشية مع نتيجة الفعل كما هو الحال في العمد، فعقوبة من أتلّف عضواً أو أذهب منفعته أشد من عقوبة الجرح الذي شفي دون أن يتخلف عنه عاهة، وعقوبة من أذهب بصر إنسان أشد من عقوبة من أذهب نصف بصره، وهكذا.

والشريعة تتفوق على القانونين المصري والفرنسي في هذا لأنهما يسويان في العقوبة مهما اختلفت نتائج الفعل، وبعض شراح القانونين ينتقدون على المشرع أنه سوى بين عقوبة الإصابات المختلفة مع اختلاف نتائجها دون مبرر لهذه التسوية.

عقوبة الجناية على ما دون النفس

عقوبة الجناية على ما دون النفس تنقسم إلى ثلاثة أقسام: عقوبة الجناية على ما دون النفس عمداً، وعقوبة الجناية على ما دون النفس شبه عمد، وعقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ.

أولاً: عقوبة الجناية على ما دون النفس عمداً.

العقوبة الأصلية للجناية على ما دون 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 الأَرش والثانية التعزير، ويلاحظ الفرق بين عقوبات الجناية عمداً على النفس والجناية عمداً على ما دون 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.

أولاً: القصاص:

٢٨٣ - القصاص: هو العقوبة الأصلية للجناية على ما دون النفس عمداً، أما الدية والتعزير فهما عقوبتان بدليتان تحلان محل القصاص، ويترتب على اعتبار القصاص أصلاً والدية والتعزير بدلاً أنه لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية وبين عقوبة أخرى بدلاً منها لأن الجمع بين البدل والمستبدل يناهض طبيعة الاستبدال، ويترتب على ذلك أيضاً أنه لا يجوز الحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية.

وهناك نظريتان للجمع بين القصاص والدية:

الأولى: يرى أصحابها أن القصاص يجمع مع الدية إذا لم يكن القصاص ممكناً إلا في بعض الجرح فيقتص مما يمكن القصاص فيه، وما لا يمكن القصاص فيه تحل العقوبة البدلية فيه محل القصاص، وعلى هذا تجمع الدية مع القصاص عقوبة لجرح واحد، وهذه النظرية يقول بها الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد.

أما النظرية الثانية: فتقوم على أنه لا يمكن الجمع بين العقوبة الأصلية والعقوبة البدلية في جرح واحد، فإن اقتص في بعض الجرح سقط حقه في الباقي ولا شيء له وهو بالخيار إن شاء اقتص ولا شيء له وإن شاء أخذ الدية، وهذه نظرية مالك وأبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد.

ويمتنع الحكم بالعقوبة الأصلية إذا امتنع القصاص أو سقط لسبب من الأسباب التي نذكرها بعد، وهذه الأسباب بعضها عام وبعضها خاص بما دون النفس.

أسباب امتناع القصاص العامة

٢٨٤ - أولاً إذا كان القتل جزءاً من القاتل: إذا كان القتل جزءاً من القاتل امتنع الحكم بالقصاص، ويكون القتل جزءاً من القاتل إذا كان ولده، فإذا جرح الأب ولده أو

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٤، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٧.

قطعه أو شجه فلا قصاص لقوله ﷺ: « لا يقاد الوالد بولده » أما الولد فيقتص منه لوالده طبقاً للنصوص العامة، ويدخل تحت لفظي الوالد والولد كل والد وإن علا، وكل ولد وإن سفل، وحكم الأم هو حكم الأب لأنها أحد الوالدين، والجدة كالأم سواء كانت من قبل الأب أو الأم.

ويرى مالك القصاص من الأب في القتل إذا لم يكن شك في قصد القتل، ولكنه لا يرى القصاص من الأب من غير القتل ويرى تغليظ الدية عليه، والتغليظ عند مالك هو تثليث الدية^(١).

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

٢٨٥ - ثانياً: انعدام التكافؤ: إذا انعدم التكافؤ بين المجني عليه والجاني فلا قصاص وينظر إلى التكافؤ من ناحية المجني عليه وحده لا من ناحية الجاني، وفي مذهب مالك هذا شرط التكافؤ في النفس أما فيما دون النفس فهو يشترط التكافؤ من الوجهين، فعنده لو قطع كافر أو عبد يد مسلم لم يكن له أن يقتص منهما ولو قطعهما فليس لهما أن يقتصا منه^(٢).

فإن كان المجني عليه مكافئاً للجاني أو خيراً منه وجب القصاص وإن كان لا يكافئه امتنع القصاص، ولا يشترط في الجاني أن يكافئ المجني عليه لأن شرط التكافؤ وضع لمنع قتل الأعلى بالأدنى ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأعلى.

وأساس التكافؤ عند مالك والشافعي وأحمد: الحرية والإسلام، وأساس التكافؤ عند أبي حنيفة: الحرية والجنس، وستتكمّل 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^(٣).

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 ما دون النفس خلق لوقاية النفس ولما كانت قيمة العبد تختلف عن دية الحر وقيمة العبد تختلف عن غيره من العبيد

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٦.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٥، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٢.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٣٤٨ - ٣٥١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٠، المذهب / ٣ / ص ٢٢٥، ٢٢٦.

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^(١).

٢ - الإسلام: سبق أن تكلمنا على هذا الموضوع بما فيه كفاية بمناسبة الكلام على القتل فليراجع، ونلخص ما قلناه بأن مالكا والشافعي وأحمد يرون أن الكافر لا يكافئ المسلم، والقاعدة عندهم أن لا قصاص من مسلم إذا قتل ذمياً.

أما أبو حنيفة فيرى أن الكافر يكافئ المسلم ما دام معصوم الدم وليس في عصمته شبهة كالمستأمن مثلاً، ومن ثم فهو يوجب القصاص من كليهما للآخر.

وهم يسيرون على هذه القاعدة فيما دون النفس إلا أن مالكا خرج عليها 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 يقتضي المساواة بين الطرفين ولا مساواة^(٢).

٣ - الجنس: القاعدة عند الأئمة الأربعة أن الأنثى يقتص منها للذكر والذكر يقتص منه للأنثى، وهذا في القتل أي في النفس، وقد طبق مالك والشافعي وأحمد هذه القاعدة أيضاً فيما دون النفس^(٣)، وحجتهم أن من يجري بينهم القصاص في النفس يجري بينهم في الأطراف، أما أبو حنيفة فيخالف هذه القاعدة ولا يطبقها فيما دون النفس لأنه يسير على قاعدة أخرى فيما دون النفس هي اعتبار أن ما دون النفس كالأموال، وبتطبيق هذه القاعدة لا يجعل المرأة مماثلة للرجل لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل ودية طرفها لا تماثل دية طرف الرجل، وإذا انعقدت المساواة بين أرشيتهما امتنع القصاص في طرفيهما سواء كان الجاني هو الذكر أو الأنثى^(٤).

التمائل في العدد: يشترط أبو حنيفة التماثل في العدد بين المجني عليه والجاني، فيجب أن يكون الجاني واحداً ليقصص منه فإن كان الجناة أكثر من واحد فلا قصاص إذا تعاونوا على ارتكاب فعل واحد كأن قطعوا يد رجل أو إصبعه أو أذهبوا سمعه أو بصره أو قلعوا له سناً أو نحو ذلك من الجوارح التي يجب على الواحد فيها القصاص لو انفرد بالفعل، وعليهم دية الجارحة مقسمة عليهم بالتساوي، أما إذا ارتكب كل منهم منفرداً فعلاً فيجب فيه القصاص فعلى كل منهم القصاص فيما فعله، وحجة أبي حنيفة أن المماثلة فيما دون النفس شرط أساسي للقصاص ولا مماثلة بين جارحة وجوارح، كيد واحدة وأيد لا في

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٢٦.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٥، وراجع الفقرة ١٥٣ وما بعدها.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٣٧٨، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٥، المهذب ج ٣ / ص ١٩٠.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٠، وراجع الفقرة ١٥٣ وما بعدها.

الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل، أما في الذات فلا شك فيه لأنه لا مماثلة بين العدد والفرد من حيث الذات، وإذا كانت الصحيحة لا تقطع بالشلاء لفوات المماثلة من حيث الوصف مع التساوي في الذات فأولى أن يمتنع القصاص لفوات المماثلة في الذات، وأما في المنفعة فلأن منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة ومن المنافع ما لا 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، ورأي أبي حنيفة وجه في مذهب أحمد.

ويرى مالك والشافعي وأحمد القصاص من الجماعة للواحد، وحجتهم أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع علي يده، ثم جاء بآخر فقالا: هذا هو السارق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدتا قطع يد واحد، ولأنه أحد نوعي 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 المكرهين كلهم والمكره، أو يتعاونوا في إلقاء حجر على المجني عليه فتقطع طرفه أو يقطعوا يداً ويقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً حتى يقطع الطرف، فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتم غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً مثلاً على مفصله ثم مر كل واحد عليه مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه، لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها، وإن كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص فيه بمفرده اقتص منه^(٢).

أما مالك ففرق بين حالة التمالؤ وعدم التمالؤ، فإن تمالؤوا اقتص من كل منهم بقدر ما أحدثوا بالمجني 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 تمالؤ فإن تميزت أفعالهم أخذ لك منهم بفعله، وإن لم تتميز أفعاله فعليهم القصاص كما لو تمالؤوا، وهناك من يرى أن لا قصاص عليهم وعليهم الدية^(٣).

(١) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٩٩.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٣٧٠ وما بعدها، المذهب ج ٢ / ص ١٩٠.

(٣) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٢.

ولا يشترط الشافعي وأحمد التماثل فيما دون النفس ويكفي التوافق للقصاص من الجميع .

٢٨٦ - ثالثاً: أن يكون الفعل شبه عمد: يرى الشافعي وأحمد أن الجناية على ما دون 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 إصبعه أو بعضاً فكسر ذراعه أو أحدث برأسه ترينة .

وهي شبه عمد إذا كان الفعل متعمداً ولكنه لا يؤدي غالباً إلى النتيجة التي انتهى إليها، كمن لطم آخر ففقد عينه أو رماه بحصاة فأحدث ورماً انتهى بموضحة، ويرتبان على تقسيم الجناية على ما دون 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^(١) .

أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الجناية على ما دون النفس لا تكون إلا عمداً لأن مالكا لا يعترف بشبه العمد والفعل عنده إما عمد أو خطأ، ولأن أبا حنيفة يرى أن ما دون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فاستوت فيه الآلات للدلالة على القصد، فكان الفعل عمداً في كل حال أي أن ما دون النفس لا يقصد إلا مجرد الاعتداء عليه، والاعتداء ممكن بأي آلة بعكس القتل فلا يكون إلا بآلة مخصوصة، ومن ثم كان توفر قصد الاعتداء كافياً لاعتبار الفعل عمداً فيما دون النفس ولم يكن هناك محل لاعتبار شبه العمد^(٢)، ويترتب على رأي مالك وأبي حنيفة أن الجناية على ما دون النفس يجب فيها القصاص في كل حال ما دام الجاني قد تعمد الفعل .

٢٨٧ - رابعاً: أن يكون الفعل تسبياً: يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن الجناية على ما دون النفس بالتسبب لا توجب القصاص لأن القصاص فعل مباشر فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه على طريق المباشرة؛ لأن أساس عقوبة القصاص هو المماثلة بين الفعلين، ويوجب أبو حنيفة الدية بدلاً من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لا يرون فرقاً بين الجناية بالتسبب والجناية المباشرة ويوجبون القصاص على الجاني في الحالين .

٢٨٨ - خامساً: أن تكون الجناية قد وقعت في دار الحرب: يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن لا قصاص من الجاني إذا كانت الجناية قد وقعت في دار الحرب، ويرى بقية الأئمة القصاص سواء كانت الجناية في دار الحرب أو دار الإسلام، وقد سبق أن تكلمنا على هذه المسألة وفيما ذكرناه غني عن الإعادة^(٣) .

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٢٨، الأم ج ٦ / ص ٦.

(٢) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٩٧. (٣) راجع الفقرة ١٦٠.

٢٨٩ - سادساً: عدم إمكان الاستيفاء: يمتنع القصاص إذا لم يكن الاستيفاء ممكناً لأن القصاص قائم على التماثل واستيفاء المثل بدون مكان استيفائه ممتنع، فيمتنع الاستيفاء ضرورة، فمثلاً إذا كان المجني عليه مقطوع المفصل الأعلى من إبهام اليد اليمنى وجاء الجاني فقطع المفصل الثاني لنفس الإصبع فلا يمكن أن يقتصر من الجاني إذا كان إبهام يده اليمنى سليماً لأن القصاص يؤدي إلى قطع مفصلين والمقطوع مفصل واحد فينعدم التماثل، وكذلك لو أجاف الجاني المجني عليه أو شجه آمة أو دامغة، فالقصاص لا يمكن في هذه الحالات؛ لأنه لا يمكن إجافة الجاني أو شجه على وجه التماثل التام^(١)، ومن ثم يتعذر القصاص بتعذر استيفائه، وينتقل حق المجني 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 المحل.

ثالثاً: عدم الاستواء في الصحة والكمال.

وهذه الأسباب ترجع كلها إلى أساس واحد هو التماثل، فالقصاص يقتضي بطبيعته التماثل من كل وجه، التماثل في الفعل والتماثل في المحل والتماثل في المنفعة.

٢٩١ - أولاً: عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف: يشترط للقصاص أن يكون الاستيفاء ممكناً بلا حيف، ولا يكون الاستيفاء ممكناً بلا حيف من الأطراف إلا إذا كان القطع من مفصل، أو كان له حد ينتهي إليه، كمارن الأنف وهو ما لان منه، فإن كان القطع من غير مفصل أو لم يكن له حد ينتهي إليه كالقطع من قصبه الأنف أو من نصف الساعد أو من نصف الساق، فالفقهاء في ذلك على رأيين:

أولهما: يرى أنه لا قصاص ما دام القطع من غير مفصل وليس له حد ينتهي إليه لتعذر الاستيفاء، وعلى هذا الرأي أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد.

الرأي الثاني: 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، فمن 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، وعلى هذا الرأي الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد، ولكن بعض الفقهاء في مذهب أحمد

(١) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٩٧.

يرون أن المجني عليه يستحق حكومة عن الزائد والبعض يرى أنه لا يستحق شيئاً^(١)، تطبيقاً للمبدأ القائل بأنه لا يجمع في فعل واحد بين قصاص ودية، أما مالك فيرى القصاص ولو كان القطع من غير مفصل إذا كان ذلك ممكناً ولا خوف منه، فإن لم يكن كذلك فلا قصاص ولو رضي 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 مالكاً يرى القصاص إذا قرر الخبراء أنه ممكن ولا خوف منه على حياة المقتص منه^(٢).

وإذا اصطحب الكسر بشجة كالهاشمة 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، فانقل إلى البدل، وهذا هو مذهب أحمد، إلا أن بعضهم يرى أن له أرش الباقي، والبعض يرى أن ليس 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 ما دون الموضحة فيرى مالك القصاص فيه لأنه يرى الاستيفاء ممكناً دون حيف، بأن يقاس طول الجرح وعمقه ويقتص بمثله، وهو ظاهر مذهب أبي حنيفة إن كان القصاص من الموضحة والسحق والباضعة والدامية، وهو رواية عن محمد، ورواية أخرى: ألا قصاص فيما قبل الموضحة وهو رأي الشافعي، وأحمد، وحجتهم أن ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي إليه، لأن الموضحة تنتهي إلى العظم، أما ما دونها فليس كذلك، والقول بإمكان فليس عمق الجرح يؤدي إلى الاقتصاص من الباضعة أو السحق موضحة إذا كان اللحم أي لحم الشاج خفيفاً، أو الاقتصاص من السحق متلاحمة أو باضعة إذا كان لحم الشاج أخف من لحم المشجوج^(٣).

(١) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٩٨، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٤٨، المهذب ج ٢ / ص ١٩٢، الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٣٢٩.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٢٤، المدونة ج ١٦ / ص ١٢٢، ١٢٣.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٦١، ٤٦٢، بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٣٠٩، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، المهذب ج ٢ / ص ١٩٠.

وأساس اختلاف الفقهاء في جميع ما سبق هو اختلاف التقدير، أما قاعدتهم جميعاً فواحدة، فمن رأى أن الاستيفاء ممكن في حالة دون حيف قال به ومن رآه لا يمكن بغير حيف منع منه.

٢٩٢ - ثانياً: عدم المماثلة في الموضوع: يشترط للقصاص التماثل في الموضوع أي في حمل 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 والإصبع إلا بالإصبع 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 اليمنى إلا باليد اليمنى ولا اليسرى إلا باليسرى لأن لليمين فضلاً على اليسار ولذلك سميت يميناً، وكذلك الرجل، وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمنى منها إلا باليمنى 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 الشئين يلحقهما بجنسين مختلفين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس، وكذلك لا يؤخذ الأعلى منها بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لتفاوت المنفعة بين الأعلى والأسفل^(١).

٢٩٣ - ثالثاً: المساواة في الصحة: يشترط للقصاص أن يتساوى العضوان في الصحة والكمال، فلا تؤخذ مثلاً عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد يد صحيحة بيد شلاء ولا رجل صحيحة برجل شلاء لأن المقتص يأخذ فوق حقه؛ أما إذا أراد المجني 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 وللعلة تأثيرها على الأبدان.

أما مالك فيرى أن لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء، كما يرى أن لا تؤخذ الشلاء بالصحيحة ولو رضي المجني 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

(١) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٩٧، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٤٢، المهذب ج ٢ / ص ١٩٠ وما بعدها، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦.

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 يسلم بالأطراف مسلك الأقوال والشلل يؤثر على كل عضو تأثيراً مختلفاً فلا تصبح قيمتها واحدة، ومن ثم امتنع القصاص لعدم المساواة^(١)، ويرى زفر القصاص عند تساوي الشلل.

ولا يؤخذ الكامل بالناقص، فمثلاً لا تؤخذ يد ولا رجل كاملة الأصابع بيد أو رجل تنقص إصبعاً أو أكثر لانعدام المساواة، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد، ولكن يجوز أخذ الناقص الكامل، فتؤخذ اليد أو الرجل الناقصة إصبعاً أو أكثر باليد أو الرجل الصحيحة، وليس للمقتص شيء عند أبي حنيفة ورأي في مذهب أحمد، وله عند الشافعي ورأي في مذهب أحمد أرش ما نقص لأنه وجد بعض حقه فاقص فيه، وعدم بعضه فانتقل القصاص فيه إلى البدل وهو الأرش، أما مالك فيرى قطع اليد أو الرجل الناقصة إصبعاً واحداً بالكاملة بلا غرم على الجاني ولا خيار للمجني عليه في نقص الإصبع، وله أن يختار بين القصاص وبين الدية إن كان النقص إصبعين فأكثر، أما الإصبع وبعض الآخر فلا خيار فيه للمجني عليه لأنه نقص يسير لا يمنع المماثلة، ومن ثم فعين قطع الناقصة بالكاملة، أما إذا نقصت يد المجني عليه أو رجله إصبعاً فالقود على الجاني الكامل الأصابع ولا يغرم المجني عليه الناقص الأصابع أرش الإصبع الزائد، ولا قصاص إن نقصت يد المجني عليه أكثر من إصبع إذا كانت يد الجاني كاملة الأصابع^(٢).

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^(٣).

وإذا قطع يد رجل وفيها إصبع زائدة وفي يد الجاني مثلها، فلا قصاص عند أبي حنيفة لأن الإصبع الزائدة نقص وعيب، ويرى أبو يوسف القصاص للتماثل والمساواة، وهو رأي الشافعي وأحمد ويتفق مع رأي 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 بالحزْر والظن، فتندم المماثلة، وعند بقية الفقهاء القصاص واجب للتماثل^(٤).

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٦، ٣٠٨، بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٠٣، المهذب ج ٢ / ص ١٩٣، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٥٨، ٤٨٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٩ / ص ٢٩٨، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٤٨، ٤٤٩، المهذب ج ٨ / ص ١٩٣، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٩، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٦، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٨.

(٣) البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٨، المواهب ج ٦ / ص ٢٤٢.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٣، المواهب ج ٢ / ص ١٩٤.

كيف طبق الفقهاء شروط القصاص الخاصة

أولاً: في إبانة الأطراف وما يجري مجراها:

٢٩٤ - الجفن: يؤخذ الجفن بالجفن عند الشافعي وأحمد، لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهاؤه 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 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: ﴿وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ﴾ [المائدة: ٤٥] ولا يجب القصاص في الأنف إلا في المارن، وهو ما لان منه، لأنه ينتهي إلى مفصل، ويؤخذ الكبير بالصغير، والأقنى بالأفطس، والأشم بالأخشم الذي لا يشم؛ لأنهما متساويان 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 الجاني ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأن أنف الجاني قد يكون صغيراً وأنف المجني عليه كبيراً، فإذا اعتبرت المماثلة 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 يسقط منه شيء، وإن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً للمجني عليه أن يقتص من الموجود، وينتقل في الباقي إلى البدل 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 الجنائية ويمكن القصاص فيه ما يرى الشافعي وأحمد، وينتقل في الباقي إلى الحكومة لأنه لا يمكن القصاص في الباقي لأنه عظم، فانتقل فيه إلى البدل، 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)، أما أبو حنيفة فيرى القصاص في الأنف إذا أخذ كل المارن، لأن له حداً ينتهي إليه وهو ما لان منه، أما إذا قطع بعضه أو كان القطع من قصبة الأنف فلا قصاص لتعذر استيفاء المثل في

(١) المهذب 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 ٦ / ص ١٢٣، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٢٧، ٢٢٨.

البعض، ولأنه لا قصاص من العظم، وإن كان أنف القاطع أصغر خُيِّرَ المقطوع أنفه الكبير إن شاء قطع وإن شاء أخذ الدية، وكذلك إذا كان قاطع الأنف أخشم لا يجد الريح أو أكرم الأنف أو بأنفه نقصان من شيء أصابه فإن المقطوع مخير بين القطع وبين أخذ دية أنفه^(١).

العين: تؤخذ العين بالعين عند الفقهاء الأربعة لقوله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأنها تنتهي 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 بالغائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه، وتؤخذ الغائمة بالصحيحة لأنها دون حقه ولا أرش، لأن التفاوت في الصفة ويستثني أبو حنيفة من القصاص ما لو كانت عين المجني 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 المجني عليه فإن شاء اقتص وإن شاء أخذ دية كاملة، ويرى أبو حنيفة والشافعي أن للمجني عليه القصاص ولا شيء عليه، وإن عفا فله نصف الدية فقط.

أما مالك فجعل له الدية كاملة، لأن عين الأعور هي كل بصره أي تساوي عيني، 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 على الدية فله جميعها، لأنه ذهب بجميع بصره فأشبهه ما لو قلع عين صحيح.

وإن قلع الأعور عين صحيح فالرأي الراجح في مذهب أحمد: إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره، فإن اختار الدية فله دية واحدة، والرأي المرجوح يرى أن له ديتين، إحداهما: للعين التي تقابل عينه، والدية الثانية: لأجل العين الثانية، وعند مالك: للمجني عليه القصاص ونصف الدية.

وإن قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية لأن الجاني ذهب لجميع بصره وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء، إذ تؤخذ عينان بعين واحدة، ولا أخذ يميني بيسرى، فوجب الرجوع ببطل 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.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٦، حاشية الطهطاوي ج ٤ / ص ٢٦٨.

(٢) حاشية الطهطاوي ج ٤ / ص ٢٦٨.

ويرى مالك أن الصحيح إذا فقأ عين الأعور فلأخبر أن يقتص أو يأخذ دية كاملة لا نصف دية^(١).

٢٩٦ - الأذن: وتؤخذ الأذن بالأذن عند الأئمة الأربعة لقوله تعالى: ﴿وَالْأُذُنَ﴾ [يَا الْأُذُنَ] المائدة: ٤٥ ولأنه يمكن القصاص لانتهائه 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، ويؤخذ 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 تثقب الأذن للزينة، ولا يؤخذ صحيح بمشقوق لأنه يأخذ أكثر من حقه، ويؤخذ المشقوق بالصحيح وله من الدية ما يقابل النقص عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد، وليس له شيء عند باقي الفقهاء^(٢).

٢٩٧ - الشفتان: وتؤخذ الشفة بالشفة، وهو ما بين جلد الذقن والخدین علواً وسفلاً لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأنه ينتهي إلى حد 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 إمكان القصاص بدون حيف^(٣).

٢٩٨ - اللسان: ويؤخذ اللسان باللسان عند مالك والشافعي وأحمد لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأن له حداً ينتهي إليه، فاقتص فيه، ولا يؤخذ لسان الناطق بلسان الأخرس لأنه يأخذ أكثر من حقه، ويؤخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه، ولا يرى مالك القصاص في هذه إلا إذا كان في اللسان منفعة للجاني كما هو الحال في اليد الشلاء، وإن قطع نصف اللسان أو ثلثه أو رבעه اقتص من لسان الجاني في مثل ذلك القدر، وفي مذهب الشافعي رأي يرى عدم القصاص في البعض، لأنه لا يؤمن أن يتجاوز القدر المستحق ولكنه رأي مرجوح، والمذهب أن ما يمكن القصاص في كله يمكن القصاص في بعضه^(٤)، أما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص في اللسان كله أو بعضه

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٩، المغني ج ٩ / ص ٤٣٠ - ٤٣٢، المهذب ج ٢ / ص ١٩١، حاشية الطهطاوي ج ٤ / ص ٢٦٨.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، المدونة ج ١٦ / ص ١١٣، المهذب ج ٢ / ص ١٩١، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٣٠، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٣.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٨، المهذب ج ٢ / ص ١٩٢، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٣٦.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، المهذب ج ٢ / ص ١٩٢، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٣٦.

إذ القاعدة عنده أن ما يتبعض وينبسط لا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة، ولكن أبا يوسف يرى القصاص في كل اللسان إن استوعب قطعاً، إذ يمكن القصاص على وجه المماثلة بالاستيعاب^(١).

٢٩٩ - السن بالسن: وتؤخذ السن بالسن لقوله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأنها محدودة في نفسها يمكن القصاص فيها دون حيف، ولا تؤخذ سن صحيحة بسن مكسورة، لأن المقتص يأخذ أكثر من حقه، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة، ولا شيء له عند مالك وأبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد، وله مقابل ما نقص من المكسورة عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد؛ ولا قصاص في قلع السن الزائدة لتعذر المثل، وإن كانت له سن زائدة في غير موضع المقلوعة لم يؤخذ بها، ويرى الشافعي القصاص في السن الزائدة إذا كانت لها مماثلة، 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^(٢).

٣٠٠ - اليد: وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب القصاص.

وإذا كان القطع من مفصل الكوع أو المرفق فله القصاص باتفاق الفقهاء، وأما 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 المجني عليه من أول مفصل داخل في الجنائية، ولا يجيز هذا أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ولا يجزيه مالك حتى لو اتفق عليه الطرفان، ومن أجازاه من فقهاء مذهب أحمد اختلفوا، فبعضهم يرى أن للمجني 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 المفاصل، وهي الأصابع والرجلين، ولا تؤخذ كاملة الأصابع بناقصة الأصابع، فإن قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع، أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع، لم يكن للمجني عليه أن يقتص منه عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد لأنه يأخذ أكثر من حقه، لكن الشافعي يجيز

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٨.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٩، ٢٦١، المهذب ج ٢ / ص ١٩٢، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٣٤، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٤، ٣٠٥.

هو وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يأخذ من أصابع الجاني ما يقابل الأصابع المقطوعة لأنها داخلية في الجناية 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 المجني عليه إصبعاً واحداً أياً كانت، ولا مقابل للإصبع الزائدة، فإن زاد النقص عن إصبع واحدة 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، فللمجني عليه أن يقتص من الكف، وليس له شيء عند أبي حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد؛ وله دية الإصبع الخامسة والحكومة في الإصبع السادسة عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد لأنه وجد بعض حقه وعدم الباقي، فأخذ الموجود وانتقل في المعدوم إلى البذل، أما الفريق الآخر فحجته أنه لا يجوز الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد، ورأي مالك تؤخذ الناقصة بالكامل إذا كان النقص إصبعاً واحداً ولا مقابل للناقصة، فإن كان النقص أكثر من إصبع خيّر المجني 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 وإصبع زائدة لم يكن للمجني 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 يجيز القصاص؛ لأن نقص إصبع واحد لا يمنع من القصاص.

ويجوز أخذ الزائد بالأصلي، فإن قطع من له أربع أصابع أصلية وإصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية، فللمجني عليه - عند الشافعي - أن يقتص من الكف لأنه دون حقه، ولا شيء له لنقصان إصبع أصلية، لأن الإصبع الزائدة تقوم مقامها، إذ أنها مثلها في الخلقة، وفي مذهب أحمد رأي يرى أن لا قصاص لاختلاف الزائدة عن الأصلية، ورأي يرى القصاص إذا كانت الزائدة في محل الأصلية، ورأي يرى القصاص مطلقاً لأن الزائدة لا عبرة بها.

ويظهر أن أبا حنيفة يجيز أخذ الزائد بالأصلي لأنه يعتبر الزيادة نقصاً، والقاعدة عنده أن الناقص يؤخذ بالكامل^(١).

والقاعدة عند مالك: أنه لا يؤخذ الكامل بالناقص، ويؤخذ الناقص بالكامل، إلا إذا

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩٨، ٣٠٣، المهذب ج ٢ / ص ١٩٢، ١٩٤، الشرح الكبير ج ٦ / ص ٤٣٧، ٤٩٩، ٤٥٠، ٤٥٥، ٤٥٦، وفي شرح الدردير يجوز أخذ الزائد بالزائد.

رضي المجني عليه أن يأخذه دون مقابل النقص حتى لا يجمع بين قصاص ودية .
فمثلاً إذا قطع صاحب اليد السليمة أقطع الكف لم يقتص للأقطع من يد السليم حيث لا يؤخذ كامل بناقص، لكن إذا قطع أقطع الكف يد غيره من المرفق فـللمجني عليه القصاص بأن يقطع اليد الناقصة من المرفق وله أن يختار الدية، فإذا قطع اليد الناقصة فلا شيء له^(١).

ولا يجوز مالك لمن قطع من مفصل أن يقطع الجاني من مفصل أدنى منه داخل في الجناية ولو رضي الجاني والمجني عليه، لكن إذا وقع القصاص على هذا الشكل فقد أجزأ ولا يعاد لو طلب المجني عليه استيفاء الباقي^(٢).

ويقتص من الإصبع الزائدة في الإصبع الزائدة المماثلة - كما جاء في شرح الدردير - إذا تساوتا في المحل، ولا يرى ذلك أبو حنيفة؛ لأن الزائدة في معنى المزلزلة، ولا قصاص عنده في مزلزلة، حتى إنه يرى أن لا قصاص بين يدين في كل منهما إصبع زائدة، ولكن أبا يوسف يرى القصاص في هذه الحالة للمساواة بين اليدين.

٣٠١ - الإليتان: وتؤخذ الإليتان بالإليتين وهما الناتتان بين الظهر والفخذ، وهو رأي مالك، ويأخذ به بعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد، وحجتهم قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ولأن الإليتين ينتهيان إلى حد فاصل، فوجب فيهما القصاص كأى عضو له مفصل، أما البعض الآخر فيرى أن لا قصاص لأن الإليتين لحم متصل بلحم وليس له حد فاصل يؤمن معه الحيف، وهو رأي أبي حنيفة^(٣).

٣٠٢ - ويؤخذ الذكر بالذكر: لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ ولأنه ينتهي إلى حد فاصل يمكن الفصل فيه من غير حيف عند مالك والشافعي وأحمد.

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص في الذكر لأنه ينقبض وينبسط فلا يمكن القصاص على وجه المماثلة، ولكن أبا يوسف يرى القصاص إذا استوعبت الذكر كله لأن له حداً ينتهي إليه.

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

ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصي لأنه كذكر الفحل في الجماع وعدم الإنزال لمعنى

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩٨، المهذب ج ٢ / ص ١٩٤، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٣٩.

في غيره، ويقطع الأغلف بالمختون؛ لأنه يزيد على المختون بجلدة تستحق إزالتها بالختان، ولا يؤخذ صحيح بأشل؛ لأن الأشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل^(١).

٣٠٣ - وتؤخذ الأنثيان بالأنثيين: لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾^(٢) ولأنه ينتهي إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه؛ فإن قطع أحد الأنثيين وقال أهل الخبرة يمكن أخذها من غير إتلاف الأخرى اقتصر منه حتى لا تؤخذ أنثيان بواحدة، وهذا هو رأي الشافعي وأحمد والظاهر من مذهب مالك، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص في الأنثيين حيث لا حد لهما ينتهيان إليه فيهما^(٣).

٣٠٤ - الشفران: قياس مذهب مالك أن في الشفرين القصاص، وقياس مذهب أبي حنيفة أن لا قصاص فيهما، وفي مذهب الشافعي وأحمد رأيان: **أحدهما:** يقول بالقصاص، **والثاني:** يرى أن لا قصاص، وحجة الأول أن لهما حدًا ينتهيان إليه، وحجة الثاني أن الشفرين لحم وليس لهما حد ينتهيان إليه^(٣).

ثانياً: في إذهاب معاني الأطراف:

٣٠٥ - المفروض في تفويت منفعة الأطراف بقاء أعيانها: فإن ذهب المعنى مع الطرف دخل الفعل تحت إبانة الأطراف، لأن معنى الطرف يكون تابعاً للطرف في هذه الحالة.

والأصل أنه لا قصاص في تفويت منفعة معاني الأطراف لعدم إمكان الاستيفاء، ولكن معظم الفقهاء لا يرون مانعاً من محاولة القصاص، فإن أمكن الاستيفاء فقد أخذ المجني عليه حقه، وإن لم يتمكن ألزم الجاني بالدية، وهم يفرقون بين ما إذا كان الفعل يجب فيه القصاص أو لا يجب فيه القصاص، فإن كان فيه القصاص استوفي القصاص في الفعل المادي، فإن ذهبت المعاني المماثلة فقد انتهى الإشكال، وإن لم تذهب عمل على إذهابها بطريقة إن أمكن، 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

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٨، المهذب ج ٢ / ص ١٩٤، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٣٩.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٩، المهذب ج ٢ / ص ١٩٤، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٤٠.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ١٩٤، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٤٠، ويرى مالك وأحمد والشافعي القصاص في الأظفار، ويرى أبو حنيفة القصاص في حلمة الثدي دون الثدي وعند مالك وأبي حنيفة لا قصاص في شعر الرأس والحاجبين والشارب واللحية.

أمكن ذلك، فإن ذهبت المعاني فقد أخذ المجني عليه حقه، وإلا وجب عليه الدية بدلاً من القصاص، وهذا هو رأي مالك والشافعي 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 المماثلة 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 الشافعي أن لا قصاص في السراية أصلاً، وهو رأي مرجوح وليس هو المذهب^(٢).

ويضربون مثلاً لتطبيق القواعد السابقة في حالة وجوب القصاص في الفعل: رجل ضرب آخر فشجه موضحة ذهب معها سمعه أو بصره أو شمه، فللمجني عليه عند مالك والشافعي وأحمد أن يقتص من الموضحة، فإن ذهب معها السمع أو البصر أو الشم فقد أخذ حقه، وإن لم يذهب عولج بما يذهب بصره أو سمعه أو شمه دون جناية على العين أو الأذن أو الأنف، فإن كان إذهاب المعاني يقتضي 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 فقط، وهو رأي محمد عن ابن سماعة، ويرى بعض فقهاء مذهب الشافعي القصاص المباشر من الموضحة ومن العين، ولا يرى القصاص المباشر من السمع والشم لأنه غير ممكن.

ويضربون مثلاً في حالة عدم القصاص: شجة وفوق الموضحة، لا قصاص فيها من الجرح، وإنما تبقى فقط محاولة إذهاب المعنى، على أن الشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد يرون أن يقتص 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 المماثلة، إذ لها حد تنتهي إليه السكين وهو العظم، ولا خلاف بينهم أيضاً في أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء على وجه المماثلة؛ لأن

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٤، ٢٢٥، المهذب 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.

الهاشمة تهشم العظم، والمنقلة تنقله من مكانه بعد هشمه، والآمة لا يؤمن معها أن تصل السكين إلى المخ، وكذلك الدامغة.

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فمختلف فيه، فمالك يرى القصاص فيها جميعاً لإمكان القصاص^(١)، وأبو حنيفة يرى طبقاً لرواية الحسن أنه لا قصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسحق إن أمكن القصاص في السحق، بينما ذكر محمد في الأصل أن القصاص واجب في الموضحة والسحق والباضعة والدامية، لأن استيفاء المثل ممكن بقياس الجراحة طولاً وعمقاً^(٢).

ومذهب الشافعي وأحمد على أنه لا قصاص في غير الموضحة من الشجاج، لأن ما فوق الموضحة يتعذر فيه الاستيفاء على وجه المماثلة، لكنهما يريان أن للمجني عليه الحق في أن يقتص، وهي بعض حقه، لأن ما فوق الموضحة يزيد عليها فإذا اقتص موضحة فقط فقد أخذ بعض حقه، ويرى الشافعي أن للمجني عليه مع ذلك أن يأخذ الفرق بين دية الموضحة ودية تلك الشجة، لأن تعذر القصاص على سبيل المماثلة ينقل حقه إلى البدل فيما لم يقتص منه، ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد هذا الرأي، ويرى البعض الآخر أن لا شيء له مع القصاص حتى لا يجتمع القصاص والدية في عضو واحد.

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فيرى الشافعي وأحمد أن لا قصاص فيها لأنهما 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 والسحق موضحة ومن الباضعة سحاقاً، لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً، بحيث يكون عمق باضعته كعمق موضحة الشاج أو سحاقه، ولأننا لم نعتبر في الموضحة عمقها فكذلك يجب أن يكون الحال في غيرها^(٣).

رابعاً: القصاص في الجراح:

٣٠٧ - اختلف الفقهاء اختلافاً بيناً في الجراح، فمالك يرى القصاص في كل جراح الجسد ولو كانت منقلة أو هاشمة، أي ولو كانت مصحوبة بكسر في العظام، لأنه يرى القصاص ممكناً على وجه المماثلة، ولا يمنع القصاص إلا إذا عظم الخطر منه كما في عظام الصدر والعنق والصلب والفخذ، فإذا لم يكن هناك خطر أصلاً أو كان خطر لم يعظم فالقصاص واجد^(٤)، ولا قصاص في الجائفة.

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٠٩.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ١٩٠، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٦٠، ٤٦٣.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦.

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص في الجراح أصلاً، سواء كانت جائفة أو غير جائفة حيث لا يمكن الاستيفاء فيها على وجه المماثلة، لكن إذا أدى الجرح للموت وجب فيه القصاص إن كان الجاني متعمداً القتل لأن الجراحة تصبح بالسراية نفساً^(١).

ويرى الشافعي وأحمد القصاص في جراح الجسد إذا كان الجرح في معنى الموضحة أي إذا كان الجرح ينتهي إلى عظم كجروح الساعد والعضد والساق والفخذ، فهذه يمكن المماثلة فيها فيجب فيها القصاص، ولكن بعض أصحاب الشافعي لا يرون القصاص في جراح الجسد أياً كانت، وهو رأي مرجوح، وحجتهم أن موضحة الرأس لها أرش مقدر، أما جراح الجسد فلا، ورد عليهم بأن الأساس في القصاص ليس الأرش وإنما قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]^(٢).

وأساس اختلاف الفقهاء هو اختلاف التقدير، فمن رأى القصاص ممكناً على وجه المماثلة في معظم الجراح كمالك، قال به، ومن رآه غير ممكن أصلاً كأبي حنيفة قال: لا قصاص، ومن رآه ممكناً في الإيضاح فقط كالشافعي ومالك قال بالقصاص فيما أوضح العظم من الجراح فقط.

القصاص في القسم الخامس

٣٠٨ - إذا لم يذهب الاعتداء بطرف أو بمعناه ولم يحدث شجة ولا جرحاً فلا قصاص طبقاً لرأي أغلب الفقهاء، فاللطمة والوكزة والوجأة وضربة السوط والعصا لا قصاص فيها إذا لم تترك أثراً^(٣).

ويستثني مالك السوط، ويرى القصاص في ضربة السوط ولو لم يحدث جرحاً أو شجة، ولكنه لا يرى القصاص في اللطمة وضربة العصا إلا إذا كانت جرحاً أو شجة^(٤)، ويرى شمس الدين بن قيم الجوزية - من فقهاء الحنابلة - القصاص في اللطمة والضربة، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] فأمر بالمماثلة في العقوبة والقصاص، فالواجب أن يفعل بالمعتدي كما فعل فإن لم يمكن كان الواجب ما هو الأقرب والأمثل، وسقط ما عجز عنه العبد من المساواة من كل وجه، ولا ريب أن اللطمة باللطمة والضربة بالضربة أقرب إلى المماثلة المأمور بها حساً وشرأً من التعزير بغير جنس اعتدائه وقدره وحقيقته، وقد استدل على صحة رأيه بأن أحمد بن حنبل قال بالقصاص من اللطمة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٠.

(٢) المهذب ج ٢ / ص ١٩٠، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٦٠.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٩٩.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، ٢٤٧، المدونة ج ٦ / ص ٢٣٩، الإقناع ج ٤ / ص ١٩٠.

والضربة، وأن أبا بكر وعثمان وعلياً وخالد بن الوليد أقادوا من لكمة، وأن عمر بن عبد العزيز أقاد رجلاً صفعه آخر حتى سلح^(١)، ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد القصاص من اللكمة إذا ذهبت بضوء العين^(٢)، ولكنهم لا يرون القصاص في اللكمة وحدها.

استيفاء القصاص

٣٠٩ - مستحق القصاص: مستحق القصاص فيما دون النفس هو المجني عليه دون غيره وله أن يستوفي القصاص إذا كان بالغاً عاقلاً، فإن لم يكن كذلك فيرى مالك وأبو حنيفة أن يقوم مقامه في الاستيفاء الولي أو الوصي^(٣)، وهذا الرأي يأخذ به بعض الفقهاء في مذهب أحمد.

ويرى الشافعي وأغلب الفقهاء في مذهب أحمد أن الولي والوصي ليس لهما أن يستوفيا قصاصاً استحق للصغير أو المجنون، لأن القصاص للتشفي، ولا يتوفر هذا المعنى في قصاص الولي والوصي، فينتظر بلوغ الصغير وإفاقة المجنون^(٤).

ويعطي مالك للولي والوصي والقيم حق الاستيفاء في النفس وفيما دونها، ويعطي أبو حنيفة للولي حق الاستيفاء في النفس، وللولي والوصي والقيم حق الاستيفاء فيما دون النفس، ويعلل 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 الأموال، وللوصي ولاية استيفاء المال، فأخير له أن يستوفي القصاص فيما دون النفس، لأنه في حكم استيفاء المال^(٥).

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 المجني عليه بالسراية تعين حبس الجاني؛ لأن الجناية أصبحت نفساً^(٦).

(١) أعلام الموقعين ج ٢ / ص ٢ وما بعدها.

(٢) المهذب ج ٢ / ص ١٩٩، المغني ج ٩ / ص ٤٢٨.

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

(٤) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٣، المهذب ج ٢ / ص ١٩٦.

(٥) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٩٩، ٢٣٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٤.

(٦) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٥، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٨٤، ٢٨٨، شرح الدردير ج ٤ /

ص ٢٢٠، البحر الرائق ج ٨ / ص ٢٩٩، ٢٠٠.

٣١١ - مدى سلطة الولي والوصي : تتأثر سلطة الولي والوصي طبقاً لاختلاف وجهة نظر الفقهاء في عينية القصاص، فمن رأى أن القصاص واجب عيناً وأن الدية لا تجب بتنازل المجني عليه عن القصاص على الدية وإنما تجب برضاء المجني عليه، من رأى هذا كمالك وأبي حنيفة منعا الولي والوصي من العفو؛ لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق، والحق للصغير والمعتوه وليس لهما، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير، وولايتهما مقيدة بالنظر للصغير، والعفو ضرر محض، لأنه إسقاط دون مقابل، وإنما يجوز للولي والوصي الصلح على القصاص مقابل مال بشرط أن لا يقل عن الدية أو الأرش، فإن صالحاً على أقل من ذلك كان للصغير والمجنون الرجوع على الجاني بما نقص من الدية أو الأرش، ويقيّد مالك الرجوع على الجاني بأن لا يكون معسراً وقت الاتفاق، وإذا رجع المجني عليه على الجاني لم يكن للجاني أن يرجع على الولي أو الوصي بما رجع عليه به المجني عليه^(١).

والشافعي وأحمد لا يريان أن للولي حق الاستيفاء، ولا يجعلان للوصي أو القيم دخلاً في هذا الحق، ولكنهما يعطيان الولي حق العفو عن القصاص إلى الدية، ولا يعطيانه حق العفو مجاناً، ولولي المجنون أن يعفو على المال عند البعض بالشرط السابق، وليس له العفو عند البعض لأن نفقته في بيت المال^(٢).

٣١٢ - هل يصح قصاص الصغير والمجنون؟ : العلة في منع الصغير والمجنون من الاستيفاء قبل البلوغ والإفاقة أن القصاص حق، وأن استعماله يقتضي الأهلية فيمن يستعمله، فإذا وثب الصغير أو المجنون بالجاني ففعلاً به مثل ما فعل بهما، كأن كان الجاني قطع يد الصغير فقطع الصغير يده، فيرى البعض أنه يصير مستوفياً لحقه لأن عين حقه أتلّفه، فأشبهه ما لو كانت له وديعة عند رجل فأتلفها، فإن المودع لديه لا يسأل عن الوديعة، ويرى البعض أن لا يعتبر مستوفياً لحقه لأنه ليس من أهل الاستيفاء، ويعتبر جانياً على الجاني، وعلى الأخير أن يؤدي للصغير أرش يده ويرجع على عاقلة الصغير بأرش يده هو لأن عمد الصغير خطأ^(٣).

٣١٣ - من يلي الاستيفاء؟ : لا يستوفى القصاص فيما دون النفس إلا بحضرة السلطان وتحت إشرافه، لأن القصاص فيما دون النفس يحتاج إلى الاجتهاد ويسهل فيه الحيف ولا يؤمن أن يحيف المقتص، فوجب أن يكون تحت إشراف السلطان. ومذهب أبي حنيفة، وهو وجه في مذهب أحمد، جواز الاستيفاء من المجني عليه

(١) نفس المراجع السابقة.

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٢٨٤، المذهب ج ٢ / ص ٢٥٠، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٥.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٨٦، المذهب ج ٢ / ص ١٩٦.

فيستوفي المجني عليه لنفسه إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء، فإن لم يكن يحسنه وكُل عنه من يحسنه، لأن القصاص حق له فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق، والمقصود من القصاص التشفي، وتمكين المجني عليه من القصاص أبلغ في التشفي، ولكن لما كان استعماق الحق يحتاج إلى خبرة خاصة فإن المجني عليه لا يمكن منه إلا إذا توفرت فيه هذه الخبرة، فإن لم تتوفر وكُل عنه خبيراً بالقصاص، والقائلون بهذا الرأي في مذهب أحمد لا يرون مانعاً من تعيين رجل بأجر من بيت المال يكون خبيراً بالقصاص، مهمته أن يستوفي نيابة عن المجني عليه من الذين لا يحسنون الاستيفاء^(١).

ويرى مالك والشافعي - ورأيهما وجه في مذهب أحمد - أن المجني عليه ليس له أن يستوفي فيما دون النفس بأي حال، سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفي أن يحيف على الجاني أو يجني عليه بما لا يمكن تلافيه، وإنما يتولى القصاص في النفس من يُحسِنُه من الخبراء، ويقول مالك في ذلك: «أحب إلي أن يولي الإمام على الجراح رجلين عدلين، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان عدلاً» وعلى هذا يصح أن يكون المستوفي 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 أي تظهره، فليس هناك ما يدعو لقياس العمق، لأن حد الجراحة هو إيضاح العظم أي إظهاره، أما ما قبل الموضحة فليس له حد معين في عمقه، فاشترط قياس عمق الجرح لتحقيق التماثل بين فعل الجاني والمقتص، والقاعدة عند الشافعي وأحمد اعتبار كل العضو.

ولا يتقيد الشافعي وأحمد عند الاستيفاء بمكان الشجة والجراحة من العضو المصاب ما دام هذا المكان في عضو الجاني لا يتسع للقصاص، ويعتبران عضو الجاني كله أعلاه وأسفله ووجهه وظهره محلاً للقصاص حتى تستوفي الجراحة المماثلة طولاً وعرضاً، ولكنهما يشترطان أن يبدأ من حيث بدأ الجاني إذا كانت الجراحة لا تأخذ كل العضو، وأن لا ينتقل القصاص من عضو إلى عضو آخر، فإذا لم يتسع عضو الجاني كله لمثل الجراحة التي بعضو المجني عليه اكتفي بما اتسع له عضو الجاني فقط، وهذا لا يظهر إلا إذا كان عضو الجاني أصغر من عضو المجني عليه أما إذا كان مثله فالاستيفاء في نفس المحل.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٦، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٩٨، ٣٩٩.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٣، ٢٥٤، المهذب ج ٢ / ص ١٩٧، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٣٩٩.

فمثلاً 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 استوفي بقدرها وإن جاوز الموضع الذي شجه في مثله لأن الجميع رأس، فإن كانت في مقدم الرأس فلم يتسع لها مقدم الرأس استوفي بقية الشجة في جانب الرأس، وإن كان قدرها يزيد على كل رأس الجاني لم يجز أن ينزل إلى الوجه والقفا لأنه قصاص في غير العضو الذي جني عليه وهو الرأس، وإن أوضح الجاني كل رأس المجني عليه، ورأس الجاني أكبر من رأس المجني عليه، بدأ المجني عليه بالقصاص من أي جانب شاء؛ لأن الرأس جميعها محل للجنائية، وإن أراد أن يستوفي بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره، فهناك رأيان: رأي يقول بعدم جوازه لأنه يأخذ موضحين بموضحة، ورأي يقول بالجواز ما دام لا يجاوز قدر الجنائية وموضعها وهو الرأس، إلا أن يقول أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أو شين.

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

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 المجني عليه، فإذا أخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وكانت تزيد على ما بين قرني الشاج لصغر رأسه فليس للمشجوج أن يزيد على ما بين قرني الشاج وله أن يأخذ الأرض إن شاء، وكذلك لو كانت الشجة لا تستوعب ما بين قرني المشجوج فله أن يقتصها غير مستوعبة وإن شاء الأرض^(٢).

كيفية القصاص في الجراح: لا قصاص في الجراح عند أبي حنيفة: ويرى أحمد والشافعي القصاص فيما أوضح العظام، أما مالك فيرى القصاص في كل الجراح ما أمكن القصاص ما لم تكن مخوفة، والقاعدة التي أخذ بها مالك والشافعي وأحمد في الشجاج هي قاعدتهم في الجراح.

كيفية القصاص في الأطراف: القاعدة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن لا قصاص إلا من المفصل 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 الجنائية، ولا يرى ذلك أبو حنيفة.

(١) المهذب ج ٢ / ص ١٩٠، المغني ج ٩ / ص ٤١٤ وما بعدها، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٦، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١.

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 التعدي إليه، فيجب أن يستوفى ما دون السيف بالآلة الملائمة للقصاص، ويتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاءه، ولقد منعنا القصاص كلية فيما تخشى الزيادة في استيفائه، فلأن يمنع الآلة التي يخشى منها الزيادة أولى، فإن كان الجرح موضحاً أو ما أشبهها فيقتص بالموسى أو بحديدة ماضية معدة لذلك، ولا يستوفى إلا من له علم كما قدمنا كالجراح ومن في حكمه، وإن كان على موضع الجراحة شعر حلق، ثم تقاس الشجة بخشبة أو بخيط ويعلم طولها، ويقاس مثلها في رأس الشاح وتعلم بخط بسواد أو غيره، ثم تؤخذ حديدة عرضها عرض الشجة فيضعها في أول المكان المعلم 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 ﷺ: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته وليرخص 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 تنتهي أيامه، وإذا وجب الحد على ضعيف الجسم يخاف عليه من الموت سقط الحد ووجبت عليه الدية^(٢).

ولا قصاص فيما دون النفس على حامل حتى تضع حملها ولو كان الحمل بعد الجنابة^(٣).

٣١٥ - الاستيفاء عند تعدد المستحقين: إذا تعدد المستحقون وكان محل حق كل منهم غير محل الآخر فلكل منهم أن يستوفي حقه في أي وقت يشاء، حيث لا يتوقف استيفاء حقه على استيفاء الآخرين.

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٥٤، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٩، المذهب ج ٢ / ص ١٩٩، المغني ج ٩ / ص ٤١٢.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٣٥.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٤٤٩.

أما إذا تعدد المستحقون لمحل واحد كأن قطع رجل يميني رجلين، فإن محل القصاص للمجني عليهما هو يمين الجاني، وحكم هذه الحالة عند مالك: أنه إذا حضر المجني عليهما معاً أو حضر أحدهما وتغيب 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، كأن قطع لواحد السبابة اليميني، وللثاني أصابعه، وللثالث يده من المعصم، وللرابع يده من المرفق، فكل هؤلاء يستحقون في يد المرفق، فتقطع اليد من المرفق لهم جميعاً، ولا شيء لهم ما لم يكن الجاني قصد المثلة بهم فيقتص للأول في السبابة، ثم تقطع بقية أصابعه، ثم تقطع اليد من المرفق.

ويرى أبو حنيفة أنهما إذا حضرا جميعاً فلهما أن يقطعا يمين الجاني ويأخذا منه دية يديهما نصفين لأنهما استويا في سبب الاستحقاق، وقد وجب قطع اليد في حق كل واحد منهما، فيستحق كل منهما قطع يده، ولا يحصل من كل منهما في يد واحدة إلا قطع بعضهما، فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع إلا بعض حقه فيستوفي الباقي من الأرض. وهذا الرأي تطبيق لنظرية أبي حنيفة في وجوب القصاص عيناً، تلك النظرية التي قيدها في حالة زوال محل القصاص بحق فيما دون النفس^(٢).

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 خيّر بين القصاص والدية ولا شيء له إذا اقتص، وإذا لم يتمكن أحد المستحقين من القصاص فله الدية.

أما الشافعي فيرى أنه إذا قطع أكثر من واحد فيقتص منه للأول وللباقيين الدية، وإن سقط حق الأول بعفو أو صلح مثلاً اقتص للثاني، وهكذا إذا اقتص الواحد بعينه تعين حق الباقيين في الدية، لأن القود فاتهم بغير رضاهم، وإذا قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال فلم يعرف من قطع الأول أقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة اقتص له وتعين حق الباقيين في الدية^(٣).

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٥، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٨.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٤٤٩.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ١٩٥.

وحجة الشافعي أن الجاني إذا قطعت يده لأحد المستحقين صارت حقاً له، ولا يمكن أن تكون مع ذلك حقاً لغيره فوجبت الدية للغير، والشافعي يطبق هنا نظريته في القتل.

أما أحمد فيطبق أيضاً نظريته في القتل ويرى أن المجني عليهم إذا اتفقوا على قطع الجاني قطع لهم جميعاً، ولا شيء لهم فوق ذلك، لأن حقهم في القطع وقد رضوا به، فإذا أراد أحدهم القود وأراد الباقيون الدية قطع لمن أراد القود وتعين حق الباقيين في الدية^(١).

وأساس نظرية الشافعي وأحمد أنه: إذا تجمعت حقوق في طرف واحد استوفى الحقوق كلها بالقدر الممكن بشرط تقديم الأسبق في الاستحقاق، وإذا وجد حق أحد المستحقين ناقصاً خير بين القصاص والدية، ولا شيء له إذا اقتصر عند بعض فقهاء مذهب أحمد، وله أرش الناقص عند الشافعي وبعض الفقهاء، وإذا لم يتمكن أحد المستحقين مع ذلك من القصاص فله الدية.

وإذا بادر أحدهم فقطعه فقد استوفى حقه ولا شيء للآخرين عند مالك، ولهم الدية عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد.

٣١٦ - هل يمكن قطع أطراف الجاني قصاصاً؟ : إذا استحققت كل أطراف الجاني قصاصاً اقتصر منه في جميعها بعكس ما عليه في تنفيذ الحدود، فإذا قطع الجاني يدي رجل ورجليه قُطعت يده ورجلاه لأنه المثل، ولأن استيفاء المثل ممكن، ولو قطع يمين رجل ويسار آخر قُطعت يمينه لصاحب اليمين وقُطعت يساره لصاحب اليسار؛ لأن هذا يحقق المماثلة، وهكذا يقطع من الجاني طرف بعد طرف كلما استحق ولم يكن ثمة مانع يمنع القصاص^(٢).

٣١٧ - إذا قطع إصبع شخص من المفصل من اليد اليمنى مثلاً ثم قطع اليمنى لشخص آخر - فيرى مالك أن تقطع اليد اليمنى فقط ولا يقطع الإصبع إلا إذا كان الجاني قد قصد المثلة فيقطع الإصبع ثم تقطع بعد ذلك اليد، وفي الحالين لا شيء للمجني عليهما، لأن حقهما معلق بالقصاص دون غيره وقد اقتصر من الجاني^(٣)، ويرى أبو حنيفة أنهما إذا جاءا يطلبان القصاص مجتمعين يقتصر أولاً في الإصبع لأننا لو بدأنا بالقصاص في اليد أبطلنا حق صاحب الإصبع في القصاص، ولو بدئ بالإصبع لم يبطل حق صاحب اليد في القصاص، لأنه يمكن من استيفائه مع النقصان ويخير صاحب اليد بين القصاص والدية، لأن الكف صارت معيبة بقطع الإصبع فوجد حقه ناقصاً فيثبت له الخيار كالأشل إذا قطع يد الصحيح، وإذا جاءا متفرقين فإن جاء صاحب الإصبع أولاً اقتصر له حتى إذا جاء صاحب

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤١٣، المغني ج ٩ / ص ٤٤٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٠.

(٣) المواهب ج ٦ / ص ٢٥٦، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٦.

اليَدِ خَيْرٌ عَلَى الْوَجْهِ السَّابِقِ، أَمَا إِذَا جَاءَ صَاحِبُ الْيَدِ أَوَّلًا اقْتَصَصَ لَهُ، لِأَنَّهُ حَقُّهُ ثَابِتٌ فِي الْيَدِ وَلَا يَجُوزُ مَنَعُهُ مِنْ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ لِحَقِّ غَائِبٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَحْضُرَ وَيَطَالِبُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَحْضُرَ وَلَا يَطَالِبُ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُ الْإِصْبَعِ بَعْدَ ذَلِكَ أَخَذَ الْأَرَشَ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْقَصَاصِ ^(١).

وَيُرَى الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ أَنَّهُمَا إِذَا حَضَرَا مَعًا قَدِمَ فِي الْقَصَاصِ صَاحِبُ الْأَسْبِقِيَّةِ فِي الاسْتِحْقَاقِ، فَإِنْ كَانَ قَطَعَ الْإِصْبَعِ أَسْبَقَ قَطَعَتْ إِصْبَعُهُ قَصَاصًا، وَخَيْرُ صَاحِبِ الْيَدِ بَيْنَ الْعَفْوِ إِلَى الدِّيَةِ وَبَيْنَ الْقَصَاصِ وَأَخَذَ دِيَةَ الْإِصْبَعِ لِأَنَّهُ وَجَدَ بَعْضَ حَقِّهِ، فَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَوْجُودِ إِلَى الدِّيَةِ وَبَيْنَ الْقَصَاصِ وَأَخَذَ دِيَةَ الْإِصْبَعِ لِأَنَّهُ وَجَدَ بَعْضَ حَقِّهِ، فَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَوْجُودِ وَأَخَذَ بَدَلَ الْمَفْقُودِ، وَيُرَى بَعْضُ فُقَهَاءِ مَذْهَبِ أَحْمَدَ أَنَّ لَهُ الْقَصَاصَ فَقَطْ وَلَيْسَ لَهُ دِيَةُ الْإِصْبَعِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْمَعُ فِي عَضْوٍ وَاحِدٍ بَيْنَ قَصَاصٍ وَدِيَةٍ، وَإِنْ كَانَ قَطَعَ الْيَدَ سَابِقًا عَلَى قَطْعِ الْإِصْبَعِ قَطَعَتْ يَمِينَهُ قَصَاصًا وَلِصَاحِبِ الْإِصْبَعِ أَرْشَهَا ^(٢).

وَيُقَاسُ عَلَى مَا سَبَقَ مَا لَوْ قَطَعَ إِصْبَعُ رَجُلٍ مِنْ مَفْصَلٍ ثُمَّ قَطَعَ إِصْبَعُ آخَرَ مِنْ مَفْصَلَيْنِ ثُمَّ قَطَعَ إِصْبَعٍ ثَالِثَ كِلَاهُمَا، وَذَلِكَ كُلُّهُ فِي إِصْبَعٍ وَاحِدَةٍ كَالسَّبَابَةِ مَثَلًا.

فَعِنْدَ مَالِكٍ تَقْطَعُ السَّبَابَةُ لَهُمْ جَمِيعًا وَلَا شَيْءَ لَهُمْ إِلَّا إِذَا كَانَ الْجَانِي قَدْ قَصَدَ الْمِثْلَةَ بِهِمْ فَيَقْطَعُ الْمَفْصَلَ الْأَوَّلَ لِلأَوَّلِ، وَالْمَفْصَلَ الثَّانِي لِلثَّانِي، وَالْمَفْصَلَ الثَّالِثَ لِلثَّالِثِ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ جَاؤُوا جَمِيعًا يَقْطَعُ الْمَفْصَلَ الْأَعْلَى لِصَاحِبِ الْمَفْصَلِ الْأَعْلَى، ثُمَّ يَخِيرُ صَاحِبُ الْمَفْصَلَيْنِ، إِنْ شَاءَ اسْتَوْفَى حَقَّهُ قَصَاصًا مِنَ الْمَفْصَلِ الْأَوْسَطِ وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْأَرَشِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ثُلْثِي دِيَةِ إِصْبَعِهِ كَامِلَةً مِنْ مَالِ الْقَاطِعِ، وَيَسْلُكُ أَبُو حَنِيفَةَ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُجْنِيِّ عَلَيْهِمْ فِي مِثْلِ مَا قَطَعَ مِنْهُ، فَيَجِبُ إِيفَاءُ حَقُوقِهِمْ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَذَلِكَ فِي الْبَدَايَةِ بِمَا لَا يَسْقُطُ حَقُّ بَعْضِهِمْ، فَالْبَدَايَةُ بِقَطْعِ الْمَفْصَلِ الْأَعْلَى لَا تَسْقُطُ حَقُّ الْآخَرِينَ فِي الْقَصَاصِ أَصْلًا لِإِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ حَقِّيهِمَا مِنَ النِّقْصَانِ، وَلَكِنْ الْبَدَايَةُ بِالْقَصَاصِ لِصَاحِبِ الْإِصْبَعِ تَسْقُطُ حَقُّ صَاحِبِ الْمَفْصَلِ وَصَاحِبِ الْمَفْصَلَيْنِ، أَمَا إِذَا جَاؤُوا مُتَفَرِّقِينَ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُ الْإِصْبَعِ أَوَّلًا قَطَعَتْ لَهُ الْإِصْبَعُ، فَإِذَا جَاءَ الْآخَرَانِ فَلَهُمَا أَرَشٌ مَا قَطَعَ مِنْهُمَا، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُ الْمَفْصَلَيْنِ أَوَّلًا يَقْطَعُ لَهُ الْمَفْصَلَانِ، وَلِصَاحِبِ الْمَفْصَلِ الْأَعْلَى الْأَرَشَ، وَلِصَاحِبِ الْإِصْبَعِ الْخِيَارَ بَيْنَ أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ الْمَفْصَلِ الْبَاقِي وَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ دِيَةَ الْإِصْبَعِ، وَإِذَا جَاءَ صَاحِبُ الْمَفْصَلِ أَوَّلًا فَهُوَ كَمَا لَوْ جَاؤُوا مَعًا ^(٣).

أَمَا الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ فَعِنْدَهُمَا يَقْتَصُّ أَوَّلًا لِمَنْ جُنِيَ عَلَيْهِ أَوَّلًا، فَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْإِصْبَعِ هُوَ الَّذِي جُنِيَ عَلَيْهِ أَوَّلًا اقْتَصَصَ لَهُ وَلِلْآخَرِينَ الْأَرَشَ فِيمَا قَطَعَ مِنْهُمَا، وَإِنْ قَطَعَ

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٠، ٣٠١.

(٢) المهذب ج ٢ / ص ١٩٥، ١٩٦، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤١٢.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠١.

صاحب المفصلين أولاً اقتص له ولصاحب المفصل أرش ما قطع منه، وخُير صاحب الإصبع بين أن يقتص في المفصل الباقي ويأخذ أرش مفصليه عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد أو يقتص فقط ولا شيء كما يرى بعض فقهاء مذهب أحمد وبين أن يأخذ دية إصبعه كاملة، وإذا قطع صاحب المفصل أولاً اقتص له، فإذا كان صاحب الإصبع هو الثاني خُير على الوجه السابق، فإن اقتص تعين حق صاحب المفصلين في الدية، وإن أخذ الدية ولم يقتص خُير صاحب المفصلين بين أن يقتص من مفصل واحد على الوجه السابق وما فيه من خلاف وبين أخذ الدية، وإن كان صاحب المفصلين هو الثاني في القطع خُير بين القصاص والدية ثم خُير بعده صاحب الإصبع^(١).

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

٣١٨ - تكرر أفعال الجاني: وإذا قطع المفصل الأعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثاني منها، فيرى مالك القصاص من المفصل الثاني إلا إذا كان الجاني يقصد المثلة فيقطع المفصلان واحداً بعد واحد^(٢).

ويرى أبو حنيفة القصاص في المفصل الأول ولا قصاص عنده في المفصل الثاني وعليه أرشه، وكذلك الحكم عنده لو قطع إصبع رجل ثم قطع كفه بعد ذلك، أو لو قطع الكف ثم قطع الساعد، فعليه القصاص فيما قطعه أولاً فقط، وحجة أبي حنيفة أنه حين القطع الأول كان هناك تماثل بين المجني عليه والجاني، أما في القطع الثاني فلم يكن التماثل متحققاً لأن المجني عليه كان مقطوعاً والجاني سليماً، ولكنَّ محمداً وأبا يوسف يفرقان بين ما إذا كان القطع الثاني قبل بُرء الأول أو بعد البرء، فإن كان قبل البرء فالفعالان جنائية واحدة والقصاص من القطع الثاني، وإن كانت بعد البرء فهما جنائتان متفرقتان ويجب القصاص في الأولى دون الثانية^(٣).

والقياس عند الشافعي وأحمد يؤدي إلى مثل رأي أبي يوسف ومحمد، أما إذا كان القطع الثاني بعد القصاص من قطع المفصل الأول، فالمماثلة متوفرة والقصاص في الثاني لا خلاف فيه.

وإذا قطع غيره المفصل الأعلى، ثم جاء الجاني فقطع المفصل الثاني، فلا قصاص في المفصل الثاني اتفاقاً لانعدام المساواة بين إصبع القاطع الثاني والمقطوع^(٤).

(١) المغني ج ٩ / ص ٤٥٧، ٤٥٨، المهذب ج ٢ / ص ١٩٦.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ / ص ٢٣٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠١.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠١.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠١.

وإذا قطع الجاني نصف المفصل الأعلى ثم عاد فقطع النصف الثاني لهذا المفصل فإن كان القطع الثاني بعد براء الأول، فهما جنايتان مستقلتان، ولا قصاص فيهما عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد حيث لا قصاص عندهم في غير مفصل، أما عند مالك فعليه القصاص في الجنايتين لأن القصاص في العظام عنده واجب إذا كان ممكناً وغير مخوف، وإذا كان القطع الثاني قبل براء الأول فعند مالك القصاص من القطع الثاني فقط ما لم يكن الجاني قد قصد المثلة فيقتص من القطعين، وعند أبي حنيفة أيضاً يقتص من القطع الثاني؛ لأن الفعلين يعتبران جناية واحدة، والقطع الثاني من مفصل، وليس في مذهب الشافعي وأحمد ما يخالف رأي أبي حنيفة^(١).

وإذا قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم إن أحدهما بعد ذلك قطع من الآخر الذراع من المرفق، فلا يرى أبو حنيفة القصاص، لأن القصاص فيما دون النفس عنده يقتضي المساواة في الأرض، لأنه يسلك بما دون النفس مسلك الأموال، وفي هذه الحالة لا يعرف التساوي، لأن الذراع ليس له أرض مقدر، ويخالفه أبو يوسف وزفر ويقولان بالقصاص؛ للتساوي والمماثلة ولأن القطع من مفصل^(٢).

وعند مالك والشافعي وأحمد القياس يقتضي القصاص، لأنهم لا يسلكون بالأطراف مسلك الأموال، ولا يشترطون التساوي في الأرض.

٣١٩ - التداخل: معنى التداخل هو أن يدخل قصاص تحت آخر ويعتبر منفذاً بتنفيذ هذا الآخر، فلو قطع الجاني يد رجل ثم قتله، فيرى مالك أن القصاص في الطرف يدخل في القصاص في النفس، فلا يقتص في الطرف اكتفاء بالقصاص في النفس، إلا إذا كان الجاني قد قطع بقصد المثلة ففي هذه الحالة فقط يقتص من الطرف قبل القصاص من النفس^(٣).

ويرى أبو حنيفة والشافعي أن اليد لا تدخل في النفس سواء كان القتل بعد براء القطع أو قبله، وللولي الخيار إن شاء قطع يده ثم قتله وإن شاء اكتفى بالقتل، ويرى أبو يوسف ومحمد أن اليد تدخل في النفس إذا كان القطع قبل البرء؛ لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس، بل يدخل ما دون النفس في النفس، أما إذا برئ القطع قبل القتل فلا تدخل اليد في النفس لأن حكمها استقر قبل القتل^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٢.

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٦.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٣، المهذب ج ٢ / ص ١٩٥.

في مذهب أحمد اتفاق على أن القطع إذا برئ قبل القتل فلا يدخل ما دون النفس في النفس، أما إذا كان القتل قبل براء القطع فقد اختلفوا، ففريق يرى دخول ما دون النفس في النفس، وفريق يرى أنه لا يدخل.

وإن قطع يد رجل وقتل آخر، فعند مالك يندرج الطرف في النفس، فيقتل فقط ولا تقطع يده.

وعند أبي حنيفة والشافعي وأحمد تقطع يده أولاً سواء تقدم أو تأخر لأن تقديم القتل يسقط من المقطوع، وإذا تقدم القطع لم يسقط حق المقتول، والقاعدة أنه إذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز إسقاط أحدهما^(١)، وإذا كان أحد الفعلين عمداً والثاني خطأ فلا تداخل، واعتبر كلاً منهما بحكمه، سواء كان الثاني بعد براء الأول أو قبله، لأنهما جنايتان مختلفتان، فلا احتمالان التداخل، ويعطى لكل جناية حكمها، ففي العمد القصاص، وفي الخطأ الدية^(٢).

أما إذا كان الفعلان خطأً أو شبه عمد، فيفرق الفقهاء بين ما إذا كان القتل بعد براء 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 براء 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 سرايتها بالقتل، فلا يسقط ضمانها كما لو اندملت، ولكنه رأي مرجوح في المذهب^(٣).

وإذا تعدد الجناة فقطع أحدهم يده مثلاً والثاني رجله ثم قتله ثالث، فلا يدخل ما دون النفس في النفس كيفما كان بعد البرء أو قبله، لأن التداخل أساسه أن يكون الفاعل واحداً.

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

(١) المغني ج ٩ / ص ٣٩٦، وتراجع ص ٣٨٦.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٣.

(٣) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٦، المغني ج ٩ / ص ٣٨٧، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٥.

دون النفس وتبين أن الفعل وقع قتلاً من حين وجوده، وإذا لم يكن متعمداً القتل فلا قصاص؛ لأن الفعل قتل شبه عمد، ولا قصاص في شبه العمد.

٣٢٢ - السراية إلى النفس من فعل مباح أو مأذون فيه: هناك أفعال مأذون فيها وأفعال مباحة، فلو أتى الإنسان فعلاً من هذه الأفعال فسرى إلى النفس، فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان المأذون فيه أو المباح النفس أو ما دونها، فإن كانت النفس مباحة كالمهدر دمه أو مأذوناً في إتلافها كالمحكوم عليه بالقتل قصاصاً فلا عقوبة على الجرح إذا سرى إلى النفس ولا عقوبة عليه من باب أولى إذا لم يسر للنفس، وهذا مسلم به من الجميع، إلا أنهم اختلفوا في حالة ما إذا استحق شخص قتلاً قصاصاً على آخر، فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك، فرأى مالك وأبي حنيفة أن العافي مسؤول عن قطع اليد، ورأى الشافعي وأحمد ومعهما أبو يوسف ومحمد أن لا مسؤولية عليه، وقد بينا أدلة الفريقين من قبل في العفو عن النفس.

أما إذا كان المباح أو المأذون فيه هو ما دون النفس، كقطع يد السارق أو قطع عضو من الجاني قصاصاً أو تأديب الزوجة والابن والتلميذ، فقد اختلف نظر الفقهاء في مسؤولية الجاني، وسنبين فيما يأتي تفصيل ذلك.

تكلمنا فيما سبق على استعمال الحق وأداء الواجب فلا يفيد القول فيه، وبقي بعد ذلك أن نتكلم على سراية القود.

٣٢٣ - سراية القود: إذا اقتصر شخص من طرف الجاني فسرى القصاص إلى نفس الجاني ومات فلا مسؤولية على المقتصر عند مالك والشافعي وأحمد، لأن السراية من فعل مأذون فيه ولا عقوبة عليه وما تولد عن المأذون فيه يعتبر مأذوناً فيه ضمناً فلا عقاب عليه، وبذلك قضى عمر وعلي رضي الله عنهما، فعندهما أن من مات من حد أو قصاص لا دية له، وشأن القصاص شأن الحد في السرقة، فإنه قطع مستحق مقدر، فإذا لم تضمن سرايته في السرقة فلا تضمن في القصاص.

ويرى أبو حنيفة أن من قطع طرف آخر قصاصاً فمات من ذلك ضمن ديته لأنه استوفى غير حقه إذ حقه القطع، وهو قد أتى بالقتل، لأن القتل اسم لفعل يؤثر في فوات الحياة عادة وقد وجد، وكان القياس أنه يجب القصاص، إلا أنه سقط للشبهة الناشئة عن استحقاق الطرف فدرئ القصاص ووجب الدية، ويرى أبو حنيفة أن الأمر في إقامة حد السرقة لا يختلف عن هذه الحالة إلا أن الضرورة إلى عدم إيجاب الضمان على الإمام؛ لأن إقامة الحد واجب عليه، والتحرز عن السراية ليس في وسعه، فلو أوجب عليه الضمان لامتنع الأئمة عن إقامة الحدود، وفي تعطيل الحدود إخلال بالنظام العام، أما القطع قصاصاً فليس بواجب على مستحق القصاص دائماً 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 لا ضمان على المقتص (١).

٣٢٤ - السراية إلى ما دون النفس: إذا كان الفعل مباحاً أو مأذوناً فيه فسرى إلى ما دون النفس، كأن قطع إصبعاً قصاصاً فشلت اليد، أو ضرب زوجته على ذراعها فأتلفه، فالحكم هو ما ذكر في السراية إلى النفس على الاختلاف والوفاق الذي ذكر من قبل. أما إذا كان الفعل غير مباح ولا مأذون فيه، فيفرق بين ما إذا كانت السراية لمعنى أو لعضو.

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 الجنائي يجوز فيه القصاص أو لا يجوز.

فإذا كان يجوز فيه القصاص كما لو شجّه مُوضحة فأذهب بصره، فيرى مالك والشافعي وأحمد (٢) أن يقتص من الشجة فإن ذهب البصر بالقصاص من الشجة فقد أخذ المجني عليه حقه، وإن لم يذهب عولج علمياً بما يزيل الإبصار دون جناية على الحدة، فإن لم يزل الإبصار مع ذلك ففيه الدية.

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص في الشجة ولا في البصر وفيهما الأرش، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص في الموضحة والدية في الإبصار، 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 جناية 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 الشجة تبقى بعد ذهاب البصر، وحدث السراية يوجب تغيير الجناية، كالقطع إذا سرى إلى النفس فإنه لا يبقى قطعاً بل يعتبر قتلاً، وهنا الشجة لم تتغير فدل ذلك على أن ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب، والجناية بالتسبب لا توجب القصاص (٣).

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 المجني عليه حقه، وإلا أخذ أرش الفعل والمعنى، وهذا رأي مالك والشافعي وأحمد.

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٧٣، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٥، المهذب ج ٢ / ص ٢٠٢.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٧٢، المغني ج ٩ / ص ٤٣٠.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٧.

أما أبو حنيفة وأصحابه فلا يرون القصاص اتفاقاً ما دام الفعل لا يقتص منه .

٣٢٦ - السراية لعضو : يختلف الحكم في السراية لعضو بحسب ما إذا كانت الجناية مما يقتص فيه أو مما لا يقتص فيه ، فإن كانت الجناية مما لا يقتص فيه فلا قصاص في الجناية ولا في سرايتها وفيهما الدية أو الأرش باتفاق ، وإن كانت الجناية مما يقتص فيه فقد اختلف الفقهاء في ذلك ، فيرى مالك والشافعي أن القصاص في الجناية فقط لا فيما سرت إليه ، فإن أدى القصاص إلى مثل ما أدت إليه الجناية فقد استوفى المجني عليه حقه ، وإن لم يحصل في الجاني مثل ما حصل في المجني عليه فدية ما سرت إليه الجناية في مال الجاني ، فمثلاً إذا قطع إصبع رجل فتأكل منه الكف وجب القصاص في الإصبع فقط لأنه أتلفه بجناية عمد ولا يجب في الكف لأنه يباشره بالإتلاف^(١) .

ويرى أحمد القصاص فيما سرت إليه الجناية كلما كانت السراية إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة مثل أن يقطع إصبعاً فتتأكل أخرى وتسقط أو تتأكل الكف وتسقط فالإصبع الأخرى التي سرت إليها الجناية والكف التي سرت إليها الجناية كلاهما يمكن مباشرته بالإتلاف فيقتص فيهما لذلك ، وحجة أحمد في ذلك أن ما وجب فيه القود بالجناية يجب بالسراية كما هو الحال في النفس حيث يقتص من النفس في حالة السراية إليها إذا كان الفعل الأصلي الجرح أو القطع مما يجب فيه القصاص ، فإذا سرت الجناية إلى ما لا يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة فالقصاص في الجناية دون السراية ، كمن قطع إصبعاً فشلت الكف أو شلت بجوارها إصبع أخرى فالشلل لا يمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة فامتنع فيه القصاص ووجبت الدية فيما حدث فيه الشلل^(٢) .

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الجناية إذا حصلت في عضو فسرت إلى عضو آخر والعضو الآخر لا قصاص فيه فلا قصاص في العضو الأول أيضاً ، فإذا قطع إصبعاً من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد ؛ لأن الموجود من القاطع قطع مثل الكف ولا يمكن الإتيان بمثله على وجه المماثلة فيمتنع القصاص^(٣) .

وفضلاً عن هذا فإن الجناية واحدة فلا يجوز أن يجب بها ضمانان مختلفان ، هما القصاص والمال ، خصوصاً عند اتحاد المحل لأن الكف مع الإصبع بمنزلة عضو واحد .

وكذلك الحكم لو قطع مفصلاً من إصبع فشل ما بقي أو شلت الكف ، فإن قال المقطوع أنا أفطع المفصل وأترك الباقي فليس له ذلك لأن الجناية وقعت غير موجبة القصاص من الأصل ؛ لأن القطع جاء قطعاً مشلاً للكف والاستيفاء على وجه المماثلة غير

(١) المهذب ج ٢ / ص ١٩٤ ، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٨ ، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٥ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٤٧٠ وما بعدها .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

ممکن فيمتنع القصاص، ومثل ذلك ما لو شجّه فقتله فليس له أن يقتص منه موضحة ويترك الباقي [هذا جائز عند الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد].

يتعدد أبو حنيفة فيما سبق مع أصحابه إلا أنهم اختلفوا في الحالات التي يمكن القول فيها بأن المحل متعدد لا متحد، فمثلاً إذا قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى، فأبو حنيفة لا يرى القصاص تطبيقاً للقاعدة التي سلفت، ولأنه يرى أن المحل متحد، أما أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن فيرون القصاص في الأولى والأرّش في الثانية؛ لأنّ المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكماً وإن كان متحداً حقيقة لتعدد أثره وهنا تعدد الأثر فيجعل فعليين ويفرد كل واحد منهما بحكمه، ففي الأول القصاص وفي الثانية الدية.

وإذا قطع إصبعاً فسقطت إلى جنبها أخرى فلا قصاص عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد القصاص في الأولى أي فيما قطع والدية فيما سقط، بل إن محمداً يرى - من رواية ابن سماعة - القصاص من الاثنين، لأنّ 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 إصبعاً عمداً فسقطت معها الكف من المفصل فلا قصاص عند أبي حنيفة؛ لأنّ استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر ولأنّ الكف مع الإصبع عضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكماً 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 الإصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء إلى محله كما تتحقق من اليد للنفس والإصبعان 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 المماثل لمحل الجناية، فإذا فات محل القصاص لأي سبب كمرض أو آفة أو باعتداء أو نتيجة استيفاء حق أو عقوبة سقط القصاص؛ لأنّ محله انعدام ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله، وإذا سقط القصاص لم يجب للمجني عليه شيء عند مالك أيّاً كان سبب السقوط؛

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٧.

لأن حق المجني عليه في القصاص عيناً فإذا سقط القصاص فقد سقط حق المجني عليه، وهذا تطبيق دقيق لنظرية مالك من أن موجب العمد هو القصاص عيناً وللمجني عليه عند مالك إذا ذهبت الجارحة ظلماً أن يقتصر من قاطعها ظلماً لأن حقه في القصاص ينتقل من المقطوع ظلماً إلى قاطعه^(١).

وأما أبو حنيفة - وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عيناً - فيفرق بين ما إذا فات محل القصاص بأفة أو مرض أو ظلماً، وبين فواته بحق تنفيذ عقوبة أو استيفاء قصاص، وفي الحالة الأولى لا يجب للمجني عليه شيء، أما في الحالة الثانية فيجب له الدية بدلاً من القصاص لأن الجاني قضى بالطرف أو الجارحة التي فاتت حقاً مستحقاً عليه فصار كأنه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ أو غيره^(٢).

وعند الشافعي وأحمد للمجني عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيّاً كان سبب ذهاب محل القصاص؛ لأن موجب العمد أحد شيئين غير عين القصاص فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجباً.

٣٢٩ - العفو: العفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجاناً أو على الدية، وهو في الحالين إسقاط من جانب المجني عليه لا يحتاج إلى رضا الجاني، ويعتبر التنازل عن القصاص مجاناً عافياً والتنازل عن القصاص على الدية عافياً أيضاً؛ لأن كليهما يسقط حقاً 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 مجاناً 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 مجاناً، أما التنازل على الدية فليس عفواً عندهما، وإنما هو صلح لأنه يتوقف بحسب نظريتهما على رضا الجاني بدفع الدية؛ لأنهما يريان أن الواجب هو القصاص عيناً.

٣٢٠ - من يملك العفو؟: يملك حق العفو المجني عليه البالغ العاقل، فإذا لم يكن بالغاً أو عاقلاً ملكه وليه عند الشافعي وأحمد، أما عند مالك وأبي حنيفة فلا يملكه الولي ولا الوصي، وإنما يملكه حق الصلح فقط، وسلطة الولي عند الشافعي مقيدة بأن يعفو على الدية بشروط تكلمنا عنها سابقاً.

أما المجني عليه البالغ العاقل فله أن يعفو مجاناً أو يعفو على الدية.

٣٣١ - وإذا عفا المجني عليه عن القصاص، أو عفا وليه على الدية عند الشافعي

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢١٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٦، ٢٩٨.

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

الصلح

٣٣٢ - يجوز للمجني عليه ولوليه ووصيه - إن كان غير بالغ أو غير عاقل - الصلح على القصاص بمقابل قد يساوي الدية وقد يزيد عليها، وليس للولي أو الوصي أن يصلح على أقل من الدية فإن صالح على أقل منها صح الصلح وسقط القصاص، ولكن للمجني 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 فليراجع.

العقوبات الأصلية الثانية

التعزير :

٣٣٣ - يرى مالك أن يعزر الجاني على ما دون 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 عُزر 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 ولتناهيه الناس عن ارتكاب الجريمة، وأن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤٦، المهذب ج ٢ / ص ٢١٢، المغني ج ٩ / ص ٤٧٢، مواهب الجليل ج ٥ / ص ٨٦، ٨٧، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٥.

الجاني إذا كان اقتصر منه بمثل ما فعل في المجني 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 : ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة : ٤٥] 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 تعجز عن رد الجاني فلا شك أن عقوبة التعزير أعجز عن رده وتهذيبه .

٣٣٤ - وإذا كان الأئمة الثلاثة لا يوافقون على جعل التعزير عقوبة أصلية فليس عندهم ما يمنع من جعل التعزير عقوبة بدلية في حالة سقوط القصاص أو امتناعه لسبب من الأسباب إذا رأى أولياء الأمر ذلك ، فيقضى التعزير سواء حلت الدية محل القصاص أو عُفي عن الدية .

أما تقدير عقوبة التعزير وبيان نوعها فهذا متروك للسلطة التشريعية المختصة تختار نوع العقوبة وقدرها ، أو تترك للقاضي أن يختار العقوبة من بين العقوبات التعزيرية المحددة ، أو التي تحددها له .

العقوبات البدلية

أولاً : الدية :

٣٣٥ - الدية : هي العقوبة البدلية الأولى لعقوبة القصاص ، فإذا امتنع القصاص لسبب من أسباب الامتناع أو سقط لسبب من أسباب السقوط وجبت الدية ما لم يعف الجاني عنها أيضاً .

٣٣٦ - والدية كعقوبة لما دون النفس تكون عقوبة بدلية إذا حلت محل القصاص وهو عقوبة الجناية على ما دون النفس عمداً ، وتكون الدية عقوبة أصلية إذا كانت الجناية شبه عمد لا عمداً محضاً ، وقد بينا من قبل أن الشافعي وأحمد يقولان بشبه العمد فيما دون النفس .

٣٣٧ - والدية سواء أكانت عقوبة أصلية أو تبعية يقصد منها - إذا أطلقت - الدية الكاملة وهي مائة من الإبل ، أما ما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

٣٣٨ - والأرش على نوعين : أرش مقدر وأرش غير مقدر ، فالأول هو ما حدد

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٧ ، شرح الدردير ج ٤ / ص ٣٢٤ .

الشارع مقداره كأرشف اليد والرجل، والثاني هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره، ويسمى هذا النوع من الأرشف حكومة.

٣٣٩ - وتجب الدية بتفويت مصلحة الجنس على الكمال: كإتلاف اليدين، ففي إتلافهما تفويت لمنفعة الجنس على الكمال، أما الأرشف فيجب في تفويت بعض منفعة الجنس دون بعضها الآخر كإتلاف يد واحدة أو إصبع واحدة، ففي اليد الأرشف وفي الإصبع الأرشف.

٣٤٠ - ما تجب فيه الدية الكاملة: تجب الدية الكاملة بتفويت منفعة الجنس وتفويت الجمال على الكمال، وهي تفويت بإبانة كل الأعضاء التي من جنس واحد أو بإذهاب معانيها مع بقاء صورتها، والأعضاء التي تجب فيها الدية أربعة أنواع: نوع لا نظير له في البدن، ونوع في البدن منه اثنان، ونوع في البدن منه أربعة، ونوع في البدن منه عشرة، وقد اختلف الفقهاء في تحديد الأعضاء التي تدخل تحت هذه الأنواع ولكنه اختلف 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 الغائط، الجلد، شعر الرأس، شعر اللحية.

النوع الثاني: الأعضاء التي في البدن منها اثنان وهي:

اليدين، الرجلان، العينان، الأذنان، الشفتان، الحاجبان، الشديان، الأنثيان، الشفران، الإليتان، اللحيان.

النوع الثالث: ما في البدن منه أربعة وهو:

أشفار العينين - أي منابت الأهداب - الأهداب نفسها وهي الأشعار.

النوع الرابع: ما في البدن منه عشرة وهو:

أصابع اليدين، أصابع الرجلين.

٣٤١ - والمعاني تجب في ذهابها الدية الكاملة، ومثلها: العقل والبصر والشم والسمع والذوق والجماع والإيلاد والمشي والبطش والكلام، وسنتكلم عن المعاني بعد الكلام عن الأعضاء؛ فنستوفي الكلام عن إبانة الأعضاء ثم نتكلم عن إذهاب المعاني.

٣٤٢ - الأنف: تجب الدية في مارن الأنف وهو ما لان من الأنف، لما روي عن الرسول ﷺ أنه قال: «في الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية» ولأنه عضو فيه جمال الظاهر 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 وجهه في مذهب أحمد أن على الجاني الدية في المارن وحكومة في القصبة، ويرى مالك وأبو حنيفة ورأيهما وجهه في مذهب أحمد أن على الجاني الدية فقط لأن المارن والقصبة عضو واحد إلا إذا قطع المارن فبرئ ثم قطع بعد البرء القصبة ففيها حينئذ حكومة^(١).

٣٤٣ - اللسان: تجب الدية في اللسان لقوله ﷺ في كتاب عمرو بن حزم: «وفي اللسان الدية» ولأن فيه جمالاً ومنفعة، والدية تجب في اللسان الناطق فإن جنى على لسانه فخرس وجبت عليه الدية كاملة ولو بقي اللسان لأنه أُلِفَ 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 الجنائية أذهبت ذوق الأخرس أم لم تذهبه، فإن كانت أذهبت ففي اللسان الدية، وإن كانت لم تذهبه ففي اللسان حكومة، وفي مذهب أحمد من يرى أن الدية لا تجب في لسان الأخرس إطلاقاً، ومنهم من يفرق بين ما إذا كانت الجنائية أذهبت الذوق أم لا، فإن لم يكن الذوق أذهب فرأي يرى حكومة ورأي يرى ثلث الدية^(٢)، 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 ﷺ في كتاب عمرو بن حزم: «في الذكر الدية» ولأنه عضو لا نظير له في البدن في الجمال والمنفعة فكملت فيه الدية كالأنف واللسان، وفي شلل الذكر دية لأن الشلل ذهب بنفعه، وتجب الدية في ذكر الصغير والكبير والشيخ والشباب، 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 رأي، ونسبة ما قطع إلى كل الذكر على رأي آخر، وفي ذكر الخصي والعنين الدية عند الشافعي، وهو وجه في مذهب مالك، ومذهب أحمد: العضو سليم في نفسه والمانع من الجماع راجع لغيره، ويرى أبو حنيفة أن في ذكر الخصي والعنين حكومة لأن العبرة عنده بالقدرة على الإيلاج، وهذا وجه في مذهب مالك، أما الوجه الثاني في مذهب أحمد لا يرى في ذكر العنين والخصي حكومة وإنما

(١) المهذب ج ٢ / ص ٢١٦، المغني ج ٩ / ص ٥٩٩، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، ٣١٢.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٢، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٣٠، المهذب ج ٢ / ص ١١٧ وما بعدها، المغني ج ٩ / ص ٦٠٤ وما بعدها.

يرى في كل منهما ثلث الدية^(١)، وفي عسيب الذكر - أي الذكر دون الحشفة - الحكومة بإجماع.

٣٤٥ - الصلب: وتجب في الصلب الدية، لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال: «قضت السنة أن في الصلب الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي الأنثيين الدية» ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة، وإذا كسر الصلب فلم ينجز الكسر ففيه الدية على رأي في مذهب أحمد، وعلى الرأي الآخر الذي يتفق مع آراء باقي الفقهاء فيه حكومة ما دام لا يعطل منفعة المشي أو الجماع فإن ذهب بالكسر منفعة المشي والجماع ففيه الدية، وإن احدوذب الظهر ولم تذهب منفعة ما ففيه حكومة، وإن ذهب المشي والجماع معاً ففريق يرى فيهما دية واحدة وفريق يرى فيهما ديتين^(٢).

٣٤٦ - مسلك البول ومسلك الغائط: إذا أتلّف مسلك البول فلم يعد يستمسك البول أو أتلّف مسلك الغائط فلم يعد يستمسك الغائط؛ ففي كل واحد منهما الدية لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة وليست في البدن مثله، فوجب في تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء التي لا نظير لها في البدن، فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها؛ والنفع بهما كثير والضرر بهما عظيم، فكان في كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر، وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة، وهذا متفق عليه بين الفقهاء، ولكن في مذهب مالك رأياً بأن في كل من المسلكين حكومة^(٣).

٣٤٧ - الجلد: يرى الشافعي أن الدية تجب في الجلد إن سلخ جميعه، ويندر أن يعيش إنسان يسلخ كل جلده، ويرى مالك أن الدية تجب في الجلد إذا فعل الجاني فعلاً جزمه أو برصه أو سوده، ولا يشترط أن يعم التجريم أو التبريص أو التسويد كل الجلد، كذلك يوجب مالك الدية في جلد الرأس.

أما أبو حنيفة وأحمد فلا يوجبان الدية في الجلد إطلاقاً ويريان الحكومة في هذه الحالات^(٤).

٣٤٨ - شعر الرأس وشعر اللحية والحاجبين: يرى أبو حنيفة أن الدية تجب في إزالة

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦١، ٢٦٣، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٣٠، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٢، المغني ج ٩ / ص ٦٢٧.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٢، المغني ج ٩ / ص ٦٢٦.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٣، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٣، المغني ج ٩ / ص ٦٣٣.

(٤) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٢، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣١٤.

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 يجعل الدية أيضاً في شعر الحاجبين، ويشترط كأبي حنيفة عدم الإنبات^(١).

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^(٢).

٣٤٩ - اليدان: تجب الدية في اليدين لما روى معاذ عن رسول الله ﷺ قال: « في اليدين الدية » ويجب في إحدى اليدين نصف الدية لما روي أن رسول الله ﷺ 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 بعد مفصل 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 الشافعي وبعض فقهاء مذهب أحمد، وقال به أبو حنيفة ومحمد، ومن رأى أن اليد اسم للجميع حتى المنكب قال بأن في الكف وما زاد عليها نصف الدية؛ لأن ما زاد على الكف كله معتبر يداً، وقد أخذ بهذا الرأي مالك ومعظم الفقهاء في مذهب أحمد وبعض فقهاء مذهب الشافعي وأبو يوسف من فقهاء مذهب أبي حنيفة، ومن المتفق عليه عند الجميع أن الحكومة في قطع الساعد الذي لا كف فيه، والخلاف منحصر في حالة قطعهما معاً.

ويجب في كل إصبع عشر الدية، لما روي أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بأن في كل إصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل، ولا يفضل إصبع على إصبع لما روي عمرو بن شعيب عن جده أن رسول الله ﷺ قال: « الأصابع كلها سواء عشر عشر من الإبل » ولأنه جنس ذو عدد تجب الدية فيه فتقسم على أعداده، وفي كل أنملة من غير الإبهام ثلث دية الإصبع، وفي كل أنملة من الإبهام نصف دية الإصبع لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع قسمت دية الإصبع على عدد أنامله، وإن جنى على يد فشلت أو

(١) المغني ج ٩ / ص ٥٩٧.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٢، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٣١، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٤، المغني ج ٩ / ص ٥٩٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٧، شرح الدردير ج ٤ / ص ٦٤٢.

على إصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب بشللها ما يجب في قطعها؛ لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب في إتلاف منفعتها ما وجب في إتلافها، وإن قطع يداً شلاءً أو إصبعاً شلاءً أو أنملة شلاء وجبت فيها الحكومة؛ لأنه إتلاف جمال من غير منفعة^(١)، وفي مذهب أحمد رأي بأن فيها ثلث الدية.

٣٥٠ - الرجلان: يجب على الرجلين الدية لما رواه معاذ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «في الرجلين الدية» وفي أحد الرجلين نصف الدية لما رواه عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ قال: «في الرجل نصف الدية» وفي الرجل نفس الخلاف الذي في اليد، فالبعض يرى أن لفظ الرجل يشمل القدم حتى نهاية الفخذ، والبعض يرى أنه يطلق على القدم فقط، وترتب على هذا الخلاف نفس ما ذكرناه في اليدين.

ويجب في كل إصبع من أصابع الرجلين عشر الدية، ويجب في كل أنملة غير الإبهام ثلث دية الإصبع، وفي كل دية من الإبهام نصف دية الإصبع، لما ذكر في اليد. وتجب الدية في قدم الأعرج ويد الأعسم إن كانتا سليميتين لأن العرج إنما يكون من قصر إحدى الساقين وذلك ليس ينقص في القدم، والعسم لقصر العضد أو الذراع أو اعوجاج الرسغ وذلك ليس ينقص في الكف، فلا يمنع هذا كمال الدية في القدم والكف^(٢).

٣٥١ - العينان: تجب الدية في العينين؛ لقوله ﷺ من كتاب كتبه لعمر بن حزم: «في العين خمسون من الإبل» فأوجب في كل عين خمسين فدل على أنه يجب في العينين مائة، وعين الأعور فيها نصف الدية عند أبي حنيفة والشافعي، وفيها الدية كاملة عند مالك وأحمد.

وتجب الدية بقلع العينين وبفقئتهما، كما تجب بذهاب الإبصار مع بقاء العينين قائمتين.

٣٥٢ - الأذنان: تجب الدية في الأذنين وفي إحداهما نصف الدية؛ لما روي أن النبي ﷺ 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 جمالاً ظاهراً ومنفعة مقصودة وهي أنها تجمع الصوت.

(١) البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٣٢ - ٣٣٦، المهذب ج ٢ / ص ٢٢١، المغني ج ٩ / ص ٦٢٠، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٢، ٢٤٦، ٢٤٧.

(٢) مواهب الجليل ج ٧ / ص ٣١١، ٣١٤، المهذب ج ٢ / ص ٢٢١، المغني ج ٩ / ص ٦٣٠، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٢، ٢٤٦، ٢٤٧، البدائع ج ٧ / ص ٢١٤، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٣١، المهذب ج ٢ / ص ٢١٥، المغني ج ٩ / ص ٥٨٥، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٢.

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 سليماً، وهذا ما يراه أبو حنيفة والشافعي وأحمد وبعض فقهاء مذهب مالك، وحجتهم أن الأذنين فيهما منفعة مقصودة هي أنها تجمع الصوت، ولكن بعض فقهاء مذهب مالك يرى في قطع الأذنين مع بقاء السمع سليماً حكومة؛ لأن الأذنين في رأيهم ليس فيهما منفعة وإنما فيهما جمال فقط وليس في الجمال إلا الحكومة^(١).

٣٥٣ - الشفتان: تجب الدية في الشفتين؛ لما روي أن رسول الله ﷺ كتب في كتاب عمرو بن حزم: «في الشفتين الدية» ولأن فيهما جمالاً ظاهراً ومنافع كثيرة، ويجب في إحداهما نصف الدية لأن كل شفتين وجب فيهما الدية وجب في إحداهما نصف الدية كالعينين والأذنين، وإن قطع بعض الشفة وجب فيه من الدية بقدره، فإن جنى عليهما فشلنا وجبت فيهما الدية لأنه أبطل منفعتهما، وإن تقلصتا شيئاً 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 ينبت، ويرى مالك والشافعي أن في إزالة شعر الحاجبين الحكومة فقط لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلا تجب فيه الدية، أما أبو حنيفة وأحمد فيريان أنه جمال مقصود لذاته والمنفعة ثابتة له ففيه الدية^(٣).

٣٥٥ - الثديان والحلمتان: تجب الدية في الثدي المرأة لأن فيهما جمالاً ومنفعة وتجب في إحداهما نصف الدية، وتجب الدية أيضاً كاملة في الحلمتين إذا قطعتا دون الثديين وفي إحداهما 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.

أما ثدي الرجل فليس فيهما إلا الحكومة عند مالك والشافعي لأن في ذهابهما ذهاب جمال من غير منفعة، وفي مذهب الشافعي من يرى في الثدي الرجل وحلمتيه الدية، ولكن هذا الرأي ليس المذهب، ولكنه يتفق مع مذهب أحمد فهو يرى أن في الثدي الرجل

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٤، المهذب ج ٢ / ص ٢١٦، المغني ج ٩ / ص ٥٩٣.

(٢) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢١٤، المهذب ج ٢ / ص ٢١٧، المغني ج ٩ / ص ٦٠٣.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، المغني ج ٩ / ص ٥٩٧، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٤، المواهب ج ٦ / ص ٢٤٧.

وحلمتيه الدية، وحجته أن ما وجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل، ولأنهما عضوان يحصل بهما الجمال وليس في البدن غيرهما.

ويرى أبو حنيفة أن في ثديي الرجل وحلمتيه حكومة، وقد بنى رأيه على أن ثديي الرجل وحلمتيه ليس فيهما جمال ولا منفعة^(١).

٣٥٦ - الأنثيان: تجب الدية في الأنثيين لما روي أن في كتاب الرسول لعمر بن حزم: «وفي البيضتين الدية» ولأن فيهما جمالاً ومنفعة فإن النسل يكون بهما وهما وكاء المشي، وفي كل واحدة منهما نصف الدية لأن وجوب الدية في شيئين يوجب نصفها في أحدهما، وإن أشل الأنثيين 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 الخصي والعنين فيه حكومة، ويرى هؤلاء جميعاً أنه إذا قطع الأنثيان مع الذكر مرة واحدة ففيهما ديتان: دية للأنثيين ودية للذكر، وكذلك الحكم لو قطع الذكر قبل الأنثيين، أما إذا قطع الأنثيان قبل الذكر ففي الأنثيين الدية وفي الذكر حكومة لأنه يصبح بعد قطع الأنثيين ذكر خصي وذكر الخصي فيه حكومة، أما القائلون بأن ذكر الخصي والعنين فيه الدية وهم الشافعية وبعض فقهاء مذهبي مالك وأحمد فيوجبون في قطع الذكر والأنثيين ديتان سواء قطعت الأنثيين قبل الذكر أم بعده^(٢).

٣٥٧ - الشفران: الشُّفْران أو الإسكَّتَان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم، وفي الشفرين دية كاملة إذا قطعاً حتى ظهر العظم، وفي أحدهما نصفها؛ لأن فيهما جمالاً ومنفعة في المباشرة وليس في البدن غيرهما من نوعهما^(٣)، فإن جنى عليهما حتى أشلهما ففيهما الدية لأنه أزال المنفعة كما لو أنه قطعهما.

٣٥٨ - الإليتان: يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن الدية تجب في الإليتين، وأن نصف الدية يجب في الإلية الواحدة؛ لأنهما عضوان من جنس واحد ليس في البدن نظيرهما، ولأن فيهما جمالاً ظاهراً ومنفعة كاملة، والإليتان هما ما علا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين، وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذي تحتهما، وفي ذهاب بعضهما

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، ٣٢٣، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٣، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٣، المغني ج ٩ / ص ٦٢٣.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٦٢٨، ٦٢٩، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٣، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٢٤، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦١.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٦٣٩، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٣، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦١.

بقدره؛ لأن ما وجبت الدية فيه كله وجبت في بعضه بقدره، فإن جهل مقدار البعض وجبت فيه حكومة لأنه نقص تعذر تقديره.

ويرى بعض فقهاء مذهب مالك أن في الإليتين حكومة فقط سواء أخذتا إلى العظم الذي تحتها أو ذهب بعضهما^(١)، ويرى البعض الآخر أن فيهما الدية.

٣٥٩ - اللحيان: يرى الشافعي وأحمد أن في اللحين الدية، وهما العظمان اللذان فيهما الأسنان السفلى؛ لأن فيهما نفعاً وجمالاً 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^(٢).

٣٦٠ - أشفار العينين: تجب الدية في أشفار العينين أي جفونهما عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد لأن فيهما جمالاً ظاهراً ونفعاً كاملاً وهي أربعة ليس مثلها في البدن فتجب ربع الدية في كل واحد منها، ويرى مالك أن في الأشفار الاجتهاد أي الحكومة لأنه لم يرد نص^(٣) بأن فيها شيئاً مقدراً والتقدير لا بد فيه من نص ولا يثبت بالقياس كما يرى بقية الأئمة.

٣٦١ - أهذاب العينين: يرى أبو حنيفة وأحمد أن في أهذاب العينين الأربعة الدية كاملة لأن فيها جمالاً ظاهراً ونفعاً كاملاً، وفي ربع كل واحد منها الدية، لكن إذا قطعت الأهذاب مع الأجفان ففيها كلها دية واحدة؛ لأن الأهذاب تابعة للأجفان كحلمة الثدي مع الثدي والأصابع من الكف.

ويرى مالك والشافعي أن في الأهذاب حكومة لأنها جمال لا منفعة فيه، وإذا قطعت الأهذاب مع الأجفان ففي مذهب الشافعي رأيان: رأي يرى أن لا شيء في الأهذاب لأنها شعر نابت في العضو المتلف وهو الجفنين، ورأي يرى أن في الجفنين الدية وفي الأهذاب الحكومة لأن فيها جمالاً^(٤).

٣٦٢ - أصابع اليدين وأصابع الرجلين: تكلمنا عن أصابع اليدين والرجلين مع اليدين والرجلين فلا داعي لتكرار الكلام عنهما وفيما ذكر هناك الكفاية.

(١) المغني ج ٩ / ص ٦٢٥، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٢، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٠٧، المدونة ج ١٦ / ص ١١٣، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٢.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٦١٩، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٠.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٥٩٢، المهذب ج ٢ / ص ٢١٥، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، ٣٢٤، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٧.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، ٣٤٤، المهذب ج ٢ / ص ٢١٩، المغني ج ٩ / ص ٥٩٣.

٣٦٣ - الأسنان: يجب في كل سن خمس من الإبل؛ لما روي أن رسول الله ﷺ كتب في كتاب عمرو بن حزم: «في السن خمس من الإبل» ولما رواه عمرو بن شعيب عن الرسول ﷺ: «في الأسنان خمس خمس» ويستوي السن بالناب والناب بالضرس فأرشها سواء؛ لما روى أبو داود عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «في الأصابع سواء والأسنان سواء الثنية والضرس سواء، هذه وهذه سواء».

ويجب الضمان في سن من قد ثغر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ حداً إذا قلعت سنه لم يعد بدلها، فأما سن الصبي الذي لم يثغر 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 أثغر وجبت ديتها في الحال فإن عادت لم تجب الدية وعليه ردها وإن كان قد أخذها، وهذا رأي أبي حنيفة وأحمد، ويرى مالك أنه لا يرد شيئاً لأن العادة أنها لا تعود فإن عادت فهي هبة مجردة، وفي مذهب الشافعي يأخذ البعض برأي مالك والبعض بالرأي المضاد.

وتجب دية السن فيما ظهر من اللثة لأن ذلك هو المسمى سنّاً وما في اللثة يسمى سنخاً، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن أرشها وفي النسخ حكومة كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه، وإن قلعت السن بسنخها لم يجب فيها أكثر من الأرض، وإن كسر بعض السن ففيه من أرشه بقدر ما كسر.

وإن قلع سنّاً مضطربة لكسر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام وجب أرشها، وكذلك إذا ذهب بعض منافعها وبقي بعضها في رأي أحمد، أما مذهب الشافعي ففيه رأيان: رأي يرى الأرض، ورأي يرى أن مقدار النقص يجهل قدره فيكون فيها الحكومة، أما إذا ذهب منافعها كلها ففيها حكومة أو ثلث ديتها على رأي في مذهب أحمد.

وإن قلع سنّاً 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 الذهاب ووجب الباقي.

وإن جنى عليه فتغير لون السن إلى السواد أو الخضرة أو الحمرة أو الصفرة ففي مذهب مالك فيها الأرض إن كان التغير إلى الخضرة والحمرة والصفرة يساوي التغير إلى السواد وإلا فحكومة، ومذهب أبي حنيفة فيها الأرض إذا كانت الصفرة بمنزلة السواد، وعند الشافعي يجب فيها حكومة في جميع الحالات في رأي، وفي رأي تجب الدية في السواد إذا

زالت المنفعة وإلا فحكومة، وهذا أحد الرأيين في مذهب أحمد، والرأي الثاني: في التسويد الدية^(١).

وإذا جنى على أسنانه كلها دفعة واحدة ففيها مائة وستون من الإبل بحساب كل سن خمس من الإبل، وهذا رأي مالك وأبي حنيفة وأحمد، ولو أن هذا المقدار يزيد عن دية كاملة؛ لأن النص جعل أرش كل سن خمساً من الإبل، وفي مذهب الشافعي رأيان: **أحدهما**: يأخذ بما يراه الأئمة الثلاثة وهو الرأي الراجح، وحجته أن ما ضمن على انفراد لا ينقص ضمانه بانضمام غيره إليه، **وثانيهما**: أنه لا يجب في الأسنان كلها إذا قلعت دفعة واحدة إلا دية واحدة لأنه جنس ذو عدد فلا يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين.

إذهاب المعاني

٣٦٤ - القاعدة أن العضو إذا ذهب بمنفعته لم تجب فيه إلا دية واحدة: كالعينين إذا قلعتا فذهب ضوءهما لم تجب فيهما إلا دية واحدة هي دية العينين لأن الضوء فيهما وهما محله، ومثل ذلك سائر الأعضاء إذا ذهبت بنفعها لم يجب فيها إلا دية واحدة وهي دية العضو لا المنفعة؛ لأن نفعها فيها فدخلت ديتها وديتها، ولأن منافعها تابعة لها تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة.

أما إذا بقي العضو وذهبت منفعته فتجب الدية في المنفعة الذاهبة، فمن ضرب إنساناً 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 كالمشي والبطش والعقل والنطق، وقد اختلف الفقهاء في تحديد المعاني التي تجب فيها الدية كما سيبين لنا فيما بعد.

٣٦٥ - ١ - السمع: في السمع الدية لما روى معاذ أن النبي ﷺ قال: «في السمع الدية» ولما روي عن أبي قلابة أن رجلاً رمى آخر بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه، فقضى عمر رضي الله عنه بأربع ديات والرجل حي.

وإن أذهب السمع في إحدى الأذنين وجبت نصف الدية، وإن قطع الأذنين فذهب السمع وجب عليه ديتان لأن السمع في غير الأذن فلا تدخل دية أحدهما في الآخر، إلا أن بعض فقهاء مذهب مالك يرون في السمع دية وفي الأذنين حكومة لأنهم يرون من الأصل أن الأذنين ليس فيهما إلا الحكومة^(٢).

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٣، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٠، المهذب ج ٢ / ص ٢١٩، المغني ج ٩ / ص ٦١١.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٥٩٥، المهذب ج ٢ / ص ٢١٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، ٣١٧ وما بعدها، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤١، ٢٤٣.

٣٦٦ - ٢ - البصر: وفي البصر الدية لأنه منفعة العينين، وكل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما، وفي ذهاب إبط العين الواحدة نصف الدية، وليس في إذهاب العينين بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليدين لأن العينين هما محل البصر^(١).

٣٦٧ - ٣ - الشم: وفي الشم الدية لقوله ﷺ في كتاب عمرو بن حزم: «في المشام الدية» وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر كالسمع مع الأذن والبصر مع أجفان العين والنطق مع الشفتين^(٢)، وإن جنى عليه فذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية كما تجب في إذهاب البصر من أحد العينين والسمع من أحد الأذنين.

٣٦٨ - ٤ - الذوق: يرى مالك وأبو حنيفة أن في الذوق الدية، وفي مذهب أحمد رأيان أحدهما: يرى في الذوق الدية، والثاني: لا يرى فيه الدية، وتجب الدية إذا ذهب حاسة الذوق تماماً، فإن ذهب بعضها دون بعض وجب من الدية بقدر ما ذهب فقط^(٣).

٣٦٩ - ٥ - الكلام: تجب الدية في الكلام، فإذا جنى عليه فخرس وجبت الدية كاملة وإن فقد بعض الكلام دون بعض وجب من الدية بقدر ما نقص^(٤)، وإذا قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ففيها جميعاً دية واحدة؛ لأن دية الكلام والذوق تدخل في دية اللسان، أما إذا جنى عليه فأذهب كلامه وذوقه مع بقاء اللسان ففيهما ديتان، مع مراعاة ما ذكرنا من الخلاف عند الكلام على الذوق.

٣٧٠ - ٦ - العقل: تجب الدية في ذهاب العقل لما روي أن النبي ﷺ 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 ويهتدي به إلى مصالحه ويتقي ما يضره ويدخل في التكليف، فقد رأى بعض الفقهاء أن يعطي العقل حكم النفس كأبي حنيفة وأصحابه والشافعي في رأيه القديم، وإن ذهب العقل بجناية لا توجب أرشاً كاللطمه أو التخويف ونحوها ففيه الدية لا غير، وإن أذهب بجناية لها أرش مقدر كالמושحة أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح أو الطرف عند مالك والشافعي

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٥٩٣، المهذب ج ٢ / ص ٢١٥، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، ٣١٧ وما بعدها.

(٢) المغني ج ٩ / ص ٥٩٩، ٦٠٢، المهذب ج ٢ / ص ٢١٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤١، ٢٤٣.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٩٥٣، المهذب ج ٢ / ص ٢١٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، شرح الدردير ج ٢ / ص ٢٤١، ٢٤٣.

(٤) المغني ج ٩ / ص ٦٠٤ وما بعدها، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٥٩٤، ٦٠٤، المهذب ج ٢ / ص ٢١٨، ٢١٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٧، ٣١١، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤١، ٢٤٣.

طبقاً لرأيه الجديد وهو المذهب وكذلك عند أحمد، أما أبو حنيفة فيرى كما يرى الشافعي قديماً والرأي الأخير في مذهب مالك أن يدخل أرش الجرح أو الطرف في دية العقل، لأن الواجب في العقل دية النفس، والعقل يقوم مقام النفس من حيث المعنى، لأن جميع منافع النفس تتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى، ولا شك أنه إذا أدت الشجة أو قطع الطرف إلى الموت دخلت الشجة والطرف في دية النفس، فهكذا تدخل في دية العقل، على أن زفر والحسن بن زياد لا يريان التداخل، وإن جنى عليه فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح، مع مراعاة الخلاف السابق في مذهب أبي حنيفة، ومع مراعاة أن أبا حنيفة ومحمد يقولان بالتداخل مع العقل فقط دون غيره من المعاني، أما أبو يوسف فيقول بالتداخل مع كل المعاني الباطنة كالعقل والشم والكلام والجماع والذوق، أما البصر فلا لأنه معنى ظاهر، ومن القضايا المشهورة في عهد عمر أن رجلاً رمى آخر بحجر فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه، ف قضى عليه عمر بأربع ديات وهو حي، لكن إذا مات المجني عليه من الجناية لم تجد إلا دية واحدة، لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الأعضاء^(١).

٣٧١ - المشي والجماع: إذا ذهب المشي أو القدرة على الجماع ففي كل منهما الدية كاملة، والمعروف أن الصلب يؤثر على هذين المعنيين، فإذا كسر صلبه وأبطل جماعه فعليه ديتان لا دية واحدة كما هو رأي مالك حيث لا يرى اندراج دية الصلب فيه، وقياساً على هذا إذا أبطل صلبه فأبطل جماعه ومشبه وجبت عليه ثلاث ديات، فإذا لم يبطل صلبه فعليه ديتان، وعلة عدم الاندراج أن الصلب ليس هو محل المنفعة فعوضو المشي الأقدام وعضو الجماع الذكر.

وفي مذهب الشافعي وأحمد رأيان: رأي يرى أن في ذهاب المشي والجماع ديتان لأنهما منفعتان مختلفتان، ورأي 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 الصَّعْر، وهو أن يضربه مثلاً فيصير الوجه إلى جانب، وأصل الصعر داء يأخذ البعير فيلتوي منه عنقه، قال تعالى: ﴿وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ﴾ [لقمان: ١٨] أي: لا تعرض عنهم بوجهك تكبراً كإمالة وجه البعير الذي به الصعر، فمن جنى على إنسان جناية تعوج عنقه حتى صار وجهه في جانب، فيرى أبو حنيفة وأحمد أن

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٥٩٤ وما بعدها، المهذب ج ٨ / ص ٢١٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، ٣١٧، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤١، ٢٤٣.

(٢) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٥٩٦، ٥٩٧، ٦٠٥، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١١، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٣.

فيه الدية، ويرى الشافعي في الصعر الحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة، وهو قياس مذهب مالك^(١).

٣٧٣ - معان أخرى: يرى أبو حنيفة الدية في البطش والإيلاد، وظاهر مذهبه أن كل معنى يفوت تجب فيه الدية^(٢).

أما عند مالك فيحدد بعض الشراح المعاني بعشر وهي: العقل - والسمع - والبصر - والشم - والنطق - والصوت - والذوق - وقوة الجماع والنسل - وتغيير لون الجلد ببرص أو تسويد أو تجذيم - والقيام والجلوس^(٣).

ولكن بعض الشراح لا يرى مانعاً من القياس على هذه العشر ويضيف إليها اللمس، ويرى أحمد أن في تسويد الوجه الدية^(٤)، وفي ذهاب القدرة على الأكل الدية^(٥)، بينما يرى الشافعي في تسويد الوجه حكومة جرياً على قاعدته التي لا توجب الدية إلا في زوال منفعة.

ويرى الشافعي وجوب الدية في إبطال الكلام وفي إبطال الصوت وفي إبطال قوة المضغ وفي إبطال قوة الإماء، وقوة الحبل والإحبال وإذهاب لذة الجماع ولذة الطعام^(٦).

والظاهر من مذهب الشافعي وأحمد أن المعاني التي تجب فيها الدية ليست محددة على وجه التعيين، فما ذكر في الكتب أمثلة على المعاني التي تذهب وفيها الدية.

٣٧٤ - ويجب أن نلاحظ في هذا المقام الفرق الظاهر بين اتجاه مالك والشافعي من ناحية في تعيين المعاني التي تجب فيها الدية وبين اتجاه أبي حنيفة وأحمد، فالأولان لا يجعلان في المعنى دية إلا إذا كان في فوات المعنى فوات منفعة، أما الأخيران فيجعلان في المعنى دية إذا كان في فوات المعنى فوات الجمال ولو لم يكن قد فاتت به منفعة.

٣٧٥ - ما يجب في فوات بعض المعنى: القاعدة عند الفقهاء أنه إذا فات المعنى كله وجبت فيه الدية، فإن فات بعضه وجب فيه بعض الدية بنسبة ما فات، هذا إذا كان التبعض معروفاً كذهاب الإبصار من عين دون أخرى، أو كذهاب السمع من أذن دون أخرى، أو كان 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

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٥٩٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩٦، ٣١١.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٦٠، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤١.

(٤) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٥٩٦.

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٢١، ٣٢٣.

(٦) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٢١، ٣٢٣.

وأكثر ما يمكن، وفي العمد يلزم المتعمد بالأكثر لأنه ظالم، والظالم أحق بأن يحمل عليه، وفي الخطأ يلزم المخطئ بأقل ما يمكن^(١).

ما يجب فيه أرش مقدر

٣٧٦ - يجب الأرش المقدر في الأطراف وفي الشجاج والجراح:

الأطراف التي لها أرش 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 والأنشيين والثديين، فأرش اليد المقدر نصف دية اليدين معاً، وأرش الرجل نصف دية الرجلين معاً، وأرش العين الواحدة هو نصف دية العينين، وهكذا، ولكن مالكا وأحمد يخالفان باقي الفقهاء في عين الأعور.

وفي أصابع اليدين والرجلين، في كل إصبع عشر الدية، وما كان من الأصابع فيه ثلاثة مفصل ففي كل مفصل ثلث أرش الإصبع، وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف الأرش، وما وجبت الدية في أربعة منه ففي الواحد منه ربع دية وهذا هو أرشه المقدر، ففي أشفار العينين الدية، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباع الدية، وفي الاثنين نصفها، وفي الواحد ربع الدية، وهذا هو أرشه المقدر.

وفي كل سن - كما عرفنا - خمس من الإبل، وهذا هو الأرش المقدر للسن. وهكذا نستطيع أن نعرف الأطراف التي فيها أرش 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، والأرش المقدر يجب أن يكون أقل من الدية.

أرش الشجاج

٣٧٧ - عرفنا مما سبق عدد الشجاج وأسماءها وأن مكانها الرأس والوجه، وبقي أن نعرف إن كان لهذه الشجاج أرش مقدر أم لا.

ومن المتفق عليه أن ما قبل الموضحة من الشجاج ليس له أرش مقدر سواء على رأي القائلين بأنها خمسة أو القائلين بأنها ستة، وهناك رواية عن أحمد بأن في الدامية بغيراً وفي الباضعة بغيرين وفي المتلاحمة ثلاثة وفي السمحاق أربعة، وحجته أن زيد بن ثابت قضى بهذا، ولكن هذا الرأي ليس المذهب^(٢).

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٣، المذهب ج ٢ / ص ٢١٥ - ٢١٧، ٢١٩، المغني ج ٩ / ص ٥٩٦،

٥٩٩، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٥٩٩، ٦٠٢.

(٢) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٦١٩، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢١٦،

المذهب ج ٢ / ص ٢١٢.

أما ما يجب فيه أرش مقدر من الشجاج فهو الموضحة وما بعدها؛ أي الهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة.

٣٧٨ - الموضحة: يجب في الموضحة خمس من الإبل لما روي من أن رسول الله ﷺ كتب في كتاب عمرو بن حزم: «وفي الموضحة خمس من الإبل» ولما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «في المواضع خمس خمس».

ويجب الأرش في كل موضحة، في الصغيرة والكبيرة، وفي البارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يقع على الجميع، وأرش موضحة الوجه والرأس سواء عند الأئمة الأربعة، ولكن لأحمد رأي مخالف يرى فيه أن يكون أرش موضحة الوجه مضاعفاً، لأن شينها أكثر ولأنها ظاهرة ولا يسترها الشعر كما هو الحال في موضحة الرأس^(١).

ولا يجب مع الأرش شيء آخر عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد ولو برئت الموضحة على شين، والمشهور عند مالك أنه إذا برئت على شين موضحة الوجه أو الرأس أخذ من الجنائي حكومة مقابل الشين، وهذه الحكومة علاوة على الأرش^(٢).

ولا يجب الأرش إلا في موضحة الرأس والوجه، أما موضحة الجسد فليس فيها شيء مقدر وإنما فيها الحكومة، وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين، وإن أزال الحاجز بينهما قبل البرء فهما موضحة واحدة عليه أرشها، فإن اندملتا ثم أزال الحاجز فعليه أرش ثلاث مواضع؛ لأنه استقر عليه أرش الأولين بالاندمال، ثم لزمته الثالثة، وإن اندملت إحدهما وزال الحاجز بفعله أو بسراية لأخرى، فعليه أرش موضحتين، وعلى الأجنبي أرش موضحة؛ لأن فعل كل لا ينبي على فعل الآخر، فانفرد كل بحكم جنائته، وهذا هو مذهب الشافعي وأحمد.

وإذا شجحه في رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة، لم يلزمه أكثر من أرش موضحة؛ لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك فلأن لا يلزمه في الإيضاح في البعض أكثر من ذلك أولى^(٣).

٣٧٩ - الهاشمة: ويجب في الهاشمة - وهي التي توضح العظم - عشر من الإبل، ولم يعرف عن النبي ﷺ تقدير فيها، وإنما هو مروي عن زيد بن ثابت، والهاشمة في الرأس والوجه والرأس خاصة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد، أما مالك فلا يعرف الهاشمة

(١) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٦٢١.

(٢) شرح الدردير ج ٤ / ص ١٤١.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٦٢٣ وما بعدها، المهذب ج ٢ / ص ٢١٢، ٢١٣، شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٠، ٢٤١.

إلا في جراح البدن، ويضع بدلاً منها - أي الهاشمة - المنقلة في الوجه والرأس^(١).
ولو ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير إيضاح ففي مذهب أحمد والشافعي رأيان: أولهما يوجب الحكومة لأنه كسر عظم من غير إيضاح، والثاني يوجب خمساً من الإبل لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عشر من الإبل وقد وجد الهشم ففيه خمس من الإبل^(٢).

٣٨٠ - المنقلة: وتجب في المنقلة خمس عشرة من الإبل لما روي أن رسول الله ﷺ كتب في كتاب عمرو بن حزم: «في المنقلة خمس عشرة من الإبل» والمنقلة زائدة على الهاشمة فهي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم.

٣٨١ - الآمة: وتسمى الآمة والمأمومة، وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ، وأرشفها ثلث الدية لقوله ﷺ في كتاب عمرو بن حزم: «وفي المأمومة ثلث الدية» ولما روى عكرمة بن خالد أن النبي ﷺ قضى في المأمومة بثلث الدية.

٣٨٢ - الدامغة: ويوجب الفقهاء في الدامغة ثلث الدية، ويرى بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد أنه يجب فيهما ثلث الدية لمساواتها بالآمة وحكومة فيما زاد عنها لأنها تزيد عنها خرق جلدة الدماغ، ولا يهتم الفقهاء كثيراً بالدامغة لأنها تؤدي غالباً للموت^(٣).

أرش الجراح

٣٨٣ - الجراح كما علمنا على نوعين: جائفة وغير جائفة.

فأما غير الجائفة فهي الجراحات التي لا تصل إلى جوف، والواجب فيها الحكومة، فإن أوضح عظماً في غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة لأنها لا تشارك نظائرها من الشجاج التي في الرأس والوجه في الاسم ولا تساويها في الشين والخوف على المجني عليه منها ولذلك لم تساوها في تقدير الأرش.

وأما الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف من البطن أو الظهر أو الصدر أو الورك فالواجب فيها ثلث الدية لقول رسول الله ﷺ في كتاب عمرو بن حزم: «في الجائفة ثلث الدية».

وإن خرقه من جانب فخرج من جانب آخر فهما جائفتان عند مالك وأبي حنيفة

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٢٣، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٦٢٥، ٦٢٦، المهذب ج ٢ / ص ٢١٣، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٦.

(٢) المهذب ج ٢ / ص ٢١٣، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٦٢٥، ٦٢٦.

(٣) الشرح الكبير ج ٩ / ص ٦٢٧، ٦٢٨، وباقي المراجع كما هي.

وأحمد، أما في مذهب الشافعي فاختلفوا في الثقب الحاصل من الداخل إلى الخارج فاعتبره بعضهم جائفة وهو الرأي الراجح في المذهب لأنها جراحة نافذة للموت وتساوي الآتية من الخارج ومن ثمَّ أوجبوا فيها أرش الجائفة، أما حجة الرأي المضاد فأوجبوا في الجراحة الثانية حكومة لأن الجائفة عندهم ما تصل من الخارج إلى الداخل^(١).

هل تتساوى الديات لكل الأشخاص

الأنثى ثم بعدها التكافؤ

٣٨٤ - دية الأنثى فيما دون النفس: يرى أبو حنيفة والشافعي أن دية المرأة على النصف من دية الرجل نفساً وجرحاً وأطرافاً^(٢)، فأرش إصبع الرجل عشر من الإبل وأرش إصبع 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 الأرش لم يجاوز ثلث الأرباع أربعون من الإبل، وهذا القدر يزيد على ثلث الدية فتأخذ النصف فقط^(٣)، وهذه القاعدة مطلقة غير مقيدة بقيد عند أحمد، أما مالك فيقيدها بقيدين:

أولهما: اتحاد الفعل أو ما في حكمه، ويقصد باتحاد الفعل الضربة الواحدة ولو أصابت أكثر من محل، كما لو ضرب الجناني المجني 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 للمجني عليها أرش إصاباتهما كاملاً، إذا لم يزد مجموعهما 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 إصبعين من كل يد فمجموع أرش الأصابع الأربع أربعون من الإبل، وهذا المجموع يزيد على ثلث الدية فيكون المستحق لها النصف فقط، ولو ضربها فأصاب أربع أصابع من يد واحدة فالحكم هو نفس ما سبق.

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٤٠، ٢٤١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣١٨، ٣١٩، المهذب ج ٢ / ص ٢١٤، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٦٢٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢١٢، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٠٣.

(٣) شرح الدردير ج ٤ / ص ٤٨.

والقيد الثاني : هو اتحاد المحل، ويراعى هذا القيد سواء اتحد الفعل أو لم يتحد الفعل، فمثلاً إذا ضربها فأصاب من يدها اليمنى ثلاث أصابع فدية الأصابع الثلاث ثلاثون من الإبل وهي لا تبلغ ثلث الدية فتستحقها كلها، فلو ضربها هو أو غيره مرة ثانية فأصاب إصبعاً أخرى من نفس اليد فأرشها خمس من الإبل لأن مجموع أرش هذه الإصبع مع أرش الثلاث المقطوعة سابقاً يزيد على ثلث الدية، وكذلك الحكم لو أصيبت من المرة الثانية هذه الإصبع وإصبعين من اليد الأخرى فإنها تأخذ خمساً من الإبل في الإصبع الرابعة من اليد اليمنى وعشرين في الإصبعين المقطوعتين من اليسرى لأنه قطع بضربته ثلاث أصابع أرشها لا يبلغ ثلث الدية فتستحق عن كل إصبع عشرين من الإبل؛ لكن لما كان الإصبع الرابع من اليد اليمنى تطبق فيه قاعدة اتحاد المحل فلا تستحق فيه إلا خمساً من الإبل، وتراعى قاعدة اتحاد المحل على الرأي 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 فأرشهها ثلاثون من الإبل لأن مجموع أرشهها لا يبلغ ثلث الدية، ولو شجت أربع مناقل في فور واحد أو بضربة واحدة فمجموع أرشهها ستون من الإبل وهو يزيد على ثلث الدية فيكون لها النصف من دية الرجل وهو ثلاثون من الإبل، فإذا أصيبت بعد شفائها بمنقلة أخرى أو منقلتين أخذت أرشهها كاملاً لأنه لا يبلغ ثلث الدية ولأن قاعدة اتحاد المحل لا تراعى في المناقل^(١).

٣٨٥ - الأرش غير المقدّر أو الحكومة : يجب الأرش غير المقدّر في الجنايات الواقعة على ما دون النفس مما لا قصاص فيها وليس لها أرش مقدّر، ويسمى الأرش غير المقدّر في اصطلاح الفقهاء حكومة أو حكومة العدل.

ومعنى الحكومة عند الأئمة الأربعة: أن تقدر قيمة المجني عليه باعتباره عبداً قبل الجرح ثم تقدر قيمته بعد الجرح والبُزء منه ثم تعرف نسبة النقص في القيمة ثم يؤخذ من الدية بنسبة هذا النقص، فذلك هو ما يستحقه المجني عليه، ولكن يشترط أن لا تبلغ الحكومة أرش جرح مقدّر، فمثلاً إذا كان الجرح مما قبل الموضحة كالسمحاق فلا يجوز أن يبلغ أرش الموضحة، وحكي عن مالك أنه ما تخرجه الحكومة كائناً ما كان لأنها جراحة لا مقدّر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن.

ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي أن يكون التقدير بالنسبة للعضو الذي حدثت به الإصابة لا بالنسبة للنفس، أي أنه علم نسبة النقص قدر النقص على أساس دية العضو الذي أصيب لا على أساس دية النفس، فإن كان النقص هو العشر مثلاً والجناية على اليد فالحكومة عشر دية اليد لا عشر دية النفس، وإن كانت الجناية على إصبع فالحكومة عشر

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

دية الإصبع ، وحجة هؤلاء أن اعتبار دية النفس قد يؤدي إلى أن تزيد الحكومة على دية الطرف الذي حدثت به الجناية .

وطريقة التقدير على أساس فرض المجني عليه عبداً لا تصلح اليوم 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 ما فيه حكومة على أساس ما فوقه مما له أرش مقدر .

ويشترط الفقهاء في تقدير الحكومة أن يكون التقدير بمعرفة ذوي عدل من الفنينين فيأخذ القاضي بقولهما ، وأن يكون التقدير بعد البرء لا قبله ، ويصح أن يجتهد القاضي في التقدير .

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

وحين يقول بعض الفقهاء : إن 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 كاللطمة واللكم والضرب بمثقل لا يترك أثراً ولا يلون الجسم ليس فيها ضمان وإنما فيها التعزير .

٣٨٦ - مقدار 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 الأرض عشر من الإبل كان أربعاً 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 .

(١) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٢٤ ، المهذب ج ٢ / ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، الشرح الكبير ج ٩ / ص ٦٣٧ ، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٢٧ ، الإقناع ج ٤ / ص ٢٢٣ .

٣٨٨ - تغليظ الدية: يرى بعض فقهاء مذهب أحمد أن الدية تغلظ 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 جنايات 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.

٣٨٩ - من يحمل الدية في العمد؟: يحمل الدية في العمد الجاني في كل الأحوال باتفاق الفقهاء، ولكن مالكاً يستثني 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 والمجني عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الجناية قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً^(٣).

٣٩٠ - هل تجب الدية حالة؟: تجب الدية حالة في العمد عند مالك والشافعي وأحمد، وتجب مؤجلة إلى ثلاث عند أبي حنيفة، وما يحمله مالك للعاقلة من العمد يجب مؤجلاً إذا زاد على ثلث دية المجني عليه أو الجاني^(٤)، 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 أنه من الأفضل أن تجمع أحكام التداخل في مكان ليكون ذلك أعون على فهمها.

تداخل ديات الأطراف: لا تتداخل دية طرف في طرف، وإنما تتداخل دية بعض الطرف في دية بعضه الآخر إذا كانت دية البعض هي دية الكل، أو كانت دية الكل تشمل دية البعض.

فاليد طرف فيها دية واحدة إذا قطعت الكف مع الأصابع، وإذا قطعت الأصابع وحدها ففيها الدية، فإذا قطعت الكف بعد ذلك ففيها حكومة لأن ديتها دخلت في دية

(١) المغني ج ٩ / ص ٥٠٠، الإقناع ج ٧ / ص ٢١٥.

(٢) شرح الدردير ج ٤ / ص ٣٧.

(٣) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٥٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٥٥، المغني ج ٩ / ص ٤٨٨، المهذب

ج ٢ / ص ٢٠٩.

(٤) شرح الدردير ج ٤ / ص ٢٥٩.

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

وفي الثدي الدية، وفي حلمة الثدي الدية، وإذا قطع الثدي والحلمة معاً ففيهما دية واحدة لأن العضو واحد، فإذا قطعت الحلمة وحدها ففيها الدية، وإذا قطع الثدي بعد ذلك ففيه حكومة لأن ديته دخلت في دية الحلمتين.

وفي 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 الأنملة ثلث دية الإصبع إلا الإبهام فنصفه، وفي الظفر خمس دية الإصبع عند أحمد، فلو قطعت الأنملة مع الظفر فأرشد الأنملة هو الواجب، لأن أرشد الظفر دخل في أرشد الأنملة.

تداخل 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 محلها من الأطراف، فإذا كان الطرف محلاً لمعنى فزال المعنى وحده وبقي الطرف وجبت الدية في المعنى، وإذا زال الطرف مع المعنى 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 فقت العين فزال الإبصار وجبت دية واحدة لزوال الطرف وهو العين ومعناه وهو الإبصار، وإذا بقيت العين قائمة وزال الإبصار وجبت دية واحدة للمعنى.

تداخل أروش الجراح والشجاج: لا تدخل أروش الجراح والشجاج بعضها في بعض إلا إذا اتصل بعضها ببعض قبل الاندمال بفعل الجاني أو بالسراية، فمن أوضح آخر موضحتين أو أجافه جائفتين بينهما حاجز ثم خرق الحاجز أو ذهب الحاجز بالسراية فعليه أرشد موضحة واحدة وجائفة واحدة، فإذا زال الحاجز بفعل غير الجاني وبغير السراية فعليه أرشد موضحتين وجائفتين.

تداخل ما دون النفس في النفس: وهناك بعد ذلك تداخل أعم، وهو تداخل ديات ما دون النفس في دية النفس، ولكن لا تدخل دية ما دون النفس في النفس إلا إذا كانت الأفعال كلها من نوع واحد كأن كانت كلها عمداً أو خطأ أو شبه عمداً، وكانت الجنائية على النفس قبل براء الجنائيات على ما دون النفس؛ فإذا توفر هذان الشرطان دخل ما دون النفس في النفس ووجبت دية واحدة فقط، أما إذا برئ بعض ما دون النفس قبل الجنائية على النفس فلا يدخل في النفس إلا ما لم يندمل، وتجب ديات ما برئ قبل الجنائية على النفس،

ودية النفس، والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن ما برئ قبل النفس استقر حكمه وثبت في ذمة الجاني، فإن قتل عمداً والجنايات على الأطراف خطأ وجبت ديات الأطراف ودية النفس، وكذلك لو كان القتل خطأً والجنايات الأخرى عمداً ولو كان الجاني واحداً، وهذا هو الرأي الراجح^(١).

العقوبات البدلية الثانية

التعزير :

٣٩٢ - تكلمنا عن التعزير كعقوبة بدلية للقصاص في حال الجناية على النفس، وما قلناه هناك ينطبق هنا مع مراجعة ما كتبناه عن التعزير عقوبة أصلية.

عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ

٣٩٣ - عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ هي الدية أو الأرش: وهي العقوبة الأصلية الوحيدة، وليس ثمة من عقوبة بدلية لازمة للدية، ولكن إذا شاءت 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 في الخطأ فليس معنى ذلك أنه يمنع من التعزير في الخطأ وإنما معناه أنه رأى عقوبة التعزير واجبة في العمد للردع ولم يرها كذلك في حالة الخطأ.

والدية يقصد منها الدية الكاملة، والأرش يقصد به ما هو أقل من الدية، والأرش مقدر وغير مقدر، وقد تكلمنا عن هذه المعاني جميعها بمناسبة الكلام على الدية في العمد، ولا فرق بين ما قيل هناك وما يمكن أن يقال هنا.

٣٩٤ - ومقادير الدية وما تجب فيه كاملة وناقصة وما تجب فيه الحكومة كل ذلك قد تكلمنا عنه بمناسبة الكلام على الجناية على ما دون 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 على الدية، ونستطيع أن نحصر الفرق بين الديات في الخطأ وبينها في العمد فيما يلي:

١ - من يحمل الدية؟: يحملها في العمد الجاني كما ذكرنا إلا ما استثناه مالك، ويحملها في الخطأ باتفاق العاقلة، ويرى الشافعي وأحمد أن الجاني لا يحمل مع العاقلة شيئاً، ويرى أبو حنيفة ومالك أنه يحمل معها، والمقدار الذي تحمله العاقلة يختلف بحسب آراء الفقهاء لما ذكرنا في القتل الخطأ.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٠٣، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٢٤، المغني ج ٩ / ص ٢٨٦، ٣٩٦.

٢ - أوصاف الإبل: الدية في الخطأ تجب مخمسة باتفاق الفقهاء.

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

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

(١) المغني ج ٩ / ص ٥٠٠، الإقناع ج ٤ / ص ٢١٥، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٠١.

الفصل الثالث

الجنایة على ما هو نفس من وجه دون وجه أي الجنایة على الجنین، أو الإجهاض

٣٩٥ - يعبر الحنفية عن هذه الجنایة بالجنایة على ما هو نفس من وجه دون وجه؛ لأن الجنین يعتبر نفساً من وجه، ولا يعتبر كذلك من وجه آخر، فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمي، ولا يعتبر ذلك لأنه لم ينفصل عن أمه، ويعللون ذلك بأن الجنین ما دام 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... إلخ^(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 الجنایة بالجنایة على الجنین، ولكن اختلاف الفقهاء في التعبير عن الجنایة ليس له أية أهمية لأن ما يقصده هؤلاء من تعبيرهم هو ما يقصده الآخرون بالذات، ومحل الجنایة عندهم جميعاً هو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنین، أو هو كل ما يؤدي إلى انفصال الجنین عن أمه^(٢).

٣٩٧ - ما يجهض الحامل: تقع هذه الجنایة كلما وجد ما يوجب انفصال الجنین عن أمه، وقد ينفصل الجنین حياً وقد ينفصل ميتاً، وتعتبر الجنایة تامة بحدوث الانفصال بغض النظر عن حياة الجنین أو موته، وإن كان لكل حالة عقوبتها الخاصة؛ إذ العقوبة في هذه الجنایة تختلف باختلاف نتائج الفعل كما سنبين ذلك عند الكلام على العقوبة.

ولا يشترط في الفعل المكون للجنایة أن يكون من نوع خاص، فيصح أن يكون عملاً ويصح أن يكون قولاً، ويصح أن يكون الفعل مادياً ويصح أن يكون معنوياً.

(١) البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٨٩.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٨٩، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٥١٧، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٣٣، الإقناع ج ٤ / ص ٢٠٩.

ومن الأمثلة على الفعل المادي: الضرب، والجرح، والضغط على البطن، وتناول دواء أو مواد تؤدي للإجهاض، وإدخال مواد غريبة في الرحم، أو حمل حمل ثقيل^(١).

٣٩٨ - ومن الأمثلة على الأقوال والأفعال المعنوية: التهديد، والإفزاز، والترويع كتخويف الحامل بالضرب أو القتل، والصياح عليها فجأة، وطلب ذي شوكة لها أو لغيرها أو دخول ذي شوكة عليها^(٢)، ومن الوقائع المشهورة في هذا الباب أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة كان يدخل عليها فقالت: يا ويلها ما لها ولعمر، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وإل ومؤدب، وصمت عليٌّ فأقبل عليه عمر فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، إن ديتك عليك لأنك أفرعتها فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك^(٣).

ومن الأمثلة على الأفعال المعنوية: تجويع المرأة أو صيامها، فلو صامت فأدى الصوم إلى الإجهاض كانت مسؤولة عن الجنائية، ومثل ذلك شم ريح ضار بالحامل^(٤). ويرى بعض الفقهاء أن من يشتم امرأة شتماً مؤلماً يسأل جنائياً إذا أدى شتمه إلى إجهاض المرأة^(٥).

ويصح أن يقع الفعل المكون للجنائية من الأب أو الأم أو من غيرهما، وأياً كان الجنائي فهو مسؤول عن جنايته ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجريمة.

٣٩٩ - انفصال الجنين: ولا تعتبر الجنائية على الجنين قائمة ما لم يفصل الجنين عن أمه، فمن ضرب امرأة على بطنها أو أعطاها دواءً 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 رأي الفقهاء الأربعة وأساسه عدم اليقين من وجود الجنين أو موته^(٦).

(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، المغني ج ٩ / ص ٥٥٢، الإقناع ج ٣ / ص ٢٠٩.

(٣) المغني ج ٩ / ص ٥٧٩.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٦٠، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٣١.

(٥) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٣١.

(٦) المغني ج ٩ / ص ٥٣٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٨٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٣٣، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٥١٧.

ولكن الزهري يرى أن على الجاني العقوبة لأن الظاهر أنه قتل الجنين .
والرأي الذي يجب العمل به اليوم بعد تقدم الوسائل الطبية أنه إذا أمكن طبيًا القطع بوجود الجنين وموته بفعل الجاني فإن العقوبة تجب على الجاني ، وهذا الرأي لا يخالف في شيء رأي 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 .

٤٠٠ - والجنين هو كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد: ويرى مالك مسؤولية الجاني عن كل ما ألقته المرأة مما يعلم أنه حمل سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقه أو دمًا ، ويرى أشهب من فقهاء المالكية أن لا مسؤولية 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 طرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه ، فإذا أُلقت مضغة لم يتبين فيها شيء من خلقه فشهد ثقات بأنه مبدئ 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 أُلقت مضغة فشهد ثقات أن فيه صورة خفية كان الجاني مسؤولاً جنائياً ، وإن شهدوا أنه مبدئ خلق آدمي لو بقي لتصور ففيه وجهان : **أصحهما :** لا مسؤولية عنه لأنه لم يتصور فهو في حكم العلقه ولأن الأصل البراءة فلا مسؤولية بالشك ، **والثاني :** يسأل لأنه مبتدئ خلق آدمي أشبه ما لو تصور ^(٣) .

والجنين قد ينفصل عن أمه حياً وقد ينفصل ميتاً ، وللتفرقة بين الحالتين أهمية كبرى لأن العقوبة تختلف باختلاف الحالين .

وتثبت الحياة للجنين بكل ما يدل على الحياة من الاستهلال - أي الصياح - والرضاع والتنفس والعطاس وغير ذلك ، ومجرد الحركة لا يعتبر دليلاً قاطعاً على الحياة لأن الحركة قد تكون من اختلاج الجسم إثر خروجه من ضيق فوجب أن تكون الحركة بحيث تقطع بحياة الجنين ، أو أن يكون هناك دليل آخر على الحياة ^(٤) .

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٣١ ، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٤٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٥١٩ ، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٦٢ .

(٣) المغني ج ٩ / ص ٥٣٩ .

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٣٣ ، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٨٩ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٥٣٧ .

٤٠٣ - ويشترط الحنابلة لاعتبار الجنين منفصلاً حياً أن تكون الحياة مستقرة فيه، فلا يكون في حالة نزاع أو في الرمق الأخير، وأن يكون سقوطه أو انفصاله لوقت يعيش لمثله أي أن يكون لسته أشهر فصاعداً، فإن كان لدون ذلك اعتبر أنه انفصل ميتاً ولو انفصل والحياة فيه لأنها حياة لا يتصور بقاؤها، ولأن الجنين لا يعيش غالباً إذا انفصل لأقل من ستة أشهر، وبهذا الرأي قال المزني من أصحاب الشافعي^(١).

٤٠٤ - ويعتبر المالكية والحنفية والشافعي الجنين منفصلاً حياً عن أمه ولو انفصل لأقل من ستة أشهر ما دام قد انفصل وفيه الحياة، ولا يعتبرونه منفصلاً ميتاً إلا إذا انفصل فاقد الحياة، وإذا علمت حياته قبل تمام الانفصال كما لو خرج رأسه فصرخ مراراً ثم تم انفصاله ميتاً فيعتبر انفصل ميتاً لا حياً لأن العبرة بحالة الجنين عند تمام الانفصال^(٢).

٤٠٥ - ويشترط مالك وأبو حنيفة لمسئولة الجاني عن قتل الجنين أن يكون انفصال الجنين قد حدث في حياة الأم، فإن انفصل عنها بعد وفاتها فلا يسأل الجاني عن قتله إذا انفصل ميتاً لأن موت الأم سبب ظاهر لموته إذ حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فتحقق موته بموتها فضلاً عن أنه يجري مجرى أعضائها وموتها يسقط حكم أعضائها، وعلى هذا فمن المشكوك فيه أن تكون وفاة الجنين نتيجة لفعل الجاني، ولا ضمان ولا عقاب بالشك.

أما إذا انفصل الجنين حياً بعد موت الأم فالجاني مسؤول عن قتله وعليه دية إذا مات بفعله، فإن لم يمت فعليه التعزير، وإذا انفصل بعضه ميتاً في حياته ثم انفصل كله بعد موتها فحكمه حكم انفصاله كله ميتاً بعد موتها^(٣).

٤٠٦ - ويرى الشافعي وأحمد مسؤولية الجاني سواء انفصل الجنين بعد 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، وفضلاً عن ذلك فهو آدمي مورود 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^(٤).

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

(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.

(٤) المغني ج ٩ / ص ٥٣٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٠.

الجنين في حياة أمه أو بعد وفاتها، وسواء انفصل كله أو بعضه، وهذا الرأي يتفق مع كل المذاهب لأن الذين يمنعون المسؤولية يمنعونها للشك وعدم التيقن فإذا زال الشك بالوسائل الطبية الحديثة وجبت المسؤولية.

٤٠٨ - قصد الجاني: مذهب مالك على أن الجناية على الجنين قد تكون عمدية وقد تكون خطأ، فهي عمدية إذا تعمد الجاني الفعل، وهي غير عمدية إذا أخطأ الجاني بالفعل، ويتفق مذهب مالك مع الرأي المرجوح في مذهب الشافعي^(١).

٤٠٩ - والقائلون بأن الجناية عمدية يختلفون في وجوب القصاص من الفاعل إذا انفصل الجنين حياً ثم مات بسبب الجناية، فبعض المالكية يوجب القصاص والبعض يوجب الدية، وأصحاب الرأي الراجح في المذهب يوجبون القصاص إذا كان الفعل في الغالب مؤدياً لنتيجة كالضرب على الظهر والبطن، ويوجبون الدية إذا لم يكن الفعل مؤدياً لنتيجة غالباً كالضرب على اليد والرجل^(٢).

٤١٠ - وأصحاب الرأي الراجح في مذهب الشافعي يرون مع الحنفية والحنابلة أن الجناية على الجنين لا تكون عمداً محضاً وإنما هي شبه عمد أو خطأ، فهي شبه عمد إذا تعمد الجاني الفعل وهي خطأ إذا أخطأ به.

ولا تعتبر الجناية عمدية حال تعمد العمل لأن العمد المحض بعيد التصور لتوقفه على العلم بوجود الجنين وبحياته، كما يتوقف على قصد قتله وهو بعيد التصور^(٣).

ويحتج هذا الفريق لرأيه بما روي عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ جعل في الجنين غُرّة على عاقلة الضارب، والعاقلة لا تحمل العمد، فلو اعتبر الرسول العمد في هذه الجناية لما جعل الغرة على العاقلة.

٤١١ - وتظهر أهمية التفرقة بين العمد وغير العمد في حالة انفصال الجنين حياً، حيث يرى بعض القائلين بعمدية الجناية، القصاص من الجاني بينما العقاب على غير العمد هو الدية، أما في حالة انفصال الجنين ميتاً فلا فرق بين العمد وغير العمد في نوع العقوبة؛ لأن العقوبة متفق عليها في كل الأحوال وهي الغرة، وإنما يظهر الفرق في صفة العقوبة حيث تغلظ الغرة في حالة العمد وشبه العمد ولا تغلظ في حالة الخطأ^(٤)، كذلك يظهر الفرق في تحمل العقوبة حيث تكون في مال الجاني وحده في حالة العمد، وتكون في ماله

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٣٣، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٤٣٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٦٣.

(٢) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٣٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٦١٩، البحر الرائق ج ٨ / ص ٣٨٩، ٣٩٠، المغني ج ٩ / ص ٥٤٤، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٦٣.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٤.

أو مال العاقلة وحدها في حالتي شبه العمد والخطأ، على حسب التفصيل الذي ذكرناه عند الكلام على تحمل الديات^(١).

٤١٢ - العقوبة المقررة للجناية على الجنين: تختلف العقوبة المقررة للجناية على الجنين باختلاف نتائج فعل الجاني، وهذه النتائج لا تخرج عن خمس:

الأولى: أن ينفصل الجنين عن أمه ميتاً، **الثانية:** أن ينفصل الجنين عن أمه حياً ثم يموت بسبب الفعل، **الثالثة:** أن ينفصل الجنين عن أمه حياً ثم يموت أو يعيش بسبب آخر غير الفعل، **الرابعة:** أن لا ينفصل الجنين عن أمه أو ينفصل بعد وفاتها، **الخامسة:** أن يترتب على الفعل إيذاء الأم أو إصابتها بإصابات تشفى منها أو تؤدي لموتها، وسنتكلم عن هذه النتائج واحدة بعد أخرى والعقوبات المقررة لها.

٤١٣ - أولاً: انفصال الجنين عن أمه ميتاً: إذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فعقوبة الجاني هي دية الجنين، ودية الجنين غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل.

والأصل في الغرة ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه استشار الناس في إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبة: شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة، فقال: لتأتين بمن يشهد معك، فشهد له محمد بن مسلمة، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، ففضى الرسول أن دية جنيها عبد أو أمة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم»^(٢).

والغرة في اللغة الخيار، وسمي العبد والأمة غرة لأنهما من أنفس الأموال، ويشترط الفقهاء في العبد أو الأمة شروطاً خاصاً لم نر داعياً لذكرها بعد أن أبطل الرق في العالم، وبعد أن أجمع الفقهاء على تقدير الغرة بخمس من الإبل.

٤١٤ - وتجب الغرة في الجنين الذكر وفي الجنين الأنثى: ولا فرق في قيمة ما يجب لكل منهما، ويقدر الفقهاء دية الجنين الذكر بنصف عشر الدية الكاملة، ودية الجنين الأنثى بعشر دية الأم، ولما كانت دية المرأة نصف دية الرجل فالنتيجة أن دية الجنين الأنثى تساوي نصف عشر الدية الكاملة^(٣).

وتجب الغرة في حالتي العمد والخطأ معاً، ولا فرق بين الحالتين إلا أن دية الجنين تغلظ في حالة العمد وتخفف في حالة الخطأ^(٤)، وإلا أنها حالة في مال الجاني المتعمد لا

(١) راجع الفقرة ٣٨٩. (٢) المغني ج ٩ / ص ٥٣٥.

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٢٢، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٥١٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٤، المغني ج ٩ / ص ٥٤١.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٤.

تحمل العاقلة منها شيئاً، أما في حالة الخطأ ويلحق 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 رأي 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 أُلقت الحامل جنينين حين فعل الجاني غرتان، وإذا أُلقت ثلاثة فعليه ثلاثاً، 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 حياً وموته بسبب الفعل: إذا انفصل الجنين عن أمه حياً ومات بسبب فعل الجاني فالعقوبة القصاص 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 وتحمله 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؛ أي نصف دية الرجل.

وتتعدد الديات بتعدد الأجنة، فلو أُلقت المرأة جنينين ذكرين أو ثلاثة كان على الجاني ثلاث ديات كاملة.

وإذا ماتت الأم بسبب الجنابة فلا تدخل دية الجنين في ديتها، ولا تدخل ديتها في ديات الأجنة ولو تعددت.

٤١٦ - ثالثاً: انفصال الجنين حياً ولم يموت: إذا انفصل الجنين حياً وعاش أو مات بسبب آخر غير الجنابة كأن قتله آخر أو امتنعت الأم عن إرضاعه حتى مات فعقوبة الجنابة

(١) المغني ج ٩ / ص ٥٤٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٣، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٥١٨، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٣٣، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٤٨.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٠، المغني ج ٩ / ص ٥٤٣، وحاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٥١٧، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٣٣.

(٣) نفس المراجع السابقة.

على الجنين هي التعزير لا غير؛ لأن موت الجنين حدث بسبب غير فعله، أما العقوبة على قتل الجنين بعد انفصاله فهي عقوبة القتل العادي لأن الجريمة ليست إلا إزهاق روح إنسان حي.

والعقوبة التعزيرية التي توقع على الجاني يقدرها القاضي ويعينها من بين مجموعة العقوبات التعزيرية ما لم يكن ولي الأمر قد عين هذه العقوبة وقدرها.

٤١٧ - رابعاً: انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عند انفصاله: إذا لم يترتب على الجنائية انفصال الجنين أو ماتت الأم قبل انفصاله أو انفصل عنها بعد وفاتها فالعقوبة على الجنائية في هذه الحالات جميعاً هي التعزير ما دام لم يقدّم دليل قاطع على أن الجنائية أدت لموت الجنين أو انفصاله وأن موت الأم لا دخل له في ذلك^(١).

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

وإذا ضرب شخص امرأة بالسيف في 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 ففقط ذراعها فألقت ولدها ميتاً فعليه القصاص فيما فعل بالمرأة وعليه غرة دية الجنين.

وإذا ضربها ضرباً لم يترك أثراً فأجهضت جنيناً انفصل عنها ميتاً فعليه التعزير في ضرب المرأة وعليه غرة دية الجنين.

٤١٩ - الكفارة: وهناك عقوبة أخرى للجنائية على الجنين هي عقوبة الكفارة^(٢)، ويعاقب الجاني بها كلما أُلقت الأم جنينها سواء أُلقته حياً أو ميتاً، وسواء كان الجاني هو الأم أو أجنبي عنها، وإن أُلقت الأم أجنة ففي كل جنين كفارة، وهذا هو رأي الشافعي وأحمد^(٣).

(١) راجع ما كتبناه عن انفصال الجنين.

(٢) راجع ما كتب عن الكفارة فهو متمم لما يقال هنا.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٥، المغني ج ٩ / ص ٥٥٦ وما بعدها.

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

ويجعل مالك الكفارة مندوباً إليها في الجناية على الجنين وليست واجبة^(١).

أما أبو حنيفة فيفرق بين انفصال الجنين ميتاً وانفصاله حياً، ويوجب الكفارة في الحال الثانية دون الأولى^(٢).

إثبات الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين :

٤٣٠ - اختلف الفقهاء في تحديد الأدلة التي تثبت عن طريقها الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين، فرأى جمهور الفقهاء أن هذه الجنايات 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 الجناية أربع طرق هي:

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

وستتكمّل 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﴾ إلى قوله: ﴿قَالَ أَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٨١] وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] وفسرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار، وقوله تعالى: ﴿وَلِيُمْلِكَ ٱلَّذِي عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ إلى قوله: ﴿فَلِيُمْلِكْ وَلِيُّهُ ٱلْعَدْلَ﴾ [البقرة: ٢٨٢] أي: فليقر بالحق، وقوله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا عَتَرَتَهُمْ بِذُنُوبِهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٢] وقوله: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف: ١٧٢] إلى آيات أخرى.

وأما السنة: فما روي أن ماعزاً أقر بالزنا فرجحه رسول الله ﷺ، وكذلك الغامدية، وفي قضية العسيف قال الرسول ﷺ: «اغْدُ يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» .

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٤٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٥١٨، ٥١٩.

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار لأنه إخبار ينفي التهمة والريبة عن المقر، ولأن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها، ولهذا كان الإقرار أكد من الشهادة وكان حجة في حق المقر يوجب عليه الحد والقصاص والتعزير كما يوجب عليه الحقوق المالية.

٤٢٢ - والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره كما يرى جمهور الفقهاء، فإذا اعترف بكر بأنه قتل زيداً وأن علياً شركه في ارتكاب جريمة القتل، فإن هذا الاعتراف يكون حجة قاصرة على بكر فقط ما دام علي ينكره، فإذا سلم به علي فإنه يؤخذ لا باعتراف بكر وإنما باعترافه هو، وعلى هذا جرت سنة رسول الله ﷺ فقد روى أبو داود عن سهل بن معد أن رجلاً جاء الرسول ﷺ فأقر عنده أنه زنا بامرأة سماها له، فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها^(١)، ولكن الإقرار يمكن أن يتعدى إلى غير المقر عند من يرون الإثبات بقرائن الأحوال، إذا أمكن اعتبار إقرار المقر قرينة على غير المقر.

٤٢٣ - ويشترط في الإقرار المثبت للجناية أن يكون مبيناً مفصلاً قاطعاً في ارتكاب الجاني الجناية، أما الاعتراف المجمل الذي يمكن أن يفسر على أكثر من وجه فلا تثبت به الجناية، فمن أقر مثلاً بقتل شخص لا يمكن اعتباره مسؤولاً جنائياً إذا فصل اعترافه عن كيفية القتل وأداته، فقد يكون المعترف طلب من القتل أن يؤدي عملاً أو يذهب إلى مكان معين فقتل فيه، فاعتقد أنه تسبب في قتله واعترف بالقتل على هذا الأساس، ويجب أن يبين إن كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ؛ لأن لكل نوع من أنواع القتل أركاناً وعقوبات خاصة، ويجب أن يبين ظروف القتل وسببه فقد يكون القتل وقع استعمالاً لحق أو أداء لواجب، ولا مسؤولية في مثل هذه الحالة، فالإقرار الذي يؤخذ به الجاني هو الإقرار المفصل المثبت لارتكاب الجريمة ثبوتاً لا شك فيه.

٤٢٤ - والأصل في الاستفصال والتبين هو سنة الرسول ﷺ، فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه، فسأل رسول الله ﷺ هل به جنون أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته، وجعل يستفسر عن الزنا فقال له: «لعلك قبلت أو غمزت» وفي رواية: «هل صاحبته؟» قال: نعم، قال: «فهل باشرتها؟» قال: نعم، قال: «هل جامعته؟» قال: نعم. وفي حديث ابن عباس: «أنكته؟» قال: نعم، قال: «دخل ذلك منك في ذلك منها؟» قال: نعم، قال: «كما يغيب المروء في المكحلة والرشاء في البئر؟» قال: نعم، قال: «تدري ما الزنا؟» قال: نعم، أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، قال: «فما تريد بهذا

(١) فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٨، المغني ج ١٠ / ص ١٦٨.

القول؟» قال: تطهرني، فأمر به فرجم» فدل جميع ذلك على أنه يجب الاستفصال والتبين^(١).

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار.

٤٢٥ - إقرار زائل العقل: إذا أقر بجريمة من فقد عقله لأي سبب كشرب دواء أو شرب مسكر أو نوم أو إغماء أو جنون، فإن إقراره لا يعتبر إقراراً صحيحاً ولا يؤاخذ به ولكن لو أعاد المقر إقراره بعد زوال حالة الإغماء أو النوم وبعد زوال أثر السكر أو أثر الدواء وبعد زوال الجنون، فإنه يؤاخذ بإقراره الجديد لأنه صدر صحيحاً^(٢).

ويتفق أبو حنيفة والشافعي مع مالك وأحمد فيما سبق إلا في شرب الدواء والمسكر، فيرى أبو حنيفة أن إقرار السكران بطريق محظور هو إقرار صحيح، وأن السكران يؤخذ بإقراره إذا أقر وهو سكران إلا في الحدود الخالصة حقاً لله، والقتل ليس منها، وكذلك الجنابة على ما دون النفس وعلى الجنين^(٣)؛ لأن عقوبتهما القصاص أو الدية وهي من حقوق الأفراد، أما إذا كان السكر بطريق غير محظور فلا يؤخذ السكران بإقراره في كل الأحوال إلا إذا أعاد الإقرار بعد زوال سكره.

ويرى الشافعي أن من شرب دواء مزيلاً للعقل بغير حاجة ومن شرب مسكراً عالمياً بأنه مسكر يؤخذ بإقراره في كل الأحوال، لأنه شرب ما يعلم أنه يزيد عقله فوجب أن يتحمل نتيجة عمله تغليظاً عليه لينزجر^(٤)، إذا دعت الحاجة لشرب الدواء المزيل للعقل أو شرب المسكر وهو يعلم أنه مسكر، فإنه لا يؤخذ بإقراره إلا إذا أقر ثانية بعد زوال سكره.

٤٢٦ - ومن المتفق عليه أن المسكر لا يشترط فيه أن يكون خمراً، فيصح أن يكون أي مادة مسكرة أو مخدرة ما دامت تؤدي إلى غيبة العقل، ولذا يعرف الفقهاء السكر بأنه غيبة العقل من تناول الخمر أو ما يشبه الخمر.

ويعتبر الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلاً ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وهذا هو رأي أبي حنيفة^(٥)، ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان، وحجتهم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] فمن لم يعلم ما يقول فهو

(١) سبل السلام ج ٤ / ص ٧، ٨.

(٢) المغني ج ٥ / ص ٢٧١ وما بعدها ج ١٠ / ص ١٧٠، ١٧١، مواهب الجليل ج ٤ / ص ٤٣.

(٣) حاشية الطهطاوي ج ٣ / ص ٣٢٨، ٣٤٦، حاشية ابن عابدين ج ٤ / ص ٦٢١.

(٤) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ / ص ٢٨٣، ٢٨٤.

(٥) بدائع الصنائع ج ٥ / ص ١١٨.

سكران، وهذا الرأي يتفق مع الرأي الراجح في كل من المذهب المالكي والشافعي والحنبلي^(١).

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

تعريف الإكراه: يعرف الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره^(٢)، ويعرف بأنه ما يفعل بالإنسان ما يضره أو يؤلمه^(٣).

ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكره قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلبت على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذا امتنع مما أكرهه عليه^(٤).

والإكراه في الشريعة على نوعين: نوع يعدم الرضاء ويفسد الاختيار، وهو ما خيف 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 والقيود والضرب الذي لا يخشى منه التلف، ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجئ^(٥).

والإكراه التام يؤثر فيما يقتضي 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 أشبه.

٤٢٨ - ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد - ورأيهم مرجوح - أن الإكراه يقتضي شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه وأن التوعد بالعذاب لا يكون إكراهاً.

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 ﷺ وهو يبكي فجعل يمسح الدموع من عينيه ويقول: «أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» ويستدلون بما قاله عمر رضي الله عنه: ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته فهؤلاء

(١) المغني ج ١٠ / ص ٣٣٥، أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ / ص ٢٨٤.

(٢) البحر الرائق ج ٨ / ص ٧٩.

(٣) مواهب الجليل ج ٤ / ص ٤٥.

(٤) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ / ص ٢٨٢.

(٥) البحر الرائق ج ٨ / ص ٨٠.

يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكره فيحمله على إتيان ما أكره عليه، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل الذي يأتيه المكره فلا يعتبر الفاعل مكرهاً في رأيهم^(١).

٤٢٩ - ويرى أصحاب الرأي الراجح في مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعي 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، فالذي يندفع إذن بإتيان الفعل المكره عليه وهو 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 المادي هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعاً، أما الإكراه المعنوي فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع.

شروط الإكراه: يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ولا يعتبر المقر مكرهاً:

٤٣٠ - أولاً: أن يكون الوعيد مما يستتضر به بحيث يعدم الرضاء أو يفسده: كالضرب والحبس والقيد والتجوع، فإذا لم يكن لتنفيذ الوعيد أثر على الرضاء انتفى وجود الإكراه، وتقدير الوعيد الذي يستتضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها، فقد يكون الشيء إكراهاً في حق شخص دون آخر وفي سبب دون آخر، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدة أسواط، والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحد، بل قد يتضرر من صفعة أو فرك أذن، والبعض قد يرحب بمكثه في السجن أمداً طويلاً والبعض قد يضره ضرراً كبيراً بقاءه في السجن ليلة واحدة.

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكره، وهذا متفق عليه، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف؛ فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي^(٣)، ويرى بعض الحنفية أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكره، ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذي رحم محرم، وهذا يتفق مع رأي الشافعية^(٤)، ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الابن أو الأب^(٥).

(١) المغني ج ٨ / ص ٢٦٠، الشرح الكبير ج ٨ / ص ٢٤٣.

(٢) المغني ج ٨ / ص ٢٦١، البحر الرائق ج ٨ / ص ٨٠، أسنى المطالب ج ٣ / ص ٢٨٢، ٢٨٣، مواهب الجليل ج ٣ / ص ٤٥، ٤٦.

(٣) مواهب الجليل ج ٤ / ص ٤٥.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١١٠، أسنى المطالب وحاشية الشهاب ج ٣ / ص ٢٨٣.

(٥) الإقناع ج ٤ / ص ٤.

وليس من الضروري أن يكون الإكراه بالوعيد بالإيذاء المادي، بل يكفي 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^(١).

كذلك من يمنع عن آخر طعامه أو شرابه حتى يقر بجريمة فإنه يعتبر مكرهاً في إقراره، وأمر صاحب السلطان يعتبر في ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد، وأمر غيره إكراهاً إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه^(٢).

وأم الزوج لزوجته في حكم أمر السلطان إن كانت تخشى الأذى إذا لم تطعه فإن أطاعته وهي لا تخشى أذى إذا لم تطعه فلا يعتبر الأمر إكراهاً^(٣).

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعي 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^(٤).

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراهاً ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيماً بصاحبه؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال، ولكن بعض فقهاء الحنفية يرون الوعيد بإتلاف المال إكراهاً، وأصحاب هذا الرأي يختلفون فيما بينهم، فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراهاً، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكفي لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستتضر بإتلافه^(٥).

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أي غير مشروع، فإن كان الفعل المهدد به مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قائماً، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس فهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان في حالة إكراه لأن الفعل الذي هدد به مشروع^(٦).

٤٣١ - ثانياً: أن يكون الوعيد بأمر حال يوشك أن يقع إن لم يستجب المكره: فإن

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١٢٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١١٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١٢٠.

(٤) مواهب الجليل ج ٤ / ص ٤٥، أسنى المطالب ج ٣ / ص ٢٨٣، الإقناع ج ٤ / ص ٤٠.

(٥) البحر الرائق ج ٨ / ص ٨٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٧٦ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١١٠، ١٢١.

(٦) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١٢٠، أسنى المطالب ج ٣ / ص ٢٨٢، المغني ج ٨ / ص ٢٦٠.

كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه فيلجأ للسلطات العامة أو يهرب من المكره، ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بتلبية طلب المكره ويرجع في تقدير ما إذا كان الوعيد حالاً أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى ظنه الغالب المبني على أسباب معقولة، ويعتبر الوعيد حالاً كلما عجز المكره عن الهرب والمقاومة والاستغاثة بغيره إلى غير ذلك من أنواع الدفع^(١).

وإذا كان الوعيد بأمر آجل فإنه لا يعتبر إكراهاً كقوله: لأضربنك غداً إن لم تقر بكذا أو تفعل كذا، ولكن الأذرع 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 مكرهاً ولا سيما إذا عرف أن من عادة المهدد إيقاع ذلك الوعيد^(٢).

٤٣٢ - ثالثاً: أن يكون المكره قادراً على تحقيق وعيده: لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكره قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه، ولا يشترط في المكره أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف؛ لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره^(٣).

٤٣٣ - رابعاً: أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعي إليه تحقق ما أوعده به: فإن كان يعتقد أن المكره غير جاد فيما أوعده به أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأي طريقة كانت ثم أتى الفعل بعد ذلك فإنه لا يعتبر مكرهاً، ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة^(٤).

٤٣٤ - حكم إقرار المكره: وإذا توفر الإكراه على الوجه السابق وأقر المكره على نفسه بجريمة فإن إقراره يكون باطلاً ولا يؤخذ به لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦] ولقول الرسول ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأنه قول أكره عليه بغير حق، والأصل أن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه، فإذا أقر مختاراً قبل إقراره لانتفاء التهمة ولوجود الداعي إلى الصدق، ولكن إذا أكره الشخص على الإقرار فأقر فإنه يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه فانتفى ظن الصدق فلن يقبل إقراره، فإذا أقر بقتل أو قطع أو سرقة أو غير ذلك تحت تأثير الإكراه لم يجب عليه بإقراره عقاب^(٥) لاحتمال كذب الإقرار، ومما يؤثر في هذا الباب قول عمر رضي الله

(١) أسنى المطالب ج ٣ / ص ٢٨٢، المغني ج ٨ / ص ٢٦١، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١٠٩.

(٢) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ / ص ٢٨٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١٠٩، المغني ج ٨ / ص ٢٦١، أسنى المطالب ج ٣ / ص ٢٨٢.

(٤) أسنى المطالب ج ٣ / ص ٢٨٢، المغني ج ٨ / ص ٢٦١، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١٠٩.

(٥) 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.

عنه: «ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته» أو على حسب ما يرويه البعض: «ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوِّفت أو أوثقت» ومما يؤثر عن شريح أنه كان يقول: «القيد كره، والسجن كره، والوعيد والضرب كره»^(١)، ويؤثر عن ابن شهاب أنه قال في رجل اعترف بعد جلده: ليس عليه حد^(٢).

وإذا أقر في حال الإكراه بغير ما أكره، مثل أن يكره على الإقرار بجريمة ما فيقر بأخرى، فإقراره فيما يتعلق بهذه الجريمة الأخرى صحيح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء دون إكراه^(٣).

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^(٤).

٤٣٥ - والإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل ولو قامت الدلائل على صحته، كأن يرشد السارق عن المسروقات أو القاتل عن جثة القتيل، فإذا 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^(٥).

٤٣٦ - ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي أنه إذا ضرب ليقر فهذا إكراه، أما إذا ضرب ليصدق في القضية فأقر حال الضرب أو بعده فإقراره صحيح ولا يعتبر مكرهاً، لأن المكره من أكره على شيء واحد وهو هنا إنما ضرب ليصدق ولا ينحصر الصدق في الإقرار، ولكن أصحاب هذا الرأي يكرهون مع هذا أن يلزم المقر بإقراره إلا بعد أن يراجع ويقر ثانياً من غير أن يضرب أو يهدد، ويؤخذ على أصحاب هذا الرأي تمسكهم بالإقرار الثاني مع أن هذا الإقرار الثاني فيه نظر إذا غلبت على ظنه أنه إذا أنكر أعيد ضربه، والرأي الراجح في المذهب هو عدم قبول الإقرارين لأنهما صادران من مكره^(٦).

٤٣٧ - ومن ادعى الإكراه لا تقبل دعواه لمجرد ادعائه؛ لأن الأصل عدم الإكراه، إلا

(١) المبسوط للسرخسي ج ٩ / ص ١٨٥.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٧٢.

(٣) المغني ج ٥ / ص ٢٧٣.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١٢٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٨٩.

(٥) المبسوط للسرخسي ج ٩ / ص ١٨٠.

(٦) أسنى المطالب ج ٢ / ص ٢٩٠، ٢٩١.

أن تكون هناك قرينة على صحة الادعاء، كالقيد والحبس والقبض والوضع تحت الحراسة، ففي مثل هذه الحالات تقبل دعوى الإكراه ولمن يدعيه أن يثبت، ويستوي في هذا الحال أن يكون القبض والحبس والقيد بحق أو بغير حق، كحالة الحبس الاحتياطي، وكحالة القبض بغير حق^(١).

وإذا أكره حاكم أو قاض شخصاً ليقر بجريمة عقوبتها القتل أو القطع كالقتل والسرقة فأقر بها وقتل أو قطعت يده اقتص ممن أكرهه^(٢).

٤٣٨ - رجوع المقر عن إقراره: وإذا كان الإقرار صادراً من غير إكراه فعدل عنه المقر، قبل منه الرجوع عن إقراره فيما كان حقاً لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه، أما حقوق الأدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارة 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 الجنين، فإنه يؤخذ بإقراره ولو عدل عنه لأن الجنايات الواقعة على النفس وما دونها وعلى الجنين كلها متعلقة بحقوق الأدميين ولو أن بعضها يعاقب عليه بالقصاص، ولو أن القصاص مما يحتاط فيه ويدرأ بالشبهات^(٣)، 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 أيّاً كان نوع الجريمة التي أقر بها ما دامت 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: ﴿وَأَسْأَلُكُمْ فِي الْبَيْتِ عَنْ شِئْنٍ مِنْ رَبِّكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْكُمْ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِنْ رِزْقٍ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

- (١) أسنى المطالب ج ٢ / ص ٢٩٩، المغني ج ٥ / ص ٢٧٣.
- (٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ١٢٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٨٩، ١٩٠.
- (٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٣٢، ٢٣٣، حاشية الطهطاوي ج ٣ / ص ٣٤٦، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٠، المغني ج ٢ / ص ٢٨٨.

وأما السُّنة: فما روى وائل بن حجر قال: «جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: يا رسول الله هذا غلبني على أرض لي، فقال الكندي: هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ 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 ﷺ: «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 غيرهما 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 الموجبة للقصاص: يشترط الفقهاء في إثبات الجرائم الموجبة للقصاص بالشهادة أن يشهد بالجريمة رجلان عدلان، ولا يقبل الفقهاء في إثبات هذا النوع من الجرائم شهادة رجل وامرأتين ولا شهادة شاهد ويمين المجني عليه، وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاج له لدرئه باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء^(٣).

ويرى الأوزاعي والزهري أن الجريمة التي توجب القصاص تثبت بما تثبت به الأموال، فيكفي في إثباتها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ويؤيد الشوكاني هذا الرأي^(٤).

٤٤١ - ومن يشترط الشاهدين فيما يوجب القصاص لا يفرق بين القصاص في النفس والقصاص فيما دون النفس، ويوجب في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص مطلقاً شهادة رجلين عدلين، إلا مالاً فإنه لا يوجب شهادة العدلين إلا في القصاص في النفس فقط، أما إذا كان القصاص فيما دون النفس فيجيز مالك إثبات الجريمة الموجبة للقصاص بشاهد واحد ويمين المجني عليه، ولا يقيس مالك الجراح بالأموال وإنما هو مبدأ أخذ به لأنه استحسسه، وقد سئل ابن القاسم في هذا فقيلاً له: لم قال مالك ذلك في جراح العمد

(١) المغني ج ١٢ / ص ٢.

(٢) نيل الأوطار ج ٦ / ص ٣١٠.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٥، حاشية الطهطاوي ج ٣ / ص ٢٢٠، أسنى المطالب ج ٤ /

ص ١٠٥، المغني ج ٧ / ص ٤١.

(٤) نيل الأوطار ج ٦ / ص ٣١١.

وليس بمال؟ قال: قد كلمت مالكا في ذلك فقال: إنه شيء استحسناه، وما سمعت فيه شيئا^(١).

ويرى بعض الفقهاء في مذهب مالك جواز شهادة المرأتين ويمين المدعي في جراح العمد، ولا يرى البعض ذلك^(٢).

والشاهدان اللذان تثبت بشهادتهما الجريمة الموجبة للقصاص ليس أحدهما المجني عليه، فإذا كان شاهد واحد والمجني عليه لم يكمل نصاب الشهادة لأن المجني عليه يعتبر مدعياً لا شاهداً وأقواله تصلح لوثأ أي قرينة ولكنها لا تقوم مقام الشهادة.

أما في حالة إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس بشاهد ويمين المجني عليه تبعاً لرأي مالك فإن الجريمة تثبت بشهادة الشاهد الواحد ولا يعتبر المجني عليه شاهداً ثانياً ولو أنه يؤدي اليمين لأنه لا يسأل كشاهد، وإنما يحلف اليمين على صحة شهادة الشاهد، فاليمين مقصود بها تقوية شهادة الشاهد.

وهناك من الفقهاء من لا يشترط نصاباً معيناً من الشهود فيكفي عنده لإثبات الجريمة الموجبة للقصاص أن يشهد بها شاهد واحد إذا رجح القاضي صدق شهادته^(٣)، والذين يشترطون شهادة رجلين في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص لا يجيزون إثبات الجريمة بأقل من ذلك ولو عفا المجني عليه أو وليه عن القصاص إلى الدية وهي مال، وما يوجب المال يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وبشهادة رجل ويمين المدعي؛ على التفصيل الذي سنذكره فيما بعد، وحجتهم أن الواجب بالجناية أصلاً هو القصاص لا الدية وإنما وجبت الدية بالعفو أو الصلح والعفو والصلح كلاهما حق ثابت للمجني عليه أو وليه، أما طريقة الإثبات فليست من حقه بل هي حق الجماعة، وهذا لا يؤدي العفو أو الصلح في العمد إلى جواز الإثبات بما يثبت به المال، وفضلاً عن ذلك فإنه يجب أن يثبت للمجني عليه حق القصاص قبل كل شيء حتى يثبت له العفو أو الصلح عن هذا الحق^(٤).

٤٤٢ - الجرائم التي توجب تعزيراً بدنياً: إذا أوجب الجريمة التعزير البدني مع القصاص فيشترط في إثباتها ما يشترط في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص، وقد بينا ما يشترطه الفقهاء على اختلاف وجهات نظرهم.

أما إذا أوجب الجريمة التعزير البدني دون القصاص فيرى الشافعي وأحمد أن الجريمة لا تثبت إلا بما تثبت به الجريمة الموجبة للقصاص أي بشهادة رجلين عدلين؛ لأن

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٥، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٩.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ / ص ٢٤١.

(٣) الطرق الحكمية ص ٦٦ - ٧٨، طرق الإثبات الشرعية ص ١٨١.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٠٥، المغني ج ١٠ / ص ٤٢.

العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان فلا تثبت بما تثبت به الأموال من شهادة رجل وامرأتين وشهادة رجل ويمين المجني عليه^(١).

٤٤٣ - والأصل عند مالك أن العقوبات البدنية لا تكون إلا بشهادة رجلين ولكنه أجاز في إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس أن تثبت بشهادة رجل واحد ويمين المجني عليه، وأوجب على الجاني في الوقت نفسه عقوبة التعزير مع عقوبة القصاص^(٢).

ومعنى هذا أن عقوبة التعزير البدنية تثبت والجريمة الموجبة لها بشاهد ويمين المدعي، ويمكن القول بأن القصاص أشد من التعزير فإذا ثبتت الجريمة الموجبة للقصاص بشاهد ويمين فأولى أن تثبت بذلك الجريمة الموجبة للتعزير، كما يمكن القول بأنه إذا ثبتت الجريمة الموجبة للتعزير البدني في الجراح بشاهد ويمين فإن كل جريمة أخرى موجبة للتعزير البدني يصح أن تثبت بشاهد ويمين قياساً على هذا، ويرى بعض المالكية التعزير في بعض الجرائم بشهادة شاهد واحد دون يمين^(٣).

٤٤٤ - والأصل في مذهب أبي حنيفة أن العقوبات البدنية لا تثبت بأقل من شاهدين عدلين ولكنهم يجيزون في التعزير أن يكون أحد الشاهدين هو المجني عليه ويقبلون فيه شهادة رجل وامرأتين على خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، بل يرون أنه يكفي للتعزير شهادة شاهد واحد عدل^(٤)، أو شهادة المدعي وحده مع نكول الجاني عن اليمين^(٥)، والنكول ليس إلا قرينة تقوي شهادة المجني عليه الذي لا يعتبر في الأصل شاهداً تبعاً لقواعد الشريعة، كذلك يجيزون إثبات جرائم التعزير بالشهادة على الشهادة بل يكتفون في التعزير بعلم القاضي^(٦).

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 المدعي، وكل ما شرع فيه اليمين والشاهد يثبت بشهادة الشاهد ونكول المدعي عليه^(٧)، وهذا هو رأي الشافعي وأحمد، وحجتهم أنها شهادة عكس ما يقصد به المال والمال بيت على هذا الوجه فوجب أن تقبل هذه الشهادة في كل قتل أو جرح موجب للمال كما يقبل في البيع

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٣٦٠، الإقناع ج ٤ / ص ٤٤٥.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٤٧.

(٣) تبصرة الحكام ج ١ / ص ٢٦٠، ٢٦١.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٥٨، ٢٥٩.

(٥) شرح فتح القدير ج ٣ / ص ٢١٣.

(٦) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٥٨، ٢٦٠.

(٧) المغني ج ١٢ / ص ١٢.

والإجارة، ولا تقاس الشهادة في الجنابة الموجبة للمال بالشهادة في الجنابة الموجبة للقصاص؛ لأن القصاص عقوبة يحتاط لإسقاطها ودرئها فاحتيط في الشهادة على أسبابها^(١).

ويرى بعض الحنابلة أن الجنابة سواء أوجبت القصاص أو غير القصاص لا تثبت بشهادة رجل وامرأتين ولا بشهادة رجل واحد ويمين المدعي، وإنما تثبت بشهادة رجلين كما يثبت القصاص والحدود، فلا معنى للفرقة بين جنائيتين من نوع تقعان على آدمي^(٢).

ويرى المالكيون أن الجرائم التي توجب عقوبة مالية تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعي أو شهادة امرأتين ويمين المدعي^(٣).

٤٤٦ - ويختلف رأي الشافعي وأحمد عن رأي مالك في أن مالكا يجوز شهادة المرأتين واليمين ولا يجوزها الشافعي وأحمد، وحجة مالك أن المرأتين أقيمتا مقام الرجل في الأموال فيقام مقامه فيما يوجب المال من الجرائم، وحجة الشافعي وأحمد أن البيئة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة، وأن شهادة المرأتين ضعيفة فقويت بشهادة الرجل معهما، واليمين ضعيفة فلو شهدت المرأتان مع اليمين لضم ضعيف إلى ضعيف^(٤).

٤٤٧ - ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن ما يوجب المال يثبت بشهادة رجلين أو بشهادة رجل وامرأتين ولا يثبت بشاهد ويمين ولا بامرأتين ويمين^(٥)، وحجتهم أن الله تعالى قال: ﴿وَأَسْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فمن زاد على ذلك فقد زاد على النص والزيادة في النص نسخ، ولأن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعي عليه كما حصر البينة في جانب المدعي، ويرد على الحنفيين بأن رسول الله ﷺ قضى بالشاهد الواحد واليمين وأن الزيادة في النص ليست نسخاً وإنما هي تعزيز له، وأن الحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه، وأن الآية واردة في شهادة التحمل لا في شهادة الأداء ولذا قال تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢] فالنزاع في الأداء لا في التحمل.

والحديث الذي يتمسك به الحنفية ضعيف وليس هو للحصر، بدليل أن اليمين تشرع

(١) المغني ج ١٠ / ص ٤٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٠٥، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٦.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٤٢، المغني ج ١٢ / ص ٩.

(٣) تبصرة الحكام ج ١ / ص ٢٤١.

(٤) المغني ج ٢١ / ص ١٣.

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٤ / ص ٥١٥، ٥١٦، حاشية الطهطاوي ج ٣ / ص ٢٢١.

في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها، وفي حق الأمناء لظهور خياناتهم، وفي حق الملاعن، وفي القسامة، وغير ذلك^(١).

ولقد شرعت اليمين من جانب المدعي عليه حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء إلا مجرد الادعاء، ففي هذه الحالة يكون جانب المدعي عليه أولى باليمين لقوته بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب هذا الأصل، فإذا ترجح جانب المدعي بلوث أو نكول أو شهادة شاهد كان أولى باليمين 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 كلما وثق به القاضي^(٣).

ويجيز الفقهاء عامة شهادة الرجل الواحد أو المرأة الواحدة للضرورة، ويقبلون مثل هذه الشهادة في إثبات نفس الجريمة كشهادة المعلم على الجرائم التي تقع بين الصبيان وكشهادة المرأة على جريمة وقعت في حمام، ويقبلون شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة كذلك في إثبات أثر الجريمة ونتائجها كشهادة الطبيب أو الداية على أن الضرب أحدث جرحاً داخلياً بالرحم، وكشهادة الطبيب بأن الضرب أو الجرح نشأ عنه فقد منفعة عضو من الأعضاء.

ويقبل الفقهاء شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة للضرورة سواء كانت الجريمة مما يوجب عقوبة بدنية كالقصاص أو عقوبة مالية كالدية^(٤).

(٢) الطرق الحكمية ص ٦٦، ٧٥.

(١) المغني ج ١٢ / ص ١٠، ١١.

(٣) الطرق الحكمية ص ٦٦، ٨٨.

(٤) تبصرة الحكام ج ١ / ص ٢٥٨، ٢٦٢، حاشية الطهطاوي ج ٣ / ص ٢٢١، أسنى المطالب ج ٤ /

ص ٣٦٠، ٣٦٣، المغني ج ١٠ / ص ١٥، ١٨.

٤٤٩ - ولا تثبت الجريمة بالشهادة إلا مع زوال الشبهة وانتفاء الشك: فيجب أن تكون الشهادة مثبتة للجريمة بصفة قاطعة، فإذا لم تكن كذلك بطلت الشهادة ما لم يكن بعض الشهادة متيقناً ففي 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 أي المقطوع به في أقوال الشاهد، ومما يؤثر في هذا الباب أن شريحاً شهد عنده رجل بالقتل فقال: أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات، فقال له شريح: فمات منه؟ فأعاد الرجل قول الأول، فقال له شريح: قم فلا شهادة لك^(١).

القسامة

٤٥٠ - معنى القسامة: القسامة معناها لغة: القَسَم أي اليمين، وهي تعني أيضاً الوسامة، فيقال: فلان قسيم أي وسيم، ويذهب أهل اللغة إلى أنها القوم الذين يحلفون سُمُوا باسم المصدر، كما يقال: رجل رَضَى ورجل عدل.

ومعنى القسامة في اصطلاح الفقهاء: الأيمان المكررة في دعوى القتل، يقسم بها أولياء القتيل لإثبات القتل على المتهم، أو يقسم بها المتهم على نفي القتل عنه^(٢).

مصدر القسامة التشريعي: كانت القسامة طريقاً من طرق الإثبات في الجاهلية فأقرها الإسلام، فقد روى أحمد ومسلم والنسائي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أنه أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية.

وعن سهل بن أبي حثمة قال: انطلق عبد الله بن سهل ومُحِيصَة بن مسعود إلى خيبر وهي يومئذ صلح فتفرقا، فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشطح في دمه قتيلاً فدفعه ثم قدم إلى المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومُحِيصَة وَحُوَيْصَة ابنا مسعود إلى النبي ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال: كَبُرَ كَبُرٌ، وهو أحدث القوم فسكت، فتكلما، فقال: «أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم؟» فقالوا: كيف نحلف ولم نشهد شيئاً ولم نر؟ قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يميناً؟» فقالوا: كيف نأخذ أيمان قوم كفار؟ فعقله النبي ﷺ من عنده رواه الجماعة، وفي رواية متفق عليها: فقال رسول الله ﷺ: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته»، فقالوا: أمر لم نشهده كيف نحلف؟ 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: «قال

(١) المغني ج ١٠ ص ٤٣، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦، أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٨، المغني ج ١٠ ص ٢، طرق الإثبات الشرعية ص ٤٨٤، نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١.

رسول الله ﷺ: «تسمون قاتلكم ثم تحلفون عليه خمسين يمينا ثم نسلمه».

وفي رواية متفق عليها: فقال لهم: «تأتون بالبينة على من قتله»، فقالوا: ما لنا من بينة، قال: «فيحلفون»، قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة^(١) وروى الإمام أحمد عن أبي سعيد الخدري قال: وُجد قتيل بين قريتين فأمر النبي ﷺ فذرع بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فألقاه إلى أقربهما؛ أي حملهم ديته، وكذلك روي عن عمر رضي الله عنه في قتيل وُجد 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^(٢)، وأخرج عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي عن الشعبي أن قتيلاً وُجد بين وادعة وشاكر فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا ما بينهما فوجده إلى وادعة أقرب فأحلفهم عمر خمسين يمينا كل رجل ما قتله ولا علمت له قاتلاً ثم أغرمهم الدية، فقالوا: يا أمير المؤمنين لا أيماننا دفعت عن أموالنا ولا أموالنا دفعت عن أيماننا، فقال عمر: كذلك الحق، وأخرج نحوه الدارقطني والبيهقي عن سعيد بن المسيب، وفيه أن عمر قال: إنما قضيت عليكم بقضاء نبيكم^(٣)، وفي رواية أخرى أنهم قالوا: أنبذل أموالنا وأيماننا؟ فقال عمر: أما أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم^(٤).

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 فخذ أخرى فانطلق معه في إبله، فمر به رجل من بني هاشم قد انقطعت عروة جوالقه، فقال: أغثنني بعقال أشد به عروة جوالقي لا تنفر الإبل، فأعطاه عقلاً فشد به عروة جوالقه، فلما نزلوا عقلت الإبل إلا بعيراً واحداً، فقال الذي استأجره: ما بال هذا البعير لم يعقل من بين الإبل؟ قال: ليس له عقال، قال: فأين عقاله؟ فحذفه 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 أبي طالب فأخبره أن فلاناً قتلني في عقال، ومات المستأجر، فلما قدم الذي استأجره أتاه أبو طالب فقال: ما فعل صاحبنا؟ قال: مرض فأحسنتم القيام عليه ووليت دفنه، قال: قد كان أهل ذاك منك، فمكث حيناً ثم إن الرجل الذي أوصى إليه أن يبلغ عنه وافى الموسم فقال: يا قريش، قالوا: هذه قريش، قال: يا آل بني هاشم، قالوا:

(١) نيل الأوطار ج ٦ / ص ٣١١، ٣١٢.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩٢، طرق الإثبات الشرعية ص ٤٤٨.

(٣) نيل الأوطار ج ٦ / ص ٢١٤.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩١.

هذه بنو هاشم، قال: أين أبو طالب؟ قالوا: هذا أبو طالب، قال: أمرني فلان أن أبلغك رسالة أن فلاناً قتله في عقاب، فأتاه أبو طالب فقال: اختر منا إحدى ثلاث: إن شئت أن تؤدي مائة من الإبل فإنك قتلت صاحبنا، وإن شئت حلف خمسون من قومك أنك لم تقتله، فإن أبييت قتلناك به، فأتى قومه فأخبرهم فقالوا نحلف، فأتته امرأة من بني هاشم كانت تحت رجل منهم كانت قد ولدت منه فقالت: يا أبا طالب أحب أن تجير ابني هذا برجل من الخمسين ولا تصير يمينه حيث تصير الأيمان، ففعل، فأتاه رجل منهم فقال: يا أبا طالب أردت خمسين رجلاً أن يحلفوا مكان مائة من الإبل فيصيب كل رجل منهم بعيuran، هذان البعيuran فاقبلهما مني ولا تصير يميني حيث تصير الأيمان، فقبلهما، وجاء ثمانية وأربعون فحلفوا، 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 علية، ويرى هؤلاء أنه لا يجوز الحكم بمقتضى القسامة لأنها مخالفة لأصول التشريع الإسلامي، إذ الأصل في الشريعة أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً أو شاهد حسناً، وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والقتيل في بلد آخر^(٢)، ومن حجتهم أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء وأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ولا يرى أصحاب هذا الرأي في الأحاديث التي يستند إليها القائلون بالقسامة أن رسول الله ﷺ حكم بالقسامة وإنما كانت القسامة حكماً جاهلياً فلطف لهم رسول الله ﷺ ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام، ولذلك قال لهم: أتحلفون خمسين يميناً - أعني لولاة الدم وهم الأنصار - قالوا: كيف نحلف ولم نشاهد؟

(١) نيل الأوطار ج ٦ / ص ٣١٢، ٣١٣، طرق الإثبات الشرعية ص ٤٧٨.

(٢) لذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريه يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه، فقال: ما تقولون في القسامة؟ فأضب القوم، وقاموا: نقول: إن القسامة القود بها حق، قد أقاد بها الخلفاء، فقال: ما تقول يا أبا قلابة؟ ونصبني للناس، فقلت: يا أمير المؤمنين، عندك أشراف العرب ورؤساء الأجناد، أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه، أكنت ترجمه؟ قال: لا، قلت: أرايت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه؟ قال: لا، وفي بعض الروايات: قلت: فما بالهم 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 الخمسين الذين أقسموا (بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٥٧، طرق الإثبات الشرعية ص ٤٩٠).

قال: فيحلف لكم اليهود، قالوا: كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ قالوا: فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله ﷺ: هي السنة، وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القسامة بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى^(١).

ويرد الفريق الآخر على هذه الحجج بأن القسامة سنة مقررة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة، وأنه يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله وإن كانوا غائبين عن مكان القتل؛ لأن النبي ﷺ 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 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^(٢).

٤٥٢ - وليس ثمة ما يمنع من أن تكون الأيمان سبيلاً لإشاعة الدماء - أي إهدارها - ما دامت الأيمان تؤدي إلى إثبات الجريمة على الجاني لأن النبي ﷺ 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 القتيل ثابت لهم قبل اليمين، وإذا كانت القسامة طريق الإثبات العمدة فقد وجب بها القصاص وهو عقوبة العائد كالبينة سواء بسواء، وقد روى الأثر بإسناده عن عامر الأحول أن النبي ﷺ أقاد بالقسامة في الطائف، وهذا نص ولأن الشارع جعل القول قول المدعي مع يمينه احتياطاً للدم فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى^(٣)، على أن أغلب القائلين بالقسامة لا يرون أن القسامة تؤدي للقصاص بل يرون أنها توجب الدية فقط، فالقسامة على رأي هؤلاء لا تؤدي لإشاعة 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 المدعي عليه، وأما القائلين بتحليف المدعي فالقاعدة عندهم أن اليمين تشرع من جهة أقوى المتداعين، فأبي الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته، وقد ثبت عن رسول الله أنه عرض القسامة أولاً على المدعين فلما أبوا جعلها في جانب المدعي عليهم، وقد جعلت في جانب المدعين لأن جانبهم ترجح باللوث^(٤)، واليمين تكون في

(١) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٥٨.

(٢) الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٥.

(٣) الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٣٩، ٤٠.

(٤) أعلام الموقعين ج ١ / ص ١١٨، الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٢٨ وما بعدها.

جانب المدعى عليه إذا لم يترجح المدعي بشيء غير الدعوى، فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوله بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب الأصل فكانت اليمين من جهته، فإذا ترجح المدعي بلوث أو بنكول أو شاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك، فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعين فأيهما قوي جانبه شرعت اليمين في حقه^(١).

وفضلاً عما سبق فإن حديث البينة على من ادعى واليمين على من أنكر روي عن ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بالصيغة الآتية: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة» فاستثنى الحديث القسامة، وهذا الاستثناء زيادة في الحديث يتعين العمل بها لأن الزيادة من الثقة مقبولة^(٢).

٤٥٤ - لماذا شرعت القسامة: الأصل في القسامة أنها شرعت لحفظ الدماء وصيانتها، فالشريعة الإسلامية تحرص أشد الحرص على حفظ الدماء وصيانتها وعدم إهدارها، ولما كان القتل يكثر بينما تقل الشهادة عليه لأن القاتل يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت القسامة حتى لا يفلت المجرمون من العقاب وحتى تحفظ الدماء وتُصان^(٣).

ولقد كان من حرص الشريعة على حيطة الدماء ما دعا أحمد إلى القول بأن من مات من زحام الجمعة أو في الطواف فديته في بيت المال وبمثل هذا قال إسحاق، وقال به عمر وعلي؛ فإن سعيداً يروي عن إبراهيم أن رجلاً قتل في زحام الناس بعرفة، فجاء أهله إلى عمر فقال: بيتكم من قتله، فقال علي: يا أمير المؤمنين لا يُطَلَّ دم امرئ مسلم، إن علمت قاتله وإلا فأعطه ديته من بيت المال، وقال الحسن والزهري فيمن مات من الزحام: ديته على من حضر لأن قتله حصل منهم^(٤).

ولعل في حديث الرسول ﷺ الذي قرر القسامة ما يؤيد هذا النظر، ففي رواية متفق عليها أن رسول الله ﷺ قال لهم: «تأتون بالبينة على من قتله؟» فقالوا: ما لنا من بينة، قال: «فتحلفون؟» قالوا: لا نرضى بأيمان اليهود، فكره رسول الله ﷺ أن يُطَلَّ دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة^(٥)، وهذا ما جعل الحنابلة يرون أنه إذا لم يحلف المدعون ولم يرضوا يمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال، وما جعلهم يرون إلزام المدعى عليه الدية إذا نكل عن الحلف.

٤٥٥ - والقسامة عند أبي حنيفة شرعت فوق ما سبق لعلاج التقصير في النصرة

(١) الطرق الحكيمة ص ٧٤.

(٢) الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٣١.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٥٨.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٩، ١٠.

(٥) نيل الأوطار ج ٦ / ص ٣١٢.

وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصراً بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير، زجراً عن ذلك وحماً على تحصيل الواجب، وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان يتحمل القسامة والدية؛ لأنه أولى بالحفظ، فكان التقصير منه أبلغ، ولهذا يرى أبو حنيفة أن القتيل إذا وجد في موضع اختص به واحد أو جماعة إما بالملك أو باليد ويتهمون أنهم قتلوه فعليهم شرعاً القسامة دفعاً للتهمة، والدية لوجود القتيل بين أظهرهم^(١).

٤٥٦ - هل شرعت القسامة للإثبات أم للنفي؟: يرى مالك والشافعي وأحمد أن القسامة شرعت لإثبات الجريمة ضد الجاني كلما انعدمت أدلة الإثبات الأخرى أو لم تكن كافية بذاتها لإثبات الجريمة على الجاني، فإذا لم يكن مثلاً إلا شاهد واحد على القاتل أو لم يكن هناك شهود ولكن وجدت قرينة على أن القتل حصل من المتهم كان لولاة القتيل أن يثبتوا الجريمة على المتهم بطريق القسامة^(٢).

ويرى أبو حنيفة أن القسامة ليست دليلاً مثبتاً للفعل المحرم وإنما هي دليل نفي لأهل المحلة التي وجد فيها القتيل؛ لأن المدعين - طبقاً لرأيه - لا يحلفون وإنما يحلف أهل المحلة بالله ما قتلوه ليدروا عن أنفسهم القصاص، وفي الوقت ذاته تجب عليهم الدية لوجود القتيل بين أظهرهم، ويأخذ أبو حنيفة بهذا الرأي لأنه يرى أن البيئة دائماً على من ادعى واليمين على من أنكر، فإذا لم يعترف أحد أهل المحلة بالقتل وأنكروا كانت عليهم القسامة لأنهم مدعى عليهم وهم يدفعون بالقسامة التهمة الموجهة إليهم فتكون القسامة دليل نفي لهم^(٣).

٤٥٧ - الجرائم التي تجوز فيها القسامة: من المتفق عليه أن القسامة لا تكون إلا في جريمة القتل فقط، فلا قسامة في جرح ولا في قطع عضو أو فقد منفعة، ولا قسامة في ضرب أو إيذاء أو اعتداء أيّاً كان نوعه ما لم يؤد للموت، ويستوي أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ، ففي كل قتل أيّاً كان نوعه القسامة^(٤).

متى تكون القسامة؟: لا محل للقسامة عند أبي حنيفة إلا إذا كان القاتل مجهولاً، فإن كان معلوماً فلا قسامة ويتبع في إثبات الجريمة ونفيها طرق الإثبات العادية^(٥).

٤٥٨ - أما مالك والشافعي وأحمد فمحل القسامة عندهم أن يكون القاتل معيناً وأن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩٠.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٧٦، المغني ج ١٠ / ص ٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٨٩، ٢٩١.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٨٦، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٧٢،

الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٣.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٨٨.

يكون هناك لَوْثٌ، فإن كان القاتل مجهولاً فلا قسامة عند الأئمة الثلاثة، ولكن الغزالي وهو من الفقهاء الشافعيين يرى أن لا بأس من أن يكون القاتل مجهولاً بين معينين فإن حكمه حكم المعين كما إذا اتهم ولي القتل عشرة وقال: القاتل أحدهم^(١).

واللوث عند مالك والشافعي وهو أمر ينشأ عن غلبة الظن بصدق المدعي^(٢)، أو هو قرينة توقع في القلب صدق المدعي^(٣)، كوجود جثة القتيل في محلة أعدائه، أو تفرق جماعة عن قتيل، أو رؤية المتهم على رأس القتيل ومعه سكين، وقول واحد ممن تقبل شهادته لوث.

وهناك خلاف بين المالكية والشافعية على ما يعتبر لوثاً، فالمالكية يعتبرون ادعاء المجني عليه على المتهم قبل وفاته لوثاً ولا يعتبره الشافعيون كذلك، والإشاعة المتواترة لوث عند الشافعيين وليست كذلك عند المالكيين^(٤).

واللوث عند أحمد على الرواية المرجوحة هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعي عليه، كنحو 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 ضِعْنٌ يغلب على الظن أنه قتله.

واللوث على الرواية الراجحة هو ما يغلب على الظن صدق المدعي كالعداوة المذكورة سابقاً، وكأن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثاً في حق كل واحد منهم، وكأن يزدحم الناس في مضيق فيوجد فيهم قتيل، وكأن يوجد قتيل ولا يوجد بقربه ولا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله، وهذا الرأي الثاني موافق لما يراه مالك والشافعي^(٥)، وتعدد اللوث لا يمنع من القسامة كما لو قال المجني عليه قبل موته: قتلني فلان، وكان هناك شاهد عدل يشهد بأنه رأى المتهم يقتل المجني عليه فالقسمة واجبة مع تعدد اللوث ولا ينفي تعدد اللوث عنها إلا عند من يأخذون بالقرائن ويرونها كافية وحدها لإثبات الجريمة^(٦)، وإذا وجد قتيل ولم يكن لوث فلا قسامة عند مالك والشافعي وأحمد وإن عين أولياء القاتل، والدعوى في هذه الحالة كسائر الدعاوي إن كانت بينة حكم للمدعين بها وإن كان إقرار حكم به وإلا فالقول قول المنكر، وهذا يخالف مذهب أبي حنيفة الذي يرى القسامة بوجود الجثة وبها أثر القتل.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٦٨، المغني ج ١٠ / ص ٤.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٠. (٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٩٨.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٦٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٠، ٥٥.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٧، ١٢. (٦) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٤.

٤٥٩ - وإذا ادعى أولياء 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 يحتجون بقول رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليهم» ويرون أن النص يوجب اليمين لعمومه وأن النص صريح في انطباقه على دعوى القتل حيث يقول: «لادعى قوم دماء رجال وأموالهم» وادعاء الدماء هو ادعاء القتل، والقائلون بهذا يختلفون، فبعضهم يرى أن يحلف المدعى عليه يميناً واحدة وهو الرأي الراجح، والبعض يرى أن يحلف خمسين يميناً وهو الرأي المرجوح، فإن نكل المدعى عليه عن اليمين فيرى البعض أنه لا يجب عليه شيء بنكوله، ويرى البعض أن النكول لا يجب به غير الدية، ويرى البعض أن ترد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه فتكون قسامة ويحلف المدعون خمسين يميناً؛ لأن النكول يعتبر لوثاً في هذه الحالة فتتوفر شروط القسامة^(١).

٤٦٠ - وظاهر مما سبق أن القسامة تكون عند مالك والشافعي إذا علم القاتل وانعدمت البينة المثبتة للقتل وكان لوث، فإن كانت بينة تثبت القتل أو كان إقرار فلا قسامة، ومعنى هذا أن القسامة عندهم دليل خاص مثبت للقتل إذا انعدم دليله الأصيل.

ويختص مالك بنوع من القسامة يوجبه مع توفر الدليل على القتل، وذلك في حالة ما إذا أصيب المجني عليه في جريمة القتل فلم يمت في الحال واستمر وقتاً ما يأكل ويشرب ويتكلم ثم مات بعدها فتجب القسامة على أولياء القتل يحلفون بالله أن القاتل 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 القاتل في محله وكان القاتل مجهولاً، وهي ليست دليلاً على القتل وإنما هي دليل نفي لأهل المحلة التي وجد فيها القاتل، فهم يحلفون بالله ما قتلوه ليدرؤوا عن أنفسهم القصاص، وتجب عليهم الدية في الوقت ذاته لوجود القاتل بين أظهرهم.

والقسامة عند ابن حزم تجب متى وجد قاتل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولاية الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلاً خمسين يميناً، فإن هم حلفوا على العمد فالقود، وإن حلفوا على الخطأ فالدية، وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلاً^(٢).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٣، ٧.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٢٦٠.

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 الإقامة بين ظهرائهم 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 ويعترف بجرمه.

٤٦٢ - كيفية القسامة: القسامة عند مالك والشافعي وأحمد على أولياء القتل، لقول الرسول ﷺ: «يحلف خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم» وعلى هذا أن يحلف أولياء القتل ابتداء خمسين يميناً.

ويستحب أن يستظهر في ألفاظ اليمين في القسامة تأكيداً فيقول الحالف: واللّه الذي لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، فإن اقتصر على لفظ واللّه كفى، ويصح أن يقول واللّه أو باللّه وتاللّه وكل ما زاد على هذا تأكيداً، ويشترط في اليمين أن تكون على البت وأن تكون قاطعة في ارتكاب المتهم الجريمة بنفسه أو بالاشتراك مع غيره، وعلى الحالف أن يبين ما إذا كان الجاني تعمد الفعل أم لم يتعمد فيقول مثلاً: «واللّه إن فلان ابن فلان قتل فلاناً منفرداً بقتله ما شركه غيره» وإن كانا اثنين قال: «منفردين بقتله ما شركهما غيرهما» ثم يقول: عمداً أو خطأ.

فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرئ، ويشترط في يمين المدعى عليه ما يشترط في يمين المدعى من البت والقطع ببرائه فيقول مثلاً: واللّه ما قتلته ولا شاركت في قتله ولا فعلت سبباً مات منه ولا كان سبباً في موته ولا معيناً على موته.

فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا أيمان المدعى عليهم برئ المتهمون وكانت دية القتل في بيت المال على رأي أحمد، وهو رأي لا يأخذ به بقية الأئمة، وإن نكل المدعى عليهم عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا على رأي في مذهب أحمد ولم يحبسوا على الرأي الآخر، وحبسوا لمدة سنة على رأي مالك، فإن لم يحلفوا عزروا، أما الشافعي فيرى أن ترد

الأيمان على المدعين فإن لم يحلفوا فلا شيء على المدعى عليهم، وإن حلفوا وجبت العقوبة على المدعى عليهم^(١).

أما أبو حنيفة فيرى أن القسامة على أهل المحلة ابتداء فإن حلفوا وجبت عليهم الدية، وعنده أن الحلف لحقن دماء الحالفين لأن حفظ المحلة عليهم ونفع ولاية التصرف في المحلة عائد عليهم وهم المتهمون في القتل فكانت القسامة والدية عليهم^(٢).

ويحلف خمسون رجلاً من أهل المحلة: واللّه ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، وإذا امتنع المدعى عليهم عن الحلف حُبسوا حتى يحلفوا ولكن امتناعهم لا يسقط عنهم الدية^(٣).

٤٦٣ - من يدخل القسامة؟: يدخل القسامة على رأي الشافعي كل الورثة سواء كانوا رجالاً أو نساء؛ فتدخل الزوجة والبنت كما يدخل الابن والزوج، وتوزع الأيمان عليهم بحسب نصيبهم من الإرث، ويجبر الكسر؛ لأن اليمين الواحدة لا تتبع بعض فلو حلف تسعة وأربعون 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 كاملة^(٤).

٤٦٤ - وفي مذهب أحمد روايتان:

أولاهما: أن الأيمان تختص بالورثة دون غيرهم وبالرجال دون النساء، فعلى هذه الرواية تقسم الأيمان بين الورثة من الرجال سواء كانوا من ذوي الفروض أو العصباء كل على قدر إرثه إن كانوا جماعة وإن كانوا 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 ثلاث عشرة يميناً والابن ثمانين وثلاثين يميناً؛ لأن تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن البعض الآخر فوجب تكميل اليمين المنكسرة في حق كل واحد منهم، وهناك من يرى أن يحلف كل وارث خمسين يميناً سواء تساوا في الميراث أو اختلفوا فيه؛ لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى^(٥).

ثانيتهما: أن يحلف من العصابة خمسون رجلاً كل واحد يميناً، وهو قول لمالك،

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٥، ٥٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٧٣، الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٤٠، ٤٧.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩١.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٨٩.

(٥) الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٣٢، ٣٣.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٧٩.

وعلى هذا يحلف الوارثون من العصبه، فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبه الأقرب منهم فلاقرب^(١).

٤٦٥ - ويفرق مالك بين حالة الخطأ وحالة العمد، ففي الخطأ يحلف أيما القسامة من يرث القتل وإن كان واحداً ولو أخاً لأم أو امرأة، وإذا تعدد الورثة حلف كل وارث على قدر إرثه، فإن كان وارث واحد حلف الأيمان كلها وتجبر اليمين عند الكسر على أكثر كسرها، ولو كان صاحب الكسر الأكبر أقل نصيباً في الميراث ابن وبنت، على الابن ثلاث وثلاثون يميناً وثلاث، وعلى البنت ست عشرة يميناً وثلاثان، فتحلف البنت سبع عشرة يميناً والابن ثلاثاً وثلاثين.

أما في العمد فلا يحلف إلا العصبه، ولا يحلف في العمد أقل من رجلين من العصبه، ويستوي أن يكون العاصب وارثاً أم غير وارث، ولا تحلف النساء في العمد، وللولي إن كان واحداً أن يستعين بعصابه هو ولو لم يكن عاصباً للقتيل، كامرأة مقتولة ليس لها عصبه غير ابنها وله إخوة من أبيه فله أن يستعين بهم^(٢).

٤٦٦ - ويرى أبو حنيفة أن القسامة لا تجب إلا على الرجال، فلا تجب على صبي ولا مجنون ولو وجد القتل في ملك أحدهما؛ لأن القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين؛ ولأن القسامة تجب على من هو من أهل النصره وهما ليسا من أهل النصره، فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما إذا وجد القتل في ملكهما، وهناك خلاف في هذا المذهب على ما إذا كانا يدخلان في الدية مع العاقلة، فيرى البعض دخولهما لأنهما مؤاخذان بالضمان المالي لأفعالهما وهو الرأي الراجح، أما إذا وجد القتل في ملك غيرهما فمن المتفق عليه أنهما لا يدخلان في الدية مع العاقلة.

ولا تدخل المرأة في القسامة والدية في قتل وجد في غير ملكها لأن وجوبهما بطريق النصره وهي ليست من أهلها، وإن وجد في دارها أو في قرية لها لا يكون بها غيرها فعليها القسامة فتستحلف ويكرر عليها الأيمان على الرأي الراجح^(٣).

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 القتل ويحلفون أنه مات من ضربه أو جرحه.

ويرى ابن رشد أنه يجوز أن يقتص بالقسامة من أكثر من واحد إذا اختلفت الأفعال

(١) الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٤٠، ٤١.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٦، ٥٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩٤، ٢٩٥.

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 المؤدي للموت فلا يقتص إلا من واحد^(١).

٤٦٨ - ورأي 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 ﷺ: «تستحقون دم صاحبكم».

والرأي الثاني قائم على قوله: «إما أن يدوا صاحبكم، أو يؤذنوا بحرب من الله ورسوله» وقد فسرت عبارة «دم صاحبكم» بـ«بدل دم صاحبكم» جمعاً بين الدليلين^(٢).

ويرى أبو حنيفة أنه لا يجب بعد القسامة إلا الدية في العمد وغير العمد؛ لأن القسامة جعلت لحقن دماء المدعى عليهم.

ويرى أحمد أن يقتص بالقسامة في العمد ما لم يمنع مانع شرعي من القصاص^(٣).

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

أولاً: أن يثبت أن الموت نتيجة القتل، فإن كان مات حتف أنفه أو تساوى احتمال موته حتف أنفه بموته قتيلاً فلا قسامة.

ثانياً: أن يكون لوث، طبقاً لما يراه مالك والشافعي وأحمد، وقد بينا معنى اللوث، فإن لم يكن لوث فلا قسامة، أما أبو حنيفة فلا يشترط إلا أن توجد الجثة في محلة وبها أثر القتل، فإن لم توجد الجثة على هذا الوجه فلا قسامة، وإذا أصيب القاتل بجرح في محلة فحمل إلى أهله فمات من تلك الجراحة وجبت القسامة والدية عند أبي حنيفة ولا يراهما أبو يوسف بحجة أنه أصيب في المحلة ولم يمت فيها ولا قسامة فيما دون النفس، ويرد عليه بأن القاتل مات من الجراحة فكأن الجراحة وقعت قتلاً من وقت حدوثها.

ويشترط الحنفيون أن يوجد من القاتل أكثر بدنه، فإن وجد ففيه القسامة والدية لأن للأكثر حكم الكل فيسمى قتيلاً، أما إذا وجد عضو من أعضائه فلا قسامة فيه ولا دية، وإن وجد النصف الذي فيه الرأس ففيه القسامة والدية، وإن وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية، ولا يشترط بقية الأئمة هذه الشروط، فالقسامة واجبة سواء وجد كل الجثة أم وجد بعضها^(٤).

ثالثاً: أن لا يعلم القاتل عند أبي حنيفة فإن علم فلا قسامة، أما عند مالك والشافعي وأحمد فيشترط للقسامة تعيين القاتل، فإذا لم يعين فلا قسامة.

(٣) الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٣٩.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٨٨.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٩.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٧٥.

رابعاً: أن يتقدم أولياء القتل بدعواهم أي باتهامهم لأن الدعوى لا تسمع على غير معين عند مالك والشافعي وأحمد، ولأن القسامة يمين مقصود به دفع التهمة عند أبي حنيفة ولا تجب اليمين قبل الدعوى والاتهام^(١).

خامساً: أن لا يكون هناك ادعاء متناقض، كأن يكون الأولياء قد ادعوا على شخص أنه انفراد بالقتل ثم عادوا فادعوا على آخر بأنه هو القاتل، أو كأن يدعي بعض الأولياء أن شخصاً هو القاتل ويبرئه البعض الآخر من القتل أو يدعوه على غيره، فإذا وجد مثل هذا التناقض امتنعت القسامة، ويشترط في التناقض المانع من القسامة أن يكون بحيث ينفي الاتهام عن المتهم.

سادساً: أن ينكر المدعى عليهم القتل فإذا اعترفوا به فلا قسامة.

سابعاً: ويشترط أبو حنيفة المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعي، وحق المدعي يوفي بطلبه، ولذا كان الاختيار في حال القسامة لأولياء القتل لأن الأيمان حقهم فلهم أن يختاروا من يتهمونهم ويستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذباً، وإذا طولب من عليه القسامة باليمين فنكل 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 الناكل ويحكم بالدية^(٢).

ثامناً: ويشترط أبو حنيفة أيضاً أن يكون الموضع الذي وجدت فيه الجثة ملكاً لأحد وفي يد أحد، فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا في يد أحد فلا قسامة ولا دية.

وإذا وجدت الجثة في مكان عام التصرف فيه للعامة لا للجماعة محصورين لا تجب القسامة وتجب الدية من بيت المال.

٤٧٠ - وإذا وجد القتل في فلاة لا يملكها أحد فلا قسامة ولا دية إذا كانت بحيث لا يسمع الصوت في القرى والأمصار 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 قريباً من المصر فعلى أقرب أحياء المصر الدية والقسامة، وهذا هو قضاء عمر بن الخطاب.

ولا قسامة في قتل وجد في المسجد الجامع ولا في الشوارع أو الجسور أو الطرق العامة؛ لأنها محلات عامة بمعنى الكلمة، وتجب الدية في بيت المال.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٦٩، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٨٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٨٩.

ولا قسامة في قتل وجد في سوق عام إلا إذا كان السوق ملكاً لفرد أو أفراد أو مستأجراً لهم.

واختلف في قتل السجن، فرأى البعض القسامة على المسجونين ولم يرها البعض الآخر^(١).

القرائن

٤٧١ - عرفت الشريعة الإسلامية القرائن من يوم وجودها، وبنى الكثير من أحكام الشريعة على أساس القرائن، ومن ذلك أن القسامة تقوم على أساس القرينة سواء وجد لوث أم لم يوجد، فأساس القسامة عند من لا يشترطون اللوث وجود القتل في محلة المتهمين؛ لأن وجود الجثة في المحلة قرينة على أن القتل حدث من سكانها، وأساس القسامة عند من يشترطون اللوث أن وجود اللوث قرينة على أن المتهم هو القاتل، فرؤية شخص على مقربة من الجثة ملوث بالدماء لوث وهذا اللوث قرينة على أن هذا الشخص هو القاتل، ومن ذلك النكول عند من يرى أن النكول يؤدي إلى إثبات الجريمة، فإن ثبوت الجريمة عن طريق النكول إثبات بالقرينة إذ النكول ليس إلا قرينة على أن الاتهام الموجه للمتهم صحيح^(٢).

ومن ذلك إثبات الزنا بالحمل، فإن الحمل قرينة على الوطء المحرم المعتبر زناً^(٣).
ومن ذلك إثبات شرب الخمر بانبعاث رائحتها من فم المتهم، فإن ثبوت الجريمة أساس القرينة المستفادة من انبعاث رائحة الخمر من فم المتهم والتي تفيد أنه شرب الخمر^(٤).

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 الذي سرقه^(٥).

ومن ذلك جواز دفع اللقطة لمن يصفها بتمييزاتها، 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^(٦).

(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 الإثبات 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 الحكمية ص ٦.

(٥) الطرق الحكمية ص ٦.

(٦) طرق الإثبات الشرعية ص ٥١٨.

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 ﷺ: «الولد للفراش» فإن قيام الزوجية جعل دليلاً على أن من تلده المرأة يكون ابناً للزوج.

ولقد جرى كثير من الخلفاء والولاة والقضاة من وقت نزول الشريعة الإسلامية على الأخذ بالقرائن باعتبارها دليلاً لإثبات الدعاوى الجنائية والمدنية ولهم في ذلك آثار مشهورة^(١).

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 اعتدال، ومن هؤلاء ابن القيم فإنه يرى أن الحاكم إذا أهمل الحكم بالقرائن أضاع حقاً كثيراً وأقام باطلاً كبيراً، وأنه إن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد^(٢).

النكول عن اليمين وردّها

٤٧٢ - اختلف الفقهاء في اعتبار النكول عن اليمين طريقاً من طرق الإثبات، فرأى بعضهم أن المدعي إذا لم يقيم بينة على ما ادعاه ولم يقر المدعي عليه كان على المدعي عليه أن يحلف على نفي المدعي به، فإن نكل عن الحلف قضى للمدعي بما يدعيه بنكول المدعي عليه، وهذا هو رأي أبي حنيفة والمشهور من مذهب أحمد، ورأى البعض أن نكول المدعي عليه لا يكفي وحده لثبوت المدعي به، بل ترد اليمين على المدعي فإن حلف اليمين المردودة قضى له بما يدعيه، وهذا هو مذهب مالك والشافعي، وقد صوبه أحمد فقال: ما هو ببعيد يحلف ويستحق، وعلى هذا لا تكون الدعوى ثابتة بالنكول وإنما باليمين المردودة^(٣).

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

(١) طرق الإثبات الشرعية ص ٦٣ - ٦٦.

(٢) الطرق الحكمية ص ٣، ٤.

(٣) المغني ج ١٢ / ص ١٢٤، الطرق الحكمية ص ٨٨٤ وما بعدها، طرق الإثبات الشرعية ص ٤٣٨، ٤٥٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٤٠٤ وما بعدها، تبصرة الحكام ج ١ / ص ١٦٩.

كانت حدوداً أو قصاصاً أو تعازير، وسواء أوجبت عقوبة بدنية أو عقوبة مالية، وعلى هذا فإذا لم تكن بينة ونكل المتهم عن الحلف فلا ترد اليمين على المدعي لأن حلفها ليس له أثر^(١).

٤٧٤ - ويرى الشافعي أنه يحكم باليمين المردودة في الجرائم المتعلقة بحقوق الأدميين كالقتل والضرب والشتيم، سواء كانت العقوبة قصاصاً أو دية أو تعزيراً، وكذلك في جرائم التعازير المتعلقة بالأمور العامة كطرح الحجارة في الطريق وإفساد الآبار، أما في جرائم الحدود فالقاعدة ألا يحكم فيها باليمين المردودة إلا في بعض الحالات الاستثنائية^(٢).

٤٧٥ - ويرى أبو حنيفة وصاحبه القضاء بالنكول ولكنهم اختلفوا في تفسير النكول، فقال أبو حنيفة: إنه بذل من جهة المدعى عليه، وقال صاحبان: إنه إقرار، وقد أدى هذا الخلاف إلى اختلافهم في بعض المسائل، ويمكن تلخيص رأي الأحناف فيما يختص بالقضاء بالنكول في الجرائم فيما يأتي:

١ - في جرائم الحدود واللعان لا يستحلف المنكر اتفاقاً: إما على قوله فلائن البذل لا يصح في شيء منها، وإما على قولهما فلائن النكول إقرار في 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، وثبت 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^(٣).

٣ - في جرائم التعزير: يصح طبقاً لرأي صاحبين الحكم فيها بالنكول لأن النكول إقرار لا شبهة فيه في التعازير إذ الإقرار فيها لا يجوز العدول عنه، ويصح طبقاً لرأي أبي

(١) تبصرة الحكام ج ١ / ص ١٧٤ وما بعدها.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٤٠٣، ٤٠٦، ونفس المرجع ص ١٠٤، المغني ج ١٠ / ص ٧.

(٣) طرق الإثبات الشرعية ص ٤٣٨، ٤٤٣.

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 رأي أبي حنيفة وصاحبيه. وفي مذهب أحمد رأيان: **أولهما:** أنه لا يقضى بالنكول إلا في المال، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول^(١).

ومقتضى هذا الرأي أن لا يحكم بالنكول في جرائم الحدود ولا في جرائم التعازير التي توجب المال، ويحكم في جرائم القصاص والدية بالنكول على أن تكون العقوبة مالية. **والرأي الثاني:** يرى الحكم بالقصاص على الناكل إذا كان القصاص فيما دون النفس^(٢).

(١) المغني ج ١٢ / ص ١٢٦.

(٢) نفس المراجع السابقة، والإقناع ج ٤ / ص ٤٥٣.

الباب الثاني

في الحدود

مسائل عامة عن الحدود :

٤٧٧ - تعريف الحد : الحد لغة، هو المنع، واصطلاحاً: هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى^(١).

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، أي بأنها جريمة ذات عقوبة مقدرة شرعاً، فتسمية الجريمة بالحد تسمية مجازية.

ويرى بعض الفقهاء أن الحد هو العقوبة المقدرة شرعاً^(٢).

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^(٣).

وتعريف عقوبة الحد بأنها العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى يؤدي إلى هذا التخصيص، وبهذا التعريف تخرج العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية، لأن هذه العقوبات وإن كانت مقدرة شرعاً إلا أنها مقررة حقاً للأفراد، كذلك تخرج عقوبات جرائم التعازير لأنها جميعاً عقوبات غير مقدرة.

ومعنى أن العقوبة مقدرة أن الشارع عين نوعها وحدد مقدارها ولم يترك اختيارها أو تقديرها لولي الأمر أو القاضي.

ومعنى أن العقوبة مقررة حقاً لله تعالى أنها مقررة لصالح الجماعة وحماية نظامها،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٣، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٥، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٤، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٣، المحلى لابن حزم ج ١١ / ص ١٨.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٣.

(٣) نفس المرجع السابق.

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 استوجبته المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم، فكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة وتعود منفعة عقوبتها إليهم تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله، تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والفساد؛ لأن اعتبار العقوبة لله يؤدي إلى عدم إسقاطها بإسقاط الأفراد والجماعة لها^(١).

٤٧٨ - الحد والجناية: ويعبر بعض الفقهاء عن جريمة الحد بلفظ الجناية، ويكتبون عن جرائم الحدود تحت عنوان الجنايات^(٢)، والجناية لغة: اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه، وفي الاصطلاح الفقهي: اسم لفعل محرم شرعاً، ولفظ الجناية مرادف اصطلاحاً للفظ الجريمة، ولما كانت الحدود جرائم فقد صح أن تسمى بالجنايات، ولا يغير من ذلك أن عقوباتها مقدرة؛ لأن تسمية الجريمة بالحد إنما هي تسمية مجازية، كما قلنا من قبل.

ويبقى بعد ذلك أن نعرف أنه إذا كان كل حد جنائية، فإن كل جنائية ليست حداً؛ لأن من الجنايات جرائم 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 - الحراية أو المحاربة. ٦ - البغي. ٧ - الردة.

وهذا ما يراه جمهور الفقهاء، ولكن ابن حزم يخرج البغي من جرائم الحدود ويدخله جريمة جحد العارية^(٣).

وسنخصص لكل جريمة من هذه الجرائم كتاباً، أما جريمة جحد العارية فسنتناولها أثناء الكلام على جريمة السرقة، إذ أن ما يعتبره جمهور الفقهاء سرقة.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٢، ١١٣، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٦.

(٢) الوجيز للغزالي ج ٢ / ص ١٦٤، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٣٠.

(٣) المحلى لابن حزم ج ١ / ص ١١٨، ٣٧٣.

الكتاب الأول

الزنا

تمهيد

٤٨٠ - الزنا في الشريعة والقانون: تختلف جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية عنها في القوانين الوضعية، فالشريعة الإسلامية تعتبر كل وطء محرم زناً وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج، أما القوانين الوضعية فلا تعتبر كل وطء محرم زناً، وأغلبها يعاقب بصفة خاصة على الزنا الحاصل من الزوجين فقط كالقانون المصري والقانون الفرنسي، ولا تعتبر ما عدا ذلك زناً 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 وقت الجريمة بناء على طلبه هو - فإن بلغها اعتبر رضاه صحيحاً، والعقوبة في حالة الرضا المعيب بسيطة لأن الفعل يعتبر جنحة.

ويدخل اللواط في هتك العرض طبقاً لقانون العقوبات المصري سواء لاط الفاعل بامرأة أو برجل.

ويعاقب القانون المصري الرجل والمرأة معاً في حالة الزنا، أما في الوقاع وهتك العرض فلا يعاقب القانون إلا طرفاً واحداً هو الفاعل سواء أتى المفعول به في القبل أو في الدبر، وعلة ذلك أن القانون يبيح الفعل طالما كان مصحوباً برضاء المفعول به، فإن كان رضاه منعدماً أو معيباً اعتبر مجنياً عليه لا جانياً.

٤٨١ - أساس عقوبة الزنا في الشريعة والقانون: وتعاقب الشريعة الإسلامية على الزنا باعتباره ماساً بكيان الجماعة وسلامتها، إذ أنه اعتداء شديد على نظام الأسرة، والأسرة هي الأساس التي 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 صالح الجماعة، فلا معنى للعقوبة عليه ما دام عن تراضٍ، إلا إذا كان أحد الطرفين زوجاً ففي هذه الحالة يعاقب على الفعل صيانة لحرمة الزوجية.

٤٧٢ - الواقع يشهد للشريعة: ولعل ما حدث في أوروبا والبلاد الغربية عامة يؤيد نظرية الشريعة، فقد تحللت الجماعات الأوربية وتصدعت وحدتهم وذهب ريحها وما لذلك من سبب إلا شيوع الفاحشة والفساد الخلقي والإباحية التي لا تعرف حداً تنتهي 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 إجتماعية وسياسية يرجع إلى إباحة الزنا، فقد قل النسل في بعض الدول قلة ظاهرة تنذر بفتاء 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 يجدها مشاعاً بينه وبين الغير قبل الزواج.

والمرأة التي كانت أمنيته الأولى الزواج، ووظيفتها التي خلقت من أجلها إدارة البيت وتربية الأولاد، هذه المرأة أصبحت في كثير من الأحوال تنفر من الزواج ولا ترضى أن تستأسر 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 السارية من جهة أخرى، وإذا كانت مقاومة الحمل تؤدي في كثير من الأحوال إلى عقم النساء، فإن انتشار الأمراض السارية يؤدي في الغالب إلى عقم الرجال والنساء على السواء.

وكانت المرأة تعيش في كنف الرجل في ظل الزواج، فلما أضرب الرجال عن الزواج كان لا بد للمرأة من أن تعيش، فاضطرت إلى مزاحمة الرجل في ميدان العمل لتنال قوتها، فأدى هذا إلى تفشي البطالة وشيوع المبادئ الهدامة وألقي بشعوب أوروبا في بحر لجي يزخر بالفوضى والاضطراب.

ويستطيع الإنسان أن يرتب على هذه المفاصل الإجتماعية نتائجها الخطيرة دون أن يخطئ الحساب، ولو تدبر هذه النتائج القائلون بأن الزنا علاقة شخصية لعلموا أن الزنا من أخطر الجرائم الإجتماعية، وأن مصلحة الجماعة تقتضي تحريمه في كل الصور، والمعاقبة عليه أشد العقاب، وعلى هذا الأساس حرمت الشريعة الإسلامية الزنا لتجنب الوصول إلى تلك النتائج المخيفة، وقررت أشد العقوبات للزنا حتى إنها اعتبرت من يزني بعد إحصانه

غير صالح للبقاء لأنه مثل سيئ وليس للمثل السيئ في الشريعة حق البقاء .
ولقد كانت البلاد الإسلامية على العموم أكثر البلاد إقبالاً على الزواج وبعداً عن الإباحية، ولكن إباحة الزنا فيها على الطريقة الأوربية نقل إليها نفس الأمراض التي يشكو منها المجتمع الأوربي، 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 سحب الإعراض عن الزواج قلة النسل والعقم وتفشي الأمراض السارية، 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

أركان جريمة الزنا

٤٨٣ - تعريف الزنا: يعرف الزنا عند المالكيين بأنه: وطء مكلف فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمداً^(١).

ويعرفه الحنفيون بأنه: وطء الرجل المرأة في القُبْل في غير الملك وشبهة الملك^(٢). ويعرفه الشافعيون بأنه: إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة مشتهى طبعاً^(٣).

ويعرفه الحنابلة: بأنه فعل الفاحشة في قُبْل أو دُبْر^(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 حي 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 لجريمة الزنا ركنين: **أولهما:** الوطء المحرم، **وثانيهما:** تعمد الوطء؛ أو القصد الجنائي.

وستتناول أثناء الكلام على هذين الركنين وجوه الخلاف بين الفقهاء.

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٧٤، ٧٥، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٩٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ / ص ٣١٣.

(٢) شرح الدردير 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 المطالب ج ٤ / ص ١٢٥، المهذب ج ٢ / ص ٣٨٣، شرح البجيرمي على المنهج ج ٤ / ص ٢٠٩.

(٤) الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٠، المغني والشرح الكبير ج ١٠ / ص ١٥١.

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

(٦) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٦.

الركن الأول

الوطء المحرم

٤٨٥ - الوطء المعتبر زناً: هو الوطء في الفرج، بحيث يكون الذكر في الفرج كاميل في المكحلة والرشاء في البئر، ويكفي لاعتبار الوطء زناً أن تغيب الحشفة على الأقل في الفرج أو مثلها إن لم يكن للذكر حشفة، ولا يشترط على الرأي الراجح أن يكون الذكر منتشراً.

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

ويعتبر الوطء زناً ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج ما دام هذا الحائل خفيفاً لا يمنع الحس واللذة^(١).

والقاعدة: أن الوطء المحرم المعتبر زناً هو الذي يحدث في غير مالك، فكل وطء من هذا القبيل زناً عقوبته الحد ما لم يكن هناك مانع شرعي من هذه العقوبة.

أما إذا حدث الوطء أثناء قيام الملك فلا يعتبر الفعل زناً ولو كان الوطء محرماً، لأن التحريم في هذه الحالة عارض، فوطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المُحرمة أو التي ظاهر منها أو آلى منها، كل ذلك محرم ولكنه لا يعتبر زناً^(٢).

وإذا لم يكن الوطء على الصفة السابقة فلا يعتبر زناً يعاقب عليه شرعاً بالحد وإنما يعتبر معصية يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ملائمة^(٣)، ولو كانت المعصية في ذاتها مقدمة من مقدمات الزنا كالمفاخضة؛ أي الإيلاج بين الفخذين، وكالمباشرة خارج الفرج، كذلك يعزر على كل ما يعتبر معصية ولو لم يكن وطئاً في ذاته كالقبلة والعناق والخلوة بالمرأة الأجنبية والنوم معها في فراش واحد؛ لأن هذه جميعاً أفعال محرمة كما أنها من مقدمات الزنا^(٤).

(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، المغني والشرح الكبير ج ١٠ / ص ١٥١، الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٣، المحلى ج ١١ / ص ٢٢٩، ٣٩١، شرح الأزهاري 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، المغني والشرح الكبير ج ١٠ / ص ١٥١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٥، المحلى ج ١١ / ص ٢٥٥، ٢٥٦، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٣٦.

(٣) راجع ما كتبه عن المعاصي والحدود والتعازير في الجزء الأول من التشريع الجنائي الإسلامي ص ٦٧ وما بعدها، وص ١١١ وما بعدها.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ / ص ٣١٣، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٠، أسنى =

والأصل في الشريعة الإسلامية أن من حرمت مباشرته في الفرج لاعتباره زانياً أو لائطاً حرمت مباشرته فيما دون الفرج باعتباره عاصياً لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ * **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ** * **فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ** ﴿[المؤمنون: ٥ - ٧].

وتحرم الشريعة الخلوة بامرأة غير محرمة، وذلك لقول الرسول ﷺ: «لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرمة فإن ثالثهما الشيطان»^(١) فإذا حرمت الخلوة بها فلأن تحرم المباشرة أولى.

ومن القواعد الأصولية في الشريعة قاعدة أن ما أدى للحرام فهو حرام، فإن فعل الجاني ما لا يوجب الحد فعقوبته التعزير سواء كان ما فعله وطئاً لم تتم شروطه كالإيلاج بين الفخذين أو في الفم، أو كان ما فعله ليس وطئاً كالخلوة بالمرأة الأجنبية، وكالعناق والقبلة والنوم معها في فراش واحد، لأن هذه جميعاً أفعال محرمة فضلاً عن أنها من مقدمات الزنا وتؤدي إليه.

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 تعزيرية، فإن الشريعة مع هذا تعتبر الفعل في الحالتين جريمة تامة، ولا تعتبر الوطء جريمة تامة وما دون الوطء شروعاً في الجريمة كما هو الحال في القوانين الوضعية^(٢).

٤٨٦ - الوطء في الدبر: يستوي عند مالك والشافعي وأحمد والشيعة والزيدية أن يكون الوطء المحرم في قُبُل أو دبر من أنثى أو رجل، ويشاركهم في هذا الرأي محمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة^(٣)، وحجتهم في التسوية أن الوطء في الدبر مشارك للزنا في المعنى الذي يستدعي الحد وهو الوطء المحرم، فهو داخل تحت الزنا دلالة، فضلاً عن أن القرآن سوى بينهما فقال جل شأنه والخطاب موجه لقوم لوط: ﴿إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَحْشَاءَ﴾ [العنكبوت: ٢٨] وقال: ﴿إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّنْ دُونِ النِّسَاءِ﴾ [الأعراف: ٨١] وقال: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيَنَّكَ الْفَحْشَاءُ مِنْ نِّسَائِكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وقال: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَآذُوهُمَا﴾

= المطالب ج ٤ / ص ١٢٥، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٦، الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٣، المغني والشرح الكبير ج ١٠ / ص ١٦٣، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٦، المحلى ج ١١ / ص ٢٢٩. (١) رواه أحمد.

(٢) فصلنا الكلام على هذه الملاحظة في الجزء الأول من التشريع الجنائي الإسلامي ص ٢٩٦ - ٣٠٠.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦، المغني ج ١٠ / ص ١٦٠، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٤.

[النساء: ٦] فجعل الوطء في الدبر فاحشة، والوطء في القبل فاحشة، فسمى أحدهما بما سمي به الآخر، روى أبو موسى الأشعري عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان»^(١).

ويرى أبو حنيفة أن الوطء في الدبر لا يعتبر زناً سواء أكان الموطوء ذكراً أم أنثى، وحجته أن الإتيان في القبل يسمى زناً والإتيان في الدبر يسمى لواطاً، واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني، ولو كان اللواط زناً ما اختلف أصحاب الرسول في شأنه، فضلاً عن أن الزنا يؤدي إلى اشتباه الأنساب وتضييع الأولاد وليس الأمر كذلك في اللواط، كما أن العقوبة تشرع دائماً لما يغلب وجوده والزنا وحده هو الغالب لأن الشهوة المركبة في الرجل والمرأة تدعو إليه، أما اللواط فليس في طبيعة المحل ما يدعو إليه^(٢).

أما الظاهريون فلا يرون اللواط زناً وإنما يرونه معصية فيها التعزير، وحجتهم أن اللواط غير الزنا وأنه لم يرد نص ولا أثر صحيح يعطي اللواط حكم الزنا^(٣).

٤٨٧ - وطء الزوجة في دبرها: ومن المتفق عليه أن إتيان الزوجة في دبرها لا يعاقب عليه بعقوبة الحد؛ لأن الزوجة محل للوطء ولأن الرجل يملك وطء زوجته.

ولكن الفقهاء اختلفوا في تكييف الفعل، فيرى أحمد وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة أن الفعل زناً يعاقب عليه أصلاً بعقوبة الحد، ولكن هذه العقوبة تدرأ لشبهة الملك وللاختلاف في حلية الفعل^(٤)، ومن ثم يعاقب على الفعل بعقوبة تعزيرية.

(١) أخرجه البيهقي وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن، وقال: لا أعرفه، والحديث منكر بهذا الإسناد، ورواه أبو الفتح الأزدي في الضعفاء، والطبراني في الكبير من وجه آخر، وفيه المفصل البجلي، وهو مجهول، وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده عنه، يراجع في كل ما سبق: نيل الأوطار ج ٧ / ص ٣٠.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٣، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٠.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٣٨٠، ٣٨٥.

(٤) يعتبر الفقهاء القائلون بالشبه أن الاختلاف على حل الفعل وحرمة يعتبر بذاته شبهة تدرأ الحد، ويرجع الخلاف في الحكم إلى اختلافهم في تفسير قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ * نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُّلاَقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٢٢، ٢٢٣] فقد روي عن ابن عمر أنه لا يرى بأساً من إتيان الزوجة في دبرها، وروي جواز ذلك عن الشافعي ومالك، وكذبت الرواية عن ابن عمر وعن الشافعي، وقيل: إن الشافعي قال بذلك في القديم، وبعض أصحاب مالك لا يرون عنه هذه الرواية، وقد أفتى متأخرو أصحابه بالتحريم، أما جمهور الفقهاء فيرون تحريم إتيان الزوجة في الدبر مستدلين بنص القرآن وما ورد في التحريم من أحاديث ضعيفة يقوي بعضها بعضاً، يراجع نيل الأوطار ج ٦ / ص ١٢٠ وما بعدها، المحلى ج ١٠ / ص ٦٩، ٧٠.

ويرى المالكيون والشافعيون والشيعة الزيدية أن الفعل لا يعتبر زناً لأن الزوجة محل لوطء الزوج وللزوج أن يستمتع بها، ولكن المالكيين والزيديين يرون أن الفعل مع ذلك محرم ويعاقب عليه بعقوبة تعزيرية، أما الشافعيون فلا يرون التعزير على الفعل إلا عند العودة له بعد نهى الحاكم عنه، فالجريمة عندهم جريمة اعتياد ولا تقع إلا بعد النهي عنها، فإذا لم يكن نهى فلا عقاب لأن الفعل قبل النهي مختلف في إباحته، على أن بعضهم يرى العقوبة على تكرار الفعل ولا يصرح باشتراط النهي 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 زناً للأسباب التي سبق بيانها، ولكنه معصية يعاقب عليها بالتعزير.

وكذلك الأمر عند الظاهريين، فهم لا يعتبرون الإتيان في الدبر بصفة عامة زناً ولكنهم يرونه معصية يعزر عليهما^(١).

٤٨٨ - وطء الأموات: ووطء المرأة الأجنبية الميتة لا يعتبر زناً عند أبي حنيفة، وكذلك استدخال المرأة ذكر الأجنبي الميت في فرجها، وهذا القول رأي في مذهب الشافعي وأحمد.

والقائلون بذلك يوجبون التعزير في الفعل، وحجتهم أن الوطء في الميتة ومن الميت كلاً ووطء لأن عضو الميت مستهلك، ولأنه عمل تعافه النفس ولا يشتهي عادة، فلا حاجة إلى الزجر عن الفعل، والحد إنما يجب للزجر، وعلى هذا الرأي الشيعة الزيدية^(٢).

والرأي الثاني في مذهبي الشافعي وأحمد يقوم على أن الفعل يعتبر زناً يجب فيه الحد إذا لم يكن بين زوجين لأنه ووطء محرم بل هو أعظم من الزنا وأكثر إثماً، حيث انضم إلى الفاحشة هتك حرمة الميت^(٣)، وأصول الظاهريين تقتضي أن يكون رأيهم متفقاً مع هذا الرأي.

ويرى مالك أن من أتى ميتة في قبلها أو دبرها حال كونها غير زوج له فإنه يعتبر زانياً ويعاقب بعقوبة الزنا لالتذاه بذلك الفعل، بخلاف من وطأ زوجته الميتة فإنه لا حد عليه، وبخلاف إدخال المرأة ذكر ميت غير زوج في فرجها فإنها تعزر ولا تحد فيما يظهر لعدم اللذة^(٤).

(١) يراجع في كل ما سبق: مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٩١، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦، المغني ج ١٠ / ص ١٦٢، المحلى ج ١١ / ص ٣٨٠، ج ١٠ / ص ٦٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٦.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٢، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٥، المغني ج ١٠ / ص ١٥٢، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٦.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٥، المغني ج ١٠ / ص ١٥٢.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٦.

٤٨٩ - وطء البهائم : ووطء البهائم والحيوانات على العموم لا يعتبر زناً عند مالك وأبي حنيفة ولكنه معصية فيها التعزير، وفي حكمه أن تمكن المرأة من نفسها حيواناً كقرد مثلاً، ولا يرون الفعل زناً لأن اعتباره كذلك يوجب فيه عقوبة الحد وهي مشروعة للزجر، وإنما يحتاج للزجر فيما طريقه منفتح سالك، وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشُّبْق، فالفعل إذن لا يفتقر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه^(١).

وللشافعي وأحمد رأيان أرجحهما يتفق مع رأي أبي حنيفة ومالك، والرأي الثاني يعتبر الفعل زناً ولكنه يعاقب عليه بالقتل في كل الأحوال، وسند هذا الرأي ما روي عن رسول الله ﷺ: «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة» وهو حديث لا يصححه الكثيرون^(٢).

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زناً قياساً على إتيان الرجل المرأة ويجعلون عقوبة المحصن الرجم وعقوبة غير المحصن الجلد والتغريب^(٣)، وهذا الذي يراه بعض الشافعيين هو الرأي الراجح في مذهب الشيعة الزيدية وإن كان بعضهم يرى ما يراه مالك وأبو حنيفة^(٤).

والشافعيون والحنابلة يرون أن المرأة التي تمكن من نفسها حيواناً عليها ما على واطئ البهيمة^(٥)، على أن بعض الشافعيين يصرحون بأن ليس على المرأة إلا التعزير^(٦).

ويرى الحنابلة في كل الأحوال قتل البهيمة المأتية سواء عزر الواطئ أو قتل، ومن يرى من الشافعيين قتل الواطئ يرى أيضاً قتل البهيمة، أما الزيدون فيكرهون لحمها وشرب لبنها ولا يرون قتلها^(٧).

ويرى الظاهريون أن واطئ البهيمة ليس زانياً، لأن فعله ليس زناً، ولم يرد نص بإلحاقه بالزنا، ولكن لما كان وطء البهيمة محرماً أصلاً ففاعل ذلك فاعل منكر مرتكب معصية عقوبتها التعزير وليس في فعله ما يبيح قتل البهيمة أو ذبحها^(٨).

٤٩٠ - وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية : لا حد على الصغير أو المجنون في

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٢.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٦٣، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦.

(٣) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٤٠٥.

(٤) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٣٦.

(٥) الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦.

(٦) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٤.

(٧) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٥، المغني ج ١٠ / ص ١٦٤، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٣٦، ٣٣٧.

(٨) المغني ج ١١ / ص ٣٨٦ - ٣٨٨.

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 لا حد 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 لا حقيقة إنما يجب عليها الحد لكونها مزنيّاً بها، ولما كان فعل الصبي والمجنون لا يعتبر زناً عند أبي حنيفة فلا تكون مزنيّاً بها^(١).

ويرى مالك رأي أبي حنيفة في حالة ما إذا كان الواطئ صبيّاً، ولكنه يرى حد المرأة إذا طاوعت المجنون، وحجته في هذه التفرقة أن المرأة تنال لذة من المجنون ولا تنال من الصبي^(٢).

أما الشافعي فيرى أن تُحدّ المرأة في الحالتين ولو لم يعاقب الصبي والمجنون، لأن العقاب امتنع عن الصبي والمجنون لمعنى يخصه هو، فليس للمرأة - وقد ارتكبت الجريمة - أن تستفيد من ظروف شريكها الخاصة، وعلى هذا الرأي الظاهريون والزيدون^(٣).

ويرى زفر من أصحاب أبي حنيفة رأي الشافعي، وهو رواية عن أبي يوسف، وحجتهما أن كلاً من الزاني والزانية مؤاخذ بفعله، وقد فعلت المرأة ما هي به زانية، لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد حد ذلك^(٤).

وفي مذهب أحمد رأيان أرجحهما يتفق مع مذهب الشافعي، والثاني يفرق - كمذهب مالك - بين ما إذا كان الواطئ صبيّاً أو مجنوناً، ويرى أصحاب هذا الرأي الثاني أن تحد المرأة إذا طاوعت المجنون ولا تحد إذا وطئها صبي لم تبلغ سنه عشر سنوات، فإذا بلغ هذه السن حُدّت، ويؤخذ على هذا الرأي أنه قائم على تحديد السن، والتحديد إنما يكون بالتوقيف أي بنص، ولا توقيف في هذا الأمر^(٥).

٤٩١ - وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة: واختلف أيضاً في وطء العاقل البالغ

لصغيرة أو مجنونة، فيرى مالك أن الواطئ يُحدّ لإتيان المجنونة الكبيرة، ويحد كذلك لإتيان الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة كلما أمكنه وطؤها ولو كان الوطء غير ممكن لغيره،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٤.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٨.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٨، المحلى ج ١١ / ص ١٤٦، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٨.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٦.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ١٥٢.

فإذا لم يكن وطء الصغيرة ممكناً للواطئ فلا حد وإنما يعزر على الفعل^(١).

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن العاقل البالغ إذا زنا بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها وجب عليه الحد لأن فعله زناً، ولأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها^(٢).

ويختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة في أن مالكا يجعل الحد منوطاً بإمكان الجاني وطء الصغيرة ولو كان مثلها لا يجامع، أو لو كان الوطء غير ممكن لغيره، بينما يجعله أبو حنيفة منوطاً بصلاحيّة الصغيرة للجماع بصفة عامة.

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة في هذه الناحية^(٣).

ويرى الشافعيون حد العاقل البالغ إذا زنا بمجنونة أو صغيرة ما دام الوطء قد حدث فعلاً ولا يقيدون العقوبة بأي قيد^(٤)، وعلى هذا مذهب الظاهريين^(٥).

وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعي، أما الثاني فيخالفه في حالة وطء الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة، ويفرق أصحاب هذا الرأي بين ما إذا كانت الصغيرة يمكن وطؤها أو لا يمكن، فإن كان الوطء ممكناً فهو زناً يوجب الحد لأنها كالكبيرة في ذلك، وإن كانت الصغيرة لا تصلح للوطء فلا حد على من وطئها وإنما عليه التعزير، وبعض أصحاب هذا الرأي يحدد سن الصغيرة التي لا تصلح للوطء بتسع سنوات؛ وحجته أن الصغيرة لا تشتبه في هذه السن، وأن وطأها يشبه ما لو أدخل إصبعه في فرجها^(٦).

والقائلون بحد المرأة إذا وطئها صبي أو مجنون وبحد الرجل إذا وطئ مجنونة أو صبية يتفق رأيهم مع نص المادة (٣٩) من قانون العقوبات المصري، وهي تقضي بأن الظروف الخاصة بأحد الفاعلين لا يتعدى أثرها إلى غيره منهم.

على أن القائلين بالرأي المضاد لا يخالون هذا المبدأ لذاته، ولكنهم يطبقون قاعدة درء الحدود بالشبهات، إذ يرون أن الجريمة لا تقع إلا من اثنين بطبيعة الحال ولا يمكن أن تتم إلا بإجماعهما، ويرون في إعفاء أحدهما من العقوبة شبهة في حق الآخر تدعو إلى درء الحد عنه والاكتفاء بتعزيره.

٤٩٢ - الوطء بشبهة: لا يصحح الظاهريون ما روي عن رسول الله ﷺ من قوله: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»^(٧) ولذلك فهم يرون أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٦.

(٤) أسنى المطالب ج ٢ / ص ١٢٨.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٦.

(٣) شرح الأزهار ج ٢ / ص ٣٣٨.

(٥) المحلى ج ١٠ / ص ٤٧١، ج ١١ / ص ٢٥٦.

(٦) المغني ج ١٠ / ص ١٥٢.

(٧) حديث: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» روي عن عليٍّ مرفوعاً وفيه المختار بن نافع، قال عنه البخاري إنه منكر الحديث، وأصح ما جاء فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن =

تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد، فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة؛ لقول رسول الله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام»^(١) وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة^(٢)؛ لقول الله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْدُوهَا﴾ [البقرة: ٢٢٩].

أما باقي الفقهاء فيصححون حديث: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» وهم متفقون على أن الوطء بشبهة لا حد 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.

والشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت، وقد اهتم الحنفيون والشافعيون بتقسيم الشبهة وتنوعها بينما لم يهتم غيرهم من الفقهاء بهذا الأمر، واكتفوا بإيراد ما يعتبر شبهة وعله اعتباره شبهة، على أن الشبهات عند الجميع لا يمكن حصرها لأن أساسها في الغالب الوقائع وهي لا تحصر.

ويقسم الشافعيون الشبهة ثلاثة أقسام^(٣):

الأول: 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 اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمة؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن وإنما أساسها محل الفعل وتسلب الفاعل شرعاً عليه.

الثاني: شبهة في الفاعل: كمن يوطأ امرأة زُفَّت 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.

= مسعود قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم» وروي عن عقبة بن عامر ومعاذ أيضاً موقوفاً وروي منقطعاً وموقوفاً على عمر، ورواه ابن حزم في كتاب الإيصال عن عمر موقوفاً عليه، وروي من طرق أخرى أثبتتها مؤلف نيل الأوطار ج ٧ / ص ١٩، ويعضد ذلك الحديث المروي عن أبي هريرة: «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً» رواه ابن ماجه، والحديث المروي عن عائشة: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» رواه الترمذي والحاكم والبيهقي.

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما.

(٢) المحلى ج ١١ / ص ١٥٣.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦.

الثالث : شبهة في الجهة أو الطريق : ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمته ، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على حله أو جوازه كان الاختلاف فيه شبهة يدرأ بها الحد ، فمثلاً يجوز أبو حنيفة النكاح بلا ولي ، ويجوز مالك النكاح بلا شهود ، ويجوز ابن عباس نكاح المتعة ، ولا يجوز جمهور الفقهاء هذه الأنكحة ، ونتيجة هذا الخلاف أن لا حد على الوطء في تلك الأنكحة المختلف عليها ، لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل ؛ لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام الفقهاء مختلفين على الحل والحرمة .

ويقسم الحنفيون الشبهة قسمين :

الأول : الشبهة في الفعل^(١) : ويسمونها شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه ، وثبتت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمعي يقيد الحل بل ظن غير الدليل دليلاً ، كمن يظن زوجته المطلقة ثلاثاً أو بائناً على مال في عدتها ، وتعليل ذلك أن النكاح إذا كان قد زال في حق الحل أصلاً لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلاق ، فإن النكاح قد بقي في حق الفراش والحرمة على الأزواج فقط ، ومثل هذا الوطء حرام فهو زناً يوجب الحد ، إلا إذا ادعى الواطئ الاشتباه وظن الحل ، لأنه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح في حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقي في حق الحل أيضاً ، وهذا وإن لم يصلح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً اعتبر في حقه درءاً لما يندري بالشبهات .

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلاً ، وأن يعتقد الجاني الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلاً ، وإذا ثبت أن الجاني كان يعلم بحرمة الفعل وجب عليه الحد^(٢) .

الثاني : الشبهة في المحل : ويسمونها الشبهة الحكمية ، أو شبهة الملك ، وتقوم هذه الشبهة على الاشتباه في حكم الشرع بحل المحل ، فيشترط في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، وهي تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة ، ولا عبرة بظن الفاعل ، فيستوي أن يعتقد الفاعل الحل أو يعلم الحرمة ، لأن الشبهة ثابتة بقيام الدليل الشرعي لا بالعلم وعدمه .

(١) يحصر الحنفيون شبه الفعل في جريمة الزنا في ثمانية مواضع ، منها وطء المطلقة ثلاثاً في العدة أو بائناً على مال ، وكذا المختلعة ، أما بقية المواضع فخاصة بالجواني ولا محل للتعرض لها بعد إبطال الرق ، وبقية الفقهاء يخالفون الحنفيين في ذلك ولا يرون شبهة في هذه المواضع الثمانية ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل في جريمة الزنا ، راجع : شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٧ ، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٩٢ ، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٧ ، المغني ج ١٠ / ص ١٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٤٠ ، ١٤٤ ، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٦ .

ويحصر الحنفيون شبهة المحل في جريمة الزنا في ستة مواضع أحدها وطء المطلقة طلاقاً بائناً بالكنائيات، وبقية المواضع خاصة بوطء الجوّاري ولا محلّ للتعرض لها بعد إبطال الرق، ويعلل الحنفيون قيام شبهة في وطء المطلقة بائناً بالكنائيات بأن زوال الملك بالإبانة وسائر الكنائيات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم، والمعروف عن عمر أنه كان يقول في الكنائيات إنها رواجع، والطلاق الرجعي لا يزيل الملك، فاختلافهم أورث شبهة^(١).

والشافعيون والحنابلة من رأي الحنفيين في وطء المطلقة بائناً بالكنائيات، أما المالكيون فيرى بعضهم الرأي السابق، بينما يرى البعض الآخر أن لا شبهة في هذا الوطء^(٢).

قسم ثالث: ويرى أبو حنيفة أن شبهة تثبت أيضاً بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريمه وكان الفاعل عالماً بالتحريم وبالاتفاق عليه كما هو الحال في نكاح المحارم. فالشبهة إذن على رأي أبي حنيفة ثلاثة أنواع: شبهة في الفعل، وشبهة في المحل، وشبهة في العقد.

ولكن أصحاب أبي حنيفة لا يقولون بشبهة العقد، وهم في ذلك متفقون مع ما يراه جمهور الفقهاء^(٣).

٤٩٣ - وطء المحارم: ووطء المحارم زناً يجب فيه الحد، فإذا تزوج شخص ذات محرم منه فالنكاح باطل اتفاقاً، إن وطئها فعليه الحد في قول مالك والشافعي وأحمد والظاهرية 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 دائمة للحد الذي يندري بالشبهات.

ويُرد على أبي حنيفة بأن الوطء حدث في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك، والواطئ من أهل الحد عالم بالتحريم فلا عذر له ويلزمه الحد، أما العقد فهو

(١) نفس المرجعين السابقين.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٩٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٧، المغني ج ١٠ / ص ١٥٤، الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٤.

(٣) شرح القدير ج ٤ / ص ١٤٣.

باطل ولا أثر له مطلقاً فهو كأن لم يوجد وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة^(١).

٤٩٤ - الوطء في نكاح باطل: وكل نكاح مجمع على بطلانه - كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً آخر - إذا وطئ فيه فهو زناً موجب للحد، ولا عبرة بوجود العقد ولا أثر له، وبذلك قال مالك والشافعي وأحمد والظاهرية والزيدون، وهو ما قال به أبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة^(٢)، ولكن أبا حنيفة يرى أن وجود العقد شبهة تدرأ الحد، ومن ثم فعقوبة الوطء عنده هي التعزير^(٣).

٤٩٥ - الوطء في نكاح مختلف عليه: لا يجب الحد في نكاح مختلف على صحته، كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي أو شهود ونكاح الأخت في عدة أختها البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن؛ لأن الاختلاف بين الفقهاء على صحة النكاح يعتبر شبهة في الوطء والحدود تدرأ بالشبهات، إلا عند الظاهريين ولذلك فهم يرون الحد في كل وطء قام على نكاح باطل أو فاسد^(٤).

٤٩٦ - الوطء بالإكراه: من المتفق عليه أنه لا حد على مكرهة على زناً لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ وَهُوَ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] ولقوله: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] ولقول رسول الله ﷺ: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٥) ولأن الإكراه يعتبر شبهة عند القائلين بالشبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

ومن المتفق عليه أنه لا فرق بين الإكراه بالإلجاء وهو أن يغلبها على نفسها، وبين الإكراه بالتهديد، فقد استكرهت امرأة على عهد الرسول فدرأ عنها الحد^(٦)، وأتى عمر بإماء من إماء الإمارة استكرههن غلمان من غلمان الإمارة فضرب الغلمان ولم يضرب الإماء، كما جاءته امرأة استسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت، فقال لعلي: ما

(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، المغني ج ١٠ / ص ١٥٢، المحلى ج ١١ / ص ٢٥٦، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٨.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦، ٧٧، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٤٣، ١٤٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٧، المغني ج ١٠ / ص ١٥٤، المحلى ج ١١ / ص ٢٤٦، ٢٤٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٨.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٤٣، ١٤٨.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٥، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٤٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦، المغني ج ١٠ / ص ١٥٥، المحلى ج ١١ / ص ٢٤٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٨.

(٥) المحلى ج ٧ / ص ٣٣٤.

(٦) رواه الترمذي، وراجع التاج ج ٣ / ص ٣٦.

ترى فيها؟ قال: إنها مضطرة، فأعطاها شيئاً وتركها.

وإذا أكره الرجل على الزنا فعليه الحد، وهو الرأي المرجوح في مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية، وحجة أصحاب هذا الرأي أن المرأة تكره لأن وظيفتها التمكين أما الرجل فلا يكره ما دام ينتشر، لأن الانتشار دليل الطوعية، ومقتضى هذا الرأي أنه إذا لم يكن انتشار وثبت الإكراه فلا حد.

والرأي الراجح في هذه المذاهب جميعاً أنه لا حد على الرجل إذا أكره لأن الإكراه يتساوى أمامه الرجل والمرأة، إذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه، ولأن الانتشار قد يكون طبعاً وهو دليل على الفحولة أكثر مما هو دليل على الطوعية، ولأن القول بأن التخويف ينافي الانتشار غير صحيح، لأن المكروه يخوف عند ترك الفعل لا عند إتيانه، والفعل في ذاته لا يخاف منه، وفضلاً عن ذلك فإن الإكراه شبهة والحدود تدرأ عندهم بالشبهات^(١).

ويرى الظاهريون أنه لا حد على مكرهة أو مكره، فلو أمسكت امرأة حتى زني بها، أو أمسك رجل فأدخل إحليله في فرج امرأة فلا شيء عليه ولا عليها سواء انتشر أو لم ينتشر، أمنى أو لم يمن، أنزلت هي أم لم تنزل، لأنهما لم يفعلوا شيئاً أصلاً، والانتشار والإمضاء فعل الطبيعة الذي خلقه الله تعالى في المرء أحب أم كره لا اختيار له في ذلك^(٢).

وإذا مكنت المرأة مكرهاً من نفسها دون أن يقع عليها إكراه فعليها الحد دونه، لأن فعلها زناً، ولأنها ليست مكرهة، ولا عبرة بإعفاء الرجل من العقاب فإنه أعفى لإكراهه على الفعل، وليس لها أن تستفيد من ظرف الرجل وهو ظرف خاص به، وهذا مسلم به في جميع المذاهب.

٤٩٧ - الخطأ في الوطء: الخطأ إما خطأ في وطء مباح، وإما خطأ في وطء محرم.

فالخطأ في الوطء المباح لا عقوبة عليه لانعدام القصد، لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] ولقول الرسول ﷺ: «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 زوجته أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته 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 والظاهريين والزيديين، وحجتهم أنه وطء اعتقد الفاعل إباحته بما يعذر مثله فيه، وأنه أشبه بوطء من زفت إليه غير زوجته.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٠، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٧، ١٦٦، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٧، المهذب ج ٢ / ص ٢٨٤، المغني ج ١٠ / ص ١٥٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٨.

(٢) المحلى ج ٨ / ص ٣٣١.

ولكنّ أبا حنيفة يرى الحد على من وجد امرأة في فراشه فوطئها، لأن المسقط هو شبهة الحل، ولا شبهة ههنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه، ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل 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 أعمى، إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت: أنا زوجتك، وهذا إذا لم تطل الصحبة وتشابهت النغمات ولم يستطع التمييز.

أما الخطأ في الوطء المحرم فلا يعني من العقوبة، وليس شبهة باتفاق، فمن دعا محرمة عليه فأجابته غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد، فإن دعا محرمة عليه فأجابته زوجته فوطئها يظنها الأجنبية التي دعاها فلا حد عليه، لانتفاء حرمة الفرج لعينه، وإن أثم باعتبار ظنه^(١).

٤٩٨ - الرضاء بالوطء: الرضاء 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 بالبدل والإباحة، وليس لأحد أن يحل ما حرم الله، فإن أحلت امرأة نفسها فإحلالها نفسها باطل وفعلها زناً 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 التعزير^(٢).

٤٩٩ - الزواج اللاحق: والزواج اللاحق بالمزني بها يعتبر شبهة تدرأ 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 تدرأ 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

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٤٧، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٤، المغني ج ١٠ / ص ١٥٥، المحلى ج ١١ / ص ٢٤٦، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٨.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٦، المغني ج ١٠ / ص ١٥٦، المحلى ج ١١ / ص ٢٤٦.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٩، المغني ج ١٠ / ص ١٩٤، المحلى ج ١١ / ص ٢٥٢.

قد وجب بالزنا السابق فلا يسقطه الزواج اللاحق^(١).

٥٠٠ - وطء من وجب عليها القصاص: ومن وجب له القصاص على امرأة فوطئها وجب عليه الحد، ولا يعتبر استحقاقه القصاص عليها شبهة تدرأ الحد، لأن حق القصاص إذا أباح له قتلها فإنها لا يبيح له فرجها أو الاستمتاع بها^(٢).

٥٠١ - المساحقة: وتسمى السحاق والتدالك، وهي إتيان المرأة المرأة، والفعل متفق على تحريمه لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٥ - ٧] ولما كانت المرأة لا تحل لملك يمينها وكان منها ذا محرم، فإذا أباحت المرأة فرجها لغير زوجها من امرأة أو رجل فهي لم تحفظه وهي من العادين.

ويروى عن رسول الله ﷺ 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 صحيح في تحريم السحاق لأنه إفضاء المرأة إلى المرأة.

ويستدل البعض بما رواه أبو موسى عن رسول الله ﷺ 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 زناً فإن ذلك لا يلحقه بالزنا المعاقب عليه بالحد، لأن السحاق مباشرة دون إيلاج والزنا المعاقب عليه بالحد يقتضي الإيلاج، فكان السحاق مما يجب فيه التعزير لا الحد كما لو باشر الرجل المرأة دون الفرج أي دون إيلاج^(٥).

٥٠٢ - الاستمناء: واستمناء الرجل بيد امرأة أجنبية لا يعتبر زناً، وكذلك إدخال الرجل الأجنبية إصبغه في فرج امرأة، ولكن كلا الفعلين معصية فيه التعزير على الرجل والمرأة سواء حدث إنزال أو لم يحدث.

أما استمناء الرجل بيده - ويسمى بالخضخضة وجلد عميرة - فمختلف فيه، فالمالكيون والشافعيون يحرمونه مستدلين على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ

(١) المغني ج ١٠ / ص ١٩٥.

(٢) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي، وراجع: نيل الأوطار ج ٦ / ص ١٦.

(٣) نيل الأوطار ج ٧ / ص ٣٠.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٤، المهذب ج ٣ / ص ٢٨٦، المغني ج ١٠ / ص ١٦٢، المحلى ج ١١ / ص ٣٩٠، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٦.

حَفِظُونْ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ [المؤمنون: ٥ - ٧] فالرجل المسلم مطالب بحفظ فرجه إلا على اثنين: زوجته وملك يمينه، فإن التمس لفرجه منكحاً سوى زوجته وملك يمينه فهو من العادين؛ أي 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 - أي 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 إلا التعمد لنزول المنى فليس ذلك حراماً أصلاً لقول الله تعالى: **﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ وَهُوَ إِلَيْهِ﴾** [الأنعام: ١١٩] وليس هذا ما فصل لنا تحريمه فهو حلال لقوله تعالى: **﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾** [البقرة: ٢٩].

ويقول ابن حزم: إنه يكره الاستمنا لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا من الفضائل، وروي لنا أن الناس تكلموا في الاستمنا فكرهته طائفة وأباحته أخرى، وممن كرهه ابن عمر وعطاء، وممن أباحه ابن عباس والحسن وبعض كبار التابعين، وقال الحسن: كانوا يفعلونه في المغازي، وقال مجاهد: كان من مضى يأمرهم شبابهم بالاستمنا يستعفون بذلك.

وما قيل في استمنا الرجل يقال عن المرأة إذا عرضت فرجها شيئاً دون أن تدخله حتى ينزل أو مست فرجها بشمالها حتى ينزل، والحكم في ذلك هو حكم الاستمنا في المذاهب المختلفة^(١).

٥٠٣ - العجز عن ادعاء الشبهة: يرى أبو حنيفة أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة يعتبر بذاته شبهة دائرة للحد، فالزاني الأخرس والزانية الخرساء لا يحدان ولو ثبت الزنا ضدهما بشهادة الشهود، لأنهما يعجزان عن ادعاء الشبهة، ومن المحتمل أن يدعيها لو

(١) راجع في كل ما سبق: حاشية ابن عابدين ج ٧/ ص ٢١٥، شرح فتح القدير ج ٤/ ص ١٥٠، أسنى المطالب ج ٤/ ص ١٢٥، المهذب ج ٢/ ص ٢٨٦، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٦، الإقناع ج ٤/ ص ٢٧١، المحلى ج ١١/ ص ٢٩٣، شرح الأزهار ج ٤/ ص ٣٣٦، ج ٢/ ص ١٩٧، وراجع أيضاً: تفسير ابن كثير ج ٣/ ص ٢٣٩، تفسير المحيط لأبي حيان ج ٦/ ص ٣٩٧، تفسير الألوسي ج ٥/ ص ٤٨٦، تفسير روح البيان ج ٤/ ص ٦١، تفسير القرطبي ج ١٢/ ص ١٠٥، تفسير الطبري ج ١٨/ ص ٦.

استطاعا النطق، وكذلك الشأن في المجنون الذي زنا حال إفاقته، بل يذهب أبو حنيفة إلى أن الأخرس لا يحد بإقراره إذا أقر كتابة أو إشارة، لأن الإقرار المعتبر عنده هو الإقرار بالخطاب والعبارة دون الكتابة والإشارة، فلو كتب الأخرس الإقرار في كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة فإنه لا حد عليه، لأن الشرع علق وجوب الحد على البيان المتناهي، والبيان لا يتناهى إلا بالصريح وهو الخطاب والعبارة، ولا يتناهى بالكتابة والإشارة^(١).

ويرى الزيدون ما يراه أبو حنيفة من أن الخرّس والجنون شبهة تدرأ الحد، ولكنهم يرون أن إقرار الأخرس صحيح إذا فهمت إشارته أو كان إقراره كتابة^(٢).

وعند المالكيين والشافعيين والحنابلة أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة لا يعتبر شبهة، ويقولون بحد الأخرس والمجنون إذا ثبت الزنا بالبيّنة، كذلك يقبلون إقرار الأخرس بالكتابة وإقراره بالإشارة كلما أمكن فهم إشارته دون شك فيها^(٣).

ويرى الظاهريون أنه إذا كانت البيّنة فلا معنى للإنكار ولا للإقرار^(٤)، وهم فوق هذا لا يعترفون بالشبهة ولا يرون درء الحدود بالشبهات، ومقتضى هذين المبدئين أن عجز الجاني عن ادعاء الشبهة لا أثر له على الحد.

٥٠٤ - إنكار أحد الزانين: يرى 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 المتهم الآخر والإقرار حجة قاصرة على المقر، ولا يحد المقر لأننا صدقنا المنكر في إنكاره فصار المقر محكوماً بكذبه، وتعليل ذلك أن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر، إذ الزنا فعل واحد لا يقع إلا من شخصين فإن تمكنت فيه الشبهة نفذت إلى طرفيه، وهذا لأن المقر بالزنا ما أقر بالزنا مطلقاً وإنما أقر بالزنا مع آخر منكر فإذا درأ الشرع عن هذا الآخر عين ما أقر به المقر فيندري الفعل عن المقر ضرورة.

ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد والزيدون 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 الزانين لا يؤثر على عقوبة المقر لأنهم لا يسقطون الحد بالشبهة، ولأن القاعدة عندهم أن من أقر إقراراً تاماً بحق في مال أو دم أو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٠، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٧.

(٢) شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٥٩، ٣٥٩.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤١٠، تبصرة الحكام ج ٢ / ص ٧١، المغني ج ١٠ / ص ١٧١.

(٤) المحلى ج ٨ / ص ٢٥٠.

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 تحتمل الصدق، وبتقدير صدق مدعي 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 يوطأ امرأة فادعى الرجل والمرأة الزوجية فالقول قولهما على ما يرى جمهور الفقهاء ما لم يشهد الشهود بزناهما، إلا أن مالكا يوجب عليهما أن يثبتا الزوجية. فإذا شهد الشهود بزناهما فلا يسقط ادعاء الزوجية إلا إذا أقاما البينة على النكاح؛ لأن الشهادة بالزنا تنفي كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما، ويرى البعض إسقاط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية عنه لأن ما ادعيه محتمل فيكون ذلك شبهة^(٣).

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 لا زوج لها فإن أمكن ما يقول الواطئ فلا شيء عليهما، لأن أصل دمائهما وأبشارهما على التحريم بقول رسول الله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام»^(٤) فلا يجوز إباحتها ما حرم الله إلا بتعيين لا شك فيه، وإن كان كذبهما متيقناً فالحد واجب عليهما^(٥).

٥٠٦ - بقاء البكارة: 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.

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

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٥١٨، المغني ج ١١ / ص ١٥٨، المرفقة ج ١٦ / ص ٣، ٤١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٤.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٥٨، المغني ج ١٠ / ص ١٦٢.

(٤) رواه البخاري ومسلم وغيرهما.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ٢٤٢، ٢٤٤.

ولكن مالكا يرى الحد على المرأة، لأن الميثب مقدم عنده عن النافي، ولأن من المحتمل أن يحصل الوطء دون أن يترتب عليه إزالة البكارة، ولزفر صاحب أبي حنيفة رأي مماثل، وهو أيضاً رأي الظاهريين، ولكن ابن حزم الظاهري يرى أن الحكم يختلف بحسب ما يقرر النساء على صفة 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، لأنه لم نتيقن كذب الشهود ولا وهمهم^(١).

وسواء سقط الحد بالشبهة أو باليقين من أن الإيلاج يزيل البكارة فإنه يبقى بعد ذلك أن الفعل الذي شهد عليه الشهود معصية يجب فيها التعزير.

الركن الثاني

تعمد الوطء

٥٠٧ - يشترط في جريمة الزنا أن يتوفر لدى الزاني أو الزانية نية العمد أو القصد الجنائي: ويعتبر القصد الجنائي متوفراً إذا ارتكب الزاني الفعل وهو عالم أنه يوطأ امرأة محرمة عليه، أو إذا مكنت الزانية من نفسها وهي تعلم أن من يوطأها محرم عليها.

فإن أتى أحدهما الفعل متعمداً وهو لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه، فمن زُفَّت إليه غير زوجته فوطئها على أنها زوجته، أو كمن زفت إلى غير زوجها فمكنته من نفسها معتقدة أنه زوجها، وكمن وجد في فراشه امرأة فوطئها معتقداً أنها زوجته، أو كمن وجدت في فراشها رجلاً فمكنته من نفسها معتقدة أنه زوجها، وكمن تزوجت ولها زوج آخر كتمته عن زوجها الأخير فلا مسؤولية على الزوج الأخير ما دام لا يعلم بالزواج الأول، وكمن مكنت مطلقها طلاقاً بائناً من نفسها 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 الوطء الذي حدث غير محرم.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨١، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٢٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٢، المغني ج ١٠ / ص ١٨٩، المحلى ج ١١ / ص ٢٦٣، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٥٠.

(٢) راجع مبحث «أثر الجهل على المسؤولية» في الجزء الأول من كتاب التشريع الجنائي ص ٣٧٣ وما بعدها.

والأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا يحتج في دار الإسلام بجهل الأحكام^(١)، فلا يقبل من أحد أن يحتج بجهل تحريم الزنا، وبالتالي انعدام القصد الجنائي، ولكن الفقهاء يبيحون استثناء الاحتجاج بجهل الأحكام لمن لم تيسر له ظروفه العلم بالأحكام كمسلم قريب عهد بالإسلام لم ينشأ في دار الإسلام وتحتمل ظروفه أن يجهل التحريم، أو كمجنون أفاق وزنا قبل أن يعلم بتحريم الزنا، ففي هاتين الحالتين وأمثالهما يكون الجهل بالأحكام علة لانعدام القصد الجنائي^(٢).

وإذا ادعى الجاني الجهل بفساد نوع من أنواع النكاح أو ببطلانه مما يعتبر الوطء فيه زناً، فيرى البعض أن لا يقبل احتجازه بجهل 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 لفقه وتخفى 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 هذا الباب أن امرأة تزوجت في عدتها على عهد عمر رضي الله عنه، فلما عرض عليه الأمر قال: هل علمتما؟ فقالا: لا، فقال: لو علمتما لرجمتكما، فجلدهما أسواطاً ثم فرق بينهما، وأتت امرأة إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقالت: إن زوجي زنا بجاريتي، فقال الزوج: صدقت هي ومالها لي حل، فدرأ علي عن الرجل الحد بادعاء الجهالة^(٣).

ويلاحظ أن هناك فرقاً بين قبول الاحتجاج بجهل تحريم الزنا وقبول الاحتجاج بجهل فساد النكاح أو ببطلانه، 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 ولا تمنع من عقوبة التعزير.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٦، المذهب ج ٢ / ص ٣٨٤، المغني ج ١٠ / ص ١٥٦، المحلى ج ١١ / ص ١٧٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٨.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٤٧، المذهب ج ٢ / ص ٢٨٥، المغني ج ١٠ / ص ١٥٦، المحلى ج ١١ / ص ١٨٨.

الفصل الثاني

عقوبة الزنا

٥٠٨ - التطور التشريعي لعقوبة الزنا: كانت عقوبة الزنا في صدر الإسلام الحبس في البيوت، والإيذاء بالتعبير أو الضرب، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَحْشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا * وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَذَاهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا﴾ [النساء: ١٥، ١٦].

وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين، فرأى البعض أن النص الأول جاء بحكم النساء فقط وليس فيه حكم الرجال، وأن النص الثاني عطف على النص الأول عطفاً متصلاً بقوله تعالى: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ﴾ فكان هذا حكماً زائداً للرجال مضافاً إلى ما قبله من حكم النساء، وعلى هذا فحكم النساء الزواني كان الحبس في البيوت حتى يمُتُنَّ أو يجعل الله لهن سبيلاً بحكم آخر، وحكم الرجال الزناة كان الأذى^(١).

ورأى البعض أن النص الأول مبين لعقوبة الشيب، وأن النص الثاني يبين عقوبة البكر، وحثهم أن المراد بقوله تعالى: ﴿مِنْ نِسَائِكُمْ﴾: الشيب؛ لأن قوله: ﴿مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ إضافة زوجية كقوله: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولا فائدة نعلمها في إضافته ههنا إلا اعتبار الشيوبة، كذلك فإن النصين قد جاءا بعقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى فكانت الأغلظ للشيب والأخرى للأبكار، كالرجم والجلد^(٢).

وهناك فريق ثالث رأى أن النص الثاني وهو قوله: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ﴾ ناسخ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ الْفَحْشَةُ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ والقائلون بهذا الرأي يحملون قوله عز وجل: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ﴾ على أن المراد به الزاني والزانية^(٣).

ومن المتفق عليه أن هذين النصين نسخا بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ * الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢، ٣].

(١) المحلى ج ١١ / ص ٢٢٩ وما بعدها.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١١٩.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٢٢٩.

ويقول الرسول ﷺ: « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة »^(١).

وقد استقر الحكم بعد ذلك على جلد غير المحصن وتغريبه مع خلاف في التغريب، 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 ﷺ بالقول والفعل:

فأما قوله فهو: أ - ما ذكرنا: « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً... » إلخ.
 ب - ما رواه أبو هريرة وزيد بن خالد قالا: « إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله، وقال الخصم الآخر - وهو أفضقه منه: نعم، فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي، فقال رسول الله ﷺ: « قل » قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزني بامرأته وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم، فقال رسول الله ﷺ: « والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله، الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغد يا أنيس - لرجل من أسلم - إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » قال: فغدا عليها فاعترفت بأمرها فأمر بها رسول الله ﷺ فُرِجَتْ^(٢).

ج - ما روي عنه ﷺ أنه قال: « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ألا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمفارق لدينه التارك للجماعة »^(٣).

وأما فعله: فقد أمر ﷺ برجم ماعز والغامدية، كما أمر برجم يهوديين زنياً، وذلك كله ثابت مما روي عنه ﷺ.

أ - فقد روى أبو هريرة قال: أتى رجل رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناده فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي ﷺ فقال: « أبك جنون؟ » قال: لا، قال: « فهل أحصنت؟ » قال: نعم، فقال النبي ﷺ: « اذهبوا به فارجموه » قال ابن شهاب: فأخبرني من سمع من جابر بن عبد الله قال: « كنت فيمن رجمه، فرجمناه بالمصلى فلما أذلقتة الحجارة هرب، فأدركناه بالحرّة فرجمناه »^(٤).

(٣) رواه الجماعة.

(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذي.

(٤) متفق عليه.

(٢) رواه الجماعة.

ب - وروى سليمان بن بريدة عن أبيه، أن النبي ﷺ جاءته امرأة من غامد من الأزد فقالت: يا رسول الله طهرني، فقال: «ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه»، فقالت: أراك تريد أن تردني كما رددت ماعز بن مالك، قال: «وما 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 ﷺ فقال: قد وضعت الغامدية؟ فقال: «إذن لا ترجمها وتدع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه»، فقام رجل من الأنصار فقال: إليّ رضاعه يا نبي الله، قال: «فرجمها»^(١).

ج - وروى ابن عمر أن اليهود أتوا النبي ﷺ برجل وامرأة منهم قد زنيا، فقال: «ما تجدون في كتابكم؟» فقالوا: نسخم وجوههما ويخزيان، قال: «كذبتم إن فيها الرجم، فأتوا بالتوراة فاتلوها إن كنتم صادقين»، فجاءوا بالتوراة، وجاءوا بقارئ لهم، فقرأ حتى إذا انتهى إلى موضع وضع يده عليه، فقليل له: ارفع يدك، فرفع يده فإذا هي تلوح، فقال - أو قالوا -: يا محمد فيها الرجم، ولكننا كنا نتكلمه فيما بيننا، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما، قال: فلقد رأيته يجنأ عليها يقبها الحجارة بنفسه»^(٢).

وإذا كان الشارع قد فرق في العقوبة بين المحصن وغير المحصن، فذلك لأن المحصن إذا زنا بعد أن توفرت موانع الزنا لديه كان زناه في غاية القبح، ووجب أن تكون عقوبته في غاية الشدة.

ونلخص مما سبق أن عقوبة الزنا نوعان:

- ١ - عقوبة البكر. ٢ - عقوبة المحصن.

المبحث الأول

عقوبة البكر

٥٠٩ - عقاب البكر الزاني: إذا زنا البكر سواء كان رجلاً أو امرأة عوقب بعقوبتين: أولاهما الجلد، والثانية التغريب، لقول الرسول ﷺ: «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»^(٣).

ويلاحظ أن الشريعة تفرق بين عقوبة الأحرار وعقوبة الأرقاء في الزنا، فتخفف عقوبة الرقيق وتشدد عقوبة الحر، مراعية في ذلك ظروف كل منهما، ولكننا لن نتعرض هنا إلا للعقوبة المقررة للأحرار ناظرين في ذلك إلى أن الرق ألغي في كل أنحاء العالم، وأن لا حاجة تدعو إلى بيان عقوبة الرقيق.

(١) رواه مسلم والدارقطني.

(٢) متفق عليه.

(٣) رواه مسلم وأبو داود والترمذي.

٥١٠ - أولاً: عقوبة الجلد: إذا زنا البكر عوقب بالجلد مائة جلدة لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ولقول الرسول ﷺ: «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»^(١).

وعقوبة الجلد حد، أي عقوبة مقدرة، فليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف، وليس له أن يوقف تنفيذها أو أن يستبدل بها غيرها، كما أن ولي الأمر لا يملك شيئاً من ذلك، ولا يملك العفو عنها كلها أو بعضها. وستكلم 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 يجيزون للإمام أن يجمع بين الجلد والتغريب إن رأى في ذلك مصلحة، فعقوبة التغريب عندهم ليست حداً كالجلد وإنما هي عقوبة تعزيرية، ومن هذا الرأي الشيعة الزيدية^(٢).

ويرى مالك والشافعي وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب، ويعتبرون التغريب حداً كالجلد، وحجتهم حديث الرسول ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» وما روي عن عمر وعلي أنهما جلدا وغرباً ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فصار عملهما إجماعاً^(٣).

ومن هذا الرأي الظاهريون فإنهم يرون التغريب حداً ثابتاً بصريح النص^(٤).

٥١٢ - تغريب المرأة: ويرى مالك أن التغريب جعل للرجل دون المرأة، لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ولأن الأمر لا يخلو إن غُرِّبت أن تُغْرَبَ ومعها مَحْرَمٌ أو أن تغرب دون محرم، والأصل أنه لا يجوز أن تغرب دون محرم، لقول النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم» ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور، وتضييع لها، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزنا، ونفي من لا ذنب له. وإن كُلفت بحمل أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد بها الشرع، وبما لا يمكن أن يحدث مثله للرجل.

ولهذا يخصص المالكيون الخبر الوارد في التغريب، ويجعلونه في حق الرجل دون المرأة، إذ يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني

(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذي.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٣٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٤، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٤١.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٣، المهذب ج ٢ / ص ٢٨٤، المغني ج ١٠ / ص ١٣٣.

(٤) المحلى ج ١١ / ص ١٨٣، ١٨٨.

أكثر من العقوبة المذكورة فيه، ووجوب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك، وفضلاً عما سبق فإن العمل بعموم النص يؤدي إلى فوات حكمته؛ لأن الحد وجب زجراً عن الزنا، وفي تغريبها إغراء به وتمكين منه^(١).

ويرى الشافعي وأحمد والظاهرية أن التغريب عقوبة واجبة على كل من الرجل والمرأة^(٢).

٥١٣ - ماهية التغريب: اختلف الفقهاء في ماهية التغريب، فقال مالك وأبو حنيفة: إن التغريب معناه الحبس، فيحبس المغرب في البلد الذي يغرب إليه مدة لا تزيد على سنة، فالتغريب عند المالكيين والحنفيين معناه الحبس في بلد غير البلد الذي وقعت فيه الجريمة، ومن هذا الرأي الزيدون^(٣).

ويرى الشافعي وأحمد أن التغريب معناه النفي من البلد الذي حدث فيه الزنا إلى بلد آخر، على أن يراقب المغرب بحيث يحفظ بالمراقبة في البلد الذي غرب إليه، ولا يحبس فيه، فالتغريب عند الشافعيين والحنابلة هو الوضع تحت المراقبة في بلد آخر^(٤)، ومن هذا الرأي الظاهريون^(٥).

ويشترط بعض الفقهاء في التغريب أن يكون لمسافة لا تقل عن مسافة القصر^(٦)، ويرى البعض أن يكون النفي من عمل الحاكم إلى عمل غيره دون التقيد بمسافة معينة، فلو نفي إلى قرية تبعد عن محل الحادث ميلاً لكفى، كما يجوز أن ينفي من مصر إلى مصر لأن النفي ورد مطلقاً فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم^(٧).

والمقصود من المراقبة أن يمنع الزاني من العودة إلى بلده قبل انتهاء المدة، أو إلى دون مسافة القصر على رأي البعض، ويرى البعض أن المراقبة مقصود بها إلزام المغرب بالإقامة في البلد المغرب إليه، فلا يُمكن من الضرب في الأرض^(٨).

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٣، المغني ج ١٠ / ص ١٣٣.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٩، المغني ج ١٠ / ص ١٣٤، المحلى ج ١١ / ص ٣٣٢.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٣، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٧٠، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٠٣، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤١.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٠، المغني ج ١٠ / ص ١٣٦.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ١٨٢.

(٦) مسافة القصر مختلف عليها، فذهب مالك والشافعي وأحمد وآخرون إلى أن الصلاة تقصر في أربعة برد، وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط، وقال أبو حنيفة والكوفيون: أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام، وقال الظاهريون: إن المسافة ميل فأكثر، بداية المجتهد ج ١ / ص ١٣١، المحلى ج ٥ / ص ١ وما بعدها.

(٧) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٠، المهذب ج ٢ / ص ٢٨٨، المغني ج ١٠ / ص ١٣٦.

(٨) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٠.

وإذا كانت القاعدة عند الشافعيين أن التغريب معناه النفي إلا أنهم يجيزون حبس المغرب إذا خيف رجوعه إلى البلد الذي غرب منه^(١).

ويرى الشافعيون إعادة تغريب المغرب إذا رجع إلى البلد الذي غرب منه، على أن تستأنف المدة من جديد ليتوالى الإيحاش وحتى لا تفرق السنة^(٢)، أما الحنابلة فيرون إعادة التغريب في حالة الرجوع على أن يبنى على مدة التغريب السابقة بحيث يعاد تغريبه ليكمل ما بقي من الحول لا ليبدأ حوالاً جديداً^(٣).

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 تستتم مدة التغريب الأولى ثم تبدأ في الثانية^(٤)؛ لأن القاعدة عندهم أن ما وجب من حد لا يجزئ عنه حد آخر.

وإذا زنا الغريب غُرب 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 يُغرب عنها^(٥).

المبحث الثاني

عقوبة المحصن

٥١٤ - تشديد عقوبة المحصن: فرقت الشريعة بين المحصن والبكر في عقوبة الزنا، وخففت عقوبة البكر وشدت 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 ما لا تطيق، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوة فعقابه أن يجلد مائة جلدة ويُغرب سنة، وشفيعه

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٠.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٠.

(٣) الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٢.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٠، الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٢، المحلى ج ١١ / ص ١٣٤.

(٥) نفس المراجع السابقة.

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 الزواج أبدياً حتى لا يقع في الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما، وأباح للزوجة أن تجعل العصمة في يدها وقت الزواج، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار، وأباح للزوج الطلاق في كل وقت، وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهما، 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 المحصن بعقوبة الاستئصال التي لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح.

٥١٥ - الرجم: فأما الرجم فعقوبة معترف بها من جميع الفقهاء إلا طائفة الأزارقة من الخوارج لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حد التواتر، وعندهم أن عقوبة المحصن وغير المحصن هي الجلد مستندين لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢].

والرجم هو قتل الزاني رمياً بالحجارة وما أشبهها. والأصل في الرجم كما بينا^(١) هو قول الرسول ﷺ وفعله، فالرجم إذن سنة قولية وسنة فعلية في وقت واحد.

٥١٦ - الجلد: والجلد هي العقوبة الثانية للزاني المحصن طبقاً للنصوص: «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»^(٢).

لكن الفقهاء يختلفون على ما إذا كانت عقوبة المحصن هي الرجم وحده، أو هي الرجم والجلد معاً.

وحجة القائلين بالجلد مع الرجم أن القرآن جعل الجلد عقوبة أساسية للزنا، وذلك قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ثم جاءت السنة بالرجم في حق الثيب، والتغريب في حق البكر، فوجب الجمع بينهما، وقد فعل ذلك علي بن أبي طالب حيث جلد شراحة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة، وقال: جلدها بكتاب الله ورجمها بسنة رسول الله ﷺ، وحديث الرسول صريح في الجمع بين الجلد والرجم: «والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله،

(١) تراجع الفقرة ٥٠٨ وما كتبناه عن التطور التشريعي لعقوبة الزنا.

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذي.

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 وإسحاق وابن المنذر، وعليه مذهب الظاهريين والشيعة الزيدية، وهو رواية في مذهب أحمد^(١).

وحجة القائلين بأن العقوبة هي الرجم دون الجلد أن رسول الله ﷺ رجم ماعزاً والغامدية ورجم يهوديين، ولم يرد عنه أنه جلد واحداً منهم، وأن الرسول في حديث العسيف قال: «اغْدُ يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(٢) ولم يأمر بجلدها، وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله ﷺ فوجب تقديمه، هذا من جهة النصوص، أما من جهة المعنى فإن القاعدة العامة أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر؛ لأن الحد إنما وضع للزجر، ولا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم، وأصحاب هذا الرأي هم جمهور الفقهاء، وهم يسلمون بحديث الرسول ﷺ، ولكنهم يعتبرون الجلد منسوخاً أو داخلاً في الرجم، ومن أصحاب هذا الرأي مالك وأبو حنيفة والشافعي، وهو رواية عن أحمد^(٣).

وهناك رأي ثالث يرى أصحابه أن الثيب إن كان شيخاً جُلد ورُجم، وإن كان شاباً رُجم ولم يجلد؛ لما روي عن أبي ذر قال: «الشيخان يجلدان ويرجمان، والثيبان يرجمان، والبكران يجلدان وينفيان»^(٤) وعن أبي بن كعب ومسروق مثل هذا^(٥)، ولعل أساس هذا الرأي أن زنا الشيخ مذموم، وأن الرسول ﷺ قال: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم، ولهم عذاب أليم: شيخ زان، وملك كذاب، وعائل مستكبر»^(٦).

٥١٧ - حالات مختلف على عقوبتها: وهناك حالات بعينها مختلف على العقوبة الواجبة فيها، ويرجع هذا إما إلى الاختلاف على تكييف هذه الحالات، وإما إلى الاختلاف على النصوص التي تحكمها، وستكلم على هذه الحالات فيما يلي:

٥١٨ - حالة اللواط: يترتب على اعتبار اللواط زناً أن يعاقب عليه بعقوبة الزنا، ولكن القائلين باعتبار اللواط زناً اختلفوا في عقوبته:

(١) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٦٣، المغني ج ١٠ / ص ١٢٤، المحلى ج ١١ / ص ٢٣٣ وما بعدها، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٢٤٤.

(٢) رواه الجماعة.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٦٣، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٨، المغني ج ١٠ / ص ١٢٥.

(٤) المحلى ج ١١ / ص ٢٣٤.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ٢٣٤.

(٦) رواه مسلم والنسائي.

فقال مالك: إن عقوبة اللواط الرجم مطلقاً سواء كان الفاعل والمفعول به محصنين أو غير محصنين^(١).

وفي مذهب الشافعي وأحمد ثلاثة آراء^(٢):

أولها: أن اللواط حكمه حكم الزنا، فيعاقب اللائط والملوط به بعقوبة الزنا، فمن كان محصناً رجم ومن لم يكن محصناً جُلد وُعُرب، وحجة أصحاب هذا الرأي ما رواه أبو موسى الأشعري عن النبي ﷺ: «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان»^(٣) ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب.

ثانيها: أن اللائط هو الذي يرمم أما الملوط به فلا يرمم وإنما يُجلد ويُعرب في كل الأحوال، سواء كان ذكراً أو أنثى محصناً أو غير محصن؛ لأن الإحصان جعل للقُبُل وهو يؤتى في الدُّبر ولا يتصور في الدبر إحصان، وعلى هذا فالملوط به إذا اعتبر فعله زناً فهو زناً من غير محصن ما دام الإحصان لم يجعل للدبر.

ثالثها: أن عقوبة اللائط والملوط به القتل في كل حال، أي سواء كان محصناً أو غير محصن، وفي قتله رأيان: رأي يرى القتل رجماً، ورأي يرى القتل بالسيف، وحجة القائلين بالقتل ما رواه ابن عباس عن رسول الله ﷺ: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»^(٤) وقد كان إطلاق القتل في الحديث حجة لمن قال بأن القتل يكون بالسيف في كل حال، وفسر آخرون القتل بالرجم لأنه وطء يجب به الحد، فكان القتل بالرجم كما هو الحال في الزنا.

ويرى أبو حنيفة أن اللواط ليس زناً فلا يعاقب عليه بعقوبة الزنا وإنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية، ولا مانع عند أبي حنيفة من أن يحبس حتى يموت أو يتوب، وإذا اعتاد اللواط يقتل سياسة لا حداً، أما أبو يوسف ومحمد فيريان اللواط زناً يعاقب عليه بعقوبة الزنا فيجلد من لم يحصن ويرجم المحصن^(٥).

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^(٦).

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٢، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٩٦.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٣، ٤٠٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦، المهذب ج ٢ / ص ٢٨٥، المغني ج ١٠ / ص ١٦١، الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٣.

(٣) أخرجه البيهقي وأبو داود والطيالسي، وراجع: نيل الأوطار ج ٧ / ص ٣٠.

(٤) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي.

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٤.

(٦) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٦.

أما الظاهريون فيرون اللواط شيئاً آخر غير الزنا، فهو معصية يُعزَّر عليها^(١).

٥١٩ - حالة وطء المحارم: يرى جمهور الفقهاء أن من وطئ محرماً عوقب بعقوبة الزاني فيرجم المحصن ويجلد غير المحصن ويغرب، ولكن بعضهم يرى - وهو رأي أحمد^(٢) - أن من وطئ ذات محرم حده القتل في كل حال؛ لما رواه البراء قال: «لقيت عمي ومعه الراية فقلت: إلى أن تريد؟ قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل ينكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وأخذ ماله»^(٣) ولما رواه الجورجاني وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «من وقع على ذات محرم فاقتلوه»^(٤).

ويرى الظاهريون أن من وقع على امرأة أبيه بعقد أو بغير عقد فإنه يقتل محصناً كان أو غير محصن، ويخمس ماله، وسواء كانت أمه أو غير أمه، دخل بها أبوه أو لم يدخل، وأما من وقع على غير امرأة أبيه من سائر ذوات محارمه بصهر أو رضاع فهو زان وعليه حد الزنا فقط^(٥)، وعلة ذلك أن امرأة الأب ورد فيها نص صريح هو حديث البراء، أما من عداها من المحارم فلم يصح في شأنهم نص خاص، فمن وقع على واحدة منهن كان زانياً طبقاً للنصوص العامة.

٥٢٠ - حالة وطء البهائم: لا يعتبر وطء البهائم والحيوانات على العموم زناً 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^(٦).

أما الرأي المرجوح في مذهب الشافعي وأحمد فيرى أصحابه أن الفعل يعتبر زناً ولكنه يعاقب عليه بالقتل في كل الأحوال^(٧)، لما روي عن رسول الله ﷺ: «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة»^(٨).

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زناً قياساً على إتيان الرجل المرأة، ويجعلون عقوبة المحصن الرجم وعقوبة غير المحصن الجلد والتغريب^(٩)، وهذا الذي يراه بعض الشافعيين

(١) المحلي ج ١١ / ص ٢٨٥.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٥٣.

(٣) رواه الخمسة، راجع: نيل الأوطار ج ٧ / ص ٢٨.

(٤) راجع: نيل الأوطار ج ٧ / ص ٣١.

(٥) المحلي ج ١١ / ص ٢٥٦.

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٢، المحلي ج ١١ / ص ٣٨٦، ٣٨٨.

(٧) المغني ج ١٠ / ص ١٦٣، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦.

(٨) رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

(٩) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٥.

هو الرأي الراجح في مذهب الشيعة الزيدية، وإن كان بعضهم يرى ما يراه مالك وأبو حنيفة^(١).

ويرى الشافعيون والحنابلة أن المرأة التي تمكّن من نفسها حيواناً عليها ما على واطئ البهيمة^(٢)، وإن كان بعض الشافعيين يصرحون بأنه ليس على المرأة إلا التعزير^(٣).

المبحث الثالث

الإحصان

٥٢١ - الإحصان شرط الرجم: رأينا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية تفرق في العقوبة بين المحصن وغير المحصن، وتعاقب الأول بالرجم دون الثاني، ومعنى هذا أن الشريعة تجعل الإحصان شرطاً للرجم، فإذا انعدم الإحصان امتنع الرجم.

وإذا كان الإحصان شرطاً في الرجم، فإن الإحصان في نفس الوقت مجموعة شروط تكون هيئة واحدة أو مجموعة أجزاء لعل واحدة، وكل واحد من هذه المجموعة يعتبر بذاته شرطاً أو علة لوجوب الرجم.

٥٢٢ - معنى الإحصان: الإحصان لغة معناه: الدخول في الحصن أو المنع، قال تعالى: ﴿لِنُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ﴾ [الأنبياء: ٨٠] ويقال: أحصن إذا دخل في المحصن.

وللإحصان في القرآن أكثر من معنى، فقد جاء بمعنى التزويج في قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وجاء بمعنى الحرية في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَنِيَتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] وجاء بمعنى العفة في قوله تعالى: ﴿وَمَرْيَمُ ابْنَتْ عِمْرَانَ الَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا﴾ [التحریم: ١٢] وقوله: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وجاء بمعنى الإسلام والزواج في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَحْصَنَ فَإِنْ آتَيْكَ يَفْجَشَةً فَعَلَيْهِنَ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] وجاء بمعنى الحرية والبلوغ والعفة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

٥٢٣ - أنواع الإحصان: الإحصان في الجرائم على نوعين: إحصان الرجم، وإحصان القذف، وستتکلم هنا على إحصان الرجم، أما إحصان القذف فمحل الكلام عليه جريمة القذف.

(١) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٣٦.

(٢) الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦.

(٣) نهاية المحتاج ج ٤ / ص ٤٠٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦.

وإحصان الرجم شرعاً: هو عبارة عن إجتماع صفات اعتبرها الشارع لوجوب الرجم، أو هو مجموعة من الشروط إذا توفرت في الزاني كان عقابه الرجم بدلاً 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:

أولاً: الوطء في نكاح صحيح: يشترط لقيام الإحصان أن يكون هناك وطء في نكاح صحيح، وأن يكون الوطء في القُبُل لقوله ﷺ: «**والثيب بالثيب الجلد والرجم**» والثيابة تحصل بالوطء في القبل^(١).

ولا خلاف في أن عقد النكاح الخالي من الوطء لا يحصل به إحصان، ولو حصلت فيه خلوة صحيحة^(٢) أو وطء فيما دون الفرج، أو وطء في الدبر، لأن كل هذا لا تعتبر به المرأة ثيباً ولا تخرج عن حد الأبكار الذين حدهم جلد مائة وتغريب عام.

والوطء الذي يؤدي إلى الثيابة هو الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل أو هو تغييب الحشفة أو مثلها في القبل سواء أنزل أو لم ينزل، ولا يكفي مثل هذا الوطء وحده لوجود الإحصان بل يجب أن يكون الوطء في نكاح؛ لأن النكاح هو الإحصان لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ**﴾ [النساء: ٢٤] يعني المتزوجات، فإن كان الوطء في غير نكاح كالزنا ووطء الشبهة فلا يصير به الواطئ محصناً دون خلاف.

ويشترط في النكاح أن يكون صحيحاً، فإن كان فاسداً فإن الوطء فيه لا يحصن كما يرى جمهور الفقهاء^(٣).

ويشترط إذا كان الوطء في نكاح صحيح أن لا يكون وطئاً محرماً كالوطء في الحيض أو الإحرام، فإن الوطء الذي يحرمه الشارع لا يحصن ولو كان في نكاح صحيح^(٤).

ثانياً: البلوغ والعقل: وهما شرطاً الأهلية للعقوبة، كما أنهما لازمان في كل جريمة، ويجب توفرهما في المحصن وغير المحصن وقت ارتكاب الجريمة طبقاً للقواعد العامة، إلا أنهما اشتراطاً أيضاً في الإحصان لأن اشتراطهما وقت ارتكاب الجريمة لا يغني عن

(١) شرح فتح القدير ج ٤/ ص ١٣١، بدائع الصنائع ج ٧/ ص ٣٧، المغني ج ١٠/ ص ١٢٦، بداية المجتهد ج ٢/ ص ٣٦٤، شرح الأزهار ج ٤/ ص ٣٤٢.

(٢) يرى الهادي من فقهاء الزيدة اعتبار الإحصان بالخلوة، ولكنهم يتأولون رأيه ويقولون: إنه أراد الخلوة مع الدخول، شرح الأزهار ج ١/ ص ٣٤٢.

(٣) المغني ج ١٠/ ص ١٢٦، الإقناع ج ٤/ ص ٣٥٠، المهذب ج ٢/ ص ٢٨٣، أسنى المطالب ج ٤/ ص ١٢٨، شرح الزرقاني ج ٨/ ص ٨٢، شرح فتح القدير ج ٤/ ص ١٣٠، ١٣١، شرح الأزهار ج ٤/ ص ٣٤٣.

(٤) أسنى المطالب ج ٤/ ص ١٢٨، شرح الزرقاني ج ٨/ ص ٨٢.

اشتراطهما في الإحصان، فيشترط إذن أن يكون الوطء الذي يحصن حاصلاً من بالغ عاقل، فإذا حصل الوطء من صبي أو مجنون ثم بلغ وعقل بعد الوطء لم يكن بالوطء السابق محصناً، وإذا زنا عوقب على أنه غير محصن^(١).

على أن بعض أصحاب الشافعي يرون - ورأيهم هو المرجوح في المذهب - أن الواطئ يصير محصناً بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون، فلو بلغ أو أفلق 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 صلح النكاح قبل البلوغ وأثناء الجنون فإن الوطء يصح تبعاً له.

ويرد على ذلك بأن الرجم عقوبة الثيب ولو اعتبرت الثبوبة حاصلة بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون لوجب رجم الصغير والمجنون، وهذا ما لا يقول به أحد، كذلك فإن هناك فرقاً 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 يدعو لاشتراط الإحصان^(٢).

ثالثاً: وجود الكمال في الطرفين حال الوطء: أو بتعبير آخر: ينبغي أن تتوفر شروط الإحصان في الواطئ والموطوءة حال الوطء الذي يترتب عليه الإحصان، فيطأ مثلاً الرجل العاقل امرأة عاقلة، فإذا لم تتوفر هذه الشروط في أحدهما فهما معاً غير محصنين، فإذا كان الجاني متزوجاً ودخل بزوجه في نكاح صحيح ولكنها مجنونة أو صغيرة فالجاني غير محصن ولو كان هو نفسه بالغاً عاقلاً، هذا هو رأي أبي حنيفة وأحمد^(٣).

ولكن مالكا لا يشترط توفر شروط الإحصان في الزوجين لإحصانهما معاً، وعنده أنه يكفي أن تتوفر شروط الإحصان في أحد الزوجين ليكون محصناً بغض النظر عما 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 وبلوغ واطئها ولو كان مجنوناً^(٤).

وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما يتفق مع رأي أبي حنيفة وأحمد، وثانيهما يتفق مع مذهب مالك^(٥).

-
- (١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٠، ١٣١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٨، المغني ج ١٠ / ص ١٢٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٣.
- (٢) المذهب ج ٢ / ص ٢٨٣، المغني ج ١٠ / ص ١٢٨.
- (٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٠، ١٣٣، المغني ج ١١ / ص ١٢٨.
- (٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٢.
- (٥) المذهب ج ٢ / ص ٢٨٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٨.

وفي مذهب الشيعة الزيدية نفس الرأيين، ثم رأي ثالث يرى أن المجنون لا يحسن العاقل بأي حال^(١)، وإن أحسن البالغ من لم يبلغ.

والذين يشترطون إجتماع شروط الإحصان في الزوجين يعللون ذلك بأن إجتماع هذه الصفات في الزوجين يشعر بكمال حالهما وبكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين، ويرون أن تخلف أحد هذه الشروط أو بعضها يشعر بالنقص، فاقضاء الشهوة من المجنونة والصغيرة قاصر ولا يبلغ بالرجل حد الكمال، والمحسن لا تغلظ له العقوبة إلا على أساس أنه في حال الكمال تغنيه عن التفكير في الحرام^(٢).

رابعاً: الإسلام: ويجعل أبو حنيفة ومالك الإسلام شرطاً من شروط الإحصان وحجتهم حديث الرسول ﷺ 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 ﷺ رجم يهوديين، ولو كان الإسلام شرطاً في الإحصان لما رجمهما، فضلاً عن أن الأديان عامة تحرم الزنا كما يحرمه الإسلام، ويتفق المذهب الظاهري مع مذهب الشافعي وأحمد في هذه الوجهة، أما المذهب الزيدي ففيه الرأيان وأرجحهما ما يقول به الشافعي وأحمد^(٣).

ويترتب على هذا الخلاف أن المسلم المتزوج من كتابية إذا زنا لا يرجم 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 يرجم عند الشافعي وأحمد والظاهريين وبعض الزيديين؛ لأن هؤلاء لا يعتبرون الإسلام شرطاً من شروط الإحصان.

٥٢٥ - زنا المحسن بغير محسن: 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 الزانيين لوجوب الرجم على أحدهما، ويرون رجم من توفرت فيه شروط الإحصان من الزانيين، فإذا كان أحد الزانيين محصناً والثاني غير محسن رجم المحسن وجلد غير المحسن.

(١) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٣، ٣٤٤.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣١، المغني ج ١٠ / ص ١٢٨.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٨، المغني ج ١٠ / ص ١٢٩، المحلى ج ١١ / ص ١٥٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٢٤٤.

الفصل الثالث

الأدلة على الزنا

٥٢٦ - الأدلة المثبتة للزنا: لا تثبت جريمة الزنا المعاقب عليها بالحد إلا بأدلة خاصة

هي:

١ - الشهادة .

٢ - الإفراز .

٣ - القرائن .

٤ - اللعان .

وستتكلّم عن هذه الأدلة واحداً بعد الآخر، مع ملاحظة أن الإثبات بالقرائن مختلف

عليه .

المبحث الأول

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: ﴿وَالَّتِي يَأْتِيكِ الْفَحِشَةُ مِنْ نِسَائِكَ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَا يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، وقوله: ﴿لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَذِبُونَ﴾ [النور: ١٣].

ولقد جاءت السنة مؤكدة لنصوص القرآن، ومن ذلك أن سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ: أرأيت لو وجدتُ مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال النبي ﷺ: «نعم» وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال لهلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحماء: «البينة وإلا حد في ظهرك»^(١)، وروي عنه أنه قال: «أربعة شهداء، وإلا فحد في ظهرك»^(٢).

وليس لكل إنسان أن يشهد فتقبل شهادته، وإنما الشاهد الذي تقبل شهادته هو من توفرت فيه شروط معينة، بعضها عام يجب توفره في كل شهادة، وبعضها خاص يجب توفره في الشهادة على الزنا.

(١) رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي .

(٢) رواه النسائي .

٥٢٨ - الشروط العامة للشهادة: للشهادة شروط عامة يجب أن تتوفر في كل شهادة

أياً كان موضوعها، وهذه الشروط هي:

٥٢٩ - أولاً: البلوغ: يشترط في الشاهد أن يكون بالغاً، فإذا لم يكن كذلك فلا تقبل

شهادته، ولو كان في حالة تمكنه من أن يعي الشهادة ويؤديها، ولو كان حاله حال أهل العدالة وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والصبي ليس من الرجال، وليس ممن ترضى شهادته، ولقول رسول الله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ»^(١)، ولأن الصبي لا يؤتمن على حفظ أمواله فأولى أن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره، وإذا كانت شهادة الصبي لا تقبل في الأموال فلا أن لا تقبل في الجرائم أولى وفيها عقوبة متلفة للنفس أو للعضو^(٢).

وإذا كانت القاعدة العامة في الشريعة أن تقبل شهادة من هو دون البلوغ فإن مالكا يرى استثناء من هذه القاعدة قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء بشروط خاصة أهمها: أن يكون الشاهد مميزاً؛ أي ممن يعقل الشهادة، وأن لا يحضر الحادث كبير، وقد أجاز مالك شهادة الصبيان في هذه الحالة للضرورة^(٣).

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 يُلَقَّنُوا، وروي عن أحمد رواية ثالثة تتلخص في أن شهادة الصبي إن كان ابن عشر، ولكن البعض يخصص هذه الرواية بغير الحدود والقصاص^(٤).

وفي مذهب الزيدية رأي 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^(٥).

٥٣٠ - ثانياً: العقل: يشترط في الشاهد أن يكون عاقلاً، والعقل من عرف الواجب

(١) أخرجه ابن ماجه وابن حبان والدارقطني والطبراني والحاكم في المستدرک، وراجع: نيل الأوطار ج ٦ / ص ١٦٠.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٠، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٩، حاشية ابن عابدين ج ٤ / ص ٥١٣، ٥٢٥، المذهب ج ٢ / ص ٣٤٢، الإقناع ج ٤ / ص ٤٣٦، المحلى ج ٩ / ص ٤٢٠، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ١٩٢، ١٩٣.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٧٧.

(٤) المغني ج ١٢ / ص ٢٧.

(٥) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ١٩٣.

عقلاً، والضروري وغيره، والممكن والممتنع، وما يضره وما ينفعه غالباً، فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه، ولكن تقبل الشهادة ممن يجب أحياناً في حالة إفاقة إذا كان يفيق إفاقة يعقل معها الشهادة، ولا تقبل شهادة المجنون لحديث الرسول ﷺ: «رُفِعَ 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^(١).

٥٣١ - ثالثاً: الحفظ: يشترط 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 يُلقن فيأخذ بما أُلقي إليه، لكن إذا لم يكن في الشهادة ما يدعو إلى التليس تقبل شهادة المغفل نحو قوله: رأيت هذا الشخص قتل هذا الشخص، أو رأيت فلاناً يظاً فلانة^(٢).

على أن أبا يوسف، صاحب أبي حنيفة، يؤثر عنه أنه كان يجيز شهادة المغفل ولا يجيز تعديله، لأن التعديل يحتاج إلى الرأي والتدبير، والمغفل لا يستقصى في ذلك، بينما كان محمد يرد شهادة الصوام القوام المغفل ويقول: إنه شر من الفاسق في الشهادة^(٣).

والزيديون يردون شهادة من غلب عليه السهو والنسيان، فإن تساوى ضبطه ونسيانه فالأكثرون لا يصححون شهادته، والأقلون يجعلونها موضع اجتهاد^(٤).

٥٣٢ - رابعاً: الكلام: يشترط في الشاهد أن يكون قادراً على الكلام، فإن كان أخرس فقد اختلف في قبول شهادته: ففي مذهب مالك يقبلون شهادة الأخرس إذا عرفت إشارته، وفي مذهب أحمد لا يقبلون شهادة الأخرس، ولو فهمت إشارته، إلا إذا كان يستطيع الكتابة فأدى الشهادة بخطه، وفي مذهب أبي حنيفة لا يقبلون شهادة الأخرس سواء كانت بالإشارة أو بالكتابة، وفي مذهب الشافعي خلاف على قبول شهادة الأخرس، منهم

(١) 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.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٤، المذهب ج ٢ / ص ٣٤٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٣٥٣، الإقناع ج ٤ / ص ٤٣٧.

(٣) البحر الرائق ج ٧ / ص ٨٥.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٩٧.

من قال: تُقبل، 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 - خامساً: الرؤية: يشترط 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 باللغة وفي تمييزه شبهة، وهم لا يقبلون شهادة من كان أعمى وقت أداء الشهادة ولو كان بصيراً وقت تحمل الشهادة، بل إنهم يردون شهادة البصير الذي عمي بعد أداء الشهادة وقبل القضاء؛ لأنهم يشترطون الأهلية في الشاهد وقت القضاء لتكون شهادته حجة.

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن شهادة الأعمى لا تقبل، سواء فيما كان طريقه الرؤية، وما كان طريقه السماع والشهرة والتسامع، ولكن أبا يوسف يجيز شهادة الأعمى فيما طريقه السماع مطلقاً، ويجيزها فيما طريقه الرؤية إذا كان بصيراً وقت التحمل أعمى عند الأداء، إذا كان يعرف الخصوم بأسمائهم وأنسابهم، ويرى زفر أن شهادة الأعمى تجوز فقط في غير الحدود والقصاص فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت، وهذا القول رواية عن أبي حنيفة^(٢).

ويقبل المالكيون شهادة الأعمى في الأقوال، ولو كان قد تحملها بعد العمى، ما دام فطناً لا تشبه 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 عمي وهو يتيقن عين المشهود له أو يعرفه باسمه ونسبه^(٣).

ويجيز الشافعيون شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة كالنسب والموت؛ لأن طريق العلم به السماع، والأعمى كالبصير في السماع، ولا يجيزون أن يكون 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 أقرَّ ويدُّ الأعمى على رأسه فشهد وهو في يده لم يفارقه فتقبل الشهادة لأنها عن علم

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٤، الإقناع ج ٤ / ص ٤٣٦، البحر الرائق ج ٧ / ص ٨٥، المهذب ج ٢

/ ص ٣٤٢، شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٩٢.

(٢) البحر الرائق وحاشية منحة الخالق ج ٧ / ص ٨٤، ٨٥، طرق الإثبات الشرعية ص ٤٠٩، ٤١٠.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٤.

ويقين، وإذا تحمل الشهادة وهو بصير قُبِلَت 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^(١).

وفي مذهب أحمد يجيزون شهادة الأعمى كلما تيقن الصوت، أي أنهم يجيزون شهادته في الأقوال مطلقاً، أما في الأفعال فيجيزون شهادته في كل ما تحمله قبل العمى إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه^(٢).

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 يكون المشهود عليه في يده من قبل ذهاب بصره؛ كثوب متنازع عليه، فإذا لم تكن المعاينة لازمة عند الأداء قُبِلَت شهادة الأعمى فيما يثبت بطريق الاستفاضة كالنسب والنكاح، فإذا كان مما لا يثبت بطريق الاستفاضة قُبِلَت 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^(٣).

أما الظاهريون فيقبلون شهادة الأعمى مطلقاً في الأقوال والأفعال، وفيما تحمله قبل العمى وفيما تحمله بعده، ويردون على من يقولون إن الأصوات تشتبه بأن الصور أيضاً تشتبه، 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 امرأته 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 البيئة ولم يشترط أعمى من مبصر، وما كان ربك نسياً^(٤).

٥٣٤ - سادساً: العدالة: لا خلاف في اشتراط العدالة في سائر الشهادات، فيجب أن يكون الشاهد عدلاً لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولقوله: ﴿إِنْ جَاءَكُمُ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦] فأمر جل شأنه بقبول شهادة العدل وبالتوقف في نبأ الفاسق، والشهادة نبأ.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر^(٥) على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع^(٦) لأهل البيت^(٧)»، وفي رواية أخرى:

(١) المذهب ج ٢ / ص ٣٥٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٣٦١.

(٢) المغني ج ١٢ / ص ٦١، ٦٢. (٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٩٩، ٢٠٠.

(٤) المحلى ج ٩ / ص ٤٣٣. (٥) الغمر: الحقد والإحقة.

(٦) القانع: هو التابع الذي ينفق عليه أهل البيت.

(٧) رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

« لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زانٍ ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه »^(١) .

ويفسر بعض الفقهاء الخيانة بحيث تشمل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره، ولا يخصها بأمانات الناس، ويؤيد هذا التفسير قوله تعالى : ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ ﴾ [الأحزاب : ٧٢] .

والعدالة كما يعرفها المالكيون هي : المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة، وليست العدالة أن يمحص الإنسان الطاعة حتى لا تشوبها معصية إذ ذلك متعذر لا يقدر عليه إلا الأولياء والصادقون، لكن من كانت الطاعة أكثر حاله وأغلبها عليه، وهو مجتنب للكبائر محافظ على ترك الصغائر، فهو العدل^(٢) .

ويعرف الحنفيون العدالة بأنها الاستقامة على أمر الإسلام، واعتدال العقل ومعارضة الهوى، وليس لكمالها حد يدرك، فيكتفى لقبولها بأدنى حدودها، وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة، وعندهم أن العدل هو : من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج، وهو من يكون مجتنباً للكبائر غير مُصِرٍّ على الصغائر، ومن يكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطئه، ومن تكون مروءته ظاهرة^(٣) .

ويعرف الشافعيون العدالة بأنها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، فمن تجنب الكبائر والصغائر فهو عدل، ومن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر وكان ذلك نادراً من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته؛ لأنه لا يوجد من يمحص الطاعة ولا يخلطها بمعصية، وإن كان ذلك غالباً في أفعاله فُسق ورُدَّت شهادته؛ لأنه من استجاز الإكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور، فالحكم معلق على الغالب من أفعاله^(٤) .

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 المحرم فلا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة، **وثانيهما** : استعمال المروءة؛ وهو الإتيان بما يجمّله ويزيّنه، وترك ما يدنّسه ويّشينه^(٥) .

ويلاحظ أن فقهاء المذاهب السابقة يلحقون المروءة بشرط العدالة، لأن ترك المروءة يدل على عدم المحافظة الدينية وهي لازم العدالة .

(١) رواه أبو داود .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٠ .

(٣) البحر الرائق ج ٧ / ص ١٠٤، حاشية ابن عابدين ج ٤ / ص ٢٢٥ .

(٤) المهذب ج ٢ / ص ٣٤٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٢٢٩ .

(٥) الإقناع ج ٤ / ص ٤٣٧، المغني ج ١٢ / ص ٣٢ .

والمروءة عند المالكيين هي المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الذم عرفاً، كترك المرء الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافياً، وعلى ترك ما فعله مباح يوجب ذمه عرفاً؛ كالأكل في السوق، وفي حانوت الطباخ لغير الغريب، ولا يراد بالمروءة نظافة الثوب وفراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة، بل المراد التصون، والسمت الحسن، وحفظ اللسان، وتجنب المجون والسخف، والارتفاع عن كل خلق رديء يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن في نفسه حرمة^(١).

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 والارتفاع عن كل خلق دنيء، والمروءة عند محمد هي الدين والصالح^(٢).

والمروءة عند الشافعيين هي الإنسانية، وهي مشتقة من المرء، وعندهم أن من ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد الزور؛ لأن من لا يستحي من الناس في ترك المروءة لم يبال بما يصنع^(٣)، ويستدلون على ذلك بما روى أبو مسعود البصري عن النبي ﷺ أنه قال: «إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى: إذا لم تستح فاصنع ما شئت».

والمروءة عند الحنابلة هي تمسك الإنسان بما يجمله ويزينه وترك ما يشينه، أو هي اجتناب الأمور الدنيئة المزرية بالإنسان من فعل أو قول أو عمل^(٤).

والعدل في المذهب الزيدي هو من كان منزهاً عن محظورات دينه، فالعدالة عندهم إذن هي التنزه عن المحظورات الدينية^(٥)، ويعرفها بعضهم بأنها ملازمة التقوى والمروءة.

والعدل عند الظاهريين هو من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة، والكبيرة هي ما سماها رسول الله ﷺ كبيرة أو ما جاء فيه الوعيد، والصغيرة ما لم يأت فيه وعيد، وهم لا يشترطون المروءة لتحقيق العدالة ويرون الاكتفاء بالطاعة واجتناب المعصية، لأنه إذا كانت المروءة من الطاعة فالطاعة تغني عنها، وإن لم تكن من الطاعة فلا يجوز اشتراطها في أمور الديانة إذ لم يأت بذلك قرآن ولا سنة^(٦).

واختلف الفقهاء في ثبوت العدالة، فرأى أبو حنيفة والظاهريون أن العدالة تفترض في الشاهد حتى يثبت جرحه، بمعنى أنه إذا لم يجرح المشهود عليه الشاهد قبلت الشهادة دون

(١) الشرح الكبير ج ٦ / ص ١٥٢.

(٢) البحر الرائق ج ٧ / ص ١٠٠.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ٣٤٣.

(٤) المغني ج ١٢ / ص ٣٣، الإقناع ج ٤ / ص ٤٣٧.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٩٤، البحر الرائق ج ٥ / ص ٥٠٠.

(٦) المحلى ج ٩ / ص ٣٩٣، ٣٩٥.

أن يكون على القاضي أن يتحرى عن عدالة الشاهد، وحجة أبي حنيفة ما روي عن رسول الله ﷺ: «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 مجلوداً في حد، أو ظنياً في ولاء أو قرابة» وحجة الظاهريين أن فاعل الكبيرة فاسق وأن من عده عدل؛ لقوله تعالى: ﴿إِنْ تَجَنَّبُوا كِبَايَرَ مَا تُهَوَّنُ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾ [النساء: ٣١]، وما كفره الله وأسقطه لا محل لأحد أن يذم به صاحبه ولا أن يصفه به^(١).

ويرى المالكيون والشافعيون والحنابلة والزيديون، ومعهم أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي، أن يتحرى القاضي عن عدالة الشهود ولو لم يجرحهم المشهود عليه؛ لأن القضاء قائم على شهادة العدل فوجب أن يتأكد القاضي من توفر صفة العدالة في الشاهد ليقبل شهادته^(٢).

٥٣٥ - سابعاً: الإسلام: يشترط في الشاهد أن يكون مسلماً، فلا تقبل شهادة غير المسلم سواء كانت الشهادة على مسلم أو غير مسلم، وهذا هو الأصل الذي يسلم به جميع الفقهاء، وهو مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولكن هذا الأصل المتفق عليه له استثناءات مختلف عليها:

الاستثناء الأول: شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض:

يرى الحنفيون قبول شهادة الذميين على مثلهم والحربيين على مثلهم، لأن النبي ﷺ أجاز شهادة النصاري بعضهم على بعض، ولأنهم من أهل الولاية على أنفسهم وأولادهم فيكونون من أهل الشهادة على جنسهم^(٣).

ويرى الزيدون قبول شهادة غير المسلم على ملته دون غيرهم من الملل، فلا تجوز شهادة اليهود على النصاري ولا شهادة النصاري على اليهود^(٤).

ويرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض تحقيقاً للمصلحة العامة وتحقيقاً للعدالة، وهما بذلك يرجحان رواية ضعيفة عن أحمد بجواز قبول الشهادة^(٥).

(١) البحر الرائق ج ٧ / ص ٦٩، المحلى ج ٩ / ص ٣٩٣.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٣١٢، الإقناع ج ٤ / ص ٤٠٠، البحر

الرائق ج ٧ / ص ٦٩، المحلى ج ٩ / ص ٣٩٣، ٣٩٤.

(٣) البحر الرائق ج ٧ / ص ١٠٢، ١٠٤.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٩٣. (٥) الطرق الحكمية ص ١٥٧، ١٦٣.

ولا يقبل المالكيون والشافعيون شهادة غير المسلمين، وهذا يتفق مع الرواية المشهورة في مذهب أحمد - وهي الرواية المعمول بها - كما يتفق مع المذهب الظاهري^(١).

الاستثناء 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: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرِيئُكُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَدَّبَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾ [المائدة: ١٠٦].

ويتفق رأي الظاهريين مع رأي 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: ﴿مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ أي: من غير عشيرتكم، ومنهم من قال: معنى الشهادة في الآية هو اليمين^(٢).

الاستثناء الثالث: شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة:

يرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلم على المسلم في كل ضرورة حضراً وسفراً في كل شيء عُدِم 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 الطبيب غير المسلم حتى على المسلم للحاجة استثناءً واحداً في مذهبه، أما بقية الفقهاء فلا يقبلون شهادة غير المسلم^(٣).

٥٣٦ - انتفاء موانع الشهادة: يشترط 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

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٠، أسنى الطالب ج ٤ / ص ٣٣٩، المغني ج ١٢ / ص ٥٣، المحلى ج ٩ / ص ٤٠٦.

(٢) 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.

(٣) نفس المراجع السابقة، والمغني ج ١٢ / ص ٥٤، الطرق الحكمية ص ١٥٩، ١٧١، ١٧٤.

الأبوين لأولادهما، ولا شهادة الأولاد لأبويهم، ولا يقبل شهادة الزوجين أحدهما للآخر^(١).

ويمنع أبو حنيفة من قبول شهادة الأصل لفرعه، والفرع لأصله، وأحد الزوجين للآخر^(٢).

وفي مذهب الشافعي: لا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا، على أن بعض فقهاء المذهب يرى قبوله، أما شهادة أحد الزوجين للآخر فلا مانع منها عند الشافعيين^(٣).

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^(٤).

وحجة من يمنع الشهادة للقرابة ما رواه ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي حنة »، والظنين المتهم، والقريب متهم بمحاباة قريبه. ويرى الظاهريون والزيديون أن القرابة تمنع من قبول الشهادة ما دام الشاهد عدلاً، فكل عدل مقبول لكل أحد وعليه^(٥).

ب - العداوة: وجمهور الفقهاء لا يقبلون شهادة العدو على عدو، إذا كانت العداوة من الشاهد والمشهود عليه في أمر الدنيا كالأموال والمواريث والتجارة ونحوها، أما إذا كانت غضباً لله لفسقه وجراءته على الله لغير ذلك لم تسقط، ولذلك تجوز شهادة المسلم على غير المسلم لأن عداوة الدين عامة، والمعتبر في عدم قبول الشهادة العداوة الخاصة، وعلى هذا مذهب مالك والشافعي وأحمد والمذهب الزيدي^(٦).

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 التقول 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 بنهيهِ.

أما المتقدمون من فقهاء المذهب فيرون أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع من الشهادة ما

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٤. (٢) البحر الرائق ج ٧ / ص ٨٧، ٨٩.

(٣) المذهب ج ٢ / ص ٣٤٧. (٤) الإقناع ج ٤ / ص ٤٢١.

(٥) المحلى ج ٩ / ص ٤١٥، شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٩٨، ١٩٩.

(٦) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٥٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٢٥٢، المذهب ج ٢ / ص ٣٤٨، المغني ج ١٢ / ص ٥٥، شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٩٧.

لم يفسق الشاهد بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة.

ويرى أبو حنيفة نفسه أن شهادة العدو على عدوه تقبل إن كان عدلاً، ولكن المتأخرين خالفوا رأيه لما رواه أبو داود مرفوعاً: « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا زان ولا زانية، ولا ذي غمر على أخيه »، والغمر هو الحقد^(١).

ويرى الظاهريون أن الحكم يتعلق بنفس الشاهد، فإن كانت عداوته للمشهود له تخرجه إلى ما لا يحل فهي جرحه فيه ترد شهادته لكل أحد وفي كل شيء، وإن كانت العداوة لا تخرج الشاهد إلى ما لا يحل فهو عدل مقبول الشهادة.

ويرد الظاهريون الحديث السابق من كل طريقه، لأن في رواته مجهولين أو لأنه مرسل، ويحتجون بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَيْكُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٨] 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 يبعث 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 لهما من أهمية خاصة.

والشهادات التي يتهم فيها الشاهد كثيرة، من ذلك شهادة الشريك لشريكه، وشهادة الأجير لمن يستأجره، وشهادة الخادم لمخدومه، وشهادة السائل، وشهادة الوكيل لموكله، وشهادة من يدفع بالشهادة عن نفسه ضرراً أو يجبر لنفسه نفعاً.

والأصل في عدم قبول الشهادة للتهمة قوله تعالى: ﴿وَأَدْفِ الْأَرْبَابُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تجوز شهادة ظنين » وأنه قال: « لا تجوز شهادة ذي الظنة ولا ذي الحنة » والظنة: التهمة، والحنة: العداوة.

والفقهاء لم يتفقوا على كل الحالات التي ترد فيها الشهادة للتهمة، فبعضهم يرى الشهادات في كل الحالات التي سبق ذكرها، وبعضهم يردّها 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 وأحمد وزيد

(١) البحر الرائق ج ٧ / ص ٩٣، ٩٤.

(٢) المحلى ج ٩ / ص ٤١٢، ٤٢٠.

لا يقبلون الشهادة للتهمة على اختلاف بينهم في التطبيق، أما الظاهريون فلا يرون الشهادة للتهمة، ويرون قبول الشهادة ما دام الشاهد عدلاً^(١).

٥٣٧ - الشروط الخاصة للشهادة على الزنا: يشترط أن تتوفر في شاهد الزنا - بعد الشروط العامة التي ذكرناها - شروط خاصة هي:

أولاً: الذكورة: يشترط جمهور الفقهاء في شهود الزنا أن يكونوا رجالاً كلهم، ولا يقبلون في الزنا شهادة النساء، ذلك أن النصوص قاطعة في أن عدد الشهود لا يقل عن أربعة^(٢)، وأن شهادة الرجل تعادل شهادة امرأتين: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَكُنَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رُضُّونَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢] 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 يجرى 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 تُدرأ بالشبهات.

ومذاهب الفقهاء الأربعة^(٣) تقوم على اشتراط الذكورة في الشاهد، وكذلك مذهب الشيعة الزيدية^(٤)، 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.

وقد روي عن عطاء وحماد أنهما قبلا شهادة ثلاثة رجال وامرأتين في الزنا^(٥).

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 ثمانني نسوة فقط لا رجال معهم^(٦).

هل يصح أن يكون الزوج شاهداً: لا يجيز مالك والشافعي وأحمد أن يكون الزوج أحد الشهود على زوجته الزانية، لأن الزوج يقذف الزوجة بالزنا، أو لأنه متهم بدعواه أن الزوجة خائنة^(٧).

(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، المغني ج ١٢ / ص ٤٩، ٦٠، شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٩٥، ١٩٩.

(٢) راجع الفقرة ٥١.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٨٠، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٤، المهذب ج ٢ / ص ٣٥٠، المغني ج ١٠ / ص ١٧٥.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٨٥، ١٨٦.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ١٧٥. (٦) المحلى ج ٩ / ص ٣٩٥.

(٧) المدونة ج ١٦ / ص ٨، المهذب ج ٢ / ص ٣٨٤، الإقناع ج ٤ / ص ٤٤٢.

ويرى أبو حنيفة أن يكون الزوج أحد الشهود الأربعة، وأنه غير متهم في شهادته لأن التهمة ما توجب جر نفع، والزوج ملحق على نفسه بهذه الشهادة لحق العار وخلو الفراش، خصوصاً إذا كان له منها أولاد صغار^(١)، وعلى هذا مذهب الزيديين^(٢).

ويفرق ابن حزم بين ما إذا جاء الزوج قاذفاً وبين مجيئه شاهداً، فإن جاء الزوج قاذفاً فلا بد من أربعة شهود سواه، وإلا حُدَّ، أو يلاعن، فإن لم يكن قاذفاً لكن جاء شاهداً فإن كان عدلاً ومعه ثلاثة عدول فهي شهادة تامة، وعلى المشهود عليها حد الزنا^(٣).

ثانياً: الأصالة: ويشترط أبو حنيفة الأصالة في الشهود، أي: أن يكونوا شهدوا الحادث بأنفسهم، فلا تقبل عنده شهادة الشاهد على الشاهد^(٤)، 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 أو بعضهم أمام الأول فأرسل شهادتهم إلى الأخير، لأن كتاب القاضي يعتبر بذاته شهادة على شهادة.

والعلة في منع الشهادة على الشهادة قيام الشبهة في صحة الشهادة المنقولة، ذلك أن الاحتياط واجب في الحدود، وأن الحدود تدرأ بالشبهات، فلا تقبل الشهادة للشبهة في صحتها.

ويرتب أبو حنيفة على عدم قبول شهادة الفروع^(٥) أنه إذا جاء الأصول بعد رد شهادة الفروع فشهدوا بأنهم عاينوا الحادث وذكروا نفس ما شهد به الفروع من الزنا، فلا تقبل شهادة الأصول أيضاً لأن شهادتهم قد ردها الشرع من وجه برد شهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الأصول، إذ هم قائمون مقامهم فيصار ذلك شبهة في درء الحد عن المشهود عليه بالزنا^(٦).

والأصل عند أبي حنيفة هو قبول الشهادة على الشهادة، ولكنه لا يقبلها استثناء في الحدود والقصاص^(٧).

والأصل عند الشافعي أن الشهادة على الشهادة تجوز في حقوق الأدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى؛ لأن الحاجة تدعو لذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة، أما الحدود المقررة حقاً خالصاً لله تعالى وهي حد الزنا وحد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٤.

(٢) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٧.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٢٦١، ٢٦٣.

(٤) تسمى شهادة الشاهد السماعية، وتسمى أيضاً بالإرعاء، لأن الأصيل يسترعي السامع شهادته.

(٥) تسمى شهادة من عاين الحادث شهادة الأصول، وتسمى شهادة الناقلين عن الأصول شهادة الفروع.

(٦) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٧١.

(٧) حاشية ابن عابدين ج ٤ / ص ٥٤٤.

السرقه 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، **والثاني:** أنه لا يجوز لأن حدود الله تعالى مبنية على الدرء والإسقاط فلا تثبت إلا بما يؤكدها ويوثقها، والشهادة على الشهادة فيها من الشبهة ما يمنع من التأكيد والتوثيق، وهذا هو الرأي الراجح في المذهب^(١)، والقاعدة عند الشافعي أنما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي، وما لا يثبت إلا بتحمل القاضي الذي كتب له الشهادة فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة^(٢).

ويرى أحمد أن الشهادة على الشهادة لا تقبل إلا في حق يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي، وترد فيما يرد فيه^(٣)، ولا يقبل كتاب القاضي عند أحمد في حد الله 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^(٤).

ولا يقبل الزيدون الشهادة على الشهادة في الزنا، لأن القاعدة عندهم أن الشهادة على الشهادة (أو الإراءاء) تجوز في جميع الحقوق إلا الحد والقصاص^(٥).

ولا يشترط مال 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 ينقل عن كل شاهد أصيل شاهدان، ويجوز أن ينقل الشاهدان عن شاهد واحد أو عن أكثر من شاهد، ولكن لا يجوز بحال أن ينقل شاهد واحد عن شاهد أصيل ولو مع يمين المدعي، ويشترط في الشاهدين الناقلين أن لا يكون أحدهما شاهداً أصيلاً، كأن يشهد شخص على معاينة الجريمة، ويشهد مع غيره على شهادة آخر عاين الجريمة^(٦).

وفي الزنا يجوز أن يشهد أربعة على شهادة أربعة أو يشهد كل اثنين على شهادة واحد أو شهادة اثنين، أو يشهد ثلاثة على شهادة ثلاثة، ويشهد اثنان على شهادة الرابع، أما إن شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة الأربعة فلا تقبل الشهادة، لأنهم يوجبون أن لا يكون عدد الشهود السماعيين أقل من عدد الشهود الأصليين^(٧).

وإذا شهد اثنان على شهادة ثلاثة وشهد اثنان على شهادة الرابع لم تصح الشهادة، لأنه

(١) المذهب ج ٢ / ص ٣٥٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ٣٧٧، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ١٥١.

(٢) المذهب ج ٢ / ص ٣٥٥. (٣) الإقناع ج ٤ / ص ٤٤٧.

(٤) الإقناع ج ٤ / ص ٤٠٦. (٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ١٨٦، ٢٠٥.

(٦) شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٩٥. (٧) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٩٨، ١٩٩.

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^(١).

ويجوز عند مالك أن تجتمع شهادة النقل بشهادة الأصل ويلفق منهما شهادة واحدة في الزنا وغيره، كأن يشهد اثنان على رؤية الزنا وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين، أو يشهد ثلاثة بالرؤية عن الرابع، فتتم الشهادة في هاتين الصورتين وتعتبر شهادة مقبولة، لكن إذا نقل اثنان عن ثلاثة وشهد الرابع بنفسه فلا تقبل الشهادة، لأن النقل غير صحيح إذ الاثنين لا ينقلان عن ثلاثة^(٢).

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^(٣).

والقاعدة عند جمهور الفقهاء^(٤) أن الشهادة على الشهادة لا يجوز الحكم بها إلا عند تعذر حضور الشهود الأصلاء، كأن يموت الشاهد الأصل، أو يمرض مرضاً يمنعه من الانتقال، أو أن يكون غائباً، أو مجهول المكان، فإذا كان حضور الأصل ممكناً لم تقبل الشهادة على الشهادة، لأن شهادة الأصل أقوى لكونها مثبتة لنفس الحق، أما الشهادة على الشهادة فشئت شهادة الشاهد الأصل^(٥).

ورأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد في كتاب القاضي إلى القاضي يتفق مع قاعدة القانون المصري في المسائل الجنائية، إذ يوجب أن يسمع الشهود القاضي الذي يحكم في القضية، أما رأي مالك والظاهريين فيتنفق مع قاعدة القانون المصري في المسائل المدنية، إذ يجيز في المسائل المدنية أن يسمع الشهود قاض غير الذي يحكم في القضية ثم يرسل بالشهادة مكتوبة إلى زميله الذي ينظر موضوع القضية.

(١) شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٩٥، ١٩٦.

(٢) شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٩٦.

(٣) المحلى ج ٩ / ص ٤٣٨ وما بعدها.

(٤) يرى أبو يوسف ومحمد بن الحسن قبول الشهادة على شهادة الحاضر في المصر وإن كان صحيحاً، ويرى مثل ذلك ابن حزم، وحجته أنه لم يجد لمن منع من قبول الشهادة على شهادة الحاضر حجة أصلاً، لا من قرآن ولا من سنة ولا من قول أحد السلف ولا قياس ولا معقول، المحلى ج ٩ / ص ٤٣٨، ٤٣٩.

(٥) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٩٨، المهذب ج ٢ / ص ٣٥٥، الإقناع ج ٤ / ص ٤٤٧، حاشية ابن عابدين ج ٤ / ص ٥٤٤.

ثالثاً: أن لا يتقدم الحد: يشترط أبو حنيفة لقبول الشهادة أن لا يكون حادث الزنا قد تقدم، والأصل في مذهب أبي حنيفة أن شهادة الشهود بحد متقدم لا تقبل إلا في حد القذف خاصة، وعلة التفرقة بين القذف وغيره من الحدود أن الشاهد لا يستطيع أن يتقدم بشهادته في القذف إلا بعد رفع الدعوى، ولا يحرك الدعوى إلا المقذوف، فإذا تأخر الشاهد حتى رفعت الدعوى فلا تهمة، أما بقية الحدود فيجوز للشاهد فيها أن يتقدم لشهادته دون حاجة لشكوى من المجني عليه.

ويحتج الحنفيون لفكرة التقدم بأن الشاهد - طبقاً لقواعد الشريعة - مخير إذا شهد الحادث بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطرق: ٢]، وبين أن يتستر على الحادث لقول الرسول ﷺ: «من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة» فإذا سكت الشاهد عن الحادث حتى قدم عليه العهد دل بذلك على اختيار جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك فهو دليل على أن الضغينة هي التي حملته على الشهادة، ومثل هذا لا تقبل شهادته للتهمة والضغينة، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم، ولم ينقل أن أحداً أنكر عليه هذا القول فيكون إجماعاً، والمستفاد من قول عمر أن الشهادة المتأخرة تورث التهمة، ولا شهادة لمتهم طبقاً لقواعد الشريعة العامة^(١).

ومع أن أبا حنيفة يقول بالتقدم على الوجه السابق، فإنه يرد الشهادة المتقدمة، ويقبل الإقرار بما سوى الشرب، ويؤيده في هذا أبو يوسف ولكن محمد بن الحسن يرى رد الشهادة المتقدمة ويقبل الإقرار مطلقاً حتى بالشرب القديم^(٢).

ويستخلص مما سبق أن الحنفيين لا يجعلون للتقدم أثراً على الجريمة، فالجريمة قائمة مهما تقدم عليها العهد، ومن الواجب أن يعاقب مرتكبها، ولكنهم يجعلون للتقدم أثراً على الشهادة بحيث إذا تأخرت الشهادة عن الوقت المناسب ردت للتهمة، ورد الشهادة يؤثر من طريق غير مباشر على الجريمة إذ لا يعاقب الجانب عليها لانعدام الأدلة.

وهناك رأي آخر نقل عن ابن أبي ليلى وخلاصته: أن لا تقبل الشهادة ولا الإقرار أيضاً إذا تقدم^(٣).

ولا يمنع التقدم عند أبي حنيفة من قبول 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 القاضي، أو كمرض الشاهد، أو غير ذلك من الموانع الحسية^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٢.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢. (٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٢.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٥.

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً، وفوض الأمر للقاضي يقدره طبقاً لظروف كل حالة؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً، ولكن بعض فقهاء المذهب قدروا التقادم بشهر، وقدره البعض الآخر بستة أشهر^(١).

أما مالك والشافعي وأصحابهما ومعهم الزيديون والظاهريون فلا يعترفون بالتقادم ويقبلون الشهادة المتأخرة والإقرار بجريمة قديمة ولا يردونها لقدمهما^(٢).

وفي مذهب أحمد رأيان: **أحدهما**: يتفق مع رأي أبي حنيفة، **والثاني**: يتفق مع رأي مالك والشافعي، وهو الرأي المعمول به في المذهب^(٣).

رابعاً: أن تكون الشهادة في محل واحد: يشترط عند مالك وأبي حنيفة وأحمد أن يتقدم شهود الزنا بشهادتهم في مجلس قضائي واحد، وليس من الضروري عند أحمد أن يأتي الشهود مجتمعين، فيصح أن يأتوا متفرقين ما دام مجلس القضاء منعقداً، فإذا انقضى المجلس فلا تقبل شهادة المتأخر منهم، واعتبر من أدى الشهادة قاذفاً ما دام أن عددهم أقل من أربعة، أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان تجمع الشهود عند بدء الشهادة، فإن جاؤوا متفرقين يشهدون واحداً بعد الآخر لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا، فالشرط إذن إجتماعهم في مجلس واحد وقت أداء الشهادة، أما إذا جاء بعضهم فجلس في أماكن 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 ويعتبرون قذفة^(٤).

ولا يشترط الشافعيون والزيديون والظاهريون هذا الشرط، ويستوي عندهم أن يأتي الشهود متفرقين أو مجتمعين، وأن تؤدي الشهادة في مجلس واحد أو أكثر من مجلس، وحجتهم أن الله تعالى قال: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ١٣] فذكر الشهود ولم يذكر المجلس، وقال: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَنصِئْكُنَّ فِي أَبْصُوتٍ﴾ [النساء: ١٥] ولأن كل شهادة مقبولة تقبل إن اتفقت ولو تفرقت في مجلس كسائر الشهادات^(٥).

ويحتج أصحاب الرأي المضاد بعمل عمر رضي الله عنه، فقد شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة، وهم أبو بكر ونافع وشبل بن معبد، ولم يشهد زياد، فحد عمر الثلاثة، ولو كان المجلس غير مشروط لم يجز أن يحددهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر، ولأنه

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٥.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٨٧، المحلى ج ١١ / ص ١٤٤، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٩.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ١٨٧.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٧٩، شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٧٦، ج ٨ / ص ٨١، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٨، المغني ج ١٠ / ص ١٧٨، ١٧٩.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ١٨٧، المذهب ج ٢ / ص ٣٥٠، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٧، المحلى ج ١١ / ص ٢٥٩.

لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته، ولولا اشتراط المجلس لأكملت شهادتهم، وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط ولهذا لم تذكر العدالة وصفة الزنا مثلاً، ولأن قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤] لا يخلو من أن يكون مطلقاً في الزمان كله أو مقيداً، ولا يصح أن يكون مطلقاً لأنه يمنع من جواز جلدتهم، لأنه ما من زمن إلا يجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء أو يكلمهم إن كان قد شهد بعضهم فيمتنع جلدتهم المأمور به، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد به المجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة^(١).

خامساً: أن يكون عدد الشهود أربعة: إذا شهد على الزنا أقل من أربعة شهود لم تقبل شهادتهم وحُدوا حد القذف عند مالك وأبي حنيفة والزيديين^(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 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 عن أربعة ما دام أنهم قد جاؤوا مجيء الشهود؛ أي 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^(٣).

ويرى الظاهريون أن الشاهد بالزنا لا يحد أصلاً سواء كان معه غيره أم لم يكن، إذ الحد شرع للقاذف الرامي ولم يشرع للشهداء أو البينة، وقد فرق القرآن والسنة بين الشاهد من البينة وبين القاذف الرامي، فلا يحل البتة أن يكون لأحدهما حكم الآخر^(٤).

ويرد أصحاب الرأي المخالف بأن الثابت من قضاء عمر أنه حد الشهود الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة حينما لم يكمل الرابع الشهادة، وكان ذلك بمحضر 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 القاضي^(٥).

(١) المغني ج ١٠ / ص ١٧٨.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٧٠، شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٩٧، المغني ج ١٠ / ص ١٧٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٨.

(٣) المذهب ج ٢ / ص ٣٥٠، المغني ج ١٠ / ص ١٧٩.

(٤) المحلى ج ١١ / ص ٢٦٠.

(٥) شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٩٨.

ويرى أبو حنيفة^(١) حد الشهود سواء تبين انعدام الأهلية قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل التنفيذ، أما إذا كان العلم بانعدام الأهلية بعد التنفيذ فإن كان الحد جلدًا فكذلك يحد الشهود ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة، وعند محمد وأبي يوسف يجب الأرش في بيت المال، وإن كان الحد رجماً فلا يحد الشهود لأنه تبين أن كلامهم وقع قذفًا، ومن قذف حيًّا ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال إذ يعتبر الخطأ حاصلاً من القاضي، وخطأ القاضي في بيت المال، لأنه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مالهم.

ويفرقون في مذهب أبي حنيفة بين الشهود باعتبار أهليتهم للتحمل والأداء، فمنهم من هو أهل للتحمل والأداء، على وجه الكمال، وهو الحر البالغ العاقل العدل، ومنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب، ومنهم من ليس أهلاً للتحمل ولا للأداء كالصبيان والمجانين والكفار، ومنهم من هو أهل للتحمل دون الأداء كالمحدودين في قذف العميان، والنوع الأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها، والثاني يجب التوقف في شهادته حتى يظهر صدقه، والثالث لا شهادة له أصلاً، والرابع تصح شهادته متحماً ولا تقبل منه مؤدياً.

ويرتبون على هذه التفرقة أن من فقد أهلية التحمل أو الأداء أو هما معاً يعتبر قاذفاً بشهادته، فإذا شهد أربعة عميان أو كفار أو محدودون في قذف حُدوا 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^(٢).

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 العدل، 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^(٣)، وفي مذهب أحمد ثلاث روايات إن كان الشهود غير مرضيين كلهم أو

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٨.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٩، ١٧٠.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ٣٥٠.

أحدهم، **الأولى:** عليهم الحد لأنها شهادة لم تكمل فوجب الحد على الشهود كما لو كانوا ثلاثة، **والثانية:** لا حد عليهم لأنهم جاؤوا بأربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية لأن عددهم كمل ورد الشهادة لمعنى غير تفریطهم، فأشبه ما لو شهد أربعة مستورون ولم تثبت عدالتهم أو فسقهم، **والثالثة:** إذا كانوا فساقاً فلا حد عليهم وإن لم يكونوا كذلك وكانوا غير مرضي الشهادة كالكفار والعميان فعليهم الحد^(١).

ويلاحظ بهذه المناسبة ما سبق أن قلناه من أن في مذهب الشافعي وأحمد رأياً يرى أصحابه أن لا يُحد الشهود إذا نقص عددهم، مادام أنهم قد جاؤوا مجيء الشهود.

ومذهب الزيديين على أنه إذا كمل عدد الشهود سقط حد القذف عنهم ولو لم تكمل عدالتهم، لكن إذا لم يكونوا عدولاً لم يحد المقذوف، وكذلك لو كان أحد الشهود غير أهل للشهادة كالأعمى والمجنون، فإن الحد يسقط عن الشهود وعن المقذوف^(٢)، 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 جُعِلَ للقاذف لا للشاهد.

ومن المتفق عليه أن شاهد السماع لا حد عليه إذا لم تقبل شهادته أو لم يكمل عدد الشهود؛ لأن شهادته لا تعتبر قذفاً إذ أنه ينقل عن غيره، والمفروض أنه حسن النية^(٣)، فإذا شهد ثلاثة بأنهم رأوا الزنا وشهد الرابع بأنه سمع من آخر بأنه رأى الزنا لم تكمل الشهادة، وحُدَّ شهود الرؤية عند من يرى حد الشهود إذا لم تكمل الشهادة^(٤)، ولم يحد شاهد السماع، أما إذا شهد اثنان بالسماع وشهد ثلاثة بالرؤية فتقبل الشهادة وتعتبر كاملة عند مالك والظاهريين، ولا تقبل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والزيديين، ويحد الشهود الثلاثة عند أبي حنيفة والزيديين، وعلى الرأي الراجح في مذهب الشافعي وأحمد.

وتقبل شهادة الشهود ولو اعترفوا بأنهم تعمدوا 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^(٥).

(١) المغني ج ١٠ / ص ١٨١.

(٢) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٥٤، ٣٥٥.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٨.

(٤) يُحد الشهود في هذه الحالة طبقاً لمذهب مالك وأبي حنيفة وزيد، وعلى الرأي الراجح في مذهب الشافعي ومذهب أحمد، ولكنهم لا يحدون طبقاً لمذهب الظاهريين لأنهم يجيزون شهادة السماع ويجيزون أن ينقل الواحد عن واحد.

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٧٦، المهذب ج ٢ / ص ٣٥٢، المغني ج ١٠ / ص ١٧٧، شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٧٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٧٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٨٨.

وإذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم، فيرى مالك أن يحد 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^(١).

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 المدعي بقتله، وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد الاستيفاء فلا تسقط الشهادة، ولا ينقض الحكم ولكن يعاقب الشهود^(٢).

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 - أي 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 حُددوا جميعاً، وقال زفر: يحد الراجع وحده^(٣).

والقاعدة عند الشافعي 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 يُحكم بشهادتهم لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع، ويحتمل أن يكون 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 رأي مرجوح، وأما الثلاثة فلا حد عليهم قولاً واحداً لأنه ليس من جهتهم تفريط ولأنهم شهدوا والعدد تام ورجوع الراجع لا يمكنهم الاحتراز منه، فإن رجعوا كلهم وقالوا: تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد.

أما إذا رجعوا كلهم أو بعضهم بعد الحكم وقبل التنفيذ حد الراجع دون من لم

(١) شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٩٧.

(٢) شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٩٦.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٧٢.

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^(١).

وعند أحمد: إذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة، والثانية: يحد الثلاثة دون الراجع لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم فيسقط عنه الحد، ولأن في درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذي تحصل به مصلحة المشهود عليه، وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحد^(٢).

والمذهب الزيدي على أن رجوع الشهود قبل الحكم يبطل الشهادة، وكذلك الحال في الرجوع بعد الحكم قبل التنفيذ^(٣)، ولذلك يحد الشهود حد القذف إذا رجعوا قبل تنفيذ الحكم، ويجب عليهم الأرش أو القصاص إذا كان الرجوع بعد تنفيذ الحكم^(٤).

والقاعدة عند الظاهريين أن رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم يبطل للشهادة وأن رجوعه عنها بعد الحكم مؤدّ لفسخ الحكم^(٥)، وقد رأينا فيما سبق أنهم لا يرون حد الشاهد بالزنا أصلاً، سواء كان معه غيره أو لم يكن^(٦)، ويترتب على ذلك أنه إذا رجع أحد الشهود أو كلهم فلا حد على أحد منهم لأن الحد على القاذف لا على الشاهد.

وتقبل الشهادة على الخصي والعنين حصول الزنا منهما ولإمكان انتشار الآلة، بخلاف المجبوب فلا تقبل الشهادة عليه إذ لا يتصور منه الوطء.

وإذا شهد الشهود بحصول الزنا فدفعت المرأة الشهادة بأنها عذراء عُرضت على امرأة أو أكثر، فإذا شهدن بأنها كذلك درئ الحد عنها، وتكفي 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 أيضاً^(٧)، 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

(١) المذهب ج ٢ / ص ٣٥٠، ٣٥٨، المغني ج ١٠ / ص ١٨٢.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٨٢. (٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٢١٥.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٢٢٢، ٣٤٨. (٥) المحلى ج ٩ / ص ٤٢٩.

(٦) المحلى ج ١١ / ص ٢٦٠.

(٧) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٩، المغني ج ١٠ / ص ١٨٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٥٠.

درئ الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية والشهود كاذبون وجب أن يدرأ الحد عن الشهود لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون^(١).

ويشترط ابن حزم شهادة أربع نسوة لدرء الحد^(٢)، لكنه لا يكتفي بأن يقر 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 حينئذٍ لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم^(٣).

ولا يدرأ ابن حزم الحد بالشبهة لأن المذهب الظاهري لا يعترف بالشبهة، كما قدمنا. ورأي ابن حزم في قبول شهادة النساء في حالة ادعاء البكارة مخالف لفقهاء المذهب الظاهري الذين يرون إهمال شهادة النفي والأخذ بشهادة الإثبات^(٤). أما مالك فلا يدرأ الحد، ولو شهد أربع نسوة بأن المتهمة بالزنا عذراء، وحجته أن شهود الإثبات عاينوا الزنا، وأن الإيلاج ممكن مع بقاء البكارة، كما أن المثبت مقدم على النافي^(٥).

شهود الإحصان: يرى 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^(٦).

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^(٧). والمذهب الزيدي على أنه يكفي في إثبات الإحصان عدلان ولو رجل وامرأتان^(٨). وأما المذهب الظاهري فلا يفرق فيه الفقهاء بين إثبات الزنا وإثبات الإحصان، وعدم التفرقة معناه أن الزنا والإحصان معاً يثبتان بأربعة شهود^(٩).

وكل زناً أوجب الحد لا يقبل فيه أقل من أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له:

-
- (١) المذهب ج ٢ / ص ٣٥٦.
 (٢) المحلى ج ١١ / ص ٢٦٤، ٢٦٣.
 (٣) المحلى ج ١١ / ص ٢٦٣، ٢٦٤.
 (٤) المحلى ج ٩ / ص ٣٩٥.
 (٥) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨١.
 (٦) شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٩٧، المذهب ج ٢ / ص ٣٥٩، الإقناع ج ٤ / ص ٤٥١.
 (٧) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٧٦.
 (٨) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٣.
 (٩) المحلى ج ٩ / ص ٣٩٥.

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] ويدخل في ذلك اللواط ووطء المرأة في دبرها ووطء البهائم، عند من يعطي هذه الأفعال حكم الزنا، أما من يعتبرها جرائم تعزيرية فيكتفي في إثباتها بما يثبت به التعزير، وهو يثبت بشاهدين، كما يرى البعض^(١)، ويثبت برجل وامرأتين، وبأربع نسوة، وبرجل واحد أو امرأتين مع يمين الطالب، كما يثبت النكول والإقرار^(٢).

ويرى بعض الفقهاء في مذهب الشافعي ومذهب أحمد أن كل وطء لا يوجب الحد ويوجب التعزير لا يثبت إلا بأربعة شهود؛ لأنه فاحشة ولأنه إيلاج في فرج محرم، فإن لم يكن الفعل وطئاً كالمباشرة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين^(٣).

سادساً: أن يقتنع القاضي بشهادة الشهود: ولا يستلزم أداء الشهود للشهادة أن يحد المتهم بالزنا ما لم يقتنع القاضي بصحة الشهادة، فإذا اختلف الشهود في وصف الفعل أو في زمانه أو مكانه اختلافاً يبنى بكذبهم أو كذب بعضهم رفضت شهادتهم، وهناك خلاف على حد الشهود في هذا الحالة بين من يرون حد الشهود إذا لم تكمل الشهادة أو لم تقبل، فيرى البعض حدهم لأنهم شهدوا على وقائع مختلفة ليس على واقعة منها أربعة شهود فهم قذفة، ويرى البعض أن لا يُحدوا 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^(٤).

ويرى ابن الماجشون من فقهاء المالكية أن شهادة الشهود تصح ولو اختلفوا، إذا كان الخلاف فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه^(٥).

وإذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية أخرى

(١) المذهب ج ٢ / ص ٣٥٠، المغني ج ١٠ / ص ١٩٠، ١٩١.

(٢) المحلى ج ٩ / ص ٣٩٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٥، حاشية ابن عابدين ج ٤ / ص ٥١٥ وما بعدها، مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٨٠ وما بعدها.

(٣) المذهب ج ٢ / ص ٣٥٠، المغني ج ١٠ / ص ١٩٠، ١٩١.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٧٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٧، المذهب ج ٢ / ص ٣٥٧، المغني ج ١٠ / ص ١٨٣.

(٥) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٧٩.

منه وكانت الروايتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول في البيتين، وإن كانتا متقاربتين كملت شهادتهما وحُدَّ المشهود عليه في رأي أبي حنيفة وأحمد، وعند الشافعي ومالك وزفر لا حد على المشهود عليه لأن الشهادة لم تكمل^(١).

وإن شهد اثنان بأنه زنى بها مكرهة، 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 لا حد عليه لأن البينة لم تكمل على فعل واحد؛ فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهة، ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين، ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين، وذلك يمنع من قبول الشهادة، أو يكون شبهة في درء الحد، ولا يخرج الأمر على أن يكون قول واحد منهما مكذباً للآخر، ولا يصح هذا إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة في أحدهما ومكرهة 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 رأي مالك وأبي حنيفة وأحد الوجهين في مذهبي الشافعي وأحمد.

ورأى البعض أن الحد واجب على الرجل لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه بعد أن أجمع الشهود على أنه أتى الفعل، واختلاف الشهود إنما هو في فعل المرأة لا في فعل الرجل، فلا يمنع هذا الاختلاف من كمال الشهادة عليه، وهذا هو رأي أبي يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية ووجهه في مذهبي الشافعي وأحمد.

أما الشهود ففيهم ثلاثة أوجه: **أحدها**: لا حد 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، **وثالثها**: يجب الحد على شاهدي المطاوعة لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولم تكمل شهادتهما عليها، أما شاهدا الإكراه فلا يجب الحد عليهما لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهما على الرجل وإنما انتفى عنه الحد للشبهة^(٢).

ويرى الزيدون أن الاختلاف لا أهمية له إلا إذا كان على حقيقة الفعل، وهو الإيلاج أو مكان الفعل أو وقته أو كلفيته من اضطجاع أو قيام أو غير ذلك، فإن اتفقت شهادة الشهود على ذلك لزم الحد، وإن اختلفت في شيء منه أو أجملوا ولم يفصلوا لم تصح شهادتهم ولا حد عليهم لكمال البينة^(٣).

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٧٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٧، المهذب ج ٢ / ص ٣٥٧، المغني ج ١٠ / ص ١٨٣.

(٢) يراجع في كل ما سبق: مواهب الجليل ج ٦ / ص ١٧٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٦، المهذب ج ٢ / ص ٣٥٧، المغني ج ١٠ / ص ١٨٥.

(٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٨.

والقاعدة عند الظاهريين أن ما لا تتم 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 المزني بها فلا عبرة باختلافهم، لأن ذكر ذلك والسكوت عنه سواء، ومن ثم تكون الشهادة تامة والحد واجب مع الاختلاف في هذه المسائل^(١).

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 بكره حيث شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى، وبقضية الجارود حيث شهد هو وآخر على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدما دعوى.

والعلة في عدم اشتراط قيام الدعوى في الزنا أن الحد في الزنا حق لله تعالى فلا تفتقر الشهادة به إلى قيام الدعوى، لأن الدعوى في سائر الحقوق إنما تكون من المستحق، وهذا لا حق فيه لأحد من الآدميين فيدعيه، ولو توقفت الشهادة على قيام الدعوى لما أقيمت الشهادة ولا الدعوى^(٢).

ويشترط لصحة الشهادة ولتكون مقنعة للقاضي أن تكون مبينة لماهية الزنا وكيفية ومتى كان وأين وقع وبمن زنى، وعلى القاضي أن يستفصل الشهود في هذا كله ليصل إلى حقيقة الأمر.

فأما عن ماهية الزنا فلأن الزنا اسم يقع على أنواع لا توجب الحد، فقد روي عن رسول الله ﷺ 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 الكامل في المَكْحَلَة.

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 بزناً متقادماً، والتقادماً على رأي أبي حنيفة يمنع من قبول الشهادة، كما قدمنا، ولاحتمال أن يشهدوا على زناً 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

(١) المحلى ج ١١ / ص ١٤٧.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٨٨.

الحرب أو البغي، ومثل هذا الزنا لا يعاقب عليه في رأي أبي 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 حد الوطء أن يقيم البينة 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، 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).

علم القاضي: وإذا شهد القاضي حادث الزنا وقت وقوعه فليس له أن يقضي بعلمه، على ما يراه جمهور الفقهاء، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وهو أحد قولي الشافعي وعليه أكثر الشافعيين، وحجتهم قوله تعالى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وقوله: ﴿فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ فَلَوْلَيْكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمْ الْكَذِبُونَ﴾ [النور: ١٣] ولأن القاضي كغيره من الأفراد لا يجوز له أن يتكلم بما شاهده ما لم تكن لديه البينة الكاملة، ولو رمى القاضي زانياً بما شاهده منه، وهو لا يملك على ما يقول البينة الكاملة لكان قاذفاً يلزمه حد القذف، وإذا كان قد حرم على القاضي النطق بما يعلم فأولى أن يحرم عليه العمل به.

ويستدلون أيضاً بما روي عن أبي بكر رضي الله عنه من قوله: «لو رأيت رجلاً على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي».

وعندهم أن القاضي إذا كان قد شهد الحادث ومعه ثلاثة غيره فله أن يتنحى عن القضاء ويشهد، فإذا لم ينتح عن القضاء فليس له أن يعتبر متمماً لشهادة الثلاثة^(٢).

أما الرأي الثاني في مذهب الشافعي فيقوم على جواز أن يحكم القاضي بعلمه، وسند هذا الرأي ما رواه أبو سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ: «لا يمنع أحدكم هيئته الناس أن يقول في حق إذا رآه أو علمه أو سمعه» ويقول أصحاب هذا الرأي: إنه إذا جاز للقاضي أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن، فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى^(٣).

(١) يراجع في كل ما سبق: شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٧٧، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٥، ١١٦، المذهب ج ٢ / ص ٣٥٤، الإقناع ج ٤ / ص ٤٣٣، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٥١.

(٢) شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٥٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٢، المغني ج ١٠ / ص ١٩١، المذهب ج ٢ / ص ٣٢٠.

(٣) المذهب ج ٢ / ص ٣٢٠.

والمذهب الزيدي لا يجيز للمقاضي أن يحكم بعلمه في الحدود إلا في حد القذف ويجيز له أن يحكم بعلمه فيما عدا ذلك، فيحكم بعلمه في القذف والقصاص والأموال سواء علم ذلك قبل قضائه أو بعده، ويحتجون لذلك بقوله تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] ويرون أن علم القاضي أبلغ من الشهادة وأن من حكم بعلمه فقد حكم بما أراه الله^(١).

أما الظاهريون فيرون أنه فرض على القاضي أن يقضي بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود، سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته، وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم البينة، وحجتهم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُؤُوءًا فَوْزَمِينَ بِالْقِسْطِ شَهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: ١٣٥] وقول الرسول ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه...» فصح أن القاضي عليه أن يقوم بالقسط، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره، وصح أن فرضنا على القاضي أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطي كل ذي حق حقه وإلا فهو ظالم^(٢).

المبحث الثاني

الإقرار

٥٣٨ - ثبت الزنا أيضاً بإقرار الزاني: ويشترط أبو حنيفة وأحمد أن يقر الزاني بالزنا أربع مرات قياساً على اشتراط الشهود الأربعة، ولما رواه أبو هريرة فقال: أتى رجل من الأسلميين (وهو ماعز) رسول الله ﷺ، وهو في المسجد، فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه، فتنحى تلقاء وجهه فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه، حتى قال ذلك أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ فقال: «أبك جنون؟» قال: لا، قال: «أحصنت؟» قال: نعم، فقال ﷺ: «أذهبوا به فارجموه» ولو وجب الحد بالإقرار مرة واحدة لم يعرض عنه رسول الله ﷺ لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله، وروى نعيم بن هزال هذا الحديث وفيه: (حتى قالها أربع مرات، فقال له رسول الله ﷺ: «إنك قلتها أربع مرات، فبمن؟» قال: بفلانة) رواه أبو داود، وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هي الموجبة.

وروى أبو برزة الأسلمي أن أبا بكر الصديق قال لهذا المقر عند النبي ﷺ: «إن أقررت أربعاً رجمك رسول الله ﷺ»، وهذا دليل من وجهين: أحدهما: أن النبي ﷺ أقره على هذا ولم ينكره، فكان بمنزلة قوله لأنه لا يقر على الخطأ، والثاني: أن أبا بكر قد علم

(١) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٢٠.

(٢) المحلى ج ٩ / ص ٤٢٧.

أن هذا من حكم النبي ﷺ، 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 ﷺ قال: «واغديا 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 ﷺ عن ماعز حتى أقر أربع مرات فراجع إلى أن الرسول ﷺ استنكر عقله، ولذا أرسل لقومه مرتين يسألهم عن عقله حتى أخبروه بصحته فأمر برجمه^(٢).

ويشترط أبو حنيفة أن تكون الأقاير الأربعة في مجلس مختلفة للمقر نفسه ولو حدثت في مجلس واحد للقاضي^(٣).

ويستوي عند أحمد أن تكون الأقاير الأربعة في مجلس واحد أو مجالس متفرقة، فإذا أقر أربع مرات في مجلس واحد أو في مجالس متفرقة فلا إقرار 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 ﷺ، فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل ﷺ: «هل به جنون؟ أو هو شارب خمر؟» وأمر من يشم رائحته، وجعل يستفسره عن الزنا، فقال له: «لعلك قبلت أو غمزت؟»، وفي رواية أخرى: «هل ضاجعتها؟» قال: نعم، قال: «فهل باشرتها؟» قال: نعم، قال: «هل جامعتها؟» قال: نعم، وفي حديث ابن عباس: «أنكها» لا يُكْنَى، قال: نعم، قال: «دخل ذلك منك في ذلك منها؟» قال: نعم، قال: «وكما يغيب المرود في المكحلة 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 فرُجم، فدل ذلك كله على أنه يجب في الإقرار أن يكون مفصلاً مبيناً لحقيقة الفعل المقر به^(٥).

ويترتب على هذا أن الزاني إذا أقر فلا يؤخذ إقراره قضية مسلمة، وعلى القاضي لكي يتحقق من صحة إقراره أن يتحقق أولاً من صحة عقله كما فعل الرسول ﷺ مع ماعز، قال:

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٧، المغني ج ١٠ / ص ١٦٥.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٨١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣١.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٨.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ١٦٧.

(٥) سبل السلام ج ٤ / ص ٧، ٨، المغني ج ١٠ / ص ١٦٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣١، شرح فتح

القدير ج ٤ / ص ١١٥.

« أبك خبل أم بك جنون؟ » وبعث لقومه يسألهم عن حاله، فإذا عرف القاضي أن الزاني صحيح العقل سألّه عن ماهية الزنا وكيفيته ومكانه وعن المزني بها وعن زمان الزنا، فإذا بيّن ذلك على وجه يجعله مسؤولاً جنائياً سألّه أمحصن هو أم لا؟ فإن اعترف بالإحصان سألّه عن ماهيته، وسؤال المقر عن زمان الزنا ليس المقصود منه النظر إلى التقادم، وإنما احتمال أن يكون الزنا وقع قبل البلوغ، والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره، فمن أقر بأنه زنى بامرأة أخذ باعترافه، أما المرأة فإن أنكرت فلا مسؤولية عليها، وإن اعترفت أيضاً أخذت باعترافها لا باعتراف الرجل، وعلى هذا جرت سنة الرسول ﷺ، فقد روى أبو داود عن سهل بن سعد أن رجلاً جاء الرسول ﷺ فأقر عنده أنه زنا بامرأة سماها له، فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها^(١).

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 زنى بامرأة فكذبته فهو مأخوذ بإقراره وعليه الحد دونها، كما يرى مالك والشافعي وأحمد^(٢)؛ 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 تعددت إلى طرفيه، وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقاً إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندري عنه ضرورة، بخلاف ما لو أطلق فقال: زنيت، فإنه وإن احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه، وبخلاف ما لو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الإنكار، ويتفق رأي أبي يوسف ومحمد مع رأي الأئمة الثلاثة^(٣).

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر عن عاقل مختار، فيجب أن يكون المقر عاقلاً مختاراً لأن المكره والمجنون لا حكم لكلامهما والقلم مرفوع عنهما، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «رفع القلم

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٠، ١٥٨، المغني ج ١٠ / ص ١٦٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٢، المذهب ج ٢ / ص ٢٨٥.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٣٢، المغني ج ١٠ / ص ١٦٨.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٨.

عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل» وروي عنه عليه السلام أنه قال: «رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

٥٣٩ - إقرار زائل العقل: ينقل ما كتب عن ذلك في القتل ويضاف إليه: وإن كان يجن مرة ويفيق مرة أخرى فأقر في إفاقته أنه زنى وهو مفيق فعليه الحد دون خلاف، لأن الزنا الموجب للحد وقع منه في حال تكليفه والقلم غير مرفوع عنه وإقراره وجد في حال يعتبر فيها كلامه، فإن أقر في إفاقته ولم يصف الزنا إلى حال الإفاقة لم يجب الحد؛ لأنه يحتمل أن الزنا وقع في حال الجنون ولا يجب الحد مع الاحتمال^(١).

٥٤٠ - إقرار النائم: والنائم مرفوع عنه القلم، فلو زنا بنائمة أو استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه، فلا حد عليه؛ لأن القلم مرفوع عنه، ولو أقر في حال نومه لم يلتفت لإقراره لأن كلامه غير معتبر ولا يدل على صحة مدلوله^(٢).

ويشترط أبو حنيفة في المقر أن يكون قادراً 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 علقت الحد على البيان المتناهي والبيان لا يتناهى إلا بالصريح والإشارة والكتابة بمنزلة الكناية، ولكن الأئمة الثلاثة يقبلون إقرار الأخرس إذا فهمت إشارته^(٣).

ومن المتفق عليه أن البصر لا يعتبر شرطاً في الإقرار، فإقرار الأعمى بالزنا صحيح، ولا يقبل الإقرار ممن لا يتصور وقوع الفعل منه كالمجبوب، إذ لا يمكن أن يقع منه الفعل لانعدام الآلة، ويقبل إقرار الخصي والعنين لتصور الزنا منهما إذ لا يشترط لتحقيق الوطء أكثر من دخول الحشفة في الفرج ولو بغير انتشار^(٤).

٥٤١ - أثر التقادم على الإقرار: لا أثر للتقادم على الإقرار بالزنا عند من يقول بالتقادم؛ لأن أثر التقادم على الشهادة بني على تمكن التهمة والضغينة، أما الإقرار فلا تهمة فيه لأن المرء لا يُتهم فيما يقر به على نفسه^(٥).

٥٤٢ - التحايل على الإقرار: ولا يصح للقاضي أن يحتال للوصول على الإقرار، وليس له أن يشجع المقر على الإقرار، ولا بأس أن يظهر الكراهة للإقرار كما فعل

(١) المغني ج ١٠ / ص ١٧٩.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٧٠.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١١٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٩، المغني ج ١٠ / ص ١٧١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣١.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ١٧١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٠.

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦١.

الرسول ﷺ مع ماعز، حيث أعرض عنه عند إقراره، وقد كان عمر رضي الله عنه يقول: «اضربوا المعترفين» أي بالزنا^(١).

ويشترط أبو حنيفة أن يكون الإقرار في مجلس القضاء فإن أقر في غير مجلس القاضي فلا تقبل الشهادة على هذا الإقرار؛ لأنه إما أن يقر وأما أن ينكر، فإن أقر كانت الشهادة لغواً وكان الحكم للإقرار لا للشهادة، وإن أنكر اعتبر إنكاره رجوعاً عن الإقرار والرجوع عن الإقرار صحيح في الحدود الخالصة حقاً لله كحد الزنا^(٢).

ولا يشترط مالك والشافعي وأحمد أن يكون الإقرار في مجلس القضاء، فيجوز أن يكون من المقر في مجلس القضاء ويجوز أن يحصل في غير مجلس القضاء ويشهد به الشهود في مجلس القضاء، ولكنهم اختلفوا في الشهادة بالإقرار، فرأى مالك أن الشهادة على الإقرار تقبل فإذا أنكر حصول الإقرار اعتبر إنكاره رجوعاً^(٣).

ويرى الشافعي قبول الشهادة على الإقرار، فإن أنكر حصول الإقرار منه لم يقبل إنكاره ولا يعتبر عدولاً عن الإقرار لأنه تكذيب للشهود والقاضي، أما إن أكذب نفسه في 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 يكفي فيه مرة واحدة لأن الإقرار عند أحمد يشترط فيه أن يكون أربع مرات^(٥).
ويلاحظ أن الإقرار يثبت عند مالك والشافعي بشهادة شاهدين فقط.

٥٤٣ - الإقرار في مجلس القضاء: وإذا أقر الزاني بالزنا ثم رجع عن إقراره سقط عنه الحد؛ لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في الرجوع وهو الإنكار، ويحتمل أن يكون كاذباً فيه، فإن كان صادقاً في الإنكار فهو كاذب في الإقرار، وإن كان كاذباً في الإنكار فهو صادق في الإقرار، وهذا الاحتمال يورث شبهة في الحد، والحدود تُدْرَأُ بالشبهات، وقد روي أن ماعزاً لما أقر بالزنا بين يدي الرسول ﷺ لقنه الرجوع، فقال ﷺ: «لعلك قبلتها لعلك مسستها» كذلك قال ﷺ لامرأة متهمة بالسرقة: «أسرقت؟ قولي: لا، ما أخالك سرقت» وليس ذلك إلا تلقيناً للرجوع عن الإقرار، ولو لم يكن الحد محتمل السقوط بالرجوع ما كان للتلقين معنى، وتلك هي السنة 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،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢١، المغني ج ١٠ / ص ١٨٨، المهذب ج ٢ / ص ٣٦٤.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٠. (٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨١.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٢. (٥) الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٥.

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 كهرج المرجوم أثناء الرجم أو الجلد، فإذا هرب لم يؤخذ ثانية للتنفيذ لأن الهرب دلالة الرجوع، والأصل في ذلك أنه لما هرب ما عجز تبعوه حتى قتلوه ولما ذكر ذلك للنبي ﷺ 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 يقتضي 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 على الإقرار بالزنا ويعدل عن الإقرار بالإحصان، فإذا فعل سقط حد الرجم ووجب حد الجلد^(٢).

وإذا اجتمعت الشهادة مع الإقرار فمذهب أبي حنيفة على أن الشهادة تبطل باعتراف المشهود عليه قبل القضاء اتفاقاً، أما إذا كان الإقرار بعد القضاء بالحد على أساس الشهادة فيرى أبو يوسف سقوط العقوبة لأن الإمضاء في الحدود من القضاء ولأن شرط الشهادة هو عدم الإقرار، أما محمد فلا يسقط العقوبة في هذه الحالة^(٣).

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^(٤).

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

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٢، المغني ج ١٠ / ص ١٧٣، ١٩٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦١. (٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٤.

(٤) الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٦.

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 أن يستند الحكم على الشهادة فيما يتعلق بحقوق الله لأن البينة 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 يقضي على أساس ما سمع^(٢).

وهذا هو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد، أما الشافعي ففي مذهبه رأيان **أرجحهما** : يرى أن لا يقضي القاضي على أساس ما رآه أو علمه أو سمعه، **والثاني** : يرى أصحابه أن يقضي القاضي بما رآه أو سمعه أو علمه^(٣).

القرائن :

٥٤٥ - القرائن : القرينة المعتبرة في الزنا هي ظهور الحمل في امرأة غير متزوجة أو لا يُعرف لها زوج، ويلحق بغير المتزوجة من تزوجت بصبي لم يبلغ الحلم أو بمحبوب، ومن تزوجت بالغاً فولدت لأقل من ستة أشهر.

والأصل في اعتبار قرينة الحمل دليلاً على الزنا قول أصحاب النبي ﷺ وفعلهم، فعمر رضي الله عنه يقول: الرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا أقامت بينة أو كان الحبل أو الاعتراف، وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه أتت بامرأة ولدت لستة أشهر كاملة فرأى عثمان أن ترجم، فقال علي: ليس لك عليها سبيل، قال الله تعالى: ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: يا أيها الناس إن الزنا زنيان: زنا سر وزنا علانية، فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى، وزنا العلانية أن يظهر الحبل والاعتراف.

هذا هو قول الصحابة ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعاً.

والحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا بل هو قرينة تقبل الدليل العكسي، فيجوز إثبات أن الحمل حدث من غير زنا، ويجب درء الحد عن الحامل كلما قامت شبهة في حصول الزنا أو حصوله طوعاً، فإذا كان هناك مثلاً احتمال بأن الحمل كان نتيجة وطء بإكراه أو

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٢.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٤.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ٣٢٠.

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 إكراهاً ولا وطأً بشبهة فلا حد عليها أيضاً ما لم تعترف بالزنا؛ لأن الحد أصلاً لا يجب إلا بينة أو بإقرار^(١).

٥٤٦ - اللعان: أما مالك فيرى أن ظهور الحمل في غير المتزوجة يوجب عليها الحد دون حاجة لإقرار منها، وأن ادعاءها الإكراه والوطء بشبهة لا يكفي وحده لدرء الحد عنها، بل عليها أن تقيم دليلاً أو قرينة على صحة دفاعها، كأن تثبت أنها بلغت عمن أكرهها، أو أن أناساً شهدوها متعلقة به تستغيث عقب الإكراه، أو أنهم شهدوها تستغيث والدماء تلوث ملابسها بعد أن أزيلت بكارتها^(٢).

تنفيذ العقوبة:

٥٤٧ - مقدار الحد: إذا ثبت الزنا دون شبهة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبة الحد وهي رجم المحصن وجلد غير المحصن مائة جلدة وتغريبه.

مقارنة بين الشريعة والقانون عن الأدلة على الزنا:

٥٤٨ - التكييف الشرعي لحد الزنا: كيف الفقهاء حد الزنا بأنه حق لله تعالى، والأصل عندهم أن الحد يعتبر حقاً لله تعالى إذا استوجبه المصلحة العامة وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم.

وكل جنائية ذات حد يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة عقوبتها تعود عليهم فتعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى، تأكيداً لتحقيق النفع ودفع المضرة وحتى لا تسقط العقوبة بإسقاط الأفراد لها.

وتمتاز عقوبة الحد عن غيرها من العقوبات بأنها لا تقبل عفواً ولا صلحاً ولا إبراء ولا تخفيضاً 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 لا في المعاني، ولكن الواقع أن الخلاف فيهما معاً، فالحد يختلف عن العقوبة في القوانين الوضعية بأنه لا يقبل العفو ولا الاستبدال، والعقوبة في

(١) المغني ج ١٠ / ص ١٩٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨١.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٩٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦.

القوانين الوضعية تقبلهما، ولعل اعتبار الحد حقاً لله هو الذي منع قبول العفو والاستبدال؛ لأن الأفراد والجماعة ليس لهم العفو عما هو حق لله وليس لهم تبديل ما أمر به الله، ولو كان الحد حق الجماعة لأمكن أن يعفو عنه ممثل الجماعة أو يستبدل به غيره، على أن في الشريعة نوعاً من العقوبات، وهو العقوبات التقديرية، شرع للمصلحة العامة ويعتبر حق الجماعة، ولممثل الجماعة أن يعفو عنه وأن يستبدل به غيره من عقوبات التعازير، وهذا النوع من العقوبة هو الذي يتفق تمام الاتفاق في التكيف 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 المتعدد، ففي هذه الحالة تتداخل العقوبات المتعددة ويجزئ عنها جميعاً عقوبة واحدة، فإذا ارتكب الجاني جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه وجبت لهذه الجريمة الأخرى عقوبة ثانية، أما إذا ارتكب أي جريمة أخرى من نفس النوع قبل تنفيذ العقوبة عليه فإن عقوبة الجريمة الجديدة تتداخل مع عقوبات الجرائم السابقة ما دامت جميعاً من نوع واحد، والعبرة في التداخل بتنفيذ العقوبة لا الحكم بها، فالعقوبات تتداخل ما دامت لم تنفذ ولو تعددت الأحكام الصادرة بها، أي أن صدور الحكم بعقوبة ما، لا يمنع من تداخلها في عقوبة أخرى.

ويحدث التداخل ما دامت 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: أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزئ عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة، أي لتحقيق غرض واحد، كأكل 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 يمتنع مع تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى، ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل، فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها، ومن ثم فهي في الشريعة العقوبة الوحيدة التي تجب ما عداها، وهناك خلاف على نظرية الجب ومداها، وقد فصلنا القول عن تعدد العقوبات والتداخل والجب في القسم العام ونكتفي هنا بما ذكرنا^(١).

٥٥٠ - من الذي 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 تفويضه إلى نائب الجماعة، وهو الإمام، ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولي الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه، وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد لأن النبي ﷺ لم ير حضوره لازماً فقال: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وأمر ﷺ برجم ماعز ولم يحضر الرجم، وأُتي بسارق فقال: «اذهبوا به فاقطعوه».

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب، فما أقيم حد على عهد رسول الله ﷺ إلا بإذنه، وما أقيم حد على عهد الخلفاء إلا بإذنهم، ومما يروى عن رسول الله ﷺ في هذا قوله: «أربع إلى الولاية: الحدود، والصدقات، والجمعات، والنفى» 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 أخرى على ما إذا كان للسيد أن يقيم الحد على عبيده، ولم نر داعياً للتعرض لهذا المبحث بعد أن ألغى الرقيق في العالم.

٥٥١ - علانية التنفيذ: يجب أن يقام الحد علانية، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] وتتوفر العلانية دائماً كلما كان الحد رجماً، إذ المفروض أن عدد الرماة غير محدود، وأنه يجب أن يكون من الكثرة بحيث يقضى على المرجوم بسرعة، أما في الجلد فيكفي في إقامة الحد شخص واحد، ولذلك اختلف في عدد من يحضر الجلد ففسر البعض كلمة طائفة بأنها شخص واحد ومقيم الحد، وقال البعض:

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٨، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨، المغني ج ١٠ / ص ١٩٧، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٧.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٤٦ وما بعدها، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٩، المهذب ج ٢ / ص ٢٨٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٤.

إنها شخصان غير مقيم الحد، وقال بعض إنها أربعة، وقال البعض: إنها عشرة^(١).

٥٥٢ - كيفية التنفيذ في الرجم: إذا كان المرحوم رجلاً أقيم قائماً ولم يوثق بشيء ولم يُحفر له ولم يمسك أو يربط، سواء ثبت الزنا عليه ببينة أو إقرار؛ لأن النبي ﷺ لم يحفر لماعز ولا للجيهنية ولا لليهوديين، قال أبو سعيد: «لما أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز خرجنا إلى البقيع، فوالله ما حفرنا له ولا أوثقناه ولكنه قام لنا» وإذا هرب المرحوم وكان مقرراً لم يتبع وأوقف التنفيذ، أما إذا كان مشهوداً عليه أُتبع ورُجم حتى يموت، لكن إذا لم يصبر المرحوم المشهود عليه ولم يكن إقامة الحد إلا بربطه رُبط، أما إذا كان المرحوم امرأة فيجيز أبو حنيفة والشافعي الحفر لها إلى صدرها لأن ذلك أستر لها، ويأخذ 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 رُجمت المرأة دون حفر شدت عليها ثيابها لكي لا تنكشف ولأن ذلك أستر لها^(٢).

والسنة أن يحاط بالمرجوم فيرمى من جميع الجوانب، ويرى البعض أن يُصَفَّ الرماة ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا، وحجة ما قاله عليّ حين رجم شراحة الهمزانية حيث أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة، فقال لهم: ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضاً، صُفِّوا كصف الصلاة صفّاً خلف صف^(٣).

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 المشهود عليه، ولكن امتناع الشهود لا يترتب عليه حدهم لأن امتناعهم ليس صريحاً في رجوعهم عن الشهادة^(٤).

ولا يشترط الشافعي وأحمد بداءة الشهود ولكنهما يريان ذلك سنة مستحبة، وهي رواية عن أبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة حيث يرى أن البداءة مستحبة لا مستحقة^(٥)، ولكنهما لا يوجبان حضور الشهود والإمام ولا يرتبان على التخلف عن الحضور نتيجة ما.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٩، المغني ج ١٠ / ص ١٣٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٣.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٩، المغني ج ١٠ / ص ١٢٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٣.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٩، المغني ج ١٠ / ص ١٢٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٣.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٢.

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٣، المغني ج ١٠ / ص ١٢٤، ١٣٨.

أما مالك فلا يعرف بداءة الشهود والإمام ولا يعتبرها سنة مستحبة؛ لأن الحديث الوارد فيها لم يصح عنده^(١).

وحجة أبي حنيفة ما روي عن علي لما أراد أن يرحم شراحة الهمزانية حيث قال: «الرجم رجمان: رجم سر ورجم علانية، فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها وتعترف بذلك فيبدأ فيه الإمام ثم الناس، ورجم السر أن يشهد أربعة فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس» وقد تم هذا في محضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً، كما أن في الأمر ببداية الشهود احتيال لدرء الحد؛ لأن الشاهد قد يجترئ على الشهادة الكاذبة ولكنه لا يجزئ على القتل إذا علم أنه شهد كاذباً^(٢).

ويرتب أبو حنيفة على رأيه أن الشهود إذا امتنعوا من البداءة أو غابوا فلم يحضروا اليوم المحدد للتنفيذ أو ماتوا قبل يوم التنفيذ فإذن ذلك يؤدي إلى امتناع التنفيذ، ولكن محمداً - من أصحاب أبي حنيفة - يرى أنه إذا تعذرت البداية من الشهود نفذ الحد كأن كانوا مرضى أو مقطوعي الأيدي^(٣).

ويشترط أبو حنيفة أن تبقى للشهود أهلية أداء الشهادة عند التنفيذ فلو بطلت الأهلية بفسق أو ردة أو جنون أو عمى أو خرس أو بحد للكدف فلا يقام الحد على المشهود عليه، وحجة أبي حنيفة أن طروء أسباب الجرح على الشهادة وقت التنفيذ بمثابة طرئها 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 قصد من رأيه درء الحد تطبيقاً للحديث المشهور: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» ولكن لا يمكن العمل برأيه الآن ما دام التنفيذ ليس من اختصاص الهيئة القضائية، على أن بعض شراح القوانين الوضعية يرون جعل التنفيذ مكماً للقضاء، وهذا يتفق مع نظرية أبي حنيفة^(٤).

ويقام حد الرجم في أي 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، وستكلم عن التنفيذ على الحامل فيما بعد، ويستحسن لكل راجم أن يتعمد مقتلاً وأن يتقي الوجه، كما يستحسن أن يكون وقف الرامي من المرجوم بحيث لا يبعد عنه فيخطئه، وجميع بدن المرجوم للرجم، ويختار أن يتقى

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٣.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٢، ١٢٣.

(٣) نفس المراجع السابقة.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٣، المغني ج ١٠ / ص ١٨٧.

الوجه لأن الرجم حد مهلك فكلما أسرع بالمحكوم عليه إلى الهلاك كان أولى .
ولا يقام الحد في المساجد اتفاقاً، ويستحسن أن يقام في كل مكان متسع بعيداً عن المساكن حتى لا يؤدي التنفيذ إلى إصابة أحد غير المرجوم .
ويرمى المرجوم بحجارة معتدلة الحجم وما يقوم مقام الحجارة كالمدر والخزف ، ففي خبر ماعز أنه رمي بالعظام والمدر والخزف ، ولا يرمى المرجوم بالحصى الخفيفة حتى لا يطول تعذيبه ، ولا يرمى بالصخور الكبيرة لئلا تدمغه فيفوت به التنكيل المقصود ، والمختار أن يكون 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 أي فعل آخر يؤدي للموت كقطع الرقبة بالسيف أو كشنق المرجوم ، وإذا هلك المرجوم سلمت جثته لأهله ولهم أن يصنعوا بها ما يصنع بسائر الموتى فيغسلونه ويكفونونه ويصلون عليه ويدفنونه ، وبهذا أمر الرسول ﷺ بعد رجم ماعز حيث سئل عما يصنع بجثته فقال : « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم » .

٥٥٣ - كيفية التنفيذ في الجلد : يضرب المحكوم عليه بسوط ضرباً متوسطاً مائة ضربة ، ويشترط أن لا يكون السوط يابساً لئلا يجرح أو يبرح ، وأن لا يكون به عقد في طرفه الذي يصيب الجسم لأنها تؤدي إلى ما يؤدي إليه يبس السوط ^(١) .

ويشترط أن لا يكون للسوط أكثر من ذنب واحد فإذا لم يكن لذلك احتسبت الضربة ضربات بعدد ما للسوط من أذنان ، فإن كان للسوط ذنبان احتسبت الضربة ضربتين ، وإن كان ثلاثة احتسبت الضربة ثلاثة ضربات ، وهكذا ^(٢) .

ويرى مالك وأبو حنيفة أن تنزع عن الرجل المحدود ثيابه إلا ما يستر عورته ^(٣) .
ويرى الشافعي وأحمد أن لا يجرد المجلود من ثيابه وأن يترك عليه القميص والقميصان ، أما إن كان عليه فروة أو ملابس شتوية أو جبة محشوة نزعت ^(٤) .

ويرى مالك ضربه قاعداً ولا يمسك المجلود ولا يربط وقت الضرب ، إلا إذا امتنع فلم يقف أو لم يصبر على الوقوف أو الجلوس فلا بأس في هذه الحالة بربطه أو إمساكه ^(٥) ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٦ ، الإقناع 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 .

(٤) المذهب ج ٢ / ص ٢٨٧ ، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٦ .

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٨ ، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٥ ، المذهب ج ٢ / ص ٢٨٧ .

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 يفضي إلى تلف ذلك العضو أو تمزيق جلده وهو غير جائز، بل يفرق الضرب على سائر الأعضاء إلا الوجه والفرج، لقول الرسول ﷺ «**اتق وجهه ومذاكيره**» وإلا الرأس لتخوف التلف والهلاك، وهذا هو رأي 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^(١).

ويرى بعض الشافعية رأي أبي حنيفة وأحمد، ولكن البعض يرى مع مالك أن يكون الضرب في الظهر فقط^(٢)، 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: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ﴾ [النور: ٢] وتفسر الرأفة بتخفيف الضرب، ولكن الفقهاء يشترطون أن يكون الضرب بين بين، فلا هو بالمبرح ولا بالخفيف، وليس للجلاد أن يمد يده بالسوط لأعلى بعد أن يمس جسم المحدود دون أن يسحب، وليس للجلاد أن يرفع يده إلى ما فوق رأسه ولا يبيدي إبطه في رفع يده لأن الضرب يكون شديداً في هذه الحالة يخشى منه الهلاك وتمزيق الجلد^(٣).

ويشترط في إقامة حد الجلد أن لا يؤدي إلى هلاك المحدود، لأنه حد زاجر لا حد مهلك، فلا يقام في الحر الشديد ولا البرد الشديد إذا خشي الهلاك، ولا يقام على المريض حتى يبرأ ولا على النفساء حتى ينقضي نفاسها 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 خشي من السوط أقيم بأطراف الثياب وما أشبه مما يتحملة المحدود، وعلى هذا فلا خلاف بين الرأيين لأن كليهما ينظر إلى عدم هلاك المحدود وأن يكون التنفيذ بحيث يحتمله^(٤).

٥٤٤ - التنفيذ على الحامل: من المتفق عليه أن الحد لا يقام على حامل حتى تضع، سواء كان الحمل من زناً أو غيره، والأصل في ذلك حديث الغامدية، فقد روي أن امرأة من

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٦، ١٢٧، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٦.

(٢) المذهب ج ٢ / ص ٢٨٨، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٤.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٢٨، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٦، المذهب ج ٢ / ص ٢٨٨.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٤، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٣،

الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٦، المغني ج ١٠ / ص ١٤٠، ١٤١.

بني غامد جاءت رسول الله ﷺ مقرّة بالزنا وهي حامل وقالت: إنها حبلى من الزنا، فقال لها ﷺ: «ارجعي حتى تضعي ما في بطنك» فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، فأتى النبي ﷺ فقال: قد وضعت الغامدية، فقال الرسول ﷺ: «إذن لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه» فقام رجل من الأنصار فقال: إليّ رضاعه يا نبي الله، فرجمها، وقد جرى صحابة الرسول ﷺ من بعده على هذا، فيروى أن امرأة زنت في أيام عمر رضي الله عنه فهمّ عمر بـرجمها وهي حامل، فقال له معاذ: إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها، فقال: عجز النساء أن يلدن مثلك، ولم يـرجمها، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال مثل هذا.

والعلة في عدم إقامة الحد على الحامل أن في إقامة الحد عليها في حال حملها إتلافاً لمعصوم، وهو الحمل، ولا سبيل إليه، وإذا كانت هي غير معصومة من إقامة الحد فإن من القواعد الأساسية أن لا تزر وازرة وزر أخرى، وألا تصيب العقوبة غير الجاني والعقوبة التي تصيب الحامل تتعدى إلى حملها، وسواء كان الحد رجماً أو جلداً فإنه لا ينفذ على الحامل، حتى تضع حملها لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية 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 رجمت، وإلا تركت حتى تطفمه^(١).

وإذا وضعت الأم حملها وكان الحد جلداً فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعي وبعض الفقهاء في مذهب أحمد أن لا يقام عليها الحد حتى تشفى من نفاسها وتصبح قوية يؤمن تلفها إن أقيم عليها الحد، ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد إقامة الحد في الحال بسوط يؤمن معه التلف، فإن خيف عليها من السوط أقيم العثكول - يعني شمراخ النخل - وأطراف الثياب، وحجة هذا الفريق الآخر أن النبي ﷺ أمر بضرب المريض الذي زنى فقال: «خذوا مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة» أما حجة القائلين بتأخير الحد ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: أن أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدتها، فإذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدها أن أقتلها، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ 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 الزنا؛ لأن النبي ﷺ رجم اليهودية والجهينة ولم يسأل عن استبرائهما، وقال لأنيس:

(١) المغني ج ١٠ / ص ١٣٨، المذهب ج ٢ / ص ١٩٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٧.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٤٠، المذهب ج ٢ / ص ١٩٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٧.

« اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها، ورجم عليّ شراحة ولم يستبرئها، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد، فإذا ادعت المرأة الحمل فيرى أحمد وبعض الشافعية قبول قولها وحبسها حتى يتبين 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 فيقررون 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 بطنها أربعين يوماً ولو كان الزوج قد استبرأها، وتؤخر أيضاً إذا لم يتبرئها الزوج ولو لم يمض على الزنا أربعين يوماً، وتؤخر المرأة في الحالين لحیضة؛ أي: حتى تحيض مرة واحدة إن أمكن حملها خشية أن يكون بها حمل ويقوم مقام الحيضة فمن لم تحض بعد مرور ثلاثة أشهر لم تحد 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 أربعين يوماً في بطنها أو مضى عليه هذه المدة ولم يكن في الإمكان حملها، فإن كان الحمل ممكناً أخر تنفيذ الحد عليها لحیضة، 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 الواجب هو الجلد فالحكم يختلف باختلاف ما إذا كان المريض يرجى شفاؤه أو لا يرجى شفاؤه.

والمريض 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 روي من حديث علي حين كُلف بجلد أمة لرسول الله ﷺ زنت فوجدتها حديثه عهد بنفاس فخشي إن جلدها أن يقتلها، فعاد إلى النبي ﷺ فقال له: « يا علي أفرغت » قال: أتيتها ودمها يسيل، فقال: « دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد » ^(٤).

(١) المذهب ج ٢ / ص ١٩٨، المغني ج ١٠ / ص ١١٤، الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٧.

(٢) المذهب ج ٢ / ص ١٩٨، شرح فتح القدير ج ٨ / ص ١٣٧.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٤.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٣، المغني ج ١٠ / ص ١٤١.

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 قدامة بن مظعون في مرضه ولم يؤخره، وانتشر ذلك في الصحابة فلم ينكروه فكان إجماعاً^(١)، ويعتبر الفقهاء النفاس مرضاً.

المريض الذي لا يرجى شفاؤه: يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن المريض الذي لا يرجى شفاؤه من مرضه يقام عليه الحد في الحال ولا يؤخر، ولكنهم يشترطون أن يقام الحد بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير وشمراخ النخل، فإن خيف عليه من ذلك جمع ضغت فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة، وحجتهم ما روي من أن رسول الله ﷺ أمر بضرب رجل مرض حتى ضني ضربة واحدة بمائة شمراخ لأنه زنى، ولأن المريض الميؤوس من شفائه إما أن يترك لمرضه فلا ينفذ عليه الحد أو ينفذ عليه كاملاً فيفضي 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 تعالى: ﴿وَحُذِّ بِيدِكَ ضُغْتًا فَأَضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤] فهذا أولى من ترك أو قتل المريض بما لا يوجب القتل^(٢).

ولكن مالكا لا يأخذ بهذا الرأي ويرى ضرب المريض الذي لا يرجى شفاؤه مائة جلدة، ولا يرى في ضربه العتكال إلا جلدة واحدة.

موانع التنفيذ:

٥٥٦ - يمنع التنفيذ إذا جد ما يسقط الحد بعد الحكم به: ومسقطات الحد هي:

أولاً: يسقط الحد برجوع المقر عن إقراره، إذا كان الزنا ثابتاً بالإقرار، سواء كان الإقرار صريحاً أو ضمنياً، وقد سبق أن فصلنا الكلام على الرجوع ومتى يسقط الحد.

ثانياً: عدول الشهود: ويسقط الحد بعدول الشهود عن شهادتهم قبل التنفيذ كلهم أو بعضهم ما دام عدد الشهود الباقيين على شهادتهم أقل من أربعة.

ثالثاً: تكذيب أحد الزانين للآخر، أو ادعائه 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 إقام الدليل على وجود النكاح.

رابعاً: بطلان أهلية شهادة الشهود قبل التنفيذ وبعد الحكم، وهو مذهب أبي حنيفة ولا يوافقه عليه الأئمة الثلاثة.

(١) المغني ج ١٠ / ص ١٤١.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٤٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٣٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٤.

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 يعطي الزوج حق الملك والاستمتاع ولكن فقهاء المذهب لا يوافقونه على هذا الرأي لأن الفعل وقع زناً وكان سابقاً على الزواج^(١).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٢.

الكتاب الثاني

القذف

تمهيد

٥٥٧ - تعريف القذف: القذف في الشريعة الإسلامية نوعان: قذف يُحد عليه القاذف وقذف يعاقب عليه بالتعزير، فأما ما يحد فيه القاذف فهو رمي المحصن بالزنا أو نفى نسبه، وأما ما فيه التعزير فهو الرمي بغير الزنا ونفى النسب سواء كان من رمى محصناً أو غير محصن، ويلحق بهذا النوع السب والشتم ففيهما التعزير أيضاً.

والكلام هنا مقصود به جريمة القذف المعاقب عليها بالحد، وأن الكلام على هذا النوع من القذف يشمل القذف والسب الذي يجب فيه التعزير، وقد سكت الفقهاء عن بيان الفروق بين القذف بنوعيه وبين السب والشتم، ولكن الظاهر من تتبع أقوالهم وأمثلتهم في أبواب الزنا والقذف والتعزير أنهم يعتبرون القول قذفاً كلما رمى القاذف المجني عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب يمكن إثباتها بطبيعتها كالرمي بالزنا والرشوة، ويعتبرون القول سباً إذا كان ما رمى به المجني عليه ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة؛ كمن قال لآخر: يا كلب، يا حمار، أو قال لبصير: 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 ويمكن إثباته بطبيعة الحال، أما من رمى شخصاً بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقدوف، والإيذاء محرم في الشريعة، ولأن ما قذف به لا تحرمه الشريعة ولا تؤاخذ عليه فلا يصح أن يعزر به.

٥٥٩ - بين الشريعة والقانون: يختلف 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 الأوروبية؛ 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 مختللاً لما قال.

وإذا كان هذا المبدأ يحمي البراء من السنة الكاذبين الملفقين فإنه يحمي الملوئين والمجرمين والفاسقين 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 قول 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 ليغري 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 الإطلاق.

بهذا المبدأ الذي قام عليه القانون ينعدم الفرق بين الخبيث والطيب والمسيء والمحسن وينعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة، وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاقي بين الشعوب، فالطيب لا يستطيع أن ينتقد الخبيث، والخبيث سادر في غيّه ذاهب إلى نهاية طوره لأنه لا يخشى رقيباً ولا حسيباً من الجماهير، ولا يستطيع امرؤ - طبقاً لهذا المبدأ القانوني - أن يسمي الأسماء بمسمياتها وأن يصف الموصوفات بأوصافها، ولا يستطيع أن يقول لمن زنى: يا زاني، ولا يستطيع أن يقول لمن سرق يا سارق، ولا يستطيع أن يقول للمفتري: يا كاذب، فإن قالها فقد باء بالعقوبة وباء الزاني والسارق والكاذب - فوق حماية القانون - بالتعويض المالي على ما نسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق، ذلكم هو مبدأ القانون في جرائم القول: يحرم على الناس أن يقولوا الحق، وأن يتناهاوا عن المنكر، وأن يحطوا من قدر المسيء ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان.

وقد شعر واضعو القانون المصري بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه فاستثنوا منه حالات أربع هي:

١ - حالة الطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي 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).

(١) المادة رقم ٣٠٢ من قانون العقوبات المصري.

وقد تقرر هذا الاستثناء بإسقاط الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة إذ أن أعمالهم معرضة للانتقاد فيدعوهم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوا.

٢ - حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب: فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات لهذه الأقوال في الأوقات العادية، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب، ليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه.

٣ - حالة انعقاد البرلمان: فإن أعضاءه لا يؤاخذون على ما يبذرون من الأفكار والآراء في المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور، وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاؤون دون تحرج 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 مختللاً لما قال.

٤ - حالة المحاكمة والتقاضي: 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 ولا 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 المصري في جرائم القول، وهو نفس المبدأ الذي تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة، وهي مستثنيات المبدأ في مصر، وهي لا تكاد تختلف كثيراً عما في معظم القوانين الوضعية.

والعيب الفني في نصوص القانون المصري هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام، فبينما المبدأ الأساسي يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد إذ بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة.

وبينما المبدأ الأساسي هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء إذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معاً، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب، والعيب الخلقي الاجتماعي 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 يحول 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 يخر 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 مؤاخذه على من يسمي الأشياء بمسمياتها والموصوفات بأوصافها، ولا عقاب على من يقول للزاني: يا زاني، إذا أثبت أنه زانٍ، ولا عقاب على من يقول للشارق: إنك سارق، إذا أثبت أنه سارق، ولا عقاب على من يقول للكاذب: إنك كاذب، إذ لم يعد قول الحق.

وليس لهذا المبدأ استثناءات، فكل إنسان يستطيع أن يطعن في أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة وينسب إليهم عيوبهم ما دام يستطيع إثبات مطاعنه، وله أن يتعدى أعماله العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة ما دام 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 ما دام يستطيع أن يثبت إساءة المسيء، وكل إنسان سواء كان عضواً في البرلمان أو في أي هيئة أخرى أو كان عاطلاً من عضوية الهيئات على الإطلاق له الحق في أن ينسب ما يشاء إلى من شاء ما دام 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 أي ظرف من الظروف أو زمن 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 يصدقون في كل الأحوال، ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة، وفي تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة.

هذه هي الشريعة الإسلامية تقوم على حماية الحياة العامة من الغش والرياء وحماية الأفراد من مسابقة الأهواء، وترى الصدق فضيلة تستحق التشجيع لا العقاب، وترى أن الفرد الفاسد أحق بأن يتحمل وزر عمله وأن يتضرر من نتائجه، ومن ثم أباحت إثبات القذف، فإن استطاع القاذف إثبات ما قال فلا عقاب عليه، وليس 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 دليلاً قاطعاً على عدم صحة القذف، أما إيقاع العقوبة على القاذف مع منعه من إثبات القذف، كما هو الحال في القانون، فإنه لا يبرئ مما يقذف به، ولا يقطع بكذب القاذف، ومن هذا يتبين أن نظرية الشريعة أكرم وأفضل للمجني 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 للمقذوف أن يستعيد عصمته بتوبته وصلاحه، فإن تاب وصلاح حاله عوقب قاذفه عقوبة تعزيرية إذا كان يعلم بتوبة المقذوف وإصلاح حاله وكان يقصد من القذف إيذاء^(١).

بل إن قاذف أي شخص بمعصية يعزر على القذف ما دام 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 : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ [النور : ٤]، وقوله : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ [النور : ٢٣].

وأما السنة فقول النبي ﷺ : « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا : وما هن يا رسول الله؟ قال : « الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات ».

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٤.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٠، ٣٠١.

المبحث الأول

أركان جريمة القذف

٥٦١ - ذكرنا أن القذف الذي يجب به الحد هو رمي المحصن بالزنا، أو نفي النسب عنه، وظاهر من هذا التعريف أن أركان جريمة القذف الي يجب بها الحد ثلاثة :

١ - الرمي بالزنا أو نفي النسب .

٢ - أن يكون المقذوف محصناً .

٣ - القصد الجنائي .

الركن الأول

الرمي بالزنا أو نفي النسب

٥٦٢ - يتوفر هذا الركن كلما رمى الجاني المجني عليه بالزنا أو نفى نسبه مع عجزه عن إثبات ما رماه به، والرمي بالزنا قد يكون نفياً لنسب المجني عليه وقد لا يكون، فمن قال لشخص يا ابن الزنا فقد نفى نسبه ورمى أمه بالزنا، ومن قال لشخص: يا زاني فقد رماه بالزنا ولم ينف نسبه، فالرمي بالزنا يكون نفياً لنسب المجني عليه إذا تعدى القذف لأمه، أما نفي النسب فيقتضي دائماً رمي أم المقذوف أو أحد أمهاته بالزنا، فمن نسب شخصاً إلى غير أبيه أو إلى غير جده فقد نسب الزنا لأم هذا الشخص أو جدته^(١).

وإذا كان القذف بغير الزنا أو نفي النسب فلا حد فيه، كالقذف بالكفر أو السرقة أو الزندقة أو شرب الخمر أو أكل الربا أو خيانة الأمانة إلى غير ذلك، ويعاقب على فعل هذا القذف بالتعزير، وكذلك يعزر على القذف بالزنا ونفي النسب إذا لم تستوف شروط الحد.

ويعزر أيضاً على كل قذف لا ينسب فيه للمقذوف معصية ولو كانت وقائع القذف صحيحة، إذا كان القذف مما يؤلم المقذوف ويؤذي شعوره، كأن ينسب للمقذوف أنه عنين أو عقيم أو مجنون أو مريض بالشلل أو السل، أو أنه أسود اللون أو بشع الخلقة، أو أنه من أسرة وضيعة.

والعبرة في تحديد الإيلاء والإيذاء بما جرى عليه العرف أي بما تعارف عليه الناس، ويعاقب القاذف في هذه الحالة بالذات سواء صح ما نسب للمقذوف أو لم يصح؛ لأنه إذا صح ما نسب للمقذوف فإنه ليس فيه ما يشين ولا ما تحرمه الشريعة، فالقذف ليس إلا إيذاء للمقذوف وإيلاء له دون مبرر، وإذا لم يصح ما نسب للمقذوف فإنه وإن لم يكن فيه ما

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٠، ١٩٣، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٥، ٨٦، المغني ج ١٠ / ص ٢١٠، ٢١٥، المهذب ج ٢ / ص ٢٨٩، ٢٩١.

يشين أو ما تحرمه الشريعة إلا أنه افتراء يؤلم المفتري عليه ويؤذيه والشريعة تعتبر الإيذاء دون مبرر شرعي جريمة يعاقب عليها.

والفرق بين هذه الحالة والحالات السابقة التي يعفى فيها من العقاب أن القاذف يؤذي المقذوف ويؤلمه في كل الأحوال ولكنه يعفى من العقاب في الأحوال السابقة لأن للإيذاء مبرراً شرعياً وهو إتيان المقذوف ما تحرمه الشريعة، أما في الحالة الأخير فليس هناك مبرر شرعي للإيذاء.

والرمي باللواط عند مالك والشافعي وأحمد حكمه حكم الرمي بالزنا؛ لأنهم يعتبرون اللواط زناً واللواط 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 فلا يرى حد القاذف باللواط ويرى تعزيره لأنه لا يعتبر اللواط زناً ومن ثم لا يعتبر الرمي باللوط رمياً بالزنا^(١).

وإذا نسب القاذف للمقذوف أنه لوطي وادعى أنه أراد أن المقذوف من قوم لوط فلا عبرة بادعائه، ويجب حد القذف عند مالك ويحده أيضاً الشافعي، إلا إذا أراد أنه على دين قوم لوط.

أما أحمد فاختلفت عنه الرواية، فروي عنه أنه يوجب الحد على القاذف إذا قال للمقذوف: يا لوطي، وروي عنه أنه فرق بين ما إذا قال القاذف: أردت أن دينه دين لوط، وفي هذه لا حد عليه، وبين ما إذا قال: أردت أنك تعمل عمل قوم لوط، وفي 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 في غضب فهو أهل لأن يقام عليه الحد لأن الغضب قرينة تدل على إرادة القذف، بخلاف حال الرضا، والراجح في المذهب هو الرواية الأولى؛ لأن كلمة لوطي لا يفهم منها الآن إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة في اللواط صراحة لفظ الزاني في الدلالة على الزنا، ولأن قوم لوط لم يبق منهم باقية فلا يحتمل أن ينسب إليهم أحد^(٢).

ومن قذف إنساناً بإتيان بهيمة فعليه الحد عند من يعتبر إتيان البهيمة في حكم الزنا، وهذا ما يراه بعض الشافعية والحنابلة، ولا حد عليه ولكن يعزر عند من لا

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٧، المهذب ج ٢ / ص ٢٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٠٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٠، ١٩٠.

(٢) نفس المراجع السابقة.

يعتبرون إتيان البهائم زناً وهم مالك وأبو حنيفة وأكثر الشافعية والحنابلة^(١).

والقاعدة العامة عند الفقهاء أن كل ما يوجب حد الزنا على فاعله يوجب حد القذف على القاذف به، وكل ما لا يوجب حد الزنا بفعله لا يوجب الحد على القاذف به، فمن قذف إنساناً بالمباشرة دون الفرج أو بالوطء بالشبهة فلا حد عليه وإنما عليه التعزير لأنه لم يقذفه بما فيه حد الزنا، ومن قذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهة فلا حد عليه وإنما عليه التعزير لأنه قذفها بما ليس فيه حد الزنا^(٢).

هذه هي القاعدة العامة عند الفقهاء ومتفق عليها ولكنهم يختلفون في تطبيقها لاختلافهم فيما يوجب حد الزنا.

ويرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن الوالد وإن علا إذا قذف ولده وإن نزل لم يجب عليه الحد سواء كان القاذف رجلاً أو امرأة؛ لأن عقوبة القذف وإن كانت حداً إلا أنها متعلقة بحقوق الأفراد، ولأن القذف حق لا تستوفى عقوبته إلا بالمطالبة فهو أشبه بالقصاص، ولأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص، وإذا كان من المسلم به أن الابن لا يقتص من الأب ولا يقطع في سرقة 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، ويرتب 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 المقدوف لأن حق القذف ليس من الحقوق المالية التي تورث»^(٣).

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 الولادة، ولكن القائلين بهذا الرأي يسلمون بأن الابن يفسق بمطالبته بحد أبيه، أي أن عدالة الابن تسقط لمباشرة سبب عقوبة

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٥٢، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٠٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٦، المغني ج ١٠ / ص ١٦٣، ٢١٠.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٢١٠، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٣، المذهب ج ٢ / ص ٢٨٩.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٧، المذهب ج ٢ / ص ٢٩٠، المغني ج ١٠ / ص ٢٠٨.

أبيه لأن الله تعالى يقول: ﴿فَلَا تَقُلْ هُمَا أَفِي وَلَا نَهَرُهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٣] ويقول: ﴿وَبِأَلْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [البقرة: ١٨٣]^(١).

ولا يشترط في القذف أن يكون بلغة معينة فيصح أن يكون باللغة العربية ويصح أن يكون بغيرها من اللغات، ويشترط في القذف أن يكون صريحاً وصريح القذف ما لا يحتمل غيره فإن احتمل غيره فهو كناية أو تعريض، فمن قال: يا زاني أو أنت زان، فقد جاء بقذف صريح، وإن قال: أبوك زان أو أمك زانية أو يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية، فهو قذف صريح للأم والأب، وإن قال: يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قذفاً صريحاً أيضاً لأن معناه أنك مخلوق من ماء الزنا، أما إن قال: ما أنا بزنان وليست أُمِّي بزانية، أو قال: يا ابن منزلة الركبان أو ذات الراية، أو قال لامرأة: فضحت زوجك وجعلت له قروناً أو أفسدت فراشه ونكست رأسه، فذلك هو التعريض أو الكناية.

ولا خلاف في أن القذف الصريح معاقب عليه بعقوبة الحد، أما القذف القائم على التعريض والكناية فمختلف على عقوبته، فيرى أبو حنيفة - وما يراه رواية في مذهب أحمد - أن لا حد على القذف بالتعريض أو الكناية وإنما فيه التعزير، وحجة أصحاب هذا الرأي ما روي أن رجلاً قال للنبي ﷺ: إن امرأتي ولدت غلاماً أسود؛ يعرض بنفيه، فلم يعاقبه الرسول ﷺ على ذلك القول، وأن الله تعالى فرق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض بها في العدة وحرّم التصريح فقال جل شأنه: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَذَكْرُوهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [البقرة: ٢٣٥] فإذا كان الشرع قد فرق بين التعريض والتصريح فيما يعزّر عليه فأولى أن يفرق بينهما من أن يعاقب عليه بعقوبة الحد التي تُدرأ بالشبهات، وفضلاً عن ذلك فإن التعريض والكناية يحتمل غيره والاحتمال شبهة والحدود تدرأ بالشبهات^(٢).

والأصل عند الشافعي أن لا حد إلا في القذف الصريح ولكنه يوجب الحد من القذف بالتعريض والكناية إذا ثبت أن القاذف نوى بما قال القذف، لأن الكناية مع النية بمنزلة الصريح، أما إذا لم ينو بما قاله من تعريض أو كناية القذف لم يجب الحد سواء كان ذلك في حال الخصومة أو غيرها لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يجعل قذفاً من غير نية^(٣).

ويرى مالك الحد في القذف بالتعريض أو الكناية إذا فهم منه القذف أو دلت القرائن على أن القاذف قصد القذف، ولكنه يستثنى من ذلك الأب فإذا عرّض الأب بولده أو قذفه بالكناية فلا حد عليه لبعده عن التهمة في قذف ولده، أما إذا صرح فعليه الحد، ويعتبر

(١) شرح القدير ج ٤/ ص ١٩٧، المغني ج ١٠/ ص ٢٠٨، شرح الزرقاني ج ٨/ ص ٨٧.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤/ ص ١٩١، المغني ج ١٠/ ص ٢١٣.

(٣) المهذب ج ٢/ ص ٢٩٠.

مالك الخصام من القرائن على القذف، فمن قال في خصام لآخر: ما أنا بزان فكأنه قال يا زاني، أو قال: أما أنا فلست بلائط، فكأنه قال: يا لائط، أو قال: أما أنا فأبي معروف فكأنه قال: أبوك ليس بمعروف^(١).

وهناك رواية أخرى عن أحمد بأن القاذف تعريضاً أو كناية عليه الحد، وحجة أصحاب هذا الرأي أن النص عام في عقاب القاذف فإذا ثبت القذف فقد وجب الحد، سواء كان القذف صريحاً أو تعريضاً أو كناية، وأن هذا هو قضاء عمر، فقد شاور عمر الصحابة فيمن قال لصاحبه: ما أبي بزان ولا أُمِّي بزانية، فقالوا: قد مدح أباه وأمه، فقال عمر: قد عرّض لصاحبه، 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 يعرّض له بزنا أمه، والوذر قدر اللحم يعرض به بقذف الرجال، ولأن الأصل أن الكناية مع القرينة الصادقة إلى أحد احتمالاتها كالصريح الذي لا يحتمل إلا ذلك المعنى، ويرد هذا الفريق على القائلين بأن النبي ﷺ لم يعاقب على التعريض بأن العقاب في القذف معلق على الشكوى من المذدوف، وأن النبي ﷺ لم يعاقب من عرّض بزوجه لأنها لم تتقدم بالشكوى^(٢).

ولا يشترط لعقوبة الحد أن يتلفظ القاذف بعبارات القذف بل يكفي لعقابه أن يصادق عليها، فمن قال لآخر: أمك زانية، فقال ثالث: صدقت، كان كلاهما قاذفاً.

وإذا قال رجل لآخر: أشهد أنك زان، أو أنك تنسب لغير أبيك، فقال ثالث: وأنا أشهد بمثل ما شهدت به، كان الأول والثالث قاذفين وعليهما الحد^(٣).

ولا يعفى القاذف من عقوبة الحد إن كان قذفه جاء ردّاً لقذف وجهه إليه المذدوف، فمن قال لآخر: يا زاني، فقال له الآخر: لا، بل أنت، فإنهما يحدان ولا يسقط الحد بتبادل القذف ولا بتكافؤ السيئات^(٤).

ولكن القاذف يعفى من الحد إذا صدقه المذدوف، فمن قال لأجنبية عنه: أنت زانية، فقالت: بك زنيت، فلا حد عليه وعليها حدان، حد الزنا، لاعترافها به، وحد القاذف 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 أني لم أسرق كما لم تسرق، ولأنه يجوز أن يكون معناه: ما وطئني غيرك، فإن كان ذلك

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣١٠.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩١، المغني ج ١٠ / ص ٢١٣.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩١، المغني ج ١٠ / ص ٢١٥.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠١، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤١٧.

زناً فقد زנית، فهذه الاحتمالات معناها الشبهة في مؤدى قولها ولا حد مع شبهة^(١).
وإذا استعمل القاذف أفعال التفضيل في القذف فقال مثلاً: أنت أزننى من فلان، أو أزننى الناس، فعليه الحد عند مالك وأحمد^(٢).

أما في مذهب أبي حنيفة فيرى البعض الحد ولا يراه البعض الآخر، وحيثهم أن أفعال يستعمل في الترجيح للعلم، فكأنه قال: أنت أعلم مني بالزنا، وحجة الفريق الأول أن استعمال أفعال التفضيل قذف لأن معناه أن فلاناً زانٍ وأنت أزننى منه وأن في الناس زناة وأنت أزننى منهم^(٣).

ويرى الشافعي أنه إذا قال لغيره: أنت أزننى من فلان أو أنت أزننى 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 فلاناً زان ولا أن الناس زناة فيكون هو أزننى منهم، وإن قال: فلان زان وأنت أزننى منه، أو أنت أزننى زناة الناس، فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جعله أزننى منه^(٤).

وإذا قال القاذف لشخص: أنت أزننى من فلان، فهو قاذف لهذا الشخص، ولكن هل يكون قاذفاً لفلان أيضاً؟ فيه وجهان: **أولهما**: يكون قاذفاً له لأنه أضاف الزنا إليهما وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر، فإن لفظة أفعال للتفضيل فيقتضي اشتراك الاثنين في أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه، **ثانيهما**: يكون قاذفاً للمخاطب خاصة لأن لفظة أفعال قد تستعمل للمنفرد بالفعل كقول الله تعالى: ﴿أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمَّنْ لَا يَهْدِي إِلَّا أَنْ يَهْدِي﴾ [يونس: ٣٥]، وقال تعالى: ﴿فَأَيُّ الْفَرِيقَيْنِ أَحَقُّ بِالْأَمْنِ﴾ [الأنعام: ٨٢]، وقوله على لسان لوط: ﴿هَؤُلَاءِ بَنَاتِي هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ﴾ [هود: ٧٨] أي من أدبار الرجال ولا طهارة في أدبار الرجال.

ويلاحظ أن الشافعي يشترط لاعتبار القول قذفاً أن يريد القائل القذف، وأن بعض الفقهاء في مذهب أبي حنيفة لا يعتبرون ذلك قذفاً كما ذكرنا في الفقرة السابقة^(٥).

وإذا استعمل القاذف في القذف ألفاظاً مشتركة تفيد الزنا وتفيد غيره، كقوله: زنأت في الجبل؛ بالهمزة، فيرى البعض أن العبرة بما يفهمه عامة الناس من العبارة، وأنه قذف،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٢، المذهب ج ٢ / ص ٢٩٠، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩١، المغني ج ١٠ / ص ٢١٥، ٢١٩.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩١، المغني ج ١٠ / ص ٢١٦.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩١، ٢١١.

(٤) المذهب ج ٢ / ص ٢٩٠، ٢٩١.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٢١٦.

لأنه عامة الناس لا يفهمون من العبارة إلا أنها قذف، وقال البعض: إنه قذف إذا كان القاذف عامياً وكان المعنى العامي يستعمل في القذف لأنه لا يريد به إلا القذف، وإن كان من أهل العلم باللغة فهو ليس قذفاً^(١).

واستعمال صيغة المبالغة أو صيغة الترخيم لا ينفي وجوب الحد على القاذف، فمن قال لرجل: يا زانية، أو قال لامرأة: يا زاني، فهو قذف صريح، وذلك هو رأي مالك والشافعي وأحمد^(٢).

ويرى أبو حنيفة وأصحابه حد القاذف لو قال لامرأة: يا زاني؛ لأن الترخيم شائع، ولا يمكن أن يفهم من هذا اللفظ إلا الرمي بالزنا، أما إذا استعمل القاذف صيغة المبالغة فقال للرجل يا زانية، فلا حد 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^(٣).

وإذا رمى القاذف رجلاً بالزنا وعيّن المزمي بها كأن قال: زنت بفلانة، فهو قاذف للرجل والمرأة معاً، أو قال له: يا زاني ابن الزاني وكان الأب موجوداً فهو قذف للأب وابنه، أو قال لامرأة يا زانية بنت الزانية فهو قاذف للمرأتين^(٤).

ويشترط في القذف أن يكون المقذوف معلوماً إن كان مجهولاً فلا حد على القاذف، فمن قال لجماعة: ليس فيكم زان إلا واحد، أو قال لرجلين: أحكما زان، لم يحد لأن المقذوف مجهول وما جعل الحد إلا لدفع العار عن المقذوف^(٥).

ويجب أن يكون القذف مطلقاً عن الشرط والإضافة إلى وقت معين، فإن كان كذلك فلا حد عليه 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^(٦).

ولا يعتبر نقل القذف قزفاً من الناقل إذا نقله للمقذوف كلف بذلك أم لم يكلف به،

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢١٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٠، المهذب ج ١٠ / ص ٢٩١.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٤، المهذب ج ٢ / ص ٢٩١، المغني ج ١٠ / ص ٢١٧.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩١.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٢١٨، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٣، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٢.

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٢، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٣.

(٦) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٦، المغني ج ١٠ / ص ٢٢٥.

بشرط أن يثبت أنه ناقل وأن تكون الصيغة دالة على أنه مكلف بالنقل أو أنه يروي 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 مالكا وبعض أصحاب أحمد يعتبرون الناقل قاذفاً إذا كذبه المنقول عنه حيث لم يثبت أنه ناقل^(١).

وإذا رمى القاذف بالزنا خصياً أو مجبوباً أو مريضاً فعليه الحد عند أحمد، وحجته أن نص القذف عام ينطبق على كل قذف وكل مقذوف فيستوي 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 ما دامت الواقعة المقذوف بها تالية للعجز عن الوطء لأن العار منتفٍ عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف، والحد إنما يجب لنفي العار، ولكن امتناع الحد لا يمنع من تعزير 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 البغي فلا حد على القاذف؛ لأنه لا ولاية للإمام على دار الحرب ولا على دار البغي وقت القذف^(٣).

ولكن الأئمة الثلاثة يرون حد القاذف على قذفه ولو وقع في دار الحرب أو دار البغي ما دام أنه يلتزم أحكام الإسلام.

ومن نفى شخصاً عن أبيه كأن قال له: لست لأبيك فإنه يحد باتفاق، ولكن أبا حنيفة يشترط أن تكون أم المنفي نسبه حرة مسلمة لأن القذف في الحقيقة قذف للأم، ويفرق بين ما إذا كان المنفي في حالة الغضب فيوجد الحد، وبين ما إذا كان المنفي في غير حالة الغضب فلا يوجد الحد، لاحتمال أن يكون المراد بالمنفي غير حقيقة كأن يكون المقصود المعاينة على عدم التشبه بالأب في محاسن أخلاقه، وعلى هذا يتوقف الحد وعدمه على القرينة، وهذا يتفق مع رأي بعض الشافعية، أما البعض الآخر فهم يرون مع مالك وأحمد الحد سواء نفي النسب في غضب أو غيره، ويرى أبو حنيفة أيضاً من نفى 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 كلاً منهم يسمى أباً، فالعم يسمى أباً لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ ءَابَاؤُكُمْ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وإسماعيل كان

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٤، المذهب ج ٢ / ص ٢٩٣، المغني ج ١٠ / ص ٢١٦.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩١، المغني ج ١٠ / ص ٢٠٣.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٤.

عمّا له، والخال أب، ولأن زوج الأم أب للتربية^(١)، ولكن مالكا يرى الحد في كل هذه الحالات^(٢).

ولا يشترط الشافعي وأحمد هذا الشرط، ويحد القاذف عندهما ولو لم تكن الأم حرة أو مسلمة، وقد توقف مالك في حالة ما إذا كانت الأم كافرة أو أمة، ورأى ابن القاسم أن يحد من ينفي النسب ولو كانت الأم كافرة أو أمة^(٣)، أما من ينفي شخصاً عن أمه فلا حد عليه بالإجماع لأنه لم يقذف أحداً بالزنا^(٤)، ومن نفى شخصاً عن قبيلته فعليه الحد عند مالك وأحمد ولا حد عليه عند أبي حنيفة^(٥)، وفي مذهب الشافعي قولان، ومن نفى 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 نفى نسبه لأن الله تعالى علق الحد على الرمي بالزنا، **والثاني:** لا حد عليه لأنه يحتمل غير القذف احتمالاً كثيراً^(٦)، أما إذا كان المنفي جنسه غير عربي فلا حد عليه.

وإذا قذف الملاعنة أجنبي فعليه الحد عند مالك والشافعي وأحمد^(٧)، ويفرق أبو حنيفة بين من لاعنت بولد ومن لاعنت بغير ولد، فمن قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد، أما من قذف ملاعنة ولد فلا حد عليه سواء كان الولد حياً أو ميتاً وقت القذف^(٨).

ومن قذف شخصاً بالزنا حد لقذفه ثم قذفه ثانية بذلك الزنا فلا يحد بالقذف الثاني وإنما عليه التعزير عند الشافعي وأحمد؛ لأن نفي العار عن المقدوف وتكذيب القاذف قد تم بالحد الأول، ولأن أبا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلبه عمر رضي الله عنه، ثم أعاد القذف فأراد أن يجلبه ثانية فقال له عليٌّ: إن كنت تريد أن تجلبه فأرجم صاحبك، فترك عمر رضي الله عنه جلدته، ومعنى عبارة عليٍّ: 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 بكرة ومن معه حُدوا لنقص عدد الشهود واحداً^(٩)،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٤.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٠، ٣٠١.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٢١٥، المذهب ج ٢ / ص ٢٩١، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٣، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٩٨.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٤.

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٩، المغني ج ١٠ / ص ٢١٥.

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٨، ٨٩، المذهب ج ٢ / ص ٢٩١، المغني ج ١٠ / ص ٢١٥.

(٧) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٢٥، المذهب ج ٢ / ص ٢٩٣.

(٨) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٣.

(٩) المغني ج ١٠ / ص ٢٣٤، المذهب ج ٢ / ص ٢٩٣.

أما مالك فيرى أن يحد مرة ثانية إذا كرر قذفه بعد تنفيذ الحد الأول^(١).

الركن الثاني

إحصان المقدوف

٥٦٣ - يشترط في المقدوف أن يكون محصناً رجلاً كان أو امرأة، والأصل في شرط الإحصان قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، وقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النور: ٢٣]، والمقصود بالإحصان في الآية الأولى العفة عن الزنا على رأي^(٢)، والحرية على رأي^(٣)، ومعنى الإحصان في الآية الثانية: الحرية، فالمحصنات معناها الحرائر، والغافلات معناها العفائف، والمؤمنات معناها المسلمات، وقد استدل الفقهاء من النصين على أن الإيمان - أي الإسلام - والحرية والعفة عن الزنا شروط في الإحصان.

وقد ورد لفظ المحصنات في القرآن بمعانٍ متعددة، فوردت بمعنى العفائف على حسب ما بينا، وجاءت بمعنى المتزوجات في قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وقوله: ﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرُ مُسَفِّحَاتٍ﴾ [النساء: ٢٥].

وجاءت بمعنى الحرائر في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] وفي قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وقوله: ﴿فَإِنْ أَتَيْتَ بِفَحْشَةٍ فَعَلَيْنَّ فَصَفِّ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] وجاءت بمعنى الإسلام في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَحْصَيْتَ﴾ [النساء: ٢٥].

ويعتبر الشخص محصناً إذا كان بالغاً عاقلاً حرّاً مسلماً عفيفاً عن الزنا، والبلوغ والعقل شرطان عامان يجب توفرهما في الجاني في كل جريمة ولا يجب توفرهما أصلاً في المجني عليه، ولكن الفقهاء يشترطون البلوغ والعقل أيضاً في المقدوف، وهو المجني عليه لاعتباره محصناً يعاقب على قذفه بالحد، وعلة اشتراط البلوغ والعقل في المقدوف أنه يرمى بالزنا، وهو جريمة لا تقع إلا من بالغ عاقل، ولأن زنا الصبي والمجنون لا يجب فيه الحد ولكن الفقهاء مع هذا يختلفون في شرط البلوغ، فيرى أحمد في رواية أن البلوغ شرط في الإحصان لأنه أحد شرطي 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 ما دام المقدوف عاقلاً عفيفاً يتغير بالقذف، وما دام القذف يمكن صدقه، أي: من الممكن أن يأتي

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٨.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٢٠١.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٠.

المقذوف الواقعة التي قذف فيها فيستطيع الوطء إن كان ذكراً، ويطبق الوطء إن كان أنثى، فعلى هذه الرواية يجب أن يكون المقذوف كبيراً يجامع مثله ولو لم يكن بالغاً، ويحددون السن الأدنى للغلام بعشر سنوات وللجارية بتسع^(١).

ولا يشترط مالك البلوغ في الأنثى ولكنه يشترطه في الغلام، ويعتبر الصبية محصنة إذا كانت تطبق الوطء أو كان مثلها يوطأ، ولو لم تبلغ فعلاً^(٢)؛ لأن الحد جعل لنفي العار ومثل هذه الصبية يلحقها العار، أما أبو حنيفة والشافعي فيشترطان البلوغ من المقذوف ذكراً كان أم أنثى^(٣).

ومن المتفق عليه أن يكون المقذوف مسلماً رجلاً كان أو امرأة، ولكنهم اختلفوا في حالة نفي النسب إذا كانت أم المنفي نسبه رقيقاً أو غير مسلمة؛ لأن نفي النسب عن ولدها المسلم ليس إلا رمية لها بالزنا، فاشترط أبو حنيفة في حالة نفي النسب أن تكون الأم مسلمة وأن تكون حرة فإن لم تكن كذلك فلا حد على القاذف^(٤).

وفي مذهب مالك لا يشترط في أم المنفي نسبه أن تكون مسلمة أو حرة ويجب عندهم الحد على القاذف ولو كانت أم المنفي نسبه كافرة أو أمة^(٥)، وهو رأي ابن القاسم، أما مالك فقد توقف في هذه المسألة، ورأي الشافعي وأحمد يتفق مع ما قال به ابن القاسم في مذهب مالك^(٦).

ومعنى العفة عن الزنا عند أبي حنيفة أن لا يكون المقذوف وطئ في عمره وطئاً حراماً في غير ملك ولا نكاح أصلاً، ولا في نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه، فإن كان قد فعل شيئاً من هذا سقطت عفته، سواء كان الوطء زناً موجباً للحد أم لا، وإن كان وطئاً حراماً ولكنه في ملك أو في نكاح صحيح، أو في نكاح فاسد فساداً غير مجمع عليه فلا تسقط عفته، فإذا وطئ مثلاً امرأة زُفت إليه غير امرأته سقطت عفته للوطء الحرام في غير ملك ولا نكاح، ولكنه لا يحد على الزنا لقيام دليل ظاهر استباح به الفعل، أما إذا وطئ زوجته النفساء أو الحائض أو الصائمة أو المحرمة أو التي ظاهر منها لم تسقط عفته لقيام النكاح حقيقة ولو أن الوطء في ذاته محرم^(٧).

والعفة عند مالك هي سلامة المقذوف من فعل الزنا قبل قذفه وبعده، ومن ثبوت حده عليه لأن ثبوت الحد يستلزم فعل الزنا^(٨)، وعلى هذا يشترط في المقذوف لاعتباره عفيفاً أن

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٠٢.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٩٨، ٣٠٠.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ٢٨٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٢.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٣. (٥) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٠.

(٦) المغني ج ١٠ / ص ٢١٥. (٧) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٢.

(٨) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٠.

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 المقذوف 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 محرماً لم يصادف ملكاً فيسقط العفة والإحصان كالزنا.

وثانيهما: أنه وطئ لا يجب به الحد فلا يسقط العفة والإحصان كما لو وطئ زوجته هي حائض^(١).

ولا يشترط أحمد العفة المطلقة كما يشترطها أبو حنيفة، ولا العفة الفعلية عن الزنا كما يشترطها مالك والشافعي، وإنما يكفي بالعفة الظاهرة عن الزنا فمن لم يثبت عليه الزنا ببينة أو إقرار، ومن لم يحد للزنا فهو عفيف وإن كان تائباً من زناً أو ملاءنة^(٢).

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 يرى عليه الحد لأن الإحصان لا يشترط إلا وقت القذف ولا يشترط بعده^(٣)، 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 يقوي قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه، أما أحمد فيرى أن الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شروط الوجوب وأن القول باستدامة الشروط قول غير صحيح، لأن هذه الشروط للوجوب فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب فقط، أما إذا جن من وجب له الحد فإن الحد لا يسقط وإنما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة فأشبه ما لو غاب من له الحد، وإن ارتد من له الحد لم يملك المطالبة لأن حقوقه وأمواله تزول أو تكون موقوفة^(٤).

وإذا تخلف شرط من شروط الإحصان في المقذوف فلا حد على القاذف وإنما عليه التعزير إذا عجز عن إثبات القذف، فمن قذف مجنوناً أو كافراً أو رقيقاً فعليه التعزير.

(١) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٠.

(٢) الإقناع ج ٤ / ص ٢٦٠.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٠، المغني ج ١٠ / ص ٢١٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٢١٩، ٢٢٠.

الركن الثالث

القصد الجنائي

٥٦٤ - يعتبر القصد الجنائي متوفراً كلما رمى القاذف المجني عليه بالزنا أو نفى نسبه وهو يعلم أن ما رماه به غير صحيح، ويعتبر عالماً بعدم صحة ما رماه به ما دام قد عجز عن إثبات صحته، ويعتبر العجز عن صحة القذف قرينة لا تقبل الدليل على علمه بعدم صحة القذف، فليس له أن يدعي أنه بنى اعتقاده على صحة القذف على أسباب مقبولة لأنه كان يجب عليه قبل أن يقذف المجني عليه أن يكون الدليل المثبت للقذف حاضراً في يده، وهذا هو ما قاله الرسول ﷺ لهلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحماء: «**أنت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحد 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: ﴿**لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَدَاءِ فَلَوْلَتْكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمْ الْكَذِبُونَ**﴾ [النور: ١٣].

ولعل هذا هو الذي جعل جمهور الفقهاء يقولون بحد شهود الزنا باعتبارهم قذفة إذا كانوا أقل من أربعة، وإذا كان البعض لا يرى حدهم فإنه لا يرى حدهم إذا جاؤوا مجيء الشهود، أي إذا تقدموا للشهادة حسبة لله دون دافع شخصي، فأما إن جاؤوا مجيء القذفة فلا خلاف في حدهم.

ولا يشترط بعد ما تقدم أن يقصد القاذف الإضرار بالمجني عليه، ولا عبرة بالبواعث التي حملته على القذف.

هل تشترط العلانية في القذف؟ :

٥٦٥ - لا تشترط الشريعة الإسلامية العلانية في القذف كما تشترطها القوانين الوضعية، ومن ثمّ تعاقب الشريعة القاذف سواء قذف المجني عليه في 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، فقيمته أمام نفسه تساوي قيمته أمام الناس، وحرصه على كرامته في السر يجب أن لا يقل عن حرصه على كرامته في 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 فهي لا تميز بين جريمة ارتكبت في السر وأخرى في العلانية، لأن الجريمة في الشريعة محرمة لذاتها لا

لظروفها، فمن ارتكب جريمة في السر لم يشهد لها أحد عوقب عليها كما لو ارتكبها علانية على ملا من الناس .

أما القوانين الوضعية فلها شأن آخر إذ تميز بين أفعال القذف التي ارتكبت علناً 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 أشخاصاً لا كرامة لهم ولا عزة فيهم، وتعلمهم أن يستحلوا لأنفسهم ما يشاؤون في الخفاء وأن يتظاهروا بالبراءة والطهارة، وأن لا يغضبوا لكرامتهم ولا يثوروا إذا مُست في الخفاء وأن يتظاهروا بالغضب إذا مُست 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 عرّض نفسه للعقاب، فإذا لم يرد أن يكون عرضة للعقاب وجب عليه أن يعيش كاذباً 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 البراء الغافلين من السنة الكاذبين المدعين، أما القانون فيتكفل بحماية الفاسقين المفسدين، ولو تبين فسقهم، ويعاقب الصادقين المصلحين، ولو ثبت صدقهم وصلاحهم، ثم هو بعد ذلك لا يسمح للبراء الغافلين أن يبرئوا أنفسهم مما ادعاه عليهم الكاذبون، لأن عقاب القاذف دون أن يسمح له بإثبات قذفه يؤدي إلى منع المقذوف من إثبات براءته فيعاقب القاذف لمجرد القذف سواء كان صحيحاً أو كاذباً، ويبقى المقذوف البريء وقد لصقت به الفرية لا يستطيع منها فكاكاً ولا خلاصاً .

المبحث الثاني

دعوى القذف

٥٦٦ - يشترط في إقامة دعوى القذف مخاصمة المقدوف؛ أي أن يتقدم المقدوف بشكواه، فإذا قدمت الشكوى من غيره لم يجز 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 المقدوف.

ومن المسلم به بين الفقهاء أن القذف حد من حدود الله، والقاعدة العامة في الشريعة أن خصومة المجني عليه ليست شرطاً في إقامة دعوى متعلقة بحد من الحدود، ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة العامة حد القذف ويوجبون في إقامة دعوى القذف خصومة المجني عليه، ناظرين إلى أن الجريمة - وإن كانت حداً - إلا أنها تمس المقدوف مساساً شديداً وتتصل بسمعته وعرضه اتصالاً وثيقاً، ولأن للقاذف حق إثبات قذفه، فلو أثبتته أصبح المقدوف مسؤولاً عن جريمة الزنا كلما رُمي بهذه الجريمة ووجبت عليه عقوبتها، ولهذه النتائج الخطيرة كان من الحكمة أن يعلق رفع دعوى القذف على شكوى المقدوف.

٥٦٧ - من يملك الخصومة؟: يملك المقدوف وحده حق الخصومة في دعوى القذف إن كان حياً، فلا تقبل الخصومة من غيره مهما كانت صلته بالمقدوف، ولو كان في القذف مساس به، اللهم إلا إذا كان القذف يعتبر قذفاً مباشراً له، فإذا قذف شخص بأنه زنا بامرأة معينة اعتبر الرجل والمرأة مقدوفين 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 المقدوفة وهي صاحبة الحق في الخصومة، وليس لأبناء الرجل أو أبويه أو زوجته حق الخصومة في دعوى القذف لنفس السبب.

وإذا حرك المقدوف دعوى القذف ثم مات قبل الفصل في الدعوى سقطت الدعوى بموته في رأي أبي حنيفة؛ لأن حق الخصومة في دعوى القذف حق مجرد، ليس مالاً، ولا بمنزلته فلا يورث^(١).

ولكن مالكا والشافعي وأحمد يرون أن حق الخصومة يورث فيحل الورثة في الدعوى محل المقدوف، فإذا لم يكن للمقدوف وارث سقطت الدعوى.

وفي مذهب مالك يرون في حالة موت المقدوف دون وارث أن للمقدوف أن يوصي

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٢٩٢.

بشخص بأن يقوم مقامه في الدعوى، فإذا أوصى على هذا الوجه حل الوصي محله في الدعوى ولم تسقط الدعوى بموت المقذوف^(١).

وإذا مات المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى سقط حق المخاصمة ولم يكن لورثة المقذوف أو عصباته أن يخاصموا القاذف إلا إذا كان المقذوف قد مات وهو لا يعلم بالقذف^(٢)؛ لأن سكوته عن الشكوى يعني أنه لا يريد لها أو أنه عفا عن القاذف.

وإذا كان المقصود ميتاً فجمهور الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة، يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى من يملك حق المخاصمة، فإذا لم يكن هناك من يملك هذا الحق امتنع رفع الدعوى إلا عند الشافعي، كما قدمنا، ولكنهم اختلفوا فيمن يملك حق المخاصمة في هذه الحالة، فرأى مالك أن أصول المقذوف وفروعه الذكور يملكون حق المخاصمة، وأن أجداد المقذوف لأمه يملكون هذا الحق، فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان حق المخاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات^(٣).

ويرى أبو حنيفة أن الخصومة يملكها ولد المقذوف الميت، ذكراً كان أو أنثى، وابنه ابنه وبنت ابنه وإن سفلوا، ووالده إن علا، ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن أولاد البنات يملكون الخصومة أيضاً ولا يرى محمد ذلك^(٤).

ويرى الشافعي أن حق الخصومة يملكه كل وارث، وفي مذهب الشافعي رأي أن الخصومة لجميع الورثة إلا من يرث بالزوجية، ورأي آخر أن الخصومة للعصبات دون غيرهم^(٥).

ويعلل الفقهاء إعطاء الورثة حق المخاصمة 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، فكأن القذف واقع 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 صورةً ومعنىً فلحق العار به، وانعقاد القذف موجباً حق الخصومة له خاصة^(٦).

(١) المدونة ج ١٦ / ص ٢٠.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٥.

(٣) المدونة ج ١٦ / ص ٢٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٥.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٥، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٤.

(٥) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٢.

(٦) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٥، الشرح الكبير ج ١٠ / ص ٢٣٠.

ويرجع اختلاف الفقهاء على من يملك حق المخاصمة إلى الاختلاف في تقدير من يلحقهم عار القذف، فالبعض رأى أنه يلحق كل الورثة، والبعض رأى أنه يلحق الورثة إلا من يرث بالزوجة، والبعض رأى أنه لا يلحق إلا بالعصبات، والبعض رأى أنه لا يلحق إلا من يعتبر القذف نفيًا لنسبه.

ولكن الفقهاء مع هذا متفقون على أن من له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت؛ أي أن الأبعد درجة من الميت يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب^(١).

وإذا كان الفقهاء يعللون المخاصمة بأنها لدفع العار عن المخاصم من أصول الميت أو فروعه أو ورثته أو عصباته، وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فمعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت، ودفع العار عنهم لا عنه، خصوصاً وأن القذف يتعدى دائماً المقذوف إلى غيره؛ إذ القذف في الشريعة معناه: رمي المقذوف بالزنا أو نفي النسب عنه، فالمقذوف إذا رُمي بالزنا تعداه القذف إلى غيره، ومن رمى امرأة بالزنا تعداها القذف على أقل تقدير إلى أولادها، والمقذوف إذا قُذف بما ينفي نسبه تعداه القذف إلى أصوله وفروعه وورثته.

٥٦٨ - بين الشريعة والقانون: الرأي السائد في القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات، ومن ثمَّ فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوي قرباه، فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب. وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما هو الحال في القانون المصري، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقذوف كما هو الحال في القانون الفرنسي، فإذا مات المجني عليه سقط بموته حق الشكوى، إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذٍ أن يرفعوا الشكوى باسمهم.

واتجاه القوانين الوضعية في قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة، فدعوى القذف في الشريعة تمس دائماً أسرة المقذوف وأهله، فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوة دون قيد، فإن هذا يساوي تماماً ما أجازته القوانين الوضعية للورثة من رفع الدعوى في حالة مساس القذف بهم؛ لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفي النسب كما هو الحال في الشريعة، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره، ومن المسلم به أن كثيراً مما يعتبر قاذفاً في القوانين لا يمس ورثة المقذوف

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٥، المذهب ج ٢ / ص ٢٩٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٥، المغني ج ١٠ / ص ٢٠٩.

أو أهله الأحياء، أما نسبة الزنا للمقذوف ونفي النسب عنه فلا شك أنه يمسهم، ومن ثمّ يمكن القول أن القوانين تجيز دائماً دون قيد لورثة المقذوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى في هاتين الحالتين على القاذف.

أما تعليق الدعوى على شكوى المقذوف فقد رأينا بعض القوانين كالقانون الفرنسي يتفق مع الشريعة في هذا المبدأ، وأن قوانين أخرى منها القانون المصري لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف.

٥٦٩ - هل حد القذف حق لله أم حق للعبيد؟ : يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى وحقوق للآدميين، ويعتبرون الحق لله كلما كان خالصاً لله أو كان حق الله فيها غالباً، ويعتبرون الحق للعبد لما كان خالصاً للعبد أو كان حق العبد غالباً فيه.

وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها، وأما حقوق الآدميين فتنشأ عن الجرائم التي 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 تعالى، كلما استوجبته المصلحة العامة وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، فكل جريمة يرجع فسادها للعامة وتعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والفساد، لأن اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدي إلى عدم إسقاطها بإسقاط الجماعة والأفراد لها.

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون بحق أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقاً لله تعالى لأن كل حكم شرعي إنما شرع ليمثل ويتبع، ومن حق الله على عباده أن يمثلوا أوامره ويجتنبوا نواهيه ويعملوا بشريعته، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذا الوجه، 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 الحقان معاً عن الجريمة الواحدة، كما هو الحال في جريمة السرقة، فإنه ينشأ عنها حق لله تعالى؛ أي حق للجماعة في عقاب الجاني، وحق للمجني 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 الجاني.

والأصل في الشريعة أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله تعالى ولكن استيفاء بعض

العقوبات جعلت استثناءً حقاً للأفراد وهي عقوبات جرائم الاعتداء على حياتهم وأجسامهم، أي القتل والجرح والضرب، فقد جعلت الشريعة استيفاء عقوبة القصاص وعقوبة الدية حقاً للأفراد ولهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجاني بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم، وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات من حق الأفراد لا يسلب الجماعة حقها في فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى.

ومن المتفق عليه أن جريمة القذف فيها حقان: حق لله تعالى وحق للمقذوف، ولكن الفقهاء يختلفون على أي الحقين هو الأقوى، فأبو حنيفة يغلب حق الله على حق العبد، ويجعل 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 يرفع حق الجماعة، أما مالك فيغلب حق العبد قبل الشكوى باعتبار أن حق الجماعة لا يبدأ في الظهور إلا بعد الشكوى فإذا لم تكن شكوى فلا حق إلا حق الآدمي، أما بعد الشكوى فيوجد حق الجماعة، وإذا وجد حق الجماعة تغلب على حقوق الآدميين^(٣).

٥٧٠ - ويترتب على الاختلاف في تغليب أحد 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 المخاصمة، إذ الحد وإن كان مقررراً لمصلحة الآدمي إلا أنه حق لله، والآدمي يرث الآدمي فيما كان ماله أو متصلاً بالمال وحق المخاصمة ليس شيئاً من هذا^(٤).

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٨.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٨.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٩٨.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٥.

٢ - العفو: فمن غلب حق الله على حق الآدميين كأبي حنيفة رأى أن المقذوف ليس له أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه، فإن عفا كان عفوّه باطلاً؛ لأن الحد حق من حقوق الله فليس للفرد أو الجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود.

ومن غلب حق العبد على حق الله كالشافعي وأحمد رأى أن المقذوف له أن يعفو عن القاذف إلى وقت إقامة الحد، فإن عفا عنه سقط الحد، على أنه إذا تعدد المقذوفون وكانت الجريمة محكوماً فيها بحد واحد فيشترط لسقوط الحد أن يكون العفو من جميع المقذوفين، فإذا عفا البعض دون البعض وجب الحد لمن لم يعف ولم يسقط بعفو من عفا^(١).

ولمالك آراء متعددة في العفو **أولها:** أن العفو يصح إلى ما قبل التبليغ، فإذا لم يعف المقذوف وبلغ عن الحادث فلا عفو بعدها، **وثانيها:** أن العفو يصح إلى ما قبل سماع الشهود، فإذا أدى الشهود شهادتهم فلا عفو بعدها، **وثالثها:** أن العفو جائز قبل التبليغ وبعده كلما قصد المقذوف من العفو أن يستر على نفسه^(٢).

والقائلون بالعفو يجيزون أن يكون العفو صريحاً أو ضمناً، ويرتبون على العفو قبل التبليغ عدم جواز رفع الدعوى لسقوط حق المقذوف في الشكوى بالعفو.

المبحث الثالث

الأدلة على القذف

* يثبت القذف بالطرق الآتية:

٥٧١ - أولاً: شهادة الشهود: ويشترط في شهود القذف ما يشترط في شهود الزنا من البلوغ والعقل والحفظ والقدرة على الكلام والعدالة 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.

عدد الشهود: فيما يختص بإثبات التهمة: يكفي لإثبات واقعة القذف على القاذف شهادة شاهدين فقط، أما فيما يختص بنفي التهمة فللمتهم بالقذف أن يتبع إحدى الطرق الآتية:

الأول: أن ينكر واقعة القذف ثم يستشهد على عدم حصول القذف بمن شاء من الرجال أو النساء دون التقييد بعدد معين.

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٠٤، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٢.

(٢) المدونة ج ١٦ / ص ١٦، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٥.

الثانية: أن يدعي أن المَقْذُوف اعترف بصحة القذف، ويكفي لتأييد هذا الدفاع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين^(١).

الثالثة: أن يعترف بالقذف ويبيدي استعداده لإثبات صحة القذف، وفي هذه الحالة يجب عليه أن يستشهد على صحة الواقعة المَقْذُوف 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، ويرى أبو حنيفة أن للقاذف أن يثبت صحة القذف بأربعة شهود غيره، فإن شهدوا بصحة القذف فلا يحد المَقْذُوف حد الزنا إذا كانت الشهادة على زناً متقادماً^(٢)؛ لأن الأصل عنده أن الشهادة لا تقبل عند التقدّم ولكنها قبلت هنا لإسقاط الحد عن القاذف وليس لإيجاب الحد على المَقْذُوف، ويخالف أبو حنيفة في هذه الأئمة الثلاثة ويرون حد المَقْذُوف حد الزنا إذا ثبت الزنا عليه ولو كان متقادماً لأنهم لا يعترفون بالتقدّم «إلا على رأي لأحمد كما ذكرناه».

ويرى أبو حنيفة أن لا أثر للتقدّم على القذف لأن الدعوى في القذف شرط فلا يمكن التقدّم بالشهادة حسبة ولا تقبل مثل هذه الشهادة قبل الدعوى، وما دامت الدعوى تأخرت لأسباب خاصة بالمَقْذُوف فليس من هذا ما يدعو إلى اتهام الشهود، وليس فيه ما يفيد معنى الضغينة والتهمة كما هو الحال في الزنا والشرب مثلاً، إذ الدعوى في هاتين الجريمتين ليست شرطاً^(٣).

ويشترط في الشهادة اتحاد المجلس، ولا يقبل في القذف كتاب القاضي إلى القاضي ولا الشهادة على الشهادة^(٤).

٥٧٢ - ثانياً: الإقرار: يثبت القذف بإقرار القاذف أنه قذف المجني عليه، ولا يشترط العدد في الإقرار فيكتفي أن يقر مرة واحدة في مجلس القضاء^(٥).

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^(٦)، 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^(٧)، ولا يقبل الرجوع عند أحمد^(٨).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢١٠.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢١٠.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٦.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢١٠.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٠.

(٦) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٠.

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦١.

(٨) الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٩.

ويصح الإقرار في القذف ولو مع السُّكر، كما هو الحال في الخصومة المالية؛ لأنَّ للعبد حقاً في القذف^(١).

ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أنَّ للقاضي أن يقضي بعلمه في القذف على أن يكون العلم في زمان القضاء ومكانه، ولكنهم اختلفوا على جواز القضاء بعلمه إذا كان العلم في غير زمان القضاء أو مكانه^(٢).

٥٧٣ - ثالثاً: اليمين: يثبت القذف عند الشافعي باليمين إذا لم يكن لدى المقذوف دليل آخر فله أن يستحلف القاذف، فإن نكل القاذف ثبت القذف في حقه بالنكول.

ويرى الشافعي أيضاً أن يستحلف القاذف المقذوف إذا لم يكن لدى القاذف بينة على صحة القذف، فإن نكل المقذوف عن اليمين اعتبر القذف صحيحاً ودرئ 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 فيه 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 النكول، ومنهم من رأى القضاء بالتعزير عند النكول بدلاً من الحد، ومن قال بعدم الحلف اعتبر حق الله سبحانه وتعالى وأنه هو الحق الغالب فالحقه بسائر حقوق الله تعالى الخالصة وهي لا يقضي بها باليمين ولا بالنكول^(٤).

ولا يرى مالك وأحمد جواز الإثبات باليمين في القذف فليس للقاذف أو المقذوف أن يستحلف الآخر^(٥).

ولأحمد رأي قديم بجواز القضاء بالنكول في القذف، ولكن المذهب أنه لا يقضي بالنكول في غير المال وما يقصد به المال^(٦).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٠.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٢.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٤٠٢، ٤٠٤.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٢.

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩١، تبصرة الحكام ج ١ / ص ١٧٤، الإقناع ج ٤ / ص ٢٥٩.

(٦) المغني ج ١٢ / ص ١٢٦.

المبحث الرابع

عقوبة القذف

٥٧٤ - للقذف عقوبتان: الأولى أصلية وهي الجلد، والثانية تبعية وهي عدم قبول الشهادة، والأصل في العقوبتين قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٤، ٥].

عقوبة الجلد: عقوبة الجلد مقدارها ثمانون جلدة، وهي لا تقبل استبدالاً ولا إنقاصاً، وليس لولي الأمر حق العفو عن العقوبة، أما المقذوف فله الحق في العفو عنها، على رأي البعض وليس له العفو على رأي البعض الآخر، كما بينا من قبل.

عدم قبول الشهادة: من المتفق عليه أن القاذف يجب عليه مع الحد سقوط شهادته لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾.

وقد اختلفوا في سقوط الشهادة مع التوبة، فرأى أبو حنيفة أن شهادة القاذف تسقط وإن تاب، ورأى مالك والشافعي وأحمد أن القاذف تقبل شهادته إن تاب، وأساس اختلافهم في هذه المسألة هو اختلافهم في تفسير قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾ فمن رأى أن الاستثناء يعود إلى أقرب مذكور في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ قال: التوبة ترفع الفسق ولا تؤثر على عدم قبول الشهادة، ومن رأى أن الاستثناء يعود إلى الجملة السابقة كلها ويتناول الأمرين جميعاً قال: التوبة ترفع الفسق وتمنع من رد الشهادة.

ويرى أبو حنيفة ومالك أن شهادة القاذف لا تسقط إلا بالحد، أما الشافعي وأحمد فيسقطان شهادة القاذف بثبوت المعصية عليه؛ أي: بعجزه عن إثبات صحة القذف ولو لم يحد^(١).

٥٧٥ - تعدد العقوبات: إذا تعددت العقوبات، فإما أن تكون كلها عن جرائم قذف، وإما أن تكون عن جرائم قذف وجرائم أخرى، وفي الحالتين تتداخل العقوبات على الوجه الآتي:

٥٧٦ - تداخل عقوبات القذف: اختلف في تداخل عقوبات القذف، فرأى مالك وأبو حنيفة أن عقوبات القذف تتداخل إلى وقت تنفيذها، فمن قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله، سواء قذف فرداً واحداً أو أفراداً، وسواء كان القذف بكلمة أو بكلمات في يوم واحد

(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.

أو أيام مختلفة، وسواء اتحدت عبارات القذف أم اختلفت، طلب بعضهم الحد أو كلهم، فإذا أقيم فقذف أحداً بعد ذلك حُد له من جديد.

وإذا كان مالك وأبو حنيفة قد اتفقا في هذا فإنهما اختلفا فيما إذا قذف أحداً أثناء تنفيذ العقوبة، فرأى مالك أن القذف إذا كان بعد تنفيذ أكثر الحد كمل الحد الأول ووجب للقذف الثاني حد كامل، وإن كان بعد تنفيذ أقل الحد وجب للقذف الجديد حد جديد وتداخل في الحد الجديد ما بقي من الحد الأول، أو بمعنى آخر: لم يضرب للقذف الجديد إلا بقدر ما استوفى من الحد الأول، وظاهر مما سبق أن مالكاً لا يرى التداخل بعد بدء التنفيذ إذا كان قد نفذ أكثر الحد ويرى التداخل بقدر ما بقي من الحد إذا كان قد نفذ أقله، أما أبو حنيفة فيرى التداخل ما دام لم يتم التنفيذ، ولو كان الباقي من الحد سوط واحد فلو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف قذفاً لا يضرب إلا ذلك السوط الواحد للتداخل^(١).

ويرى الشافعي أنه إذا قذف شخصاً واحداً عدة مرات قبل أن يحد فإن العقوبات تتداخل ويجري 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 تداخل فيها.

وإذا قذف جماعة فوجه لكل واحد منهم القذف على انفراد وجب لكل واحد منهم حد ولا تداخل مهما تعددت الحدود، وإن قذفهم بكلمة واحدة فيه قولان، قال في القديم: يجب حد واحد لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد، كما لو قذف امرأة واحدة، وقال في الجديد: يجب لكل واحد منهم حد لأنه ألحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو انفرد بقذف كل واحد منهم، وهذا هو الرأي المعمول به في المذهب.

وإذا كانت كلمة عبارة القذف تعتبر قذفاً لشخصين كما لو قذف زوجته برجل ولم يلاعن، فيرى البعض أن على القاذف حدين لأنه قذف شخصين، ويرى البعض أن على القاذف حداً واحداً لأن القذف بزناً واحداً.

أما إذا كانت عبارة القذف تعتبر قذفاً لشخصين وكان القذف بأكثر من زناً 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 قُدم السابق منهما

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٨، ٩٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٨، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٤٣.

لأن حقه أسبق، وإن وجب عليه لهما في حالة واحدة بأن قذفهما معاً وتشاحنا أفرع بينهما .
وإن وجب حدان فحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الحد الأول؛ لأن الموالاة بين الحدين تؤدي إلى التلف^(١) .

ويرى أحمد أنه إذا قذف رجل شخصاً مرات فلم يحد فحد واحد، سواء قذفه بزناً واحد أو بزنيات، وإذا قذف جماعة بكلمات فلكل واحد منهم حد ولا تتداخل الحدود في هذه الحالة مهما تعددت لأنها من حقوق الآدميين .

وإذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد إذا طالبوا أو واحد منهم، وهناك رواية عن أحمد أنه يلزمه لكل واحد منهم حد كامل، وإذا طلبوا الحد جملة حُد لهم، فإن طلبه أحدهم أقيم الحد لأن الحق ثابت لهم على سبيل البدل فأيهما طالب به استوفاه وسقط باستيفائه فلم يكن لغيره أن يطالب به، وإن أسقطه أحدهم كان لغيره أن يطالب به ويستوفيه .

وروي 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 يسقط حق الباقيين بغير استيفائهم أو إسقاطهم .

وإذا قال لرجل يا ابن الزانيين فهو قاذف لهما بكلمة واحدة، فإن كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب إلا حد واحد، وإن قال: يا زاني ابن الزاني فهو قذف لهما 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 بفلانة، فهو قذف لهما بكلمة واحدة^(٢) .

٥٧٧ - هل تتداخل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى؟: يرى مالك أن حد

القذف يتداخل مع حد الشرب لاتحاد الموجب أي أن موجب كل من الحدين ثمانون جلدة فإذا أقيم عليه أحدهما سقط عنه الآخر، لو لم يقصد عند إقامته الحد إلا واحداً فقط ثم ثبت أنه شرب أو قذف فإنه يكفي بما ضرب له عما ثبت، وكذلك الحكم لو سرق لأول مرة وقطع يمين آخر فإن الحدين يتداخلان لاتحاد الموجب^(٣) .

ولا يرى الأئمة الثلاثة ما يراه مالك من التداخل بين حد القذف وحد الشرب، وفيما عدا ما سبق فإن من المتفق عليه أن حد القذف لا يتداخل مع أية عقوبة أخرى ولو كانت

(١) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٢ .

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٣٣١، ٣٣٤ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨ .

القتل؛ سواء كان القتل حقاً لله كرجم الزاني المحصن أو حقاً للعبد 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 لئلا يقال للمقذوف: ما لك لم يضرب لك فلان حد الفرية؟^(١).

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 المجني 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 أهمية الشهود قبل التنفيذ، وهو شرط خاص بأبي حنيفة لأن القاعدة عنده أن الإمضاء من القضاء.

(١) 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

الشرب

٥٧٩ - حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريماً قاطعاً لأنها تعتبر الخمر أم الخبائث، وتراها مضيعة للنفس والعقل والصحة والمال، وقد حرصت الشريعة على أن تبين للناس من أول يوم أن منافع الخمر مهما يقال في منافعها ضئيلة لا تتعادل مع أضرارها الجسيمة، وذلك قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

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 وُجد شاربيها في حالة سكر بين في محل عام، فإن كان السكر بيناً وكان السكر في محل خاص فلا عقاب عليه؛ أي أن العقوبة التي قررها 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 جماعة أو جماعات تدعو إلى تحريم الخمر وتبين بكل الوسائل أضرارها العظيمة التي تعود على شاربيها بصفة خاصة وعلى الشعوب بصفة عامة، وقد اندفعت هذه الجماعات إلى المناداة بتحريم الخمر بعد ما أثبتته العلم من أن شرب الخمر مضر بالصحة وأنه يضعف الجسم والعقل بصفة عامة ويؤدي إلى الجنون في كثير من الأحوال، كما يؤدي إلى العقم فإذا لم يؤد إلى العقم فإنه يؤدي إلى قلة النسل وانحطاطه 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 الحالي، فالولايات المتحدة الأمريكية

أصدرت من عدة سنين قانوناً يحرم الخمر تحريماً تاماً، وقد أصدرت الهند من سنتين قانوناً مماثلاً، وهاتان هما الدولتان الكبيرتان اللتان حرمتا الخمر، أما أكثر الدول فقد استجابة للدعوة 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 مهتماً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً، وأن الدعوة إلى التحريم تأخذ طريقها ويشتد ساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين كل تعضيد، وأن اليوم الذي تحرم فيها 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 يُدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يستجيب .

ولقد كان هذا حريّاً أن يدفع البلاد الإسلامية إلى المسارعة بتحريم الخمر وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ولكن المسلمين لا يزالون يغطون في نومهم، عاجزين عن الشعور بما حولهم، بل عاجزين عن الشعور بأنفسهم، وسيأتي قريباً اليوم الذي يصبح فيه تحريم الخمر عامّاً في كل الدول فتتم معجزة الشريعة الإسلامية ويتحقق ما نادت به من ثلاثة عشر قرناً على أيدي أناس لا ينتمون للإسلام ولا يعرفون من حقائقه شيئاً .

٥٨٠ - النصوص الخاصة بالخمر: الأصل في التحريم: القرآن والسنة، على أن نصوص القرآن لم تحرم الخمر دفعة واحدة بل جاء التحريم تدريجياً، وأول نصوص التحريم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] ثم جاء القرآن بعد ذلك بتأثيم شاربها في قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩] ثم نزل التحريم القاطع في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلُمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المادة: ٩٠] .

أما السنة: فقول النبي ﷺ: «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 الغُرف فملء الكف منه حرام» وعن عبد الله بن عمر: «لعن الله الخمر وشاربها وساقبها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه» وقوله: «من شرب الخمر فاجلدوه» .

٥٨١ - معنى الشرب عند الفقهاء: اختلف الفقهاء في تحديد معنى الشرب، فهو عند مالك والشافعي وأحمد: شرب المسكر، سواء سمي خمراً أم لم يسم خمراً، 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 خمراً، قذف بالزبد أو لم يقذف به.

٢ - ماء العنب إذا طُبِخ فذهب أقل من ثلثيه وصار مسكراً.

٣ - نقيع البلح والزبيب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد على رأي أبي حنيفة، أو إذا غلا واشتد، ولو لم يقذف بالزبد، على رأي أبي يوسف ومحمد، ويستوي أن يكون البلح رطباً أو بُسراً أو تمرأ، وما عدا هذه الأنواع الثلاثة لا يعتبر خمراً عند أبي حنيفة، فعصير العنب إذا طُبِخ فذهب ثلثاه، ونقيع البلح والزبيب إذا طُبِخ وإن لم يذهب ثلثاه، ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وغير ذلك من المواد نقيعاً كان أو مطبوخاً؛ كل ذلك لا يعتبر خمراً وشربه حلال إلا ما بلغ السُّكر، فإن أسكر فلا يعاقب على شربه، وإنما يعاقب على السكر منه، وحجة أبي حنيفة في هذا الرأي ما روي عن النبي ﷺ أنه أشار إلى النخلة والكرمة وقال: «**الخمر من هاتين الشجرتين**» وما روي عنه من قوله: «**حُرمت الخمرة لعينها، والمسكر من كل شراب**»^(٢).

فأبو حنيفة إذن يفرق بين الخمر والمسكر ويحرم شرب الخمر قليلاً كان أو كثيراً، أما ما عدا الخمر من المواد المسكرة فيسميه مسكراً لا خمراً، والمسكر عنده لا يعاقب على شربه كالخمر وإنما يعاقب على السُّكر منه؛ لأن المسكر ليس حراماً في ذاته وإنما الحرام هو الكمية الأخيرة منه التي تؤدي للسُّكر، فلو شرب شخص ثلاثة أقداح ولم يسكر ثم شرب الرابع فسكر فالمحرم هو القدر الرابع.

ولقد أدت التفرقة بين الخمر والمسكر إلى أن يفرق أبو حنيفة بين عقوبة الشرب وعقوبة السكر، وأن يقول بأن الحد حدان: حد الشرب، وهو قاصر على شرب الخمر، سواء سكر الشارب أم لم يسكر، قلَّ ما شربه أو كَثُرَ، وحد السكر وهو لمن يسكر فعلاً من أي شراب مسكر غير الخمر، فإذا شرب منه ولم يسكر فلا عقاب عليه، أما باقي الأئمة فالحد عندهم واحد هو حد الشرب، ويجب على كل من شرب مسكراً سواء سُمي خمراً أو سُمي باسم آخر، وسواء سكر الشارب أم لم يسكر ما دام أن الكثير من الشراب يسكر؛ لأن القاعدة عندهم أن ما أسكر كثيرة فقليله حرام.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٨، المغني ج ١٠ / ص ٣٢٦.

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ / ص ١١٢ وما بعدها، المغني ج ١٠ / ص ٣٢٧.

ورأى الأئمة الثلاثة هو الرأي المتبع في العالم الإسلامي، إلا أننا رأينا أن نتكلم على حد الشرب وحد السكر معاً ببيان رأي الحنفيين، ولأن بعض الفقهاء يرى حد غير المسلم إذا سكر^(١)، فكان الكلام على حد السكر واجباً من هذين الوجهين، على أن البعض الآخر يرى تعزيز الذمي على السكر^(٢).

والقاعدة عند فقهاء الشريعة: أن الخمر مباح لغير المسلمين ما دام دينهم لا يحرمها تطبيقاً لقول الرسول ﷺ: «أمرنا بتركهم وما يدينون» ولكن 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، ولا شك أن عدم تحريم الشرب عليهم يؤدي هذا إلى الفساد؛ لأن السماح لهم بالشرب يقتضي 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 أيّاً كانت ديانتهم ومذاهبهم.

المبحث الأول

أركان الجريمة

لجريمة الشرب ركنان: **الأول:** الشرب، **الثاني:** القصد الجنائي.

الركن الأول

الشرب

٥٨٢ - يتوفر هذا الركن عند مالك والشافعي وأحمد كلما شرب الجاني شيئاً مسكراً، ولا عبرة باسم المشروب ولا بالمادة التي استخرج منها، فيستوي أن يكون المشروب مستخرجاً من العنب أو البلح أو القمح أو الشعير أو القصب أو التفاح أو أي 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

(١) بدائع الصنائع ج ٥ / ص ١١٢.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢.

الشرب بشرب القليل أو الكثير ما دام الكثير من المشروب يؤدي إلى الإسكار، فإذا كان الكثير من الشراب لا يؤدي للسكر فهو غير محرم^(١).

ولا يتوفر ركن الشرب عند أبي حنيفة إلا إذا كان المشروب خمرًا، وقد علمنا فيما سبق معنى الخمر عنده، فإن لم يكن المشروب خمرًا لم يتوفر ركن الشرب ولو كان الشرب مسكرًا ولو أدى للسكر فعلاً^(٢).

ومن المتفق عليه أنه لا يشترط لتوفر ركن الشرب أن يؤدي الشرب للسكر، فيكفي لقيام الجريمة مجرد الشرب ولو كان من المستحيل أن تؤدي الكمية التي شربت للسكر لأن الشرب محرم لعينه^(٣).

ولا عقاب إذا لم يكن المشروب مسكرًا أصلاً، ولو شرب على أنه مسكر، وإن كان الشارب يأنم فيما بينه وبين ربه.

ويشترط أن تكون المادة المسكرة مشروبًا، فإن لم تكن كذلك فلا حد فيها وإنما فيها التعزير كالحنشيش والداتورة^(٤).

ويحد على الشرب، ولو أن المادة المسكرة دخلت الفم أو الجوف على غير هيئة الشراب، كخلط المسكر بالطعام أو عجنه به^(٥).

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 مسكرًا وإنما هو ماء عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد^(٦).

والراجح في مذهب مالك تحريم المخلوط ولو استهلك فيه المسكر^(٧).

ويكفي لاعتبار الجاني شارباً أن يصل المشروب إلى حلقه ومن باب أولى إلى جوفه، فإن لم يصل المشروب إلى الحلق كأن تضرع به ثم مجه فلا يعتبر شارباً^(٨).

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٨، المغني ج ١٠ / ص ٣٢٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ / ص ١١٢، ١١٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٨١ وما بعدها.

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ / ص ١١٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٨، المغني ج ١٠ / ص ٣٢٨.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٩، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٣٢٨٩، ٣٢٩، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ١٠.

(٥) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٩، المغني ج ١٠ / ص ٣٢٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٤.

(٦) بدائع الصنائع ج ٥ / ص ١١٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٩، الإقناع ج ٤ / ص ٢٦٧.

(٧) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٤.

(٨) الإقناع ج ٤ / ص ٢٦٧، المغني ج ١٠ / ص ٣٣٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢.

ويشترط المالكية والحنفية أن تصل الخمر إلى الجوف عن طريق الفم، فإن وصف عن غير هذا الطريق كالأنف أو الشرج مثلاً درئ الحد للشبهة، على أن درء الحد لا يمنع من التعزير^(١)، وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء **أحدها**: كراي 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: أن ما وصل عن طريق الحلق فيه الحد كالشرب والاستعاط، وما وصل عن طريق الشرج فلا حد فيه، والرأي الثاني يوجب الحد في الحاليين^(٣).

ويعتبر شارباً مَنْ شرب الخمر أو المسكر لدفع العطش وهو يستطيع استعمال الماء، ولكن من يشرب مضطراً لدفع غصته لا حد عليه للاضطرار، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ عَلَيْهِ﴾ **بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ** [البقرة: ١٧٣]، وكذلك حكم من أكره على الشرب، سواء كان الإكراه مادياً أو أدبياً لقول النبي ﷺ: «عُفي لأمتي الخطي والنسيان وما استكرهوا عليه» واختلف فيمن شرب لدفع عطش مهلك، فمذهب 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 صرفاً أو ممزوجة بشيء يسير لا يروي من العطش، ففي هذه الحالة على الشارب الحد، أما إذا شربها ممزوجة بما يروي من العطش أبيع 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 لطلاء جسمه فلا حد؛ لما روي عن رسول الله ﷺ: «من تداوى بالخمر فلا شفاه الله» وقوله ﷺ: «إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها»^(٦) ويرى أبو حنيفة إباحة الشرب للتداوي، أما أحمد فيحرمه ويرى في الشرب للتداوي الحد^(٧).

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٤٠.

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ١١.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٣٢٩.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢، ١١٤، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٢٤، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ١٢.

(٥) الإقناع ج ٤ / ص ٢٦٧، المغني ج ١٠ / ص ٣٣٠.

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٤، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ١٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٩٥.

(٧) المغني ج ١٠ / ص ٣٣٠.

السكر :

٥٨٣ - لا وجود لحد السكر 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 فعلاً.

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 ما دام أن الشرب قد أدى فعلاً للسكر، ويحد كذلك ولو لم يقصد من الشرب السكر ما دام أن الشرب قد أدى فعلاً للسكر، ويحدث كذلك ولو لم يقصد من الشرب السكر ما دام قد سكر وذلك أخذاً بقصده الاحتمالي إذ كان عليه أن يتوقع أن الشرب ربما أدى للسكر^(١)، واختلف في بيان السكر المستوجب للحد، فرأى أبو حنيفة أن السكران هو من فقد عقله فلم يعد يعي قليلاً ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة^(٢).

ويرى أبو يوسف ومحمد أن السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان، وحجتهم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران، ورأيهما يتفق مع رأي بقية الأئمة^(٣).

الركن الثاني

القصد الجنائي

٥٨٤ - يتوفر القصد الجنائي عند الفاعل كلما أقدم على الشرب عالماً أنه يشرب خمرًا أو مسكرًا، فإن شرب المادة المسكرة وهو لا يعلم أن كثيرها مسكر فلا حد عليه ولو سكر فعلاً، كذلك لا حد إذا شرب مادة مسكرة وهو يظنها مادة أخرى لا تسكر، ولا عقاب على الفاعل في هذه الحالة ولو تبين أن الشرب كان نتيجة لخطأ جسيم أو لعدم الاحتياط؛ لأن الجريمة عمدية فيشترط فيها تعمد الفعل.

ويعتبر القصد الجنائي غير متوفر إذا كان الجاني يجهل تحريم الشرب، ولو كان يعلم

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٨٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ / ص ١١٨.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٣٣٥.

أن المشروب مسكر، ولكن لا يقبل الجهل ممن نشأ في بلاد المسلمين لأن نشأته بينهم تجعل العلم بالتحريم مفروضاً فيه، أما من نشأ في بلاد غير إسلامية فيقبل منه الادعاء بالجهل إذا ثبت أنه يجهل حقيقة تحريم الشرب، ويرى مالك جواز الاحتجاج بجهل العقوبة^(١).

ويقبل الادعاء بجهل التحريم لكن لا يقبل منه الادعاء بجهل العقوبة^(٢).

عقوبة الشرب:

٥٨٥ - يعاقب على الشرب بالجلد ثمانين جلدة عند مالك وأبي حنيفة، وهو رواية عن أحمد، ويرى الشافعي - وقوله رواية أخرى عن أحمد - أن الحد أربعون جلدة فقط، ولكن لا بأس عند من ضرب المحدود 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^(٣).

وسبب اختلاف الفقهاء في مقدار الحد أن القرآن لم يحدد العقوبة، وأن الروايات لا تقطع بإجماع الصحابة على رأي في حد الخمر، فالقرآن - وإن كان قد حرم الخمر فإنه لم يعين لها حداً، كما أن النبي ﷺ لم يعين للخمر حداً فكان يضرب فيها القليل والكثير ولكنه لم يزد عن أربعين، وجاء أبو بكر وضرب في الخمر أربعين، وروي عن أبي بكر أنه سأل أصحاب الرسول ﷺ كم بلغ ضربه لشرب الخمر، فقدروه بأربعين، وروي عن أبي سعيد الخدري وعن عليّ أن النبي ﷺ ضرب في الخمر أربعين، فلما جاء زمن عمر رضي الله عنه تحير أمر الناس على شرب الخمر، فاستشار عمر الصحابة في حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف: اجعله كأخف الحدود ثمانين، فضرب عمر ثمانين، وكتب به إلى خالد وأبي عبيدة بالشام، وروي أن عليّاً رضي الله عنه قال في المشورة: نرى أن نجلده ثمانين، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون، وقد روي عن معاوية بن حصين بن المنذر الرقاش أنه قال: شهدت عثمان رضي الله عنه وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب الخمر وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها، فقال عثمان: إنه لم يتقيأها حتى شربها، فقال لعلي: أقم عليه الحد، فقال علي لعبد الله بن جعفر: أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده، وعليّ يعد إلى أن بلغ أربعين قال: حسبك، جلد النبي ﷺ

(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، الإقناع ج ٤ / ص ٢٦٧.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٣٢٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٨٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٦٠.

أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وجلد عمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحب إليّ. كذلك روي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً إلا صاحب الخمر، ولو مات وديته؛ لأن النبي ﷺ لم يسته 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 عليّ من جلد الوليد بن عقبة أربعين جلدة، وقوله: جلد النبي أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحب إليّ، ويرى أصحاب هذا الرأي أن فعل النبي ﷺ حجة لا يجوز تركه بفعل غيره، وأن الإجماع لا ينعقد على ما يخالف فعل النبي وأبي بكر وعليّ، 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 رأي الشافعي في أن الحد أربعون جلدة فقط وأن ما زاد على ذلك تعزير فإنه يجوز لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة المعتبرة تعزيراً كلها أو بعضها؛ لأن الشريعة تجعل لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة في جرائم التعزير، أما الجزء المعتبر حداً فلا يمكن إسقاطه ولا العفو عنه.

ومن المتفق عليه أن العقوبة لا تنفذ على السكران حتى 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 يفيد بالتنفيذ الحادث وقت السكر، ويفرق البعض بين ما إذا كان عنده ميز أم لا، فإن كان عنده ميز وقت الجلد اعتد بالجلد ولو كان قبل صحوه، وأما إن كان طافحاً أعيد عليه الحد، وإن لم يحس في أوله وأحس في أثناؤه حسب له من أول إحساسه بالضرب^(٣).

٥٨٦ - التداخل: إذا تعددت جرائم الشرب والسكر قبل تنفيذ الحكم في إحداها تداخلت عقوبات هذه الجرائم، سواء حكم بها أو لم يحكم بها ما دامت كلها قد وقعت قبل تنفيذ إحدى العقوبات واكتفي فيها بتنفيذ عقوبة واحدة، فإذا وقعت جريمة أخرى بعد تنفيذ العقوبة وجبت لها عقوبة خاصة.

(١) 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، المغني ج ١٠ / ص ٣٣٥.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٦٠.

والتدخل يكون من ثلاثة وجوه:

أولاً: تتدخل عقوبات الشرب كما تتدخل عقوبات السكر المتعدد إلى الوقت الذي تنفذ فيه إحداها.

ثانياً: تتدخل عقوبة السكر مع عقوبة الشرب، فلو سكر ذمي ثم أسلم قبل تنفيذ العقوبة وشرب تدخل حد السكر مع حد الشرب، وكذلك الحال عند الحنفية فإن حد السكر يتدخل مع حد الشرب، فلو سكر شخص ثم شرب قبل تنفيذ عقوبة السكر اكتفي بتنفيذ عقوبة واحدة.

ثالثاً: يتدخل حد الشرب مع حد القتل سواء كان القتل من حدود الله أو حقاً لآدمي، كما لو شرب وزني وهو محصن أو شرب وقتل شخصاً، فلا تنفذ إلا عقوبة القتل التي تجب عقوبة الشرب؛ لأن كل عقوبة يقصد بها التأديب والزجر ولا حاجة مع القتل للزجر ولا فائدة في تنفيذ ما دون القتل، وإذا انعدمت الفائدة التي شرع الحد من أجلها أصبح تنفيذه غير مشروع.

وهذا هو رأي مالك وأبي حنيفة وأحمد^(١).

أما الشافعي فيرى أن عقوبة القتل لا تجب ما دونها ويجب تنفيذ العقوبات كلها، فمثلاً إذا شرب شخص وسرق وزني وهو محصن جُلد للشرب وقطع للسرقة ثم قتل بعد ذلك^(٢).

ولا يتدخل حد الشرب عند أبي حنيفة وأحمد مع أي عقوبة أخرى إلا مع عقوبة القتل، ولكن مالكا يرى أن حد الشرب يتدخل مع القذف لأن موجبهما واحد، والقاعدة عنده: تتدخل الحدود كلما اتحدت موجباتها^(٣).

٥٨٧ - كيفية تنفيذ الجلد: ينفذ الحد على الوجه الذي سبق ذكره في تنفيذ الجلد في الزنا، ويرى البعض أن المحدود في الخمر لا يجرد من ملابسه لأن حد الخمر من أخف الحدود فوجب إبقاء ملابسه عليه إظهاراً للتخفيف، ولكن الرأي الراجح هو أن لا فرق في التنفيذ بين حد الخمر وغيره، وأن الشارع أظهر التخفيف في نقصان عدد الجلدات^(٤).

ويرى البعض أنه إذا اجتمعت حدود الله من أجناس مختلفة أخر حد الشرب عنها جميعاً لأنه ثابت بما لا يتلى^(٥)، وهو رأي أبي حنيفة، ولكن البعض يرى تقديم حد الشرب

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٣، المغني ج ١٠ / ص ٣٢١ وما بعدها.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٧.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٨٦.

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٠٩.

على غيره على أنه إذا تأخر فليس للتأخير أثر ما وقع الموقع^(١)، وهذا هو رأي الشافعي وأحمد لأنهما يريان تقديم الأخف على الخفيف، أما مالك فيستوي عنده أن يقدم الأخف أو الأشد ولولي الأمر أن يبدأ بأيهما أراد^(٢).

المبحث الثاني

الأدلة على الشرب

٥٨٨ - أولاً: شهادة الشهود: يثبت الشرب والسكر بشهادة الشهود ويشترط أن لا يقل عدد الشهود عن رجلين تتوفر فيهما شروط الشهادة التي سبق ذكرها بمناسبة الكلام عن الزنا.

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن تكون الرائحة قائمة وقت الشهادة، أي رائحة الخمر أو المسكر، فالشهادة عندهما مقيدة بوجود الرائحة ولا يشترط أن توجد الرائحة فعلاً وقت التحقيق، ويكفي 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 الجاني، أما محمد فلا يشترط وجود الرائحة مع الشهادة بالشرب أو السكر، وحجة أبي حنيفة وأبي يوسف أن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة وأن ابن مسعود كان يشترط وجود الرائحة، ولا إجماع إلا برأيه^(٣).

ويشترط أبو حنيفة وأصحابه لقبول الشهادة عدم التقادم، أي: مضي زمن على وقوع الجريمة، وقد تكلمنا عن التقادم عند الكلام على الزنا، ولكن أبا حنيفة وأبا يوسف يجعلان مدة التقادم في الشرب والسكر مقدرة بزوال الرائحة، فإذا سكت الشهود عن الحادث حتى زالت الرائحة فقد تقادمت الشهادة وامتنع قبولها.

ولكن محمداً يقدر مدة التقادم بشهر^(٤) «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 في مكان بعيد فانقطع الريح قبل أن ينتهوا به؛ لأن التأخير ليس أساسه سكوت الشهود على الجريمة وإنما يرجع لبعد المسافة، فلا تهمة في هذا التأخير، ومما يؤثر في 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

(١) الإقناع ج ٤ / ص ٢٤٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٧.

(٢) المدونة ج ١٦ / ص ٤٨.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٧٨ وما بعدها.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٦٤، ١٦٥.

وصل الشهود إلى المدينة ولكن التقدّم لم يعتبر لأن التأخر كان بعذر وهو بُعد المسافة عن الإمام^(١).

ولا يسلم بقية الأئمة بنظرية أبي حنيفة في عدم قبول الشهادة بالتقدّم، وإن كان هناك رأي لأحمد يتفق مع رأي أبي حنيفة غير معمول به في المذاهب، وقد سبق أن بيّنا ذلك عند الكلام على الزنا.

٥٨٩ - ثانياً: الإقرار: تثبت الجريمة بإقرار الجاني، ويكفي في الإقرار مرة واحدة في المذاهب الأربعة، وإن كان أبو يوسف يرى أن كل إقرار يسقط بالرجوع، فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود^(٢)، ويسري على الإقرار هنا ما يسري على الإقرار في الزنا، وإذا أقر الجاني وهو سكران فحكم إقراره... [يراجع ما كتب في القتل عن إقرار السكران].

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن لا يكون الإقرار قد تقدّم، فإذا كان قد تقدّم لم يقبل من المقر، وحدّ التقدّم عندهما هو ذهاب الرائحة، فمن أقر بشرب الخمر أو السكر بعد ذهاب الرائحة لم يقبل إقراره، ولكنّ محمداً لا يرى بطلان الإقرار بالتقدّم، لأن عدم القبول للتقدّم سببه التهمة، والإنسان لا يهتم على نفسه، فإذا أقر أخذ بإقراره مهما مضى على الحادث^(٣).

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 شمّ من فيه رائحة الخمر فعلى الجاني الحد، وهذا الرأي رواية عن أحمد، ولكنّ 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 روي عن عمر أنه قال: إني وجدت من عبيد الله ريح شراب فأقر أنه شرب الطلا، فقال عمر: إني سائل عنه، فإن كان مسكراً جلدته، ويحتجون بأن الرائحة تدل على الشرب فجري مجرى الإقرار، أما الذين لا يقبلون الرائحة دليلاً فيرون أن الرائحة يجوز أن تكون من غير الشرب فيحتمل أن تملص بها أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجها، أو أكل نباتاً أو شرب شراب التفاح، فإنه يكون منه كرائحة الخمر،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٨٠، ١٨١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٠.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٨٠، ١٨١.

وإذا احتمل ذلك لم يجب الحد لأن الحد يُدْرَأ بالشبهات^(١).

٥٩١ - السكر : يعتبر أبو حنيفة وجود الشخص في حالة سكر دليلاً 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^(٢)، ولا يرى الشافعي في السكر دليلاً على الشرب لاحتمال أنه احتقن أو استعط أو أنه شربها لعذر من غلط أو إكراه^(٣)، ورأى الشافعي رواية في مذهب أحمد^(٤).

وإذا كان مالك يرى الحد لمجرد الرائحة كما يراه أحمد في أحد رأييه فإن الحد يجب عندهما لوجود الشخص في حالة سكر من باب أولى؛ لأن السكر لا يكون إلا بعد الشرب^(٥).

٥٩٢ - القبيء : لا يعتبر القبيء وحده دليلاً عند أبي حنيفة، لكن إذا ثبت من القبيء 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^(٦).

أما الشافعي فلا يرى القبيء دليلاً على الشرب لما سبق ذكره، وهذا رأي لأحمد. أما مالك - وهو يوجب الحد بالرائحة كما يوجب أحمد في أحد رأييه - فيجب أن يكون القبيء عندهما دليلاً يثبت به الحد من باب أولى لأنه لا يتقيأ إلا بعد الشرب.

ومن يثبت الحد بالقبيء يحتج بما حدث في محاكمة قدامة والوليد بن عقبة فقد شهد علقمة الخفي على قدامة فقال: أشهد أنني رأيته يتقيأها، فقال عمر: من قاءها فقد شربها، وضربه الحد.

أما ما حدث في محاكمة الوليد بن عقبة فقد شهد عليه رجلان، فشهد أحدهما أنه رآه يشربها، وشهد آخر أنه رآه يتقيأها، فقال عثمان: إنه لم يتقيأها حتى شربها، وكان ذلك كله بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد فكان إجماعاً^(٧)، أما من لا يرى القبيء دليلاً على الشرب فيرى أن هذا من عمر وعثمان اجتهد وليس فيه إجماع^(٨).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٣٣٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٣، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ١٤، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٨٤.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٧٨ وما بعدها.

(٣) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ١٤.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٣٣٢.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٣٣٢.

(٦) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ١٧٨، ١٨٤.

(٧) المغني ج ١٠ / ص ٣٣٢ م.

(٨) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ١٤.

- ٥٩٣ - هل يقضي القاضي بعلمه؟** : وليس للقاضي أن يقضي بعلمه في الشرب والسكر ولو عاين الحادث بنفسه أو أقر له به الجاني ما دام 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

السرقة

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، أي على سبيل الاستخفاء^(١) .

أما السرقة الكبرى فهي أخذ مال الغير على سبيل المغالبة، وتسمى السرقة الكبرى حراة، وسنفصل القول فيها فيما بعد .

والفرق بين السرقة الصغرى والسرقة الكبرى هو أن السرقة الصغرى يؤخذ فيها المال دون علم المجني 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 القوى والمغالبة لا يعتبر فعله سرقة صغرى، وإنما يعتبر فعله اختلاساً، ومن خطف مالاً من آخر لا يعتبر فعله سرقة صغرى وإنما يعتبر فعله خطفاً أو نهباً، والاختلاس والغصب والنهب كلها صور من صور السرقة، ولكن لا حد فيها، ومن أخذ متاعاً من دار برضاء صاحبها وفي غير حضوره لا يعتبر سارقاً.

أما السرقة الكبرى فيؤخذ فيها المال بعلم المجني عليه ولكن بغير رضاه وعلى سبيل المغالبة، فإن لم تكن مغالبة فالفعل اختلاس أو غصب أو نهب ما دام الرضاء غير متوفر .

٥٩٦ - السرقة المعاقب عليها بالتعزير: هي نوعان: **أولهما:** يدخل فيه كل سرقة

ذات حد لم تتوفر شروط الحد فيها، أو درى فيها الحد للشبهة كأخذ مال الابن وأخذ المال المشترك، ويستوي أن تكون السرقة في الأصل صغرى أو كبرى، **وثانيهما:** هو أخذ مال

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٦٥، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٥، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢١٩، الروض النضير ج ٤ / ص ٢٢٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤١٨، أسنى المطالب ج ١٤ / ص ١٣٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٣٩، كشف القناع ج ٤ / ص ٧٧، المحلى ج ١١ / ص ٣٣٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٥.

الغير دون استخفاء؛ أي: بعلم المجني عليه وبدون رضاه وبغير مغالبة، ويدخل تحت هذا النوع الاختلاس والغصب والنهب، مثل أن يأخذ السارق ملابس آخر خلعتها ووضعها بجواره ثم يهرب بها على مرأى من المجني عليه، ومثل أن يخطف شخص من آخر ورقة مالية كان يمسكها بين أصابعه، وهذا النوع من السرقة لا حد فيه، أي لا قطع فيه، لقول الرسول ﷺ: « 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 على السرقة وأحكامها فإنما يقصدون السرقة الصغرى بينما يسمون السرقة الكبرى الحراية أو قطع الطريق، أما ما عدا ذلك من نهب وغصب واختلاس فيطلقون عليه لفظ الاختلاس بصفة عامة.

والسبب الذي دعا الفقهاء إلى إطلاق لفظ السرقة على السرقة الصغرى دون تمييز أن عقوبتها قطع اليد، وأن أكثر السرقات تقع على سبيل الاستخفاء، أي: تقع سرقة صغرى، والقاعدة العامة التي يسير عليها الفقهاء أنهم يعنون عناية تامة بالجرائم المعاقب عليها بحد أو قصاص، فيبينون أركانها وشروطها ويفصلون أحكامها ولا يتركون صغيرة ولا كبيرة إلا بينوا حكمها، أما الجرائم 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 القاضي وولي الأمر تحديد الأفعال المكونة لها والعقوبات التي تقع على مرتكبيها، وأن هذه الجرائم يختلف النظر إليها باختلاف البلدان ونوع الحكومات، فكان من المعقول أن لا يهتم بتفصيل أحكام الجرائم التعزيرية كما تفصل أحكام الجرائم الثابتة، وهي جرائم الحدود والقصاص، خصوصاً وأن فكرة تجميع الأحكام التشريعية والأفعال المحرمة في مجامع تنشر على الناس لم تكن ظهرت بعد.

ويجب أن نلاحظ أن الفقهاء حين يتكلمون على السرقة الصغرى يتناول كلامهم بالضرورة السرقة المعاقب عليها بالتعزير بنوعيتها، إذ النوع الأول ليس إلا سرقة فيها الحد تخلف فيها شرط من شروط الحد، ولأن النوع الثاني - وهو ما يطلق عليه الاختلاس - لا يختلف عن السرقة الصغرى إلا في بعض الشروط التي يجب توفرها في السرقة دون الاختلاس، فكان الكلام على السرقة شاملاً للاختلاس، فكل سرقة صغرى إذا انتفت بعض شروطها تصبح اختلاساً.

ويمكننا أن نحصر أوجه الخلاف بين السرقة الصغرى والاختلاس فيما يأتي:

- ١ - عقوبة السرقة القطع وعقوبة الاختلاس التعزير.
- ٢ - الركن المادي في السرقة الأخذ على سبيل الاستخفاء، وفي الاختلاس الأخذ دون استخفاء.

٣ - يشترط في السرقة أن يكون المسروق في حرز ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

٤ - يشترط في السرقة أن يبلغ المسروق نصاباً معيناً ولا يشترط ذلك في الاختلاس .

ونستطيع بعد معرفة الفرق بين السرقة والاختلاس أن نقول بأن أحكام الاختلاس في الشريعة تكاد تكون نفس أحكام القانون المصري في السرقات المعتبرة جناحاً، وإذا كان ثمة فرق بين الشريعة والقانون في بعض الحالات كما في حالة اعتبار القانون للاختلاس الحاصل من متعهد النقل سرقة وعدم اعتباره خيانة أمانة كما هو الحال في الشريعة، فإن القانون يجب اتباعه في هذه الحالة، لأن الجريمة من الجرائم التعزيرية وهي محرمة اعتبرت في تكليفها سرقة أو خيانة أمانة، ولولي الأمر سلطة كبرى في تحديد عقوبات الجرائم التعزيرية، فإذا عاقب عليها بعقوبة السرقة فإن أمره يجب أن يطاع .

وإذا قارنا الشريعة الإسلامية بالقانون المصري 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 بغير استخفاء وبغير مغالبة (الاختلاس) وكذلك القانون يعاقب على اختلاس المال سواء كان الاختلاس بعلم المجني عليه أو بغير علمه، أي سواء أخذ خفية أو غير خفية، ما دام ذلك دون رضاه وبغير إكراه، ويعتبر القانون الأفعال التي من هذا النوع جناحاً، كذلك يعاقب القانون على الاختلاس مغالبة أي: بإكراه أو تهديد في الطرق العمومية وغيرها وتعتبر الأفعال التي من هذا النوع جنايات .

ولقد كانت القوانين الوضعية تعاقب، حتى الثورة الفرنسية، على اختلاس منفعة الشيء، وعلى اختلاس حق حيازته، على اعتبار أن اختلاس المنفعة واختلاس الحيازة سرقة، وكذلك كانت هذه القوانين تخلط بين السرقة والتبديد والغصب وتعتبرها جميعاً سرقة متأثرة في ذلك بأحكام القانون الروماني الذي أخذت عنه، أما الشريعة الإسلامية فإنها - على قدمها، وقد وجدت من أكثر من ثلاثة عشر قرناً - لم تخلط بين سرقة الشيء والانتفاع به أو استرداد حيازته، ولم تخلط بين السرقة وبين الجرائم الأخرى الواقعة على الأموال كالغصب والتبديد .

وسنرى عندما نستعرض الأفعال المكونة لجريمة السرقة على وجه التفصيل أنها لا تختلف شيئاً عما وصلت إليه أرقى القوانين الحديثة، ولست أريد من هذا أن أبين للناس مدى دقة فقه الشريعة وصفاته، وإنما أريد أن أبين للناس أن القانون الوضعي حين يتطور مرة بعد مرة إنما يسير في أثر الشريعة ويأخذ بمبادئها، وحين يقال إنه وصل إلى الكمال يكون قد أوشك أن يبلغ فقط بعض ما بلغته الشريعة، وأن اليوم الذي تأخذ فيه القوانين الوضعية عن الشريعة قد أصبح قريباً جداً وأقرب مما يظن أكثر الناس .

المبحث الأول

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 مالاً.
- ٣ - أن يكون المال مملوكاً للغير.
- ٤ - القصد الجنائي.

الركن الأول

الأخذ خفية

٥٩٨ - معنى الأخذ خفية: هو أن يؤخذ الشيء دون علم المجني عليه ودون رضاه، كمن يسرق أمتعة شخص من داره في غيبته أو أثناء نومه، أو من يسرق حاصلات من جرن في غيبة صاحبها أو أثناء نومه، فإن كان الأخذ في حضور المجني عليه ودون مغالبة فالفعل اختلاس لا سرقة، وإن كان الأخذ دون علم المجني عليه ولكن برضاه فالفعل لا يعتبر جريمة.

ويجب في الأخذ أن يكون تاماً، فلا يكفي لتكوين الجريمة أن تصل يد الجاني للشيء المسروق، بل لا بد أن يكون الأخذ بحيث تتوفر فيه ثلاثة شروط:

أولها: أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه المعد لحفظه.

ثانيها: أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه.

ثالثها: أن يدخل الشيء المسروق في حيازة السارق.

فإذا لم يتوفر أحد هذه الشروط اعتبر الأخذ غير تام، وكانت عقوبته التعزير لا القطع، فمن تسور داراً ليسرق منها فضبط قبل أن يصل إلى شيء مما في الدار أو ضبط وهو يجمع المتاع، ومن دخل زريبة ليسرق منها دابة ففك قيدها أو اعتلى ظهرها ثم ضبط قبل أن يخرج بها، ومن دخل جرنأ ليسرق منه قمحاً في غرارة مثلاً فضبط وهو يملأ الغرارة أو ضبط بعد ملئها وهو يحاول أن يحملها أو ضبط بعد أن حملها وقبل أن يخرج بها من الجرن - فكل هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً خفية لأن ما أتاه من الأفعال لم يخرج الشيء المراد سرقته من حرزه، أي المحل المعد لحفظه، وما دام المال لم يخرج من حرزه فهو لم يخرج من حيازة المجني عليه ولم يدخل في حيازة الجاني^(١).

(١) المغني ج ١٠/ ٢٤٩، ٢٥٩، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٥، ٢٩٧، كشف القناع ج ٤ / ص ٧٩، نهاية =

ويترتب على اشتراط الأخذ التام أن لا يقطع في سرقة لم تتم، فكل ما نعتبره اليوم شروعاً في سرقة يعاقب عليه بالتعزير ولا يعاقب عليه بالقطع.

ولكن أصحاب المذهب الظاهري يوجبون القطع في الشروع كلما وضع السارق يده على الشيء المسروق ولو لم يخرج به من حرزه، فإن أخذ وهو يجمع المتاع من منزل المجني عليه وقبل أن يحمله ويخرج به، أو أخذ وهو يحمله وقبل أن يخرج به قطع ما دام قد بدأ فعل السرقة؛ لأن ما وقع منه يجعله سارقاً، ولأن الظاهريين لا يشترطون الحرز في السرقة، ولهذا فهم يعتبرون الأخذ تاماً بمجرد تناول الشيء المسروق بقصد سرقة، ولو لم يخرج الشيء من حيازة المجني عليه، ويدخل في حيازة الجاني حيازة فعلية ونهائية^(١)، وإن كانوا يفرقون بين السرقة والاختلاس ويرون القطع في السرقة دون الاختلاس.

وعبارة الأخذ خفية في الشريعة يقابلها لفظ الاختلاس في القوانين الوضعية، ويشترط ليكون الاختلاس تاماً في القانونين المصري والفرنسي أن يخرج الشيء من حيازة المجني عليه وأن يدخل في حيازة الجاني، ومعنى هذا أن الشريعة تشترط 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 المجني عليه وإدخاله في حيازة الجاني، ويكتفون بأن يتناول الجاني الشيء بقصد سرقة لاعتباره 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 وعقوبتها التعزير، ويكفي فيها لاعتبار الأخذ تاماً أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه ويدخل في حيازة السارق، فمثلاً إذا سرق الجاني دابة المجني عليه أثناء سيرها في الطريق دون حارس فإن مجرد ركوبه للدابة يعتبر أخذاً تاماً لها لأنه يدخلها في حيازة الجاني ويخرجها من حيازة المجني عليه.

وتتفق الشريعة أيضاً مع القانون المصري والفرنسي إذا كان الفعل الحاصل من الجاني معاً يعتبر في الشريعة اختلاساً فإن الاختلاس عقوبته التعزير لا القطع، ويكفي في حالة الاختلاس لاعتبار الفعل تاماً أن يخرج الشيء المختلس من حيازة المجني عليه ويدخل في

= المحتاج، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، ١٤١ وما بعدها، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٠، ٢٤١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٥، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٨، المدونة ج ١٦ / ص ٧٢، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٧.

(١) المحلى ج ١١ / ص ٣١٩، ٣٣٧.

حيازة المختلس، فمن خالس المجني 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 المجني عليه، فمن سرق من زريبة أو منزل أو دكان يعتبر أنه أخرج المسروق من حيازة المجني عليه بمجرد إخراج المسروقات من الزريبة أو المنزل أو الدكان، وكذلك من يسرق من جيب إنسان يعتبر أنه أخرج المسروقات من حيازة المجني عليه بمجرد إخراج المسروقات من الجيب؛ لأن الجاني في هذه الأحوال جميعاً يزيل عن المسروقات يد المجني عليه.

وإخراج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه لا يتوقف دائماً على خروج السارق به من الحرز، فقد يخرج المسروق من حيازة المجني عليه مع بقاء الجاني في الحرز ومع عدم خروج المسروق من الحرز، ومثال ذلك أن يبتلع السارق المسروقات في الحرز إذا كانت مما لا يفسد بالابتلاع كجواهر أو نقود ابتلعها السارق داخل الحرز، ففي هذه الحالات وأشباهها تدخل المسروقات في حيازة السارق وتخرج من حيازة المجني عليه قبل أن يخرج السارق من الحرز وقبل أن يعتبر الأخذ تاماً لأنه لا يتم إلا بالخروج من الحرز^(١).

أما إذا كان الشيء الذي ابتلع في الحرز مما يفسد بالابتلاع كاللبن أو الحلوى وما أشبهه فالفعل لا يعتبر سرقة في الشريعة وإنما هو إتلاف، والقاعدة في الشريعة أن كل ما استهلك في محل الحادث فهو متلف لا مسروق، سواء استهلك بواسطة أكله أو شربه أو تمزيقه أو تحريفه إلى غير ذلك^(٢).

ويرى أبو حنيفة أن إخراج الشيء المسروق من حرزه ومن حيازة المجني عليه لا يستتبعه حتماً دخوله في حيازة الجاني، ومثل ذلك أن يأخذ السارق متاعاً ويلقي 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 وأمثالهما يرى أبو حنيفة أن المسروق لم يدخل في حيازة السارق، لأنه لا يدخل في حيازة السارق إلا إذا خرج من حيازة المجني 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 آخر فأخذه

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢١٦، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٤، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٧، كشف القناع

ج ٢ / ص ٧٩، ٨٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣١٨.

(٢) نفس المراجع السابقة.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤١.

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 النظرية بنظرية اليد المعترضة، 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 أخذه من الحرز، ورد 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 مالكا والشافعي وأحمد يرون أن المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد خروجه من حيازة المجني عليه ولو لم يضع السارق يده عليه وضعاً مادياً، وإذن فاليد المعترضة لا تحتاز المسروق إلا بعد دخوله في حيازة السارق^(٤).

ومن ثمّ 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 حملاً أو رمياً أو جرّاً أو إكراهاً أو تدليساً سواء أخذه بعد إخراجه أو تركه أو أخذه غيره، ويعتبر الأخذ تاماً عندهم بالإخراج، ولو رد الجاني المسروق لحزبه بعد إخراجه.

والأخذ خفية على نوعين: فهو إما أن يكون أخذاً مباشراً، وإما أن يكون أخذاً بالتسبب، فأما الأخذ المباشر فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه، أو أن يؤدي فعله مباشرة إلى إخراجه كأن يدخل الحرز فيحمل المسروق أو يلقي به إلى خارج الحرز، أو أن يدخل يده في الحرز فيأخذ المسروق أو يلتقطه بمِخْجَن، أو أن يبطر جيباً فيسقط منه المال، أو ينقب حرزاً فيه طعام أو حب فينثال منه إلى الخارج، إلا أن بعض الفقهاء يجعل لهذه القاعدة استثناءات سنتحدث عنها فيما بعد، وإذا حمل السارق

(١) نفس المراجع السابقة.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٥.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٥.

(٤) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، ١٤٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٨،

المغني ج ١٠ / ص ٢٥٩، المدونة ج ١٦ / ص ٧١.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٧.

المسروق إلى خارج الحرز، أو ألقى بالمسروق إلى خارج الحرز، أو أدى فعله المباشر إلى إخراج المسروق من الحرز، فإن شروط الأخذ خفية تكون تامة ويقطع السارق بسرقة^(١).

أما إذا ضبط قبل أن يخرج المسروق من الحرز أو قبل أن يؤدي فعله إلى إخراجه فلا قطع عليه إلا في رأي الظاهريين وحدهم؛ لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول الجاني للشيء المسروق ولأنهم لا يعبرون الحرز؛ وعند باقي الفقهاء على الجاني التعزير ولا قطع عليه لأن شروط الأخذ حقيقة لن تتم، وقد سبق الكلام على هذه النقطة.

وإن ضبط السارق بعد إلقاء المسروق خارج الحرز وقبل أن يخرج من الحرز لأخذه، فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن المسروق وإن كان قد أخرج من الحرز ومن حيازة المجني عليه إلا أنه لم يدخل في حيازة السارق الفعلية، أو لأن يد السارق لم تثبت على المسروق فلا يعتبر في حيازته^(٢) فعلاً، وإن كان الحنفية يعتبرون الشيء في حيازة السارق حكماً بإلقائه ما لم تكن هناك يد معترضة؛ أي شخص يضع يده على الشيء^(٣)، وهم متفقون على قطع السارق فيما ألقاه خارج الحرز ثم خرج فأخذه، ولا يخالفهم في هذا إلا زفر، وقد بينا من قبل سبب خلافه.

ويرى بقية الأئمة ومعهم الشيعة الزيدية أن الشيء المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد إلقائه إلى خارج الحرز وأن الحيازة الحكمية تكفي لاعتبار الأخذ تاماً كالحيازة الفعلية سواء سواء، فإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز فقد تمت السرقة، سواء خرج السارق فأخذه أو وجد أن غيره قد استولى عليه، وسواء ضبط السارق قبل خروجه من الحرز أم لم يضبط، إلا أن الإمام مالكاً تردد في اعتباره السرقة تامة في حالة ضبط السارق داخل الحرز بعد إلقاء المسروقات في خارجه، ولكن المذهب على اعتبار السرقة تامة^(٤)، 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 في هذا إلا الظاهريون؛ لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول السارق للشيء المسروق ولو لم يبرح مكانه، أما إذا كانت الدار مكونة من بيوت أو غرف مستقلة يعتبر كل منها مسكناً مستقلاً فالأخذ من أحد البيوت أو الغرف يعتبر تاماً إذا أخرج السارق المتاع المسروق إلى ساحة الدار المشتركة أو ضبط فيها ومعه المسروقات؛ لأن كل بيت أو غرفة حرز مستقل وليس له

(١) المذهب ج ٢ / ص ٢٩٧، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٩، فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤١، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٥.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٤.

(٤) المدونة ج ١٦ / ص ٧١، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٨، المذهب ج ٢ / ص ٢٩٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٧.

علاقة بساحة الدار، فإذا أخرج السارق المسروقات إلى ساحة الدار فقد أخرج المسروق من حرزه^(١).

وإذا استهلك الجاني الشيء أو أتلّفه داخل الحرز فهو متلف للشيء لا سارق له، فأما إذا خرج بشيء منه بعد إتلافه فهو سارق لما خرج به إذا بلغ نصاباً، وتقدر قيمة المسروق بما خرج به لا بما أتلّفه، وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد^(٢)، وبهذا الرأي تأخذ الشيعة الزيدية^(٣).

وهذا ما يراه أبو حنيفة ومحمد إلا أن أبا يوسف يرى أن من أتلّف الشيء داخل الحرز ثم خرج بالمتلف وقيّمته نصاباً فإنه لا يقطع، لأنه بالإتلاف ضمن قيمة الشيء، والمضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق لملكه من وقت الأخذ فلو قُطع لقطع في ملك نفسه^(٤).

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، أي سرقة وإنما يعتبر إتلافاً ويعاقب عليه بعقوبة التعزير، وأما ما لا يفسد بالابتلاع ففيه آراء:

أولها: الابتلاع يعتبر استهلاكاً للشيء فهو إتلاف لا سرقة، وتظهر وجهة هذا الرأي في حالة ما إذا لم يخرج الشيء من جوف الجاني وبقي به.

وثانيها: أن الابتلاع يعتبر أخذاً كما لو خرج الشيء في وعاء، وتظهر وجهة هذا الرأي في حالة خروج المسروق من جوف الجاني، وعلى هذا الرأي المالكية وبعض الشافعية^(٥).

وثالثها: يفرق بين خروج المسروق بعد ابتلاعه وعدم خروجه، فإن خرج بالفعل سرقة وإن لم يخرج بالفعل إتلاف^(٦).

ورابعها: وهو للحنابلة، فبعضهم يعتبر الفعل إتلافاً في كل حال، وبعضهم يعتبره سرقة إذا خرج الشيء الذي بلغ فإذا لم يخرج فهو إتلاف^(٧).

(١) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٤٣٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٦٠، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٧، كشاف القناع ج ٤ / ص ٨٠، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٣، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٨.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٢٦١، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٨، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٩.

(٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٢٦٤.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٦٤، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٠، ٨٤.

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٩.

(٦) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٨٤، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٧.

(٧) المغني ج ١٠ / ص ٢٦١.

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 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 يخرجه فعليه التعزير.

٥٩٩ - نظرية الهتك المتكامل: وإذا كان السارق واحداً فنقب الحرز، كما لو كان منزلاً مثلاً وأدخل يده في الثقب وأخذ المتاع، أو مد قصبته أو مِحْجناً فأخذه به، فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن السارق لم يدخل الحرز، وهتك الحرز هتكاً متكاملاً شرط لتكامل الجنائية، ولا يتصور تكامل الهتك فيما يمكن الدخول منه إلا بالدخول فعلاً، أما مثل الصندوق والغرارة فلا يمكن الدخول فيهما، فالأخذ التام منهما باليد دون دخول يعتبر هتكاً متكاملاً، وتسمى هذه النظرية بنظرية الهتك المتكامل^(١)، ولكن الأئمة الثلاثة، ومعهم أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة، والشيعة الزيدية يرون الأخذ تاماً سواء دخل السارق الحرز أو لم يدخله؛ لأن ركن السرقة: الأخذ من الحرز وليس دخول الحرز، فكلما أمكن الأخذ من الحرز دون دخوله فهو أخذ تام^(٢).

٦٠٠ - تعدد الجناة: وإذا اشترك في السرقة اثنان فدخل أحدهما الحرز وبقي الثاني في خارجه وناول الداخل للخارج المسروق من وراء الجدار أو من فتحة الباب أو من نقب في الحائط، فيرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام بالنسبة للداخل والخارج معاً؛ فأما بالنسبة للداخل فلائنه - وإن كان قد أخرج المتاع بفعله من الحرز ومن حيازة المجني عليه إلا أن المتاع لم يدخل في حيازة الداخل، وإنما دخل في حيازة زميله الذي كان في الخارج، ومن ثمّ فالأخذ غير تام بالنسبة للداخل، ورأي أبي حنيفة في هذه المسألة تطبيق لنظرية اليد المعترضة التي سبق بيانها، أما بالنسبة للخارج فإن كان المسروق قد دخل في حيازته فإن لم يخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجني عليه، ومن ثمّ 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

(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 الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٧، ٣٦٨.

أقام زميله الخارج مقامه بتسليم المسروقات إليه، ولكنهم إذا خالفوا رأي أبي حنيفة بالنسبة للدخل فإنهم يرون رأيَه 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 فلأنه لم يدخل الحرز فيهلك هتكاً متكاملاً، وهذا تطبيق لنظرية الهتك المتكامل، وأما الداخل فلأنه لم يخرج المسروق من الحرز، ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبا يوسف - صاحب أبي حنيفة - يرون أن الأخذ يعتبر تاماً بالنسبة للخارج لأنه أخرج المتاع المسروق من الحرز ومن حيازة المجني عليه وأدخله في حيازة نفسه، ولأن ركن السرقة هو الأخذ، وقد أخذ المسروق، وليس ركن السرقة الدخول في الحرز، أما بالنسبة للداخل فيتفق رأي هؤلاء الفقهاء مع رأي أبي حنيفة^(٢).

وإذا وضع الداخل المسروقات في وسط الثقب فمد الخارج يده لأخذها بحيث اجتمعت أيديهما في الثقب بموضع لم يخرجها الداخل من الحرز ولم يخرجها الخارج من الحرز فتعاونوا معاً على إخراجها وأخرجاه من الحرز فالأخذ تام بالنسبة لكليهما في رأي مالك^(٣)، وهو كذلك عند أحمد وأبي يوسف من فقهاء الحنفية^(٤)، ولكن الشافعي يرى أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة للداخل والخارج معاً؛ لأن الداخل لم يخرجها من تمام الحرز ولأن الخارج لم يأخذها من داخل الحرز^(٥).

أما عند أبي حنيفة فلا يعتبر أحدهما آخذاً؛ لأن الخارج لم يدخل الحرز ويهلكه هتكاً متكاملاً ولأن الداخل لم يخرجها من الحرز، وعلى فرض أنه أخرجها فإن يداً أخرى اعترضت يده. وإن دخل أحدهما إلى الدار فربط المسروقات بحبل وكان طرف الحبل مع آخر في الخارج فجر المسروقات حتى أخرجها من الحرز، فالأخذ تام بالنسبة للخارج عن الشافعي وأحمد وأبي يوسف والشيعة الزيدية، وليس تاماً بالنسبة للداخل، أما عند أبي حنيفة فالأخذ ليس تاماً أيضاً بالنسبة للخارج تطبيقاً لنظرية الهتك المتكامل^(٦).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٥، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٣، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣١٠، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٤، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٠، المغني ج ١٠ / ص ٢٩٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٨.

(٢) نفس المراجع السابقة.

(٣) المدونة ج ١٦ / ص ٧٣.

(٤) كشف القناع ج ٤ / ص ٨٠، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٣.

(٥) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٦.

(٦) نفس المراجع السابقة.

وإذا دخلا معاً في الحرز فصعد أحدهما إلى سطح المنزل، وجمع الثاني المتاع المسروق فربطه بحبل فجره على السطح وألقى به إلى الخارج، فالأخذ تام بالنسبة لكليهما عند مالك وأبي حنيفة وأحمد، وليس تاماً عند الشافعي إلا بالنسبة لمن ألقى به إلى الخارج^(١)، فأما الشافعي 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 للمتاع 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 يعتبران من يدخل الحرز مخرجاً للمسروق، ولو لم يحمل من المسروق شيئاً ما دام شريكه أو شركاؤه قد احتملوه^(٢).

وستتکلم على هذه القاعدة بتوسع عند الكلام على الإعانة، وتأخذ الشيعة الزيدية بهذه القاعدة^(٣) على أن فيهم من يأخذ برأي الشافعي.

وإذا بطل الحرز قبل إخراج المسروقات منه فلا تتم شروط الأخذ خفية لأن شروط الإخراج من الحرز تنعدم 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 بتمام شروط الأخذ خفية.

وستتکلم على ما يبطل الحرز عند الكلام عن الحرز، ويبطل الحرز عند الشافعي وأحمد والشيعة الزيدية بفتح الباب والثقب ولكنه لا يبطل بهما عند مالك وأبي حنيفة، فإذا ثقب شخص حرزاً أو فتح باباً ولم يسرق شيئاً فجاء آخر ودخل الحرز وسرق منه متاعاً فلا قطع على أحدهما عند الشافعي وأحمد والشيعة الزيدية؛ لأن الأول لم يأخذ شيئاً فلا يسأل عن السرقة وإنما يسأل عن إتلاف الحائط، ولأن الثاني أخذ المتاع من غير حرز، والسرقة من غير حرز لا قطع فيها.

أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الأخذ تام بالنسبة للثاني الذي دخل الحرز وأخذ المتاع، لأن الثقب لم يخرج المكان عن كونه حرزاً^(٤).

(١) المدونة ج ١٦ / ص ٧٣، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٠، المغني ج ١٠ / ص ٢٩٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٤، ٢٤٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٤، المغني ج ١٠ / ص ٢٤٧، ٢٩٨، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٠.

(٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٦.

(٤) شرح الأزهار ج ٧ / ص ٣٧٠، المغني ج ١٠ / ص ٢٩٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٧، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٣ وما بعدها.

ويرتب الحنابلة على القول بأن الثقب يبطل الحرز أن الجاني لو ثقب في ليلة ولم يأخذ شيئاً فعلم المالك بهتك الحرز وأهمله ثم جاء الناقب في ليلة تالية قبل إعادة الحرز فسرق ما في المنزل أو جاء في نفس الليلة من إحداث الثقب فسرق فإن الأخذ لا يعتبر تاماً لأن السرقة من غير حرز، وكذلك الشأن عند الحنابلة في حالة الإخراج على دفعات فإن نقب الجاني الحرز فأخرج ما دون النصاب ثم دخل فأخرج ما يتم به النصاب، فإن كان ذلك في وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع، لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة، والأولى دون النصاب هي والثانية، وكذلك إن كانا في ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة، أما إذا تقاربا فهما سرقة واحدة لبناء الفعلين أحدهما على الآخر، وإذا بنى فعل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعل الواحد بعرضه 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 لمحدث النقب إلا بعلم المالك أو باستشهار هتكه، أما بالنسبة للغير فيبطل في الحال، ويرتب الشافعية على القول بأن النقب يبطل الحرز بأن الجاني لو نقب في ليلة وسرق في أخرى كان أخذه تاماً موجباً للقطع، إلا إذا كان النقب ظاهراً يراه الطارقون والمارة، أو علم المالك به بعد الحرز^(٣).

أما الشأن عندهم في حالة الإخراج على دفعات فلم يتفقوا عليه، فإذا نقب شخص حرزاً ثم أخرج منه نصاباً على دفعات، فبعضهم يرى الأخذ تاماً، ولو أن الإخراج على دفعات لأن بعض فعله ينبنى 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 للناقب فلا يبطل إلا على الوجه الذي سبق بيانه وطبقاً للآراء المختلفة، التي عرضناها، فلو نقب شخص حرزاً فجاء آخر وسرق ما في داخل الحرز فلا يعتبر أخذه تاماً لأنه أخذ من غير حرز، أما الإخراج على دفعات عند مالك وهو لا يرى بطلان الحرز بالنقب ولا فتح الباب فتحكمه أن العبرة بقصد الجاني، فإن قصد الجاني ابتداء أخذ المسروق ولكنه أخرجه على دفعات فالأفعال كلها سرقة واحدة، ويستدل على قصد الجاني بإقراره أو القرائن، سواء كان يستطيع أن يخرج

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٦٢.

(٢) كشاف القناع ج ٤ / ص ٨١.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٧.

(٤) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، نهاية المحتاج ج ٦ / ص ٤٢٠.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٨.

المسروق كله مرة واحدة ولكنه لم يخرج، أو كان لا يستطيع أن يخرج إلا على دفعات، أما إذا قصد الأخذ في كل دفعة قصداً مستقلاً فكل دفعة تعتبر سرقة مستقلة، فإن أخرج فيها نصاباً قُطع، وإلا لم يقطع^(١).

أما أبو حنيفة فيرى في حالة الإخراج على دفعات اعتبار كل دفعة وحدها، فإن بلغت النصاب وحدها استحق المخرج القطع وإلا فلا، ولو أن المخرج قصد أن لا يخرج في كل مرة نصاباً تحايلاً منه^(٢).

والإخراج من الأحراز 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 التي نقل إليها المتاع المسروق حرزاً مستقلاً عن الغرفة التي كان فيها، وإذا نقله إلى ساحة المنزل فلا يعتبر الأخذ تاماً إلا إذا كان المنزل مكوناً من مساكن مختلفة والساحة مشتركة للجميع، ففي هذه الحالة يعتبر الأخذ تاماً، أما إذا كان الحرز حرزاً بالحفاظ فإنه يكفي لاعتبار الأخذ تاماً أن يفصل بالمسروق عن مكانه أو يفصل به عن الحارس، فالنشال يعتبر أخذه تاماً بمجرد أخذه النقود من جيب المجني عليه وبمجرد شق الجيب وسقوط النقود منه، ولو على الأرض.

٦٠١ - التعاون على الإخراج: الأصل أنه لا يقطع في السرقة إلا الشخص الذي يخرج المسروق من الحرز سواء حمله إلى خارج الحرز أو رماه إلى الخارج، ولكن الكثيرين من الفقهاء جروا على قطع كل من تعاونوا على إخراج المسروق وإن كان بعضهم لم يحمل بالذات شيئاً؛ لأن الحمل والإخراج يعتبر حاصلًا منهم معني لا مادة.

وفي اصطلاح هؤلاء الفقهاء أن المعين على إخراج المسروق هو من يعين السارق على إخراج الشيء المسروق من الحرز سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية، وهم يلحقون المعين على السرقة بمن يباشر السرقة ويعطونه حكمه، لأن السارق وحده غالباً وإنما يتعاون مع غيره، فلو جعل القطع على المباشر وحده لانفتح باب السرقة وانسد باب القطع^(٣).

والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر متفقون على أن القطع على من يعين فقط في إخراج الشيء المسروق من الحرز لأنه يعتبر مخرجاً له، فإن كان العون في غير ذلك كاشتراك في النقب أو كسر الباب أو فتحه بمفتاح مصطنع أو مساعدة على تسليق الحائط للدخول في الحرز، أو مساعدة في حمل المسروقات بعد إخراجها من الحرز لم يقطع

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٦.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٧، ٧٨.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٦.

المعين على كل ذلك وأشباهه، فلو اتفق اثنان مثلاً على سرقة منزل وتعاونوا على نقب الحائط ثم دخل أحدهما وبقي الآخر في الخارج يرقب الطريق، وأخرج الداخل المسروقات من الحرز مرة بعد أخرى دون أن يستعين بزميله وبعد إخراجها تعاونوا على حملها، فالقطع على الداخل وحده وعلى الخارج التعزير؛ لأنه لا يعتبر معيناً على الإخراج ما دام لم يتعاون مع المباشر في إخراج الشيء المسروق من الحرز.

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، وسنستعرض فيما يلي آراء المذاهب المختلفة فيمن يعتبر معيناً على إخراج المسروق.

فمالك 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 إخراجة لأن فعل كل منهما لم يستقل بإخراج المسروق، ولأن فعل كل منهما جاء مصاحباً لفعل الآخر، ومثل ذلك أن يربط الداخل المتاع بحبل يجره 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 صاحب 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 إخراجة 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 فالحاملون جميعاً مباشرون للسرقة ما دام أنهم قد حملوه حتى أخرجه من الحرز، فإذا حملوه فوضعوه على شخص منهم أو على دابة فالمباشر هو المخرج والباقون معينون، وفي هاتين الحالتين يكفي لقطع المباشرين والمعينين أن تبلغ قيمة المسروق نصاباً واحداً، وإذا اشترك كثيرون في إخراج المسروقات من الحرز ولم تكن هناك ضرورة للتعاون وإنما أخرج كل منهم شيئاً يحمله وهم

(١) المدونة ج ١٦ / ص ٧٣، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٦.

شركاء في كل ما أخرجوه فالمخرجون جميعاً مباشرون ولا يقطع منهم إلا من بلغت قيمة ما أخرجته نصاباً، ويعزر من أخرج دون النصاب.

ولا يعتبر معيناً عند مالك من يدخل الحرز أو يبقى في خارجه دون أن يأتي عملاً مادياً يشترك به في إخراج المسروقات على الوجه الذي سبق بيانه، فمن وقف داخل الحرز ليحمي حامل المسروقات، أو ليمنع السكان من الحركة أو الاستغاثة، أو ليرشد اللصوص على مكان النقود، فإنه لا يعتبر مباشراً ولا معيناً ولا قطع عليه وإنما عليه التعزير^(١).

ويشترط أبو حنيفة لاعتبار الشخص معيناً أن يدخل الحرز، فإن لم يدخل الحرز فلا يعتبر معيناً ولو ساعد فعله على إخراج المسروقات من الحرز، ورأيه هذا تطبيق آخر لنظريته في هتك الحرز هتكاً متكاملاً.

والمعين في مذهب أبي حنيفة هو من دخل الحرز مطلقاً، سواء أتى عملاً مادياًعاون به على إخراج المسروقات كأَنْ وضعها على ظهر آخر فأخرجها الآخر، أو أتى عملاً معنوياً يساعد على إخراج المسروقات من الحرز كوقوفه للحراسة أو لمنع الغوث أو للإشراف على نقل المسروقات من الحرز، ويعتبر مجرد وجوده داخل الحرز 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 نصاباً، فإذا كانت قيمة ما أخرج لا تكفي 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 تكفي لأن يصيب كل منهم نصاباً^(٤)، وفي هذا يختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة.

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 حمل المسروقات أو أتى عملاً معنوياً تمنع الغوث أو لم يأت عملاً ما.

وفي مذهب أحمد يُقطع المباشر والمعين إذا بلغت قيمة ما أخرج نصاباً واحداً، وإذا

(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) نفس المراجع السابقة.

اشترك جماعة في السرقة فليس من الضروري أن يبلغ ما حملة كل منهم نصاباً بل يكفي أن يبلغ كل ما أخرجوه من الحرز نصاباً واحداً لا غير ليقطعوا به هم ومن أعانواهم 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 حملة لخارج الحرز، أو أشياء متعددة فيحمل كل منهم شيئاً، فمن أخرج منهم شيئاً خارج الحرز فهو سارق.

ثانيهما: أن يختص كل من السارقين نصاباً إذا وزعت عليهم قيمة كل ما أخرجوه بغض 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 أخرج أقل من نصاب لم يقطع^(٣)، ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب مالك، فهم يرون قطع المعين من الخارج أو من الداخل بنفس الشروط وعلى الكيفية التي يراها المالكيون^(٤).

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 نعرف في القوانين الوضعية فلا قطع عليه وعليه التعزير ما دام أنه لا يعين على إخراج المسروق من الحرز، 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 الحرز بنفسه، وإنما يؤدي فعله بطريقة غير مباشرة إلى إخراج المسروقات، مثل أن يضع المسروق على ظهر دابة ويسوقها فتخرج به من الحرز، أو يلقي بالمسروق في ماء جارٍ إلى خارج

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٩٥، ٢٩٦، كشف القناع ج ٤ / ص ٧٩.

(٢) المهذب ج ٢ / ص ٢٤٩، ٢٩٧، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢١.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢١.

(٤) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٦٦، ٣٦٨.

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 ويطيّره فيخرج المسروق، أو يأمر صغيراً أو معتوهاً بإخراج المسروق فيخرجه، أو أن يستتبع سخل شاة أو فصيل ناقة أو غيرها مثل أن يشتري الأم والسخل على ملك الغير في حرز، فيأتي بالأم إلى مكان السخل ويريه أمه حتى يتبعها، وكذلك العكس نحو أن يأتي في مكان أمه وهي في حرز مالکها حتى يستتبع الأم سخلها بأن يبعثه عليها حتى تتبعه، أو أشار لشاة في الحرز بالعلف حتى خرجت إليه فأخذها^(١).

والأخذ بالتسبب كالأخذ المباشر عقوبته القطع، بشرط أن تتم شروط الأخذ فيخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجني عليه ويدخل في حيازة الجاني، ويراعى في الأخذ بالتسبب ما سبق ذكره من وجوه الخلاف بين الفقهاء وعلى الأخص نظرية أبي حنيفة في هتك الحرز هتكاً متكاملاً ونظريته في المعترض، فمثلاً في حالة استتباع السخل أو الفصيل 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 المسروق في ماء جار وعثور آخر عليه وأخذه، يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن يداً اعترضت يد السارق.

ويشترط في الأخذ خفية أن يفعل الحيازة كاملة دون حق من المجني عليه للجاني، أي أن ينقل الحيازة بعنصرها المادي والمعنوي عنصر التبعة وعنصر الملك، فإن نقل أحد العنصرين دون الآخر، ولو بغير حق، فلا يعتبر الفعل سرقة، فالمعير الذي يأخذ متاعه خفية عن التسعير، والمؤجر الذي يأخذ متاعه خفية عن المودع لديه، والراهن الذي يأخذ متاعه المرهون خفية عن المرتهن، والمشتري الذي يأخذ المبيع خفية عن البائع، ولو أن ميعاد التسليم لم يحل بعد، والمستأجر أو المرتهن أو المودع لديه أو المستعير الذي يأخذ الشيء المؤجر أو المرهون أو المودع أو المعار في خفية عن المالك، والمشتري الذي يأخذ المبيع قبل تسليم الثمن أو في زمن الخيار، والموهوب له الذي يأخذ ما وهب له خفية - كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم أخذاً خفية لأن أخذه لا ينقل إلا أحد عنصري الحيازة فقط^(٢).

ويشترط في المسروق أن يكون مما هو خالص لغيره، أي: ليس للسارق فيه ملك ولا حق بل المستحق له غيره، ويشترط في الأخذ خفية أن يكون الشيء المسروق في يد

(١) كشف القناع ج ٤ / ص ٨٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٣٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٨، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٦٧، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٧، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، كشف القناع ج ٤ / ص ٧٧، ٧٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٧٧، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٦٥.

المجني عليه أو أي شخص آخر يقوم مقامه 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 تقتضي الأخذ خفية، والأخذ خفية لا يكون إلا من يد المجني عليه أو من يمثله، ولا يعتبر الجاني آخذاً خفية إذا كان يمثل المجني عليه في حيازة الشيء أو كان المجني عليه قد مكّنه من الشيء ومنحه سلطة عليه، وعلى هذا لا يعتبر الوكيل سارقاً لأنه يمثل المجني عليه، ولا يعتبر الخادم سارقاً مما وضع في يده أو أمكن منه ومنح سلطة عليه.

وما يشترط في الشريعة من أن ينقل الأخذ الحيازة كاملة بعنصرها المادي والمعنوي هو نفس النظرية التي قال بها جارسون لتحديد الأفعال التي تعتبر سرقة، فهو يفرق بين الحيازة الكاملة، التي تشمل الركن المادي والركن المعنوي للحيازة وهي حيازة المالك، وبين الحيازة المؤقتة التي تشمل الركن المادي فقط كحيازة المستأجر والمرتهن والمستعير، كما يفرق بين هذين الفرعين من الحيازة وبين اليد العارضة التي لا تمنح صاحبها أي حق أو سلطة على الشيء، ويعرف جارسون الاختلاس، وهو الفعل المادي المكون للسرقة، بأنه الاستيلاء على حيازة الشيء الكاملة، أو هو اعتيال الحيازة ركنيها المادي والمعنوي، فالنظرية التي وصل إليها الفقه والقضاء أخيراً وتولى تنظيمها وشرحها جارسون هي نظرية الفقه الإسلامي.

٦٠٣ - التسليم ينفي الأخذ خفية: واضح من كل ما سبق أن التسليم يمنع من القول بأن الشيء أخذ خفية لأن الأخذ خفية يقتضي أن يؤخذ الشيء من يد المجني عليه أو من يمثله دون علمه ودون رضاه معاً، والتسليم يجعل المجني عليه عالمًا بأخذ الشيء، سواء توفر الرضاء أو انعدم، ويستوي أن يكون المجني عليه راضياً بالتسليم أو مكرهاً عليه، فالفعل في الحالين ليس سرقة، وإن كان من الممكن أن يكون الفعل حراة في حالة الإكراه إذا توفرت بقية أركان جريمة الحراة؛ لأن جريمة الحراة لا يشترط فيها الأخذ خفية وإنما يكون الأخذ فيها مغالبة، ويمنع التسليم الحيازة كاملة أو ناقصة أو ترتب عليه تمكين الجاني من الشيء أو منحه سلطة عليه، كحالة الطباخ مثلاً تسلم إليه أدوات المطبخ لاستعمالها.

ويستوي أن يكون التسليم ناشئاً عن خطأ أو عن غش أو قصد به مجرد تمكين 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 المجني 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 قانوني العقوبات المصري والفرنسي.

ولا يعتبر الفعل سرقة إذا تسلم الجاني المبيع على أن يدفع ثمنه فوراً فأخذه وهرب، أو إذا تسلم ورقة مالية أو قطعة نقود كبيرة ليصرفها نقوداً صغيرة فأخذها وهرب، والمانع من اعتبار الفعل سرقة هو التسليم، لأن في التسليم علم المجني 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 ويكتفي في عقابه بالتعزير.

وتمكين الجاني من الشيء أو السماح له بدخول محل المسروق في حكم تسليم الشيء المسروق إلى الجاني، فالسرقة التي تقع من العمال أو الخدم والنزلاء وما أشبه لا قطع فيها إذا كانت السرقة واقعة على شيء في المحل الذي يعمل فيه الخادم أو العامل أو يدخله النزيل أو في المحلات المصرح لهم بدخولها؛ لأن الإذن للعامل والخدم 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 التعزير، وسنعود للكلام على هذه النقطة بتوسع بمناسبة الكلام عن الحرز.

وإذا أخذ المكلّف بنقل الأشياء بعض ما كُلف بنقله فعمله 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 ورضاء المجني عليه، فالعقوبة إذن على أي فرض هي عقوبة التعزير وكل جريمة عقوبتها التعزير في الشريعة الإسلامية يصح للهيئة التشريعية أن تجعلها في حكم جريمة أخرى إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة، فيصح اعتبار الاختلاس الحاصل عن محترفي 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 أعطاها حكم السرقة، أو

اعتبر الفعل سرقة تشديداً على محترفي 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 المجاعة وزمن القحط لأن الضرورة تبيح تناول من مال الغير بقدر الحاجة، فإذا سرق المحتاج ما يأكله فلا قطع عليه لأنه كالمضطر، وقد روي عن مكحول أن رسول الله ﷺ قال: « لا قطع في مجاعة مضطر » ويشترط في الأخذ أن لا يجد ما يشتريه، أو لا يجد 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 الغالي.

والقاعدة في الشريعة أن للمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن في حاجة إليه، وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه، فإن قتل المضطر فقاتله مسؤول جنائياً عن قتله ولا يعتبر في حالة دفاع، وإن قتله المضطر فهو هدر لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبهه القاتل، ولكن ليس للمضطر أن يسرق شيئاً أو أن يقاتل على شيء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشيء في الثمن لأن المضطر لا يلزمه شرعاً إلا ثمن المثل^(٢).

ويشترط أبو حنيفة ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن يكون الأخذ في دار العدل، فلا قطع عنده على من سرق في دار الحرب أو دار البغي، ولو كان المجني عليه والجاني من أهل دار العدل؛ لأن السرقة تقع في مكان لا ولاية للإمام عليه والقضاء بالعقوبة يقتضي الولاية على مكان الجريمة، ومن ثم لا تعتبر السرقة في دار الحرب أو دار البغي سبباً لوجود القطع^(٣).

هذا ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة^(٤).

أما المذهب الظاهري فيتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة^(٥)، ومذهب أبي حنيفة يخالف المذاهب الأخرى في هذه الناحية، حيث يرى بقية الفقهاء قطع السارق على السرقة في دار

(١) المذهب ج ٢ / ص ٢٩٩، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٣، المغني ج ١٠ / ص ٢٨٨، المحلى ج ٤ / ص ٣٤٣، شرح فتح القدير ج ١١ / ص ٢٢٩.

(٢) المغني ج ١١ / ص ٨٠، أسنى المطالب ج ١ / ص ٥٧٢، مواهب الجليل ج ٣ / ص ٢٤٣، حاشية ابن عابدين ج ٥ / ص ٢٩٦.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٠. (٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٤، ٥٥٢.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ٣٦٠ وما بعدها.

الحرب أو دار البغي^(١)، ويرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع المستأمن في سرقة مال المسلم أو الذمي لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة، ولأنه لم يلتزم أحكام الإسلام، وعند أبي يوسف يقطع^(٢)، ويرى مالك قطع المستأمن وكل معاهد^(٣)، وحجته أن حد القطع لله^(٤)، وفي مذهب الشافعي وأحمد ثلاثة آراء: أحدها: وهو المرجوح يتفق مع رأي أبي حنيفة، والثاني: وهو الراجح يتفق مع رأي مالك^(٥)، والثالث: بأنه إذا اشترط قطعه للسرقة فُقطع لأنه يصبح ملتزماً بالأحكام، على أن القائلين بعدم قطع المستأمن يسلمون بأنه لا قطع في سرقة ماله^(٦).

الركن الثاني

أن يكون المأخوذ مالاً

٦٠٤ - يجب أن يكون الشيء المسروق مالاً، ولا محل للسرقة في الوقت الحاضر إلا المال، أما قبل إبطال الرق فكان العبيد والإماء في الشريعة محلاً للسرقة باعتبارهم مالاً من وجه يمكن التصرف فيه ككل مال، وإن كانوا من وجه آخر آدميين، وهكذا كان الشأن في القوانين الوضعية أيضاً، أما بعد إبطال الرق فلا يمكن أن يكون الإنسان محلاً للسرقة عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد، وهذا رأي في مذهب الشيعة الزيدية، أما مالك والظاهرية فيرون أن الطفل غير المميز محل للسرقة، ولو كان حراً وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق المال، وهذا رأي آخر في مذهب الشيعة الزيدية، ومع أن هؤلاء يعترفون بأن السرقة لا تقطع إلا على المال فإنهم يستثنون الطفل غير المميز ويجعلون خطفه في حكم سرقة المال^(٧).

٦٠٥ - ويشترط في المال المسروق شروط يجب توافرها جميعاً ليقطع فيه السارق، وهذه الشروط هي:

- (١) مواهب الجليل ج ٣ / ص ٣٥٥، ٣٦٥، المدونة ج ١٦ / ص ٩١، المذهب ج ٢ / ص ٣٥٨، المغني ج ١٠ / ص ٤٣٩، ٥٣٧، يراجع التشريع الجنائي ج ١ / ص ٢٤٣، ٢٥١.
- (٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧١.
- (٣) المدونة ج ١٦ / ص ٧٥.
- (٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣١٢.
- (٥) المغني ج ١٠ / ص ٢٧٦، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٥، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٤٠.
- (٦) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٤٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٠.
- (٧) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٤، ١٠٣، المحلى ج ١١ / ص ٣٣٧، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٦٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٧، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٣٨، المغني ج ١٠ / ص ٢٤٥.

١ - أن يكون مالاً منقولاً. ٢ - أن يكون مالاً متقوماً.

٣ - أن يكون مالاً محرراً. ٤ - أن يبلغ المال نصاباً.

٦٠٦ - أولاً: أن يكون مالاً منقولاً: يجب أن تقع السرقة على مال منقول لأن السرقة

تقتضي نقل الشيء وإخراجه من حرزه، ونقله من حيازة المجني عليه إلى حيازة الجاني، وهذا لا يمكن إلا في المنقولات فهي بطبيعتها التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر.

ويعتبر المال المسروق منقولاً كلما كان قابلاً للنقل، فليس من الضروري أن يكون المال منقولاً بطبيعته، بل يكفي أن يصير منقولاً بفعل الجاني أو بفعل غيره، فمن استل أخشاباً من سقف منزل أو هدم حائطاً وأخذ من أنقاضه فهو سارق لمنقول، ولو أن المنزل يعتبر عقاراً؛ لأن سل الأخشاب وهدم الحائط يجعل الأخشاب والأنقاض منقولة والأرض عقار بطبيعتها، فمن أخذ منها تراباً أو أحجاراً أو أخذ من جوفها فحماً أو معادن - أو ما أشبه - يعتبر سارقاً لمنقول^(١).

ويشترط أن يكون المنقول مادياً كالنقود والأخشاب، ويستوي 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 أن الأوراق المثبتة لهذه الحقوق المعنوية تعتبر في ذاتها منقولة ومن ثم يمكن سرقتها، وتقع السرقة في هذه الحالة على الأوراق لا على ما تضمنه من حقوق.

وليس في الشريعة ما يمنع من أن تكون القوى الطبيعية والأشياء المباحة أصلاً محلاً للسرقة كالضوء والحرارة والبرودة والماء والهواء، والعبرة في ذلك كله وأشباهه بإمكان احتياز الشيء والتسلط عليه، فكل من استطاع أن يحتاز شيئاً من هذه الأشياء المباحة الأصل يصبح مالكاً لها، وإن كان احتياز هذه الأشياء وأمثالها والتسلط عليها يجعلها منقولة يعاقب على سرقتها ما يعاقب على سرقة أي منقول آخر، وعلى هذا فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء محلاً للسرقة لأن احتيازها والتسلط عليها ونقلها من مكان إلى آخر في حيز الإمكان.

٦٠٧ - ثانياً: أن يكون مالاً متقوماً: بصفة مطلقة، فإن كانت قيمته نسبية فلا قطع في

سرقته والعقوبة عليه التعزير، فالخمر ولحم الخنزير مثلاً لا قيمة لهما عند المسلم ولكن لهما قيمتهما عند غير المسلم، ومن ثم كانت قيمتهما نسبية لا مطلقة، وهذا النقص في القيمة هو الذي منع من القطع لأنه شبهة، ووجه الشبهة عدم المالية أو عدم التقوم،

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٧، كشاف القناع ج ٤ / ص ٨٣، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٨، ٦٩.

والحدود تدرأ بالشبهات، ويستوي أن يكون صاحب المال مسلماً أو غير مسلم، وأن يكون السارق مسلماً أو غير مسلم؛ لأن العبرة ليست بالمالك أو السارق وإنما العبر بتقوم المال أو عدم تقومه^(١).

وتعبر المال المتقوم هو ما يعبر به الحنفية، أما الأئمة الثلاثة فيعبرون عن هذا المعنى بعبارة المال المحترم، ويشترط الزيدية أن يكون المال مما يجوز تملكه، والظاهرية يعبرون بمثل هذا التعبير فيقولون: مال له قيمة ومال لا قيمة له^(٢)، وكل هذه العبارات تؤدي معنى واحداً.

وشترط أبو حنيفة فوق شرط التقوم أن يكون الشيء المسروق مما يتموله الناس ويعودنه مالاً يضمنون به، لأن ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم، فإن كان مما لا يتموله الناس فهو تافه وحقير، وحجته في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها: «لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه»^(٣).

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدرأ الحد عن سارقه وتوجب التعزير بدلاً من القطع، ويترتب على رأيه هذا أن لا قطع في التبن والحشيش والقصب والحطب وأشباهها، لأن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ولا يضمنون بها لعدم 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^(٤).

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 النشاب، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً في سرقة^(٥).

ولكن أبا يوسف - من فقهاء مذهب أبي حنيفة - يرى القطع في كل مال محرز تبلغ قيمته نصاباً إلا التراب والسرجين، وفي رواية أخرى عنه: إلا في الماء والتراب والطين والحصى والمعازف؛ لأن السارق يسرق مالاً متقوماً من حرز لا شبهة فيه، ودليل المالية والتقوم هو أولاً جواز بيع المال وشرائه، وهو ثانياً وجوب ضمان القيمة على غاصب

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٨٢، كشف القناع ج ٤ / ص ٧٧، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٥.

(٢) المحلى ج ١١ / ص ٣٣٤.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٧.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٧، ٧٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٦.

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٣٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٨.

المال، فكل ما جاز بيعه وشراؤه ووجب على غاصبه ضمانه فهو مال متقوّم يقطع فيه إذا سرق من حرزه^(١).

ويرى أبو حنيفة ومعه محمد من فقهاء المذهب أن كل ما يوجد جنسه تافهاً ومباحاً فلا قطع فيه، لأن كل ما كان كذلك فلا عز له ولا خطر ولا يتموله الناس.

ولكن غيرهما من فقهاء المذهب يرون الاعتماد على التفاهة دون الإباحة لأن الذهب والفضة واللائيّ والجواهر مباحة الجنس ولا شك أن فيه القطع^(٢).

ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في سرقة ميتة أو جلدها لانعدام المالية؛ أي لأنها لا تعتبر مالاً، ولا في سرقة كلب لاختلاف العلماء في ماليته، ولا في أدوات الملاهي من طبل ودف ومزمار ونحوها لأن هذه الأشياء مما لا يتموله الناس عادة، أو لأن في ماليتها قصوراً لكرهه الاشتغال بها^(٣).

وعند أبي حنيفة أن لا قطع في سرقة طير ولا صيد وحشاً كان أو غيره، ولا فيما علّم من الجوارح كالبازي والصقر لأن الطيور والوحوش مباحة الأصل ولا يتم إحرازها في الناس عادة ولأنها تأتي عن طريق الاصطياد، وهو مباح، فضلاً عن أن قول الرسول ﷺ: «**الصيد لمن أخذه**» يورث شبهة والقطع يندري بالشبهة، كذلك فإن الرسول ﷺ قال: «**لا قطع في الطير**»^(٤).

كذلك يرى أبو حنيفة أن لا قطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد ولا يبقى من سنة إلى سنة، فلا قطع عنده في سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة واللحم والخبز والرياحين وما أشبه، ولا قطع في سرقة شطرنج ذهب أو فضة، أو صليب أو صنم، لأنه يتأول أن السارق يأخذها لكسرها، أما الدراهم التي عليها تماثيل فيقطع فيها لأنها لا تعتبر عبادة فلا تأويل له في الأخذ للمنع من العبادة^(٥)؛ لأن ما لا يحتمل الادخار يقل خطره عند الناس فيعتبر تافهاً، ولا قطع عند أبي حنيفة في سرقة المصحف وكتب الأحاديث واللغة والشعر لأنها تدخر للقراءة لا للتمول ويقصد منها الوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به، ولكنّ أبا يوسف يرى القطع في هذه جميعاً كلما بلغت نصاباً لأن الناس يدخرونها ويعدونّها من نفائس الأموال، أما دفاتر الحساب والدفاتر البيضاء فلا خلاف في المذهب على أن فيها القطع إذا بلغت نصاباً لأن المقصود فيها هو الورق الأبيض^(٦).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٧.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٩.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٣٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٧.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٧، ٢٣٢.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٣٠، ٢٣١.

(٦) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٨.

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، ولكنّ أبا يوسف يخالفه ويرى القطع، وهو مذهب مالك والشافعي^(١).

ولكنّ أبا يوسف من فقهاء المذهب يخالف أبا حنيفة ويرى القطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسرع إليه الفساد؛ لأن السرقة وقعت على مال متقوم في حرز لا شبهة فيه، ودليل المالية والتقوم هو جواز البيع والشراء في المال ووجوب ضمان القيمة على غاصبه ومثله^(٢).

ويطبق أبو حنيفة المبدأ السابق تطبيقاً واسعاً فيرى أن سرقة الثمار المعلقة في أشجارها أو نخيلها لا قطع فيها، ولو كانت محرزة بحائط أو بحافظ، لأن الثمر ما دام في شجره يتسارع إليه الفساد، فإذا قطع الثمر ووضع في جرن ثم سُرق بعد ذلك فإن كان قد استحکم جفافه ففيه القطع لأنه صار قابلاً للادخار ولا يتسارع إليه الفساد بالجفاف، وإن لم يكن استحکم جفافه فلا قطع فيه لأنه مما يتسارع إليه الفساد ولا يقبل الادخار بحالته الراهنة، ويستعين أبو حنيفة في تأييد رأيه بقول الرسول ﷺ: « لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين، فإذا آواه فبلغ ثمن المجنّ فعليه القطع ».

والمحصولات الزراعية كالقمح والشعير والذرة هي بمنزلة الثمر المعلق عند أبي حنيفة فلا قطع فيها حتى يؤويه الجرين ويستحکم جفافها، وهذا يتفق مع ما روي عن الرسول ﷺ من أنه سئل عن الثمر المعلق فقال: « من أصاب بغية من ذي حاجة غير متخذ خفية فلا شيء عليه، ومن أخرج بشيء منه فعليه غرامة مثله، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجنّ فعليه القطع »^(٣).

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 والآلئ، وفي الحبوب الجافة كلها، وفي الطيب والعود والمسك وما أشبهه، ويقطع في الكتان والصوف وما أشبهه، كما يقطع في الحديد والنحاس والرصاص وما أشبهه، سواء كانت آنية أو مادة خاماً، وهكذا نستطيع أن نبين أن أبا حنيفة يعوّل في عدم القطع على شيئين:

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٩، ٢٣١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٧.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٧، ٢٢٨، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٩.

أولهما : التفاهة وعدم المالية ، ويعتبر الشيء تافهاً عند أبي حنيفة إذا كان مما لا يتموله الناس كالميتة ، أو كان مما لا يظن 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 ففيه القطع ، فإذا لم يكن متقوماً فلا قطع فيه كالخمر والخنزير فلا قطع فيهما لعدم التقوم ^(١) .

ويلاحظ أن إباحة الجنس في ذاتها لا تمنع من القطع إذا لم يكن المال تافهاً كالذهب والفضة فكلاهما مباح الأصل ولكنه لما لم يكن تافهاً وجب فيه القطع ، أما إذا كان المال تافهاً كالسمك والملح فلا قطع فيه لتفاهته ، فالعبرة في القطع وعدمه بالتفاهة وليست بإباحة الجنس ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة ^(٢) .

ولا يرى فقهاء المذاهب الأخرى رأي أبي حنيفة في أن التفاهة تمنع من القطع ، والقاعدة العامة عندهم أن كل ما يمكن تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه يجب القطع في سرقة ^(٣) ، ولكنهم اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة وسنبين فيما يلي حدود هذا الاختلاف ، فمالك يرى القطع في كل مال أياً كان ولو كان محقراً في نظر الناس كالماء والحطب ونحو ذلك مما أصله مباح للناس لأنه متمول يجوز تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه ، ويستوي بعد ذلك أن يكون مباحاً للناس أو غير مباح ما دام المجني عليه قد حازه في حوزة الخاص كما يستوي أن يكون معرضاً للفساد أو غير معرض ^(٤) .

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 معلمة فالقطع إذا بلغت قيمة لحم الطير وريشه النصاب ، وإذا بلغت قيمة جلد السبع النصاب ، ولا تراعى قيمة لحم السبع لكرهته أو للقول بحرمة ، وعلى هذا فسارق جلد السبع يقطع ، وسارق لحمه فقط لا يقطع ^(٥) .

ويرى القطع في جلد الميتة سواء كانت الميتة مما يؤكل أو لا يؤكل ، ولكن بعد الدبغ وبشرط أن يزيد الدبغ في قيمة الجلد نصاباً وإلا فلا قطع ^(٦) .

ولا يرى مالك القطع في الطيور المحببة كالبلبل والبغاء وأشباههما إلا إذا كان لحمها وريشها يساوي نصاباً ، فإن كانت لا تساوي النصاب إلا لإجابتها فلا قطع لأن الإجابة ليست منفعة شرعية ^(٧) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٩ ، ٧٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٩ ، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٦ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٦٧ . (٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٥ .

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٥ . (٦) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٥ .

(٧) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٦ .

ولا قطع عند مالك في مال غير محترم كالخمر ولحم الخنزير ولو سرقها ذمي مهما بلغت قيمتها، وكأدوات الملاهي فلا قطع فيها إلا إذا بلغت قيمتها نصاباً 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 جُدَّ الثمر وحُصد الزرع فلا قطع في السرقة إلا إذا وضع في الجرين، على رأي، أو كُدس أكواماً بعد حصده حتى يصير كالشيء الواحد.

وإذا كانت الثمار في بستان عليه حائط وله غلق فسرق منها وهي لا تزال معلقة في الشجر ففيها القطع، على رأي، ولا قطع فيها على رأي آخر، والقائلون بالقطع يحتجون بأن الثمار أصبحت في حرز، وإذا كانت الشجرة المثمرة في داخل الدار فالسرقة من ثمرها المعلق فيها القطع بلا خلاف لأن السرقة من حرز^(٢).

وإذا سرق ما ليس فيه قطع حالة كونه متصلاً بما فيه القطع اعتبرت قيمة ما فيه القطع، فإذا بلغ نصاباً قطع السارق، كسرقة الخمر في إناء من الذهب، فالخمر لا قطع فيها ولكن إناء الذهب فيه القطع إذا بلغت قيمته بدون الخمر نصاباً^(٣).

ويقطع مالك في سرقة المصحف لأنه مال مملوك ويجوز بيعه^(٤)، أما الشافعي فمذهبه لا يكاد يختلف شيئاً عن مذهب مالك إذ يرى القطع في كل مال ولو كان محقراً، كالحطب والحشيش والتراب، أو مباح الأصل كالصيد والطير والماء، أو معرضاً للتلف كالطعام والثمار والفاكهة.

ويرى القطع في المصحف والكتب العلمية والأدبية النافعة المباحة، فإذا لم تكن مباحة قُوم ورقها وجلدتها فإن بلغها نصاباً قُطع به السارق^(٥).

ولا يقطع الشافعي في مال غير محترم؛ أي غير متقوّم، كالخمر والخنزير والكلب وجلد الميتة قبل دبغه^(٦)، ولا يقطع الشافعي في الثمر المعلق حتى يؤويه الجرين، فإذا آواه الجرين ففيه القطع، ويقطع الشافعي في آلات اللهو وفي آنية الذهب والفضة إذا بلغت قيمة المسروق نصاباً بعد كسره أو إفساده^(٧)، وإذا سرق السارق ما لا قطع فيه متصلاً بما فيه قطع اعتبرت قيمة ما فيه القطع دون ما لا قطع فيه^(٨).

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٥.

(٤) المدونة ج ١٦ / ص ٧٧.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧.

(٥) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤١.

(٦) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢١.

(٧) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢١.

(٨) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢١.

والقاعدة في مذهب أحمد أن القطع واجب في كل مال بغض النظر عما إذا كان تافهاً أو مباح الأصل أو معرضاً للتلف، ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة:

١ - الماء: فسرقه الماء لا قطع فيه، لأنه مما لا يتمول عادة؛ أي أنه لا يباح ولا يشتري في العادة.

٢ - الكلاء والملح: وفيهما خلاف، فبعض فقهاء المذهب يرون القطع فيهما لأنهما مما يتمول عادة، والبعض لا يرى القطع فيهما لأنهما مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه.

٣ - الثلج: ويرى البعض القطع فيه لأنه يتمول عادة، ويرى البعض أن لا قطع فيه لأنه ماء جامد فيأخذ حكم الماء.

٤ - التراب: وحكمه أنه إذا كانت تقلل الرغبات فيه كالذي يعد للتطين والبناء فلا قطع فيه لأنه لا يتمول، وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الأرضي الذي يعد للدواء أو الغسل أو الصبغ احتمل وجهين: أحدهما: لا قطع فيه لأنه من جنس ما لا يتمول فأشبهه الماء، والثاني: فيه القطع لأنه يتمول عادة ويحمل إلى البلدان للتجارة فأشبهه العود الهندي، ولكن ما يصنع من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لأنه يتمول عادة.

٥ - السرجين: لا قطع فيه لأنه إن كان نجساً فلا قيمة له، وإن كان طاهراً 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 قطع في سرقته، 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 رأي 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 سرقته، وبعضهم يرى القطع لأنه سرق نصاباً من الحلية فوجب قطعه كما لو سرقه منفرداً، ولا خلاف في مذهب أحمد على القطع في سرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية^(٢).

٧ - الثمر والكثير: فلا قطع في الثمار المعلقة ولا في سرقة الكثير، وهو جمار النخل، لقول الرسول ﷺ: « لا قطع في ثمر ولا في كثير »، وإذا أحيط البستان بسور فلا قطع فيما سرق منه، لكن إذا كانت نخلة أو شجرة في دار محرزة فسرق من ثمارها نصاباً ففيه القطع لأنها سرقة من حرز^(٣).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٤٧.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٢٤٩.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٢٦٢، ٢٦٣.

٨ - سرقة المحرم وأدوات اللهو: لا قطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها، سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً، وأما آلات اللهو كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع 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 قطع فيها على رأي وفيها القطع على رأي آخر.

وإذا سرق صليباً من ذهب أو فضة فلا قطع فيه، على رأي، وهو متفق مع ما يراه أبو حنيفة، وفيه القطع على رأي آخر، وهو مذهب مالك والشافعي، والمفروض أن تكون قيمة الصليب بعد كسرها نصاباً، فإن كانت أقل من 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 نصاباً وحده لأنه تابع لما لا قطع فيه وهو مذهب أبي حنيفة، **والرأي الثاني:** فيه القطع إذا بلغ نصاباً 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 للمجنني 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 سكناه، فإذا سرقه من بلد لهم سكناه فهناك خلاف في القطع^(٢).

ويرى الزيدون أن لا قطع في سرقة النابت أو في أخذه من منبته، ولا فرق بين أن يكون شجراً أو زرعاً^(٣).

ومذهب الظاهريين على القطع في سرقة المال أياً كان سواء كان تافهاً أو مباح الأصل أو معرضاً للتلف، وهم يرون القطع في سرقة كل ثمر وكل كثر معلقاً كان في شجره أو مجزواً أو في جرين أو في غير جرين، 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 مملوكاً للمجنني عليه، وفي سرقة الصيد كلما تملكه المجنني عليه^(٥).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٨٣، ٢٨٤، كشف القناع ج ٤ / ص ٨.

(٢) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٦٥، ٣٦٦. (٣) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٦٩.

(٤) المحلى ج ١١ / ص ٣٣٢.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ٣٣٣، ٣٤٣.

ويرون القطع على من سرق مصحفاً أو كتباً من كتب العلوم^(١) .
ويرون القطع على من سرق صليباً أو فضة أو ذهباً ومن سرق دراهم فيها صور
وأصنام إذا بلغت قيمتها نصاباً بعد الكسر^(٢) .

ولكن الظاهريين لا يرون القطع في سرقة الخمر والخنزير، وأما الميتة فيقطعون فيها
لأن جلدتها باقٍ 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: أن يكون المال محرراً: يشترط جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم
الفتوى أن يكون المال محرراً لوجوب القطع في سرقة، ولا يخالفهم في ذلك إلا
الظاهريون وطائفة من أهل الحديث حيث يرون القطع على السارق إذا سرق نصاباً، ولو من
غير حرز، وأن اشتراط الحرز باطل بيقين لا شك فيه وشرع لما يأذن الله تعالى به^(٤) .

والأصل في اشتراط الحرز عند من يشترطه ما روي عن رسول الله ﷺ 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 ﷺ عن القمر المعلق فقال: « من أصاب منه بغية من ذي حاجة
غير متخذ خفية فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه
شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » رواه النسائي وأبو داود، وفي رواية
قال: « سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله ﷺ 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 المجن » قال: يا رسول الله، فالثمار وما أخذ منها في أكمامها؟ قال: « من أخذ بفيه
ولم يتخذ خُبنةً فليس عليه شيء، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال، وما أخذ من
أجرانه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن » رواه أحمد والنسائي، ولابن ماجه
معناه، وزاد النسائي في آخره: « وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال »^(٥) .

ويرى جمهور الفقهاء أن رسول الله ﷺ منع القطع في الثمر المعلق وحريسة الجبل
حتى إذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن، وأنه ﷺ علق القطع بإيواء
المراح والجرين؛ والمراح حرز الإبل والبقر والغنم، والجرين حرز الثمر، فدل ذلك على
أن الحرز شرط في القطع، وفوق هذا فإن ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء

(٢) المحلى ج ١١ / ص ٣٣٨ .

(١) المحلى ج ١١ / ص ٣٣٧ .

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٣٣٥ .

(٤) المحلى ج ١١ / ص ٣٣٧، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٧٥ .

(٥) نيل الأوطار ج ٧ / ص ٣٩ .

والأخذ من غير حرز لا يحتاج إلى استخفاء فلا يتحقق ركن السرقة، كذلك فإن القطع وجب لصيانة الأموال على أربابها قطعاً لأطماع السارق عن أموال الناس، والأطماع إنما تميل إلى ما له خطر في القلوب وغير المحرز لا خطر له في القلوب عادة فلا تميل الأطماع إليه فلا حاجة إلى صيانتها بالقطع^(١).

٦٠٩ - ومن المتفق عليه أن الحرز نوعان:

١ - **حرز بالمكان أو حرز بنفسه:** وهو عند مالك، أما عند أبي حنيفة فحرز المكان هو كل بقعة معدة للإحراز ممنوعة الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط وزرائب المواشي والأغنام، ويشترط أبو حنيفة في الحرز بالمكان أن يكون مكاناً مبنياً، سواء كان بابه مغلقاً أم مفتوحاً، وسواء كان له باب أم لا، لأن البناء يقصد به الإحراز كيفما كان^(٢).

ولا يشترط مالك أن تكون المرابط والزرائب والجرون والمراح مبنية أو مسورة بل تعتبر حرزاً بمجرد إعداد المكان لحفظ المال أو الاعتياد على حفظ المال فيه دون حاجة لإحاطة المكان فيه ببناء أو سور أو ما أشبه^(٣).

أما عند الشافعي وأحمد فالحرز بالمكان هو كل مكان مغلق معد لحفظ المال داخل العمران كالبيت والدكاكين والحظائر^(٤).

فحرز المكان لا يكون كذلك عندهما إلا إذا توفرت فيه شروط، **أولها:** أن يكون في العمران، فإن كان المكان خارج عمارة البلدة أو القرية أو منفصلاً عن مبانيها، ولو ببستان، فهو ليس حرزاً بالمكان، **الثاني:** أن يكون مغلقاً، فإذا كان بابه مفتوحاً، أو ليس له باب، أو كان بحائطه نقب أو تهدم جزء منه فهو ليس حرزاً، ولا يشترط أن يكون المكان مبنياً بالحجارة أو اللبن، بل يكفي أن يكون بحالة تتفق مع المتعارف عليها وما جرت به العادة، فالمسكن يبنى من الحجارة أو الطين أو الخشب، والحظيرة قد تبنى من الطين أو الخشب أو القصب أو الحطب^(٥).

والحرز بالمكان عند الشيعة الزيدية هو كل مكان محصن كالبيت والمربد والمراح

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤١، المغني ج ١٠ / ص ٢٤٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٣، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٠، ٢٤٦.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٨، ١٠٠، المدونة ج ١٦ / ص ٧٩، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٧٥.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٠ وما بعدها، كشف القناع ج ٤ / ص ٨١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤١.

(٥) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤١، ١٤٢، المغني ج ١٠ / ص ٢٤٩، ٢٥٢، كشف القناع ج ٤ / ص ٨١، ٨٢.

بحيث يمنع الخارج من الدخول وإن لم يمنع الداخل من الخروج، ويكفي لاعتبار المكان محصناً أن يكون عليه جدار أو خيام أو زُرْب أو قصب أو بيت شعر، ويجوز أن يكون حوله خندق، على رأي، ويجب أن يكون له باب، فإذا كان كذلك فهو حرز بنفسه، فإذا لم يكن عليه باب فلا يكون حرزاً إلا بحارس^(١).

٢ - حرز بالحافظ أو حرز بغيره: هو عند أبي حنيفة كل مكان غير معد للإحراز يدخل إليه بلا إذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق، وحكمه حكم الصحراء إن لم يكن هناك حافظ، أي أنه لا يعتبر حرزاً، فإن كان هناك حافظ فهو حرز، ولهذا سمي حرزاً بغيره حيث تتوقف صيرورته حرزاً على وجود غيره، وهو الحافظ^(٢).

فمن تعطلت سيارته في الطريق العام فتركها بلا حافظ عندها فهي في غير حرز، وإن ترك عندها من يحفظها فهي في مكان حرز بالحافظ، والمسجد ليس مكاناً معداً لحفظ المال ولا يتوقف الدخول فيه على إذن ما، فلا يعتبر حرزاً بنفسه إلا فيما يتعلق بالأشياء اللازمة له كالحصص 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 نائماً في المسجد يتوسد رداءه فسرقه سارق فقطع الرسول ﷺ يده، أما مالك والشافعي وأحمد فيرون أن الحرز بالحافظ هو كل مكان محرز بالحافظ، سواء كان معداً لإحراز المال كالبيوت أو غير معد لحفظ المال كالمساجد والطرق والصحراء^(٣).

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 أحد من الحرزين معتبر بنفسه على حاله بدون صاحبه فإذا سرق شخص من حرز بالمكان قُطع، سواء أكان ثمة حافظ أم لا، وسواء كان الحرز له باب مغلق أم لا باب له، وإذا سرق من حرز بغيره قُطع 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^(٤).

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٣.

(١) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٧٠.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٢٥١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤١، ١٤٣، شرح الزرقاني ص ١٠١، ١٠٣.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٣، ٧٤.

أما الأئمة الثلاثة فلا يرون اعتبار كل حرز بنفسه، ويجوز عندهم أن يكون الحرز في وقت واحد حرزاً بالمكان وفيه حافظ، فإذا اختل الحرز بالمكان كان حرزاً بالحافظ، ومثل ذلك أن يؤذن لشخص بدخول بيت فيسرق أمتعته عليه حافظ، فيقطع لأن مكان السرقة وإن لم يكن حرزاً بنفسه فهو حرز بالحافظ^(١)، على أننا يجب أن نلاحظ أن الأئمة الثلاثة لا يتفقون على ما يخل بحرز المكان، فمالك يرى أن حرز المكان لا يختل إلا بالإذن للشارق بدخول الحرز، وهو رأي أبي حنيفة^(٢).

والظاهر أن الشيعة الزيدية ترى رأي الشافعي وأحمد في أن الحرز يبطل بفتح الباب وبالنقب والإذن^(٣).

أما الشافعي وأحمد فيريان أن الإذن بالدخول والنقب وفتح الباب كل منها يخل بحرز المكان ويجعله غير حرز ما لم يكن حافظ فإنه يكون حرزاً بالحافظ^(٤).

ويرى مالك وأبو حنيفة أن المكان يعتبر محرزاً بالحافظ كلما كان الشيء المسروق واقعاً تحت بصر الحافظ، ويستوي 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 المراعي فلا قطع على سارقها، لتشتت الغنم وصعوبة حفظها أثناء الرعي، على رأي المالكية، ولأن الراعي لا يقصد الحفظ وإنما يقصد الرعي، على رأي الحنفية^(٦).

ومذهب الشيعة قريب من مذهب الحنفية، فهم على الرأي الراجح يعتبرون المكان محرزاً بالحافظ إذا كان ثمة حافظ، سواء كان متيقظاً أو نائماً، وإن كان بعضهم يشترط أن يكون يقظان^(٧).

أما الشافعي فيعتبر المكان محرزاً بالحافظ كلما كان الحافظ ممن يبالي به لقوته أو لاستغاثته بغيره بحيث إذا استغاث أسمع، ويشترط في الحافظ أن يكون مع المتاع الذي

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٣، المغني ج ١٠ / ص ٢٥١، ٢٥٣.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤١.

(٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧، ٣٧٢.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٣٠٥، ٣٠٦، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٩٨، ٢٩٩.

(٥) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ١٠١، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٣، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٨٠.

(٦) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ١٠١، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٦.

(٧) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٠.

يحفظه وأن يديم ملاحظته، والمراد من إدامته الملاحظة أن لا يشتغل عنه بنوم ولا غيره مما يشغله عن الملاحظة، والمقصود الإدامة المتعارفة، فالفترات العارضة أثناء الملاحظة لا تقدر في الإحراز على المشهور للعرف، فإذا تغفل فسرق قطع في 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 في موضع لا يراه السارق اعتبر المسروق غير محرز.

وإذا كان الحارس ممن لا يبالي به لعدم قوته أو لعدم استغاثته كأن يكون في 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 يتكى عليه، أو يلتف فيه.

وإذا كان هناك زحام يمنع من وقوع بصر الحارس على الشيء باستمرار وفي أي وقت شاء اعتبر الشيء غير محرز^(١).

ويعتبر أحمد المكان محرزاً بالحافظ كلما وجد فيه حافظ أياً كان صغيراً أو كبيراً، ضعيفاً أو قوياً، ولا يشترط في الحافظ إلا عدم التفريط كأن ينام أو يشتغل عن الملاحظة، ويجب أن يكون بحيث يقع بصره على الشيء فإذا فرط في الملاحظة فلا حرز، وكذلك إذا نام ما لم يكن متوسداً الشيء أو متكئاً عليه أو يلتف فيه أو يلبسه^(٢).

ويرى الشافعي وأحمد أن الدور المنفردة عن العمران والدور التي في البساتين والطرق والصحراء لا تعتبر حرزاً بنفسها ولو كانت حصينة، وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ 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 حائط نائم وهي مغلقة فهي حرز بالحافظ وإن كانت مفتوحة فليست حرزاً^(٣).

وما يقال عن الدور ينطبق على كل الأمكنة المعدة لحفظ المال الخارجة عن العمران كالإصطبلات وحظائر المواشي والأغنام والأجران، فإنها لا تعتبر حرزاً بالمكان وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ^(٤).

ولقد قلنا من قبل: إن الشافعي وأحمد يشترطان في الحرز بنفسه أن يكون معداً لحفظ

(١) أسنى المطالب وحاشية شهاب الرملي ج ٤ / ص ١٤٢، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٩ وما بعدها، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٦.

(٢) كشف القناع ج ٤ / ص ٨١ وما بعدها، الإقناع ج ١٠ / ص ٢٥١ وما بعدها.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٣، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٥١، كشف القناع ج ٤ / ص ٨١.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٣١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٤.

المال دون حائط في العادة، ويترتب على هذا التعريف أنهما يعتبران الخيام والمضارب وما أشبه أحراراً بالحافظ لا بنفسها، وحجتهما أن العادة جرت بأن تحرز هذه الأشياء بالحافظ، 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^(١).

أما مالك وأبو حنيفة فيعتبران الخيام أحراراً بنفسها، فإذا ضربت الخيمة فسرقت منها شيء ففيه القطع سواء كان هناك؛ حارس أم لم يكن^(٢).

وعند الشيعة الزيدية أن الخيام تعتبر حرزاً بنفسها ما دامت مغطاة تحجب ما بداخلها فإذا كانت سماوية وهي التي لا سجاج لها ولا تحجب ما بداخلها فلا تكون حرزاً إلا بالحافظ^(٣).

وما يراه الفقهاء في اعتبار المكان حرزاً لنفسه ولو لم يكن له حافظ يتفق مع ما جاء به القانون المصري من التشديد في السرقة من البيوت المسكونة أو المعدة للسكن، فقد شددت العقوبة للسرقة من هذه الأمكنة سواء كان فيها حافظ أم لا، كذلك يتفق القانون المصري 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 في هذه الحالة، وما يراه الشافعي وأحمد في البيوت البعيدة عن العمران يقترب مما جاء به القانون المصري عن البيوت والمحلات العامة فإنها لا تعتبر من المساكن إلا إذا كان يبيت بها أحد.

ويختلف الفقهاء القائلون بالحرز في حكم سرقة الحرز، فيرى أبو حنيفة في حالة سرقة الحرز بالمكان أن سارق الحرز أو بعضه لا يقطع لأن السرقة تقتضي الإخراج من الحرز ونفس الحرز ليس في 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 أبي حنيفة لا يقطع لأنه سرق نفس الحرز ولم يسرق من الحرز، بعكس ما لو كان الفسطاط غير مضروب وبجواره شخص يحرسه فإن القطع يجب فيه لأن السرقة تكون من حرز بالحافظ^(٤).

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٤، كشاف القناع ج ٤ / ص ٨١، المغني ج ١٠ / ص ٢٥١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٩.

(٣) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٧٢.

(٤) بدائع الصنائع ج ٤ / ص ٧٤، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٦.

أما الأئمة الثلاثة فيرون قطع من سرق كل الحرز أو بعضه لأن نفس الحرز يعتبر محرزاً بإقامته، فالحائط محرز ببنائه، والباب محرز بثيابه، والفسطاط وهو محرز بنفسه عند مالك يحرز بإقامته، فمن سرق حجارة من الحائط أو سرق باب منزل أو سرق الفسطاط المنصوب قطع في سرقته^(١).

أما إذا كان المال محرزاً بالحافظ فأخذ الحافظ ومعه المال كسرقة جمل نام عليه راكمه 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 أخذ جميعاً فهو كما لو سرق أجزاء الحرز^(٢).

أما إذا أنزل النائم عن الجمل فلم يستيقظ وأخذ الجمل فهي سرقة يقطع فيها عند أبي حنيفة ومالك وأحمد، ولكن الشافعيين اختلفوا في هذه فرأى بعضهم القطع ولم يره البعض الآخر مع أن تطبيق قواعدهم يقتضي القول بالقطع^(٣).

ومذهب الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة فهم يرون من سرق نفس الحرز لا يقطع فيه إلا إذا كان مكللاً، أي مركباً من داخل بحيث يصير داخل الحرز، فإذا سرق فقد سرق من الحرز^(٤).

والقائلون بالحرز متفقون على أن الحرز يبطل بالإذن بدخوله، وأن هذا الإذن قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، إلا أنهم اختلفوا فيما يعتبر إذناً وما لا يعتبر إذناً وفيما يبطل من الحرز وما لا يبطل.

هذه هي آراء الفقهاء في الحرز واختلافاتهم، ويمكننا أن نستظهر آراء الفقهاء ومدى اختلاف آرائهم في التطبيقات الآتية:

إذا كان لإنسان منزل في وسط العمران فأذن لآخر بدخول هذا المنزل فسرق منه شيئاً، فيرى أبو حنيفة أن لا قطع، ولو كان في الدار حافظ يحفظ الشيء 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 للشارق بدخولها فالأخذ من غير حرز ولا قطع فيه^(٥).

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٠٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧، ٧٤، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٣، شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / 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.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٣، ٧٤، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٣٤١.

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، ويستوي أن يكون الحافظ للشيء المسروق نائماً أو متيقظاً ما دام الشيء واقعاً تحت بصره^(١).

ويرى الشافعي وأحمد ما يراه مالك من أن الدار تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ للشيء المسروق دوام الملاحظة، على ما بينا فيما سبق، فإن نام الحافظ فلا يعتبر حافظاً للشيء إلا إذا توسد الشيء أو التف به أو لبسه^(٢).

ورأي الشيعة الزيدية يتفق مع رأي مالك، وإن كان بعضهم يرى رأي الشافعي وأحمد^(٣)، 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 إن 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 حرز بنفسه لا اعتبار 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 بالحافظ كلما وجد الحافظ، أما عند الشافعي وأحمد فالبيت لا يعتبر أصلاً حرزاً بنفسه لبعده عن العمران، فالإذن بدخوله كعدم الإذن لا أثر له، ولا يقطع في السرقة من مثل هذا البيت إلا إذا كان ثمة حافظ على التفصيل الذي سبق بيانه عندما تعرضنا للحافظ وللبيوت الخارجة عن العمران، والخلاصة أن البيت البعيد عن العمران لا يعتبر عند الشافعي وأحمد حرزاً بنفسه بأي حال وإنما يعتبر حرزاً بالحافظ إذا وجد الحافظ^(٤).

ورأي الشيعة الزيدية في هذه المسألة يتفق مع رأيهم في المسألة السابقة لأنهم لا يفرقون بين ما دخل في العمران وما خرج عنه، وإذا أذن للشارق أدناً خاصاً في دخول الدار الكائنة في العمران وكان فيه غرف مقفلة أو خزائن مغلقة فسرق من هذه الغرف المقفلة أو من الخزائن، فيرى أبو حنيفة أن لا قطع على السرقة ما دام المكان المسروق منه جزءاً من

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠١، ١٠٤.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٢، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٠، ٢٥١.

(٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٠.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٣، كشف القناع ج ٤ / ص ٨١، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٩،

المغني ج ١٠ / ص ٢٥١.

الدار المأذون في دخولها لأن الدار الواحدة حرز واحد، والإذن بدخول بعض الحرز هو 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^(١)، ورأي الشيعة الزيدية يتفق مع رأي أبي حنيفة^(٢)، 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^(٣)، أما الشافعي وأحمد فيريان قطع السارق ولو لم يكن هناك حافظ لأن الإذن لا يبطل الحرز فيما هو مغلق ولم يصرح للسارق بدخوله، وعلى هذا فإن الإذن إذا أبطل بعض الحرز فإنه لا يبطل البعض الآخر، ويفرق أحمد في حالة حصول السرقة من ضيف بين ما إذا كان المضيف قد منع قراه أم لا، فإن كان منعه قراه فسرقه بقدره فلا قطع عليه وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع^(٤). ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب مالك والشافعي^(٥).

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 إذن عاماً كبيت طبيب 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 إذن خاصاً، إلا أنهم في مذهب مالك يرون رأياً واحداً دون خلاف وهو قطع السارق ولو لم يكن حافظ، وينبغي أن نعلم أن ذلك هو حكم السرقة الحاصلة في وقت الإذن فإن حصلت في وقت غير مأذون فيه بالدخول فعقوبتها القطع حتى عند أبي حنيفة^(٦).

والمحلات العامة التجارية والمحلات المعدة لحفظ المال كالمحلات التجارية والفنادق والمطاعم وما أشبهه، إذا سرق منها أثناء العمل فيها، أي أثناء الإذن بالدخول فلا قطع في السرقة في رأي 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^(٧)، ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع إذا كانت السرقة في وقت الإذن، وكان ثمة حافظ، فإذا لم يكن حافظ فلا قطع إذا حصلت في غير الإذن، ويرى مالك والشافعي القطع فيما يسرق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤. (٢) شرح الأزهار ج ٧ / ص ٣٧٢.

(٣) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ١٠٣، ١٠٤.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٦، ١٤٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٧.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٢. (٦) نفس المراجع السابقة.

(٧) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤.

من أفنية المحلات التجارية وقت الإذن، ولو لم يكن عليها حافظ خاص لأنها تحفظ عادة بأعين الجيران وملاحظتهم فتعتبر محرزة بالحافظ^(١).

ويعتبر الفقهاء الحمام من المحلات المعدة لحفظ المال فهو حرز بنفسه فإذا سرق منه وقت الإذن بالدخول فلا قطع في السرقة ولو كان هناك حافظ على رأي أبي حنيفة، وفي السرقة القطع إذا كان هناك ثمة حافظ على رأي الشافعي وأحمد، أما مالك فيرى القطع إذا دخل السارق وقت الإذن، إذا دخل بقصد السرقة ولو لم يكن هناك حافظ، فإن لم يقصد السرقة ثم سرق قطع إذا كان ثمة حارس^(٢).

وإذا كان المحل غير معد لحفظ المال كالمساجد، فيرى أبو حنيفة أنه حرز بالحافظ ولا يكون حرزاً بنفسه حتى فيما يلزم بالضرورة لأداء الغرض الذي أنشئ من أجله المحل، فحصر المسجد وقناديله وما فيه من ثريات كهربائية أو ستائر أو بسط أو مصاحف، كل ذلك إذا سرق فلا قطع فيه إلا إذا كان ثمة حافظ، لأن المسجد لم يعد أصلاً لحفظ المال، وإذا دخل أحد المصلين المسجد وترك أمتعته دون ملاحظة فلا قطع في سرقتها لأنها سرقت من غير حرز، أما إذا كان يلاحظها فسرقت منه ففي السرقة القطع، لأن السرقة من حرز بالحارس، ولقد حاول بعض الحنفيين أن يعلل عدم القطع في سرقة أدوات المسجد بأنها مال موقوف لا مالك له، ولكن الرأي الراجح أن عدم القطع راجع لانعدام الحرز^(٣).

ويرى مالك أن المسجد في أصله ليس حرزاً بنفسه، ولكن بناء المسجد نفسه وأدواته المعدة للاستعمال فيه كالحصص والبسط والقناديل كل ذلك يعتبر حرزاً بنفسه، فالحائط يعتبر حرزاً بنفسه، وباب المسجد حرز بنفسه، وسقف المسجد حرز بنفسه، وقناديله محرزة بنفسها؛ وهكذا، فمن سرق من بناء المسجد أو أدواته المعدة للاستعمال فيه فقد سرق من حرز بنفسه، ولا يشترط أن يخرج بما سرق من باب المسجد، بل يكفي أن يزيل الشيء عن مكانه؛ لأن كل شيء يعتبر حرزاً مستقلاً بنفسه، فإذا أزال البساط عن مكانه تمت السرقة دون حاجة لأن يخرج به من الباب، وإذا أزال خشبة من السقف تمت السرقة دون حاجة للخروج من الباب، وهكذا، أما الأموال التي توضع في المسجد بصفة مؤقتة كملابس المصلين وأحذيتهم وحصير أو سجادة يحضرها أحد المصلين ليصلي عليها هو أو غيره فسرقة هذه وأمثالها لا قطع فيها لأن المسجد لم يعد لحفظ المال أصلاً، لكن إذا كان عليها

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٣، ١٤٩، شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٩٩، ١٠٣، ١٠٤، كشف القناع ج ٤ / ص ٨١ وما بعدها.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٢، ١٠٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٦، المغني 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.

حارس يلاحظها ففيها القطع لأن السرقة تحدث من حرز بالحافظ^(١)، ويفرق بعض المالكية في أدوات المسجد بين المثبت والمسمر منها والمشدود بعضه إلى بعض كالقناديل المسمرة المشدودة بالسلاسل والبلاط المثبت والحصر المسمرة أو المخيط 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 لعمارته كالبناء والسقف ولتحصينه كالأبواب والشبابيك ولزينة كالستائر والقناديل المعدة للزينة، فمن سرق شيئاً مجعولاً للعمارة أو التحصين أو الزينة فقد سرقه من حرز بالمكان، أما ما أعد لانتفاع الناس به كالحصر والبسط والمصاحف والقناديل المعدة للإضاءة فلا قطع فيها، ولو كان هناك حافظ، ولو أن السرقة من حرز بالحافظ؛ لأن هذه المسروقات جعلت للانتفاع العام وحق السارق في الانتفاع بها شبهة تدرأ الحد. 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 بسرقة أمتعة المصلين إذا كان ثمة حافظ لأن السرقة من حرز بالحافظ^(٣).

وفي مذهب أحمد رأيان في السرقة من المسجد، أحدهما: يتفق مع مذهب الشافعي، والثاني: يتفق مع مذهب أبي حنيفة^(٤)، وحجة أصحاب الرأي الثاني أن المسجد لا مالك له من المخلوقين، وأنه معد للانتفاع العام فكأن الانتفاع شبهة تدرأ الحد سواء اعتُبرت السرقة من حرز بنفسه أو حرز بالحافظ.

وعند الشيعة الزيدية أن المسجد يعتبر حرزاً بنفسه لكل أدواته سواء كانت لعمارته أو تحصينه أو تزيينه أو منفعته وليس حرزاً فيما عدا ذلك إلا بالحافظ، فخادم المسجد إذا سرق متاعه فهو مسروق من غير حرز ما لم يكن حافظ، والمصلي إذا سرق متاعه كذلك^(٥)، ولا يقر الظاهريون الحرز، ولذلك فهم يوجبون قطع من سرق من مسجد باباً كان مغلقاً أو غير مغلق أو حصيراً أو قنديلاً أو شيئاً وضعه صاحبه هنالك ونسيه كان صاحبه معه أو لم يكن^(٦).

وحكم المعابد والكنائس كحكم المساجد^(٧)، ويقاس عليها كل مكان لم يعد لحفظ

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٢، مواهب الجليل، والتاج والإكليل ج ٦ / ص ٣٠٩، ٣١٣.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٢، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٨.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٥، أسنى المطالب وحاشية الرملي ج ٤ / ص ١٤٠.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٤، كشاف القناع ج ٤ / ص ٨٣.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧١.

(٦) المحلى ج ١١ / ص ٣٢٩.

(٧) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٥.

المال كالكتاب والحدائق والمدارس فيما عدا الأقسام الداخلية لأنها تعد لحفظ المال، وكذلك المقاهي وما أشبهه.

وينبغي أن نلاحظ أن الشافعي وأحمد يفرقان بين المحلات الكائنة في العمران وما هو كائن خارج العمران، وتطبيق هذه القاعدة على المساجد يقتضي القول بأنه لا قطع في بناء المسجد ولا ما أعد لتحسينه أو عمارته أو زينته إذا كان المسجد خارج العمران، إلا إذا كان ثمة حارس على ما سرق من المسجد^(١).

وإذا كان رجل في الفلاة أو في الطريق ومعه حقيبة أو غرارة بها أمتعته أو كان معه سيارة تعطلت أو دابة أو أي شيء آخر وجلس عندها يحفظها فسرقته منه، فلعقوبة قطع السارق عند مالك وأبي حنيفة، سواء وقعت السرقة والحافظ نائم أو متيقظ، بشرط أن يغافله السارق ويسرق الشيء دون أن يراه؛ فإن رأى السارق وهو يسرق بالفعل اختلاس لا سرقة، 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 أن نام فوقها^(٢).

وإذا سرق الجاني فسطاطاً ملفوفاً وضعه المجني عليه في الطريق أو الفلاة وبقي عنده يحفظه فالحكم ما سبق، فإن تركه وحده دون حارس فسرق فبالسرقة لا قطع فيها باتفاق لأنها سرقة من غير حرز.

وإذا ضرب الفسطاط ووضعت بداخله أمتعة فسرق منها شيء فيرى مالك وأبو حنيفة القطع في السرقة لأن الفسطاط حرز بنفسه، فإذا سرق منه شيء فهي سرقة من حرز يقطع فيها ولو لم يكن هناك حافظ، أما الشافعي وأحمد فلا يريان القطع إلا إذا كان على الفسطاط حافظ لأنه ليس حرزاً بنفسه في رأيهما^(٣).

وإذا سرق السارق نفس الفسطاط المضروب فلا قطع عليه عند أبي حنيفة لأنه سرق نفس الحرز، وسرقة الحرز عنده لا قطع فيها، وعلى السارق القطع عند مالك لأن الحرز محرز بإقامته، أما الشافعي وأحمد فيريان القطع في سرقة الحرز كمالك، ولكنهما يشترطان في سرقة الفسطاط نفسه أن يكون هناك حافظ لأنهما لا يعتبرانه حرزاً بنفسه كما يعتبره مالك وأبو حنيفة.

ومن هذا القبيل سرقة باب الدار وبعض أجزاء حائطها، فيرى أبو حنيفة أن الباب إذا كان مركباً فهو جزء من الحرز كالحائط، فإذا سرق الباب أو بعض الحائط سارق فقد سرق

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤١، ١٤٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠١، المغني ج ١٠ / ص ٢٥١.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٤، كشف القناع ج ٤ / ص ٨١.

نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فكأنه سرق من غير حرز ولا قطع في سرقة، أما إذا كان الباب غير مركب وموضوعاً داخل الحرز فإن سرقة تكون من حرز وفيه القطع، وكذلك الحال في بعض أجزاء الحائط لو كانت داخل الحرز بغض النظر عما إذا كان الباب مفتوحاً أو الحائط منقوباً، لأن فتح الباب والنقب لا يبطل الحرز في رأي أبي حنيفة، أما الأئمة الثلاثة فيرون أن سرقة الباب وبعض أجزاء الحائط سرقة من حرز يقطع فيه لأنها تعتبر محرزة بإقامتها وتثبيتها، فالحائط محرز بإقامته والباب محرز بتركيبه وحلقة الباب محرزة بتسميرها وهكذا، أما إذا كان الباب مخلوعاً وموجوداً داخل الحرز، وكذلك البعض 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 وكان هناك نقب أو هدم في الحائط ما لم 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 بتعبير آخر يعتبر كل ما يلبسه الإنسان أو يحمله من نقود وغيرها محرزاً بحافظ وهو الإنسان.

فمن نسل من آخر نقوداً كانت في جيبه أو في ثيابه قُطع بالسرقة^(٢)، ويعبر عن النشل بالطَّرَار، والنشل الذي يحدث خفية هو الذي فيه القطع أما ما يحدث والمجني عليه منتبه له فهو اختلاس، ويستوي أن يقطع النشل ملابس المجني عليه أو يدخل يده فيها فيأخذ النقود^(٣).

وإن سرق من القطار بعيراً أو حملاً لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فتمكن 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 قُطع لأن الجوالق في مثل هذه الحالة حرز بنفسه لأنه معد لحفظ الأمتعة^(٤).

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع في أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ، وأما القائد فحافظ للجمل الذي بيده فقط عندنا (أي عند أبي حنيفة) وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ لكل فالكل محرزة عندهم

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٠، ١٤٤، ١٤٧، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٩، ١٠٢، ١٠٥، ١٠٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤، كشف القناع ج ٤ / ص ٨١، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٢٣.

(٢) المدونة ج ١٦ / ص ٨٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٢، المغني ج ١٠ / ص ٢٦٠.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٥، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٦.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٦.

بقوده . . . وإذا كانت غرارة على ظهر دابة فشققها إنسان وأخرج ما فيها من متاع قطع عند أبي حنيفة لأن الغرارة حرز لما فيها، وإن أخذها بحالها دون أن يشققها لم يقطع لأنه أخذ بنفس الحرز، وكذلك إذا كانت الغرارة محملة على جمل فسرق الجمل ومعه الغرارة، لأن الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ وإنما للحمل، وحتى إذا ركب الجمل صاحبه فإن الغرارة لا تعتبر محرزة بحافظ لأنها حرز بنفسها فإذا أخذها السارق فقد أخذ بنفس الحرز^(١)، أما إذا سرق الجمل وراكبه فلا يقطع لأن يد الحافظ لم تدل عن المسروق، ويرى أن ظهر الدابة يعتبر حرزاً للغرارة فإذا أخذ الغرارة كلها أو شققها فأخذ منها فعليه القطع، وكذلك لو سرق الدابة وعليها الغرارة ما دامت الدابة في حرز مثلها^(٢)، كأن كانت باركة في مراح أو سائرة في قطار^(٣).

أما الشافعي وأحمد فلا يعتبران الغرارة محرزة بنفسها وتعتبر أنها محرزة بالحافظ، فإذا سرق شخص الغرارة أو شققها فأخذ منها قُطع بسرقة إذا كان هناك حافظ، وكذلك إذا سرق الجمل بما عليه، إن كان ثمة حارس، فإن كان الحافظ ركباً الجمل فلا قطع^(٤)؛ لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروقات^(٥).

ومذهب الشيعة في هذه المسألة كمذهب أحمد والشافعي لأنهم يعتبرون الجوالق حرزاً بالحارس^(٦).

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 تأوي 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 للراعي لا للحراسة، وإن كانت الحراسة تحدث فعلاً بوجوده بخلاف المراح فإنه أعد لحفظ المال وخصص لهذا الغرض، ويشترط أبو حنيفة لاعتبار المراح أو الحظيرة حرزاً بنفسه أن تكون مسورة وعليها باب^(٧).

ويرى مالك ما يراه أبو حنيفة في سرقة الدواب والماشية في المراعي فلا قطع في سرقتها مع وجود الراعي، أما إذا سرقت من المراح أو الحظيرة ففي سرقتها القطع، وإذا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤.

(٢) المدونة ج ١٦ / ص ٧٩، ٨٠.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٩، ١٠٠، ١٠٢.

(٤) كشف القناع ج ٤ / ص ٨٢.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٢، ١٤٤.

(٦) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧١.

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٦.

سُرقت 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^(١) .
ولا يشترط عند مالك أن يكون المراح أو الحظيرة مسورة أو لها باب، بل يكفي أن
يعد المكان مراحاً أو موقفاً للدواب^(٢) .

ويرى الشافعي أن السائمة من إبل وخيل وبغال وحمير وغيرها تحرز في المرعى
بملاحظة الراعي لها بأن يراها ويبلغها صوته، فإن نام عنها أو غفل عنها فغير محرزة، وإن
استتر بعضها عنه فغير محرز، ويرى البعض أنه يكفي أنه يبلغها النظر ولو لم يبلغها
الصوت، وتحرز السائمة في المراح المسور والمغلق بابه سواء كان السور حطباً أو قصباً أو
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^(٣) .

ويرى أحمد ما يراه الشافعي^(٤) 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 سرقت وهي
معلقة أي قبل الجنى والحصد، وكذلك لا قطع فيها بعد جنيها أو حصدها ما لم تنقل إلى
الجرن، وهذا متفق عليه بين الفقهاء، ولا يخالف فيه إلا الظاهريون حيث يرون القطع في
الثمار والزرع معلقاً أو غير معلق^(٥)، ويرى أبو حنيفة أن لا قطع في الثمار والزرع لو كانت
محاطة بسور أو حائط، ولكن مالكا والشافعي وأحمد يرون قطع من سرق ثمرًا من شجرة
نابتة في دار محرزة لأن السرقة تعتبر مما هو محرز بالدر، وفي مذهب مالك يرى أصحابه
قطع من يسرق ثمرًا من بستان مسور له غلق، والشافعيون يرون القطع في هذه الحالة إن
كان ثمة حارس، كما يرون أن أشجار أفنية الدور محرزة بلا حارس .

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ١٠١، ١٠٢.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٠، المدونة ج ١٦ / ص ٧٩.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٤، ١٤٥، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٢، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٢.

(٤) المحلى ج ١١ / ص ٣٣٢، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٤، بدائع الصنائع
ج ٧ / ص ٦٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٠، ١٠٥، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٩٩.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٤، ٧٥، شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ١٠٢، ١٠٤، أسنى
المطالب ج ٤ / ص ١٤٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٣، ٢٥٧، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٤، شرح
الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٢، المدونة ج ١٦ / ص ٧٢، ٧٥.

فإذا قطع الثمر أو حصد الزرع فلا قطع فيه إلا إذا وضع في الجرن، على أن بعض المالكيين يرون القطع فيما يسرق قبل النقل للجرن إذا كوم أو كدس أكداً بعضاً بعضها إلى بعض حتى يصير كالشيء الواحد، لأنه يصير في حالة تتفق مع حالته في الجرن، كما يرون القطع في السرقة أثناء النقل إلى الجرن إذا كان ثمة حافظ.

وإذا وضعت الثمار والزرع في الجرن ففي سرقتها القطع عند مالك والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية، سواء كان هناك حافظ أم لا، مادام الجرن داخل العمران، فإن كان الجرن خارج العمران فلا يجب القطع عند الشافعي وأحمد إلا إذا كان ثمة حارس، ويستوي 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 عنده في تافه.

وإذا كان الإذن بالدخول يبطل الحرز في حق المأذون له على الوجه الذي سبق بيانه فتطبيقاً لذلك لا يقطع الخدم في سرقة أموال مخدوميهم، ولا الضيوف في سرقة أموال من أضافوهم، ولا الأجير إذا سرق من موضع مأذون له في دخوله، ويقاس على هؤلاء كل من أذن له بدخول الحرز، لأن الإذن بالدخول يخرج الموضع المأذون في دخوله من أن يكون حرزاً، وإذا أذن لشخص بأخذ شيء من الحرز ولم يؤذن له في دخول الحرز فدخله وأخذ الشيء المأذون في أخذه، وسرق شيئاً آخر فلا قطع عليه، لأن الإذن بأخذ المتاع يتضمن الإذن بالدخول في الحرز، والإذن بدخول الحرز يبطله في حق المأذون له، فلا يشترط إذن أن يكون الإذن بالدخول صريحاً بل يكفي أن يكون 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 والمرتهن والمستعير، فإذا سرق المستأجر مالا لمؤجر من الدار المؤجرة، أو سرق الدائن المرتهن مالا لمدين من العين المرهونة، أو سرق المستعير شيئاً للمعير من الدار المعارة، فلا قطع على أحدهم لأن لهم حق الانتفاع بالحرز واستعمال هذا الحق يقتضي دخول الحرز.

أما المالك للحرز فلا يعتبر مأذوناً له بدخوله إذا كان حق الانتفاع لغيره، ولذلك يقطع إذا سرق مالا من الحرز للمنتفع، فالمؤجر إذا سرق مالا للمستأجر من الدار المؤجرة والمدين إذا سرق مالا للمرتهن من الدار المرهونة يقطع كل منهما بسرقة، وهذا ما يراه أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد والشيعة، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان عدم القطع لأن الحرز ملك السارق فهناك شبهة في إباحة الدخول والشبهة تدرأ الحد^(٢)، ويقطع المعير إذا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٥.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٦، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٢، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٧، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٣٤.

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^(١).

ويعتبر المالك للحرز مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان مغصوباً 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^(٢)، كذلك لو كانت الدار مستأجرة أو مرتهنة أو معارة فانتهدت الإجارة أو الرهن أو العارية ورفض المنتفع رد الدار أو أهمل الرد^(٣) مع تمكنه من ذلك، ففي هذه الحالة يكون المنتفع في حكم الغاصب^(٤).

٦١٠ - السرقات من الأقارب: وفي مذهب أبي حنيفة لا قطع على من سرق من ذي رحم محرم؛ لأنهم يدخل بعضهم على بعض دون إذن عادة فكان هناك إذن ضمني بالدخول فتكون السرقة من غير حرز، فضلاً عن أن القطع بسبب السرقة يفضي إلى قطع الرحم وذلك حرام، والقاعدة أن ما أفضى إلى الحرام فهو حرام^(٥).

أما من سرق من ذي رحم غير محرم فيقطع بسرقة؛ لأنهم لا يدخل بعضهم على بعض عادة دون استئذان، فليس هناك إذن صريح ولا ضمني بالدخول، والسرقة من محرم غير ذي رحم كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة مختلف فيها 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 ضمني بالدخول^(٦).

ومن سرق من امرأة أبيه أو زوج أمه أو حليلة 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 التراور ثابت بين السارق وبين قريبه، وكون المنزل لغير قريبه لا يمنع من أن له زيارة قريبه، وهذا يورث شبهة إباحة الدخول فيختل الحرز^(٧).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٧.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٣٥، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٧٢.

(٣) أسنى المطالب وحاشية الرملي ج ٤ / ص ١٤٦.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٥.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٥.

(٦) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٥.

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٥.

هذا هو حكم السرقة من الأقارب في مذهب أبي حنيفة، أما الشافعي وأحمد فعندهما أن الوالد لا يُقطع بسرقة مال ولده، وإن سفل، وسواء في ذلك الأب والأم والابن والبنات والجد والجدة من قبل الأب والأم؛ لقول الرسول ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» ولقوله: «إن أطيّب 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 مالهم ويقطعون بسرقة ماله^(١).

ويرى مالك أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع، فلا قطع على الجد والجدة لأب أو لأم والأب والأم إذا سرقوا من أحفادهم أو أبنائهم، ولكن إذا سرق الفروع من الأصول قطعوا بسرقتهم، فلا يعني مالك من القطع للقرابة إلا الأصول لقول الرسول ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(٢)، ويرى بعض الشيعة الزيدية رأي مالك، ويرى البعض أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ولا على الفروع إذا سرقوا من الأصول، ولا قطع بين ذوي الأرحام المحارم^(٣).

أما الظاهريون فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا يسقطون القطع للقرابة، ويرون أن حديث الرسول ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» منسوخ بآيات المواريث^(٤).

وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر فيرى مالك قطع السارق منهما إذا سرق مالاً محجوراً عنه، أي محرراً في مكانه مغلقاً لا يسمح له بدخوله، فإذا سرق من مال لم يحجر عنه فلا قطع عليه، ويستوي أن يكون المال المحجور عنه في نفس المنزل الذي يقيم فيه أو في غيره^(٥)، ويرى أبو حنيفة أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر سواء سرق من البيت الذي يقيم فيه أم من بيت آخر؛ لأن كلاً من الزوجين مأذون له بدخول منزل صاحبه كما أنه ينتفي بماله عادة وهذا يوجب خلافاً في الحرز^(٦)، وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء، **أحدها** كراي مالك، **والثاني** كراي أبي حنيفة، **والثالث** يرى أصحابه قطع الزوج إذا سرق مالاً محجوراً عنه من مال الزوجة، ولا يرون قطع الزوج لأنه ملزم بالإنفاق عليها وليس الزوج كذلك^(٧)، والرأي الأول هو الراجح في المذهب^(٨)، وفي مذهب أحمد

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٠، المغني ج ١٠ / ص ٢٨٤، ٢٨٦.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٨. (٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٥.

(٤) المحلى ج ١١ / ص ٣٤٣، ٣٤٧.

(٥) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ١٠٠.

(٦) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٥. (٧) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٩.

(٨) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤١.

رأيان: أحدهما ك رأي مالك، والثاني ك رأي أبي حنيفة^(١)، ومذهب الشيعة الزيدية فيه الرأيان: رأي مالك وأبي حنيفة^(٢)، أما الظاهريون فيرون القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه ما لم يبح له أخذه، سواء كان محرراً عنه أو غير محرر؛ لأن الظاهريين لا يعترفون بالحرز، أما إذا كان المأخوذ مباحاً أخذه كنفقة الزوجة أو طعامها أو كسوتها فلا قطع فيه^(٣)، وهذا هو حكم السرقة بين الزوجين ما دامت 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: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهِنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] وإذا كانت السرقة في عدة الطلاق الرجعي فلا قطع أيضاً، لأن الزوجية تظل قائمة حتى تنتهي 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 أو قيام أثره يورث الشبهة والحدود تُدرأ بالشبهات^(٤).

وإذا كانت السرقة بعد انتهاء العدة 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 المعترضة على الإمضاء المعترضة على القضاء، وكان الطارئ على الحدود قبل الإمضاء بمنزلة الوجود قبل القضاء، ولكن أبا يوسف يرى في هذه الحالة عدم سقوط حكم القطع بالزواج لأن المانع من القطع في حالة الزوجية هو شبهة عمد الحرز، فإذا اعتبرت الزوجية الطارئة شبهة مانعة من القطع لكان معنى ذلك اعتبار الشبهة وهي ساقطة في باب الحدود^(٥).

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؛ فالإصطبل مثلاً حرز الدابة، والحظيرة حرز الشاة، والبيوت والخزائن حرز النقود والجواهر، ورأى البعض أن ما

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٨٧. (٢) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٦.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٣٥، ٣٧.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٦.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٠.

كان حرز النوع جاز أن يكون حرزاً للأنواع كلها؛ فالإصطبل مثلاً حرز الدابة فيجوز أن يكون حرزاً للنقود أو الجواهر^(١).

ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية يرون هذه المسألة للعرف، ويرون أن حرز الشيء هو ما جرت العادة بحفظه فيه وما لا يعتبر صاحبه مضيعاً، والمرجع في تعيين ذلك للعرف، فرائهم إذن يتفق مع الرأي الأول في مذهب أبي حنيفة^(٢).

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 الإصطبل أو الجرن وسرقة الأقمشة من حظيرة الشاة لأن الإصطبل 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: أن يبلغ المال المسروق نصاباً: الأصل في شرط النصاب أحاديث الرسول ﷺ وما أثر من فعله، فقد روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم، أو قيمته ثلاثة دراهم على رواية، رواه الجماعة، وعن عائشة أنها قالت: «إن رسول الله ﷺ يقطع يد السارق في ربع دينار فصاعداً» رواه الجماعة إلا ابن ماجه، وفي رواية عن النبي ﷺ 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 فصاعداً» رواه البخاري، وفي رواية قال: «اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك» وكان ربع الدينار يؤمئذ ثلاثة دراهم، والدينار اثنا عشر درهماً، رواه أحمد، وفي رواية قال رسول الله ﷺ: «لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن» قيل لعائشة: ما ثمن المجن؟ قالت: ربع دينار، رواه النسائي، وعن أبي هريرة أن رسولنا ﷺ قال: «لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده»^(٣).

وجمهور الفقهاء على اشتراط النصاب بوجوب القطع في السرقة إلا ما روي عن الحسن البصري وداود وما عرف عن الخوارج من وجوب القطع في سرقة القليل والكثير، وحجتهم إطلاق قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨] كما استدلوا بحديث أبي هريرة: «لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده» ولكن جمهور الفقهاء يرون أن إطلاق الآية مقيد بأحاديث

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٤٢.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٠١، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٠، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٢٧٠.

(٣) نيل الأوطار ج ٧ / ص ٣٦ وما بعدها.

الرسول ﷺ التي سبق ذكرها، ويرون أن حديث أبي هريرة أريد به تحقيق شأن السارق والتفجير 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 قُوم بالدراهم 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 قُطع، 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 البلد، فإن كان الغالب دراهم قُومت بالدراهم وإن كان الغالب الدنانير قومت بالدنانير، والمشهور هو الرأي الأول. ويرى الشافعي أن القطع يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع الدينار من الذهب كما يرى مالك، ولكن الشافعي يرى أن الأصل في تقويم الأشياء هو الذهب، فالربع دينار أصل للدراهم ومن ثم فلا يقطع عنده ولا فيما يساوي ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار، وإذا كانت السرقة من غير الذهب قُومت 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 غيرهما، وهذا هو مشهور مذهب مالك، **والثانية**: أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق، أي 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^(٤).

ويرى أبو حنيفة أن النصاب الذي يقطع فيه هو عشرة دراهم تساوي ديناراً، فلا قطع عنده في أقل من عشرة دراهم، وحجته ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن الرسول ﷺ كان لا يقطع إلا في ثمن مجن، وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم، وفي رواية أخرى أن الرسول ﷺ قال: « لا قطع فيما دون عشرة دراهم » وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: « لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم » وما روي عن ابن عباس أن الرسول ﷺ

(١) نيل الأوطار ج ٧ / ص ٣٦، ٣٩، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٧٣.

(٢) حاشية الشيباني ج ٨ / ص ٩٤.

(٣) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٤، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤١٩ م.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٢٤٢، كشف القناع ج ٤ / ص ٧٨.

قال: « لا يقطع السارق إلا في ثمن المجن » وكان يقوّم يومئذٍ بعشرة دراهم .

ويرى الحنفية أن الإجماع منعقد على القطع في عشرة دراهم ، وفيما دون العشرة اختلف الفقهاء لاختلاف الأحاديث ، فوقع الاحتمال في وجوب القطع ، ولا يجب القطع مع الاحتمال^(١) .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع المذهب الحنفي^(٢) ، ويرى ابن حزم من فقهاء المذهب الظاهري أن نصاب السرقة الذي يقطع في اليد هو ربع دينار إذا كان المسروق ذهباً ، فإذا كان المسروق مما سوى الذهب فالقطع إنما يجب في سرقة ما يساوي ثمن مجن أو ترس قلّ ذلك أو كثر ، دون تحديد ، ولم يحاول ابن حزم أن يبين قيمة المجن أو الترس لما روي عن عائشة من أن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول ﷺ في أدنى من ثمن مجن أو ترس كل واحد منهما يومئذٍ ذو ثمن ، وأن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول ﷺ في الشيء التافه .

أما إذا كانت قيمة المسروق أقل من ثمن المجن أو الترس فلا قطع فيه أصلاً ، لأن ذلك هو التافه^(٣) .

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^(٤) .

وهناك آراء أخرى في النصاب لفقهاء آخرين ، لا توجب القطع إلا في أربعة دنانير أو أربعين درهماً ، ويرى البعض القطع في درهمين ، وهناك من يرى القطع في أربعة دراهم ، ومن يراه في ثلث دينار وهو مذهب الباقر ، ومن يراه في خمسة دراهم^(٥) .

وإذا كان النصاب شرطاً في القطع فلا قطع إذا قلت قيمة المسروق عن النصاب ، فإذا دخل السارق داراً فأخرج منها أقل من النصاب فلا قطع عليه وإذا أخرج درهماً أو ما قيمته جميعاً درهم إلى صحن الدار ثم عاد فأخرج مثله وهكذا حتى أخرج النصاب أو قيمة النصاب ثم خرج بها جميعاً من صحن الدار فإنه يقطع فيها ، ولو أنه أخرج النصاب إلى صحن الدار مجزأً لأن ما حدث منه يعتبر سرقة واحدة إذ الدار وصحنها حرز واحد ، وما دام المسروق في صحن الدار فهو لم يخرج ما لم تكن الدار مكونة من عدة بيوت مستقلة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٧ . (٢) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٤ .

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٣٥٠ ، ٣٥٣ .

(٤) نيل الأوطار ج ٧ / ص ٣٦ ، ٣٩ ، المحلى ج ١١ / ص ٢٥٢ .

(٥) نيل الأوطار ج ٧ / ص ٢٨ ، ٢٩ ، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٧٣ ، ٣٧٤ .

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^(١).

وإذا أخرج المسروق من بيت مستقل في الدار إلى صحنها المشترك مرة واحدة وكان يبلغ نصاباً فالحكم هو ما سبق؛ لأن السرقة تعتبر تامة بالإخراج إلى صحن الدار مع ملاحظة الفرق بين من يعتبرون بطلان الحرز بفتح الباب ومن لا يعتبرون، فعند من يرى الإبطال أنه لا قطع إذا أخرج المتاع إلى صحن الدار من بيت مفتوح، لأن المال ليس محرزاً، فإن كان البيت مقفلاً وباب الدار مفتوح قطع لأنه أخرجه من حرزه إلى محل الضياع^(٢)، أما إذا أخرج المسروق من بيت مستقل في الدار إلى صحنها المشترك أو أخرجه من الدار غير المشترك إلى خارجها، وكان الإخراج على دفعات وكل دفعة تقل عن النصاب فالحكم مختلف عند الفقهاء، وقد بسطناه بمناسبة الكلام على إبطال الحرز.

وإذا دخل جماعة 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 قاعدة التعاون والاشتراك، وإذا سرق شخص واحد نصاباً واحداً من حرزين مختلفين فلا قطع عليه لأنهما سرقتان مختلفتان، وكل واحد من المنزلين 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 المجني عليهم، وكذلك الحكم لو كان المجني عليهم في دار واحدة كل منهم في بيت من بيوتها، لأن الدار حرز واحد، أما إذا كانت البيوت مستقلة اعتبر كل بيت حرزاً مستقلاً ولم يقطع الجاني^(٣).

ولكن بعض الشيعة الزيدية يرون القطع في هذه الحالة إذا بلغت قيمة الجزء الذي أخرج نصاباً^(٤)، وإذا أخرج السارق بعض المسروق من الحرز دون بعضه الآخر وكان المسروق شيئاً واحداً، كخشبة أو صندوق وما أشبه فلا قطع عليه، ولو كانت قيمة ما خرج من المسروق تزيد على النصاب لأن بعض المسروق لا ينفرد عن بعض، ولأنه لم يتم إخراجه^(٥)، ولو وجد المسروق على هذا الوجه فأخرجه فلا قطع عليه لأن المسروق بهذا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٩، شرح الزرقاني ج ٧ / ص ١٠٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٩.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٦٠.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٧، ١٣٨، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٢، ٩٤، المغني ج ١٠ / ص ٢٤١.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٧.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٣٦١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨.

الوجه لا يعتبر محرزاً، ولأنه كما يقال إنه في الحرز يقال: إنه خارج الحرز^(١).

ومن يبطلون الحرز بفتح الباب والنقب لا يعتبرون الأخذ من حرز في هذه الحالة إذا كان الشيء خارجاً من باب أو ثقب، ويستوي 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^(٢).

ويرى الأئمة الثلاثة أن العبرة بقيمة المسروق في كل الأحوال وقت السرقة، أي وقت إخراجه من الحرز، لا قبل ذلك ولا بعده، فإذا كان لا يساوي نصاباً وقت الإخراج فلا قطع، ولو كان سبب النقص فعل الجاني كأن أكل بعضه أو أتلفه أو أفسده، ولا عبرة في الرخص والغلاء الطارئین بعد إخراج المسروق من الحرز وتعتبر القيمة في مكان السرقة لا في مكان آخر^(٣).

وعند الشيعة الزيدية أن العبرة بقيمة المسروق وقت المرافقة لا وقت السرقة، فإذا سرق شيئاً بقيمته وقت السرقة عشرة دراهم، ثم كانت قيمته وقت المرافقة أقل من ذلك سقط القطع، أما إذا زادت القيمة فلا عبرة بالزيادة^(٤)، وإذا حكم بالقطع فنزلت القيمة قبل التنفيذ فعلى رأي أبي حنيفة والشيعة يسقط القطع، لأنهم يجعلون المانع الطارئ بعد الفعل في حكم المانع المقارن، ويجعلون الإمضاء من تمام القضاء.

ويرى أبو حنيفة أنه إذا اختلف المختصون في تقويم المسروق فقدره بعضهم بأقل من نصاب وقدرة بعضهم بنصاب دُرئ القطع، وحجته في ذلك فعل عمر حين رأى قطع سارق فقال له عثمان: إن ما سرقه لا يساوي نصاباً فدرأ عنه القطع^(٥)، ويتفق مذهب أحمد في

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٩.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٤، المهذب ج ٢ / ص ٣٠٠، المغني ج ١٠ / ص ٢٧٨، أسنى المطالب

وحاشية الرملي ج ٤ / ص ١٣٧.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٤.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٧، ٧٩.

هذا لأنه يرى في حالة تعارض البيّنات في القيمة أن يؤخذ بالقيمة الأقل^(١)، ويرى الشافعي أن المسألة تختلف باختلاف الأساس الذي تقوم عليه شهادة المقومين الذين يقومون العين بالأكثر، فإن قامت على أساس القطع أخذ بهذه الشهادة، وإن قامت على أساس الظن أخذ بالتقويم الأقل لتعارض البيّنات^(٢)، 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 النافي^(٣).

ولا يشترط الشافعي أن يعلم السارق بقيمة المسروق بل يكفي أن يقصد السرقة ثم يسرق نصاباً، فإذا قصد سرقة شيء تافه في اعتقاده فتبين أنه يزيد على نصاب قطع فيه، وإذا سرق ثوباً لا يساوي نصاباً فوجد في جيبه نقوداً تبلغ نصاباً قطع، وإذا قصد سرقة صندوق به نقود فوجده فارغاً والصندوق لا يساوي نصاباً لم يقطع^(٤).

وعلى هذا أحد الرأيين في مذهب أبي حنيفة، أما الرأي الآخر فيستوجب علم السارق بحقيقة قيمة المسروق، فإن كان يعلم بوجود النقود في جيب الثوب قطع، وإن لم يكن يعلم لم يقطع، لأنه قصد سرقة الثوب فقط، وهو لا يبلغ النصاب، ولا قطع فيه وحده، أما لو سرق غرارة أو صندوقاً أو جراباً به مال كثير يقطع، ولو لم يكن عالماً بحقيقة ما في الغرارة أو الجراب أو الصندوق، لأنه قصد بالسرقة المظروف لا الظرف، ويستدل على القصد بالظروف والقرائن^(٥).

ويستوجب أحمد للقطع العلم بقيمة المسروق، فلو سرق منديلاً شد عليه دينار قطع إن علم بالدينار وإن لم يعلم به فلا قطع^(٦).

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 يجز على وضع النقود النحاسية وحدها في الجيب بل يوضع فيه كل أنواع النقود، ولو سرق ثوباً وهو لا يساوي نصاباً فارغاً ولكن في جيبه نقود تبلغ نصاباً قطع، ولو ظن أن الثوب فارغ، لأن العرف جرى على وضع النقود في جيوب الثياب، أما إذا سرق قطعة خشب فوجدها مجوفة وفي داخلها نقوداً تبلغ نصاباً فلا قطع إذا لم تبلغ قيمة الخشبة وحدها نصاباً، إذ أنه كان يعتقد وقت السرقة أنه يسرق خشبة غير مجوفة وليس فيها نقود^(٧).

(١) كشف القناع ج ٤ / ص ٢٣٧.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٧.

(٣) المدونة ج ١٦ / ص ٩٠.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٧، ١٣٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٠.

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٩، ٨٠. (٦) المغني ج ١٠ / ص ٢٨.

(٧) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٥.

ويحدث أن يكون بعض المسروق تابعاً لبعضه الآخر وأن يكون المسروق كله مما يقطع فيه كإناء من النحاس به حناء أو كحمار عليه بردعة، كما يحدث أن يكون بعض المسروق تابعاً لبعضه وأن يكون بعضه فقط مما يقطع فيه كإناء من الذهب فيه خمر أو ككلب فيه طوق من الذهب، والأصل أن المقصود بالسرقعة إذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصاباً بنفسه يقطع السارق فيه 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 بالسرقعة مما لا يقطع فيه لو انفرد كالكلب وكان معه ما يقطع فيه كطوق الذهب، فيرى مالك أن العبرة بقيمة ما فيه، فإذا بلغت قيمة الطوق نصاباً قطع السارق، ولو كان يقصد الكلب دون الطوق^(١).

وكذلك الحكم عند الشافعي^(٢)، ويرى أبو حنيفة أنه إن كان المقصود بالسرقعة مما لا يقطع فيه إذا انفرد لا يقطع السارق وإن كان من المسروق المقصود غيره مما يبلغ نصاباً ما دام الغير لم يقصد بالسرقعة، ويؤيد هذا الرأي محمد ولكن أبا يوسف يخالفه ويأخذ برأي مالك والشافعي^(٣)، وفي مذهب أحمد رأيان: **الرأي الأول** كراي مالك والشافعي، **والثاني** كراي أبي حنيفة^(٤).

الركن الثالث

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 مسؤول عن السرقة وعليه القطع، وإن لم يكن يملكه ولكن دخل في ملكه وقت السرقة فلا مسؤولية عليه كأن ورثه أثناء السرقة، ويشترط لانعدام المسؤولية أن يملكه قبل إخراجه من الحرز، فإن ملكه بعد إخراجه من الحرز فلا يعفيه ذلك من المسؤولية الجنائية^(٥)؛ لأن الشيء وقت إخراجه من الحرز كان على ملك غيره ومن ثم

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢١، المحلى ج ١١ / ص ٣٣٨.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٩.

(٤) كشاف القناع ج ٤ / ص ٧٨.

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧.

يقطع بسرقة عند مالك مطلقاً، أما الشافعي وأحمد والشيعة الزيدية فيفرون بين ما إذا كان التملك قبل تبليغ السرقة والمطالبة بالمسروق أو بعد ذلك، فإن كان التملك قبل التبليغ فلا قطع ويعزر الجاني، لأن مطالبة المجني 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^(١)، والفرق بين هؤلاء الفقهاء ومالك أن مالكاً لا يشترط للقطع مخاصمة المجني عليه أو مطالبة بالمسروق فيكفي أن يبلغ بالسرقة أي شخص المجني عليه أو غيره، وليس من الضروري أن يطالب المجني عليه برد المسروق فالقطع واجب على السارق، سواء بلغ المجني عليه أو لم يبلغ، طالب بالمسروق أو لم يطالب^(٢)، أما هؤلاء الفقهاء فيشترطون للقطع أن يطالب المجني 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، فما يصلح مانعاً للحد قبل القضاء يصلح مانعاً بعده، ويرى أبو يوسف أن تملك المسروق بعد القضاء لا يمنع من القطع، فإن سارق رداء صفوان أتى به إلى رسول الله ﷺ فأمر أن يُقطع، فقال صفوان: يا رسول الله إني لم أرد هذا، وهو عليه صدقة، فقال الرسول ﷺ: «فهل قبل أن تأتيني به» فدل على أن التملك بعد القضاء لا يسقط القطع^(٣).

أما المذهب الظاهري فيتفق مع مذهب أبي حنيفة في هذه النقطة^(٤).

ولا يكفي لتكوين جريمة السرقة أن يكون الشيء المأخوذ غير مملوك لأخذه، بل يشترط أن يكون مملوكاً لغير السارق، فإن لم يكن مملوكاً لأحد كالأموال المباحة أو المتروكة فإن أخذه لا يعتبر سرقة، ولو كان خفية، ولا يعتبر الشخص سارقاً 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 سارقاً ولو أخذ الشيء خفية عن المالك، مادام أنه قد أخذه لاستيفاء حقه المقرر على الشيء، على أن مالكاً يرى قطع صاحب المنفعة إذا أخذ الشيء خفية عن مالكه قبل القبض^(٥)، ويجب أن يكون الشيء المأخوذ محلاً للملك حتى يكون محلاً للسرقة، فإن لم يكن محلاً للملك، فلا يعتبر محلاً للسرقة، ولم يعد الإنسان بعد إبطال الرق محلاً للسرقة

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٧٧، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٤.

(٢) المدونة ج ١٦ / ص ٦٦ - ٦٩.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٨، ٨٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٥٦.

(٤) المحلى ج ١١ / ص ١٥١.

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٦، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٥.

لأنه لم يعد محلاً للملك، ومن ثم فلا يعتبر سرقة أخذ الأطفال خفية ولا أخذ الرجال والنساء بصفة عامة، أيّاً كان جنسهم أو لونهم أو دينهم، وقبل إبطال الرق كان العبيد والإماء محلاً للسرقة في الشريعة باعتبارهم مالاً من وجه يمكن التصرف فيه كأى مال آخر، أما بعد إبطال الرق فلا يعتبر الإنسان مطلقاً محلاً للسرقة عند جمهور فقهاء المسلمين، وعند أبي حنيفة والشافعي وعلى الرأي الراجح في مذهب أحمد ومذهب الشيعة الزيدية، أما مالك فيخالف في هذا الاتجاه ويعتبر سرقة يقطع فيها أخذ طفل خفية، ذكراً كان أو أنثى، يمكن خداعه، أو أخذ مجنوناً صغيراً كان أو كبيراً من حرز مثله، كأن كان مع أهله أو مع كبير حافظ، فإن كان الطفل كبيراً أو واعياً 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^(١).

ورأي القائلين بأن أخذ الأطفال لا يعتبر سرقة وإنما هو جريمة خاصة يتفق مع مذهب القانون المصري والقانون الفرنسي ولكن يلاحظ أن القانون المصري والفرنسي يعاقبان على خطف الأطفال بعقوبة أشد من عقوبة السرقة العادية وأن القانون الفرنسي يعبر عن خطف الأطفال باللفظ الذي يعبر به عن السرقة وهو **Val**، ولعل هذا أثر لما كان عليه القانون الفرنسي قديماً من اعتبار الفعل سرقة، ويكفي لوجود السرقة أن يكون الشيء مملوكاً للغير، ولو كان المالك مجهولاً، كسرقة مال شخص غير معروف، أو كان المالك غير معين، كسرقة المال الموقوف على الفقراء أو الأغراب أو التعليم، وهذا هو ما يراه مالك^(٢)، وهو ما يراه الظاهريون؛ لأنهم يرون قطع كل من سرق مالا لا نصيب له فيه^(٣)، وعند الشافعي وأحمد أن أخذ مال المجهول خفية سرقة ولكن لا يقطع عندهما فيها لأنهما يشترطان للقطع مطالبة المجني عليه بالمسروق، وإذا كان المجني عليه مجهولاً فلا مطالبة ولا قطع، أما سرقة مال الوقف ففيها القطع عندهما إذا لم يكن السارق من الموقوف عليهم فإن كان منهم فحكمه حكم الشريك في المال وستتكلّم عليه فيما بعد، وفي مذهب أحمد رأي بأن سرقة المال الموقوف مطلقاً لا قطع فيها بحجة أن المال الموقوف لا يملكه الموقوف عليه^(٤).

والراجح في مذهب الشيعة الزيدية في هذه المسألة كمذهب الشافعي والرأي الراجح

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٣٨، المغني ج ١٠ / ص ٢٤٥، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٤، ١٠٣، المحلى ج ١١ / ص ٣٣٧، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٦٩.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٦، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٠٩، ٣١٠، المدونة ج ١١ / ص ٦٨.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٣٢٨.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٩، ١٤٠، المهذب ج ٢ / ص ٢٩٨، ٣٠٠، المغني ج ١٠ / ص ٢٤٩، ٢٧٧، ٢٨٨، كشف القناع ج ٤ / ص ٧٧، ٨٧.

في مذهب أحمد^(١)، ويرى أبو حنيفة أن لا يقطع السارق إذا كان المجني عليه مجهولاً ولو أقر الجاني بالسرقة لأن القطع مشروط بمطالبة المجني عليه ومخاصمته للجاني، ولكن أبا يوسف يرى القطع في حالة الإقرار^(٢)، 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 عمن هو مقصد للحفظ ما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة^(٣)، ويعرفون الوقف بأنه حبس العين على ملك الوقف، والتصدق بالمنفعة^(٤)، سواء سرق العين الموقوف 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 للمجني عليه حق الانتفاع به؛ فالمؤجر الذي يأخذ المال المؤجر من المستأجر، والمعير الذي يأخذ المال المعار من المستعير، والمدين الذي يأخذ المال المرهون من الدائن المرتهن أو الأمين على الرهن، والغاصب الذي يأخذ ماله المغصوب من الغصب، وصاحب المال الذي يأخذ ماله المسروق من السارق - كل هؤلاء لا يعتبر سارقاً، ولو أخذ المال خفية لأنه أخذ ما يملكه^(٥).

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 ﷺ: « أنت ومالك لأبيك »^(٦)، ولا يقطع السارق عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة إذا سرق مالاً مشتركاً مع المجني عليه، لأن السارق يملك المسروق على الشيوع مع المجني عليه فيكون هذا شبهة تدرأ القطع.

ويرى مالك قطع الشريك إذا سرق المال المشترك بشرط أن يأخذ نصيباً أكثر من حقه، ويشترط أن يكون مال الشركة محجوباً عنه، أي محرزاً عنه، فإن كان المال المشترك مثلياً فلا قطع إلا أن يسرق نصيباً أكثر من نصف المال كله، وإن كان المال مشتركاً قيمياً قطع إذا كان ما سرقه يبلغ نصابين ولو لم يكن المسروق كل المال المشترك لأن حقه في

(١) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٦٥، ٣٦٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٣.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢١٩، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٦٥.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٩٣.

(٥) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، المغني ج ١٠ / ص ٢٥٦، ٢٥٩، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٤،

٨٥، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٠.

(٦) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤٠، المغني ج ١٠ / ص ٢٨٤، بدائع

الصنائع ج ٧ / ص ٧٠، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٧٥.

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 مُنْع 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 نصاباً قطع، وكذلك إذا أخذ نصابين من المال ولم يكن قابلاً للقسمة، وهذا يتفق مع رأي مالك، ورأي القائلين بعدم القطع ليس معناه إعفاء الشريك من المسؤولية الجنائية، فالمسؤولية قائمة ولكن العقوبة على الفعل التعزير لا القطع؛ لأنهم يعتبرون الشركة شبهة تدرأ 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 تدرأ 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، كأن خصص للفقراء وليس منهم، فالقطع واجب إذا لم يكن له حق في المال^(٢)، ويرى الحنابلة القطع في مال المغنم بعد إخراج الخمس، فإذا سرق قبل إخراج حقه فلا قطع، وإذا قسم الخمس، فإذا سرق من خمس الله تعالى لم يقطع، وإن سرق من غيره قطع^(٣).

سرقة مال المدين: ويرى مالك أنه لا قطع على من أخذ قدر حقه من مدينه المماطل أو الجاحد، سواء كان ما أخذه من جنس حقه أو من غير جنسه، فإن زاد ما أخذه على قدر حقه نصاباً قطع به، كذلك يقطع إذا لم يكن الدين حالاً أو لم يكن المدين مماتلاً أو جاحداً^(٤).

ولا يرى الشافعي قطع الدائن إذا أخذ أكثر من حقه نصاباً، والرأي الراجح في مذهب

(١) المحلى ج ١١ / ص ٣٢٨، ٣٢٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٦، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٣٥، كشاف القناع ج ٤ / ص ٩٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٩، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٣.
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٢٤.
(٣) المغني ج ١٠ / ص ٢٨٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٩.
(٤) شرح الزرقاني ج ٢ / ص ٩٨.

أحمد كمذهب الشافعي، أما الرأي المرجوح فيرى قطع الدائن، لأنه ليس له أن يأخذ قدر دينه، وإذا أخذ الدائن أكثر من حقه؛ فأصحاب الرأي الأول بعضهم يرى قطعه إذا أخذ نصاباً وهو رأي مالك، وبعضهم يرى قطعه، وهو رأي الشافعي؛ لأنه له شبهة في هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز^(١).

ويطبق الظاهريون قاعدتهم - التي سبق ذكرها عند الكلام على سرقة المال المشترك، وفي مذهب الشيعة الزيدية ثلاثة آراء: **أولها:** قطع من يسرق مال المدين ما دام أنه سرق من جنس حقه وكان المسروق مساوياً للدين في العدد والجنس، كأن سرق عشرة دراهم والمسروق منه مدين بعشرة دراهم، فإن كان الدين حالاً فلا قطع، لأن الأخذ مباح له، لأنه ظفر بجنس حقه، ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه، فإذا أخذه صار مستوفياً لحقه، وكذلك الحكم لو أخذ أكثر من حقه، لأن بعض المأخوذ حقه على الشيوع، ولا قطع فيه فلا يقطع في غيره كما هو الحال في المال المشترك.

أما إذا كان الدين مؤجلاً فالقياس أن يُقطع، 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 على تأخير المطالبة بالدين، فقيام سبب ثبوت الدين يورث شبهة، والشبهة تمنع من القطع.

وإن سرق خلاف جنس حقه بأن كان عليه دراهم فسرق دنانير أو عروضاً قطع، لأنه لا يملكه بنفس الأخذ، بل بالاستبدال والبيع، فكان سارقاً ملك غيره، لكنه إذا دفع التهمة لأنه 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^(٢).

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع إذا أخذ خلاف جنس حقه، لأن بعض العلماء في المذاهب الأخرى يجيزون لمن ظفر بغير جنس حقه أن يأخذه استيفاء بحقه، ولكن المذهب على خلاف رأي أبي يوسف.

وإذا سرق الجاني من مدين أبيه أو من مدين ولده قطع ما لم يقيم دليلاً على أنه وكيل عنه أو وصي عليه.

ويشترط أبو حنيفة أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على الشيء المسروق، يد الملك أو يد الأمانة كالمودع، أو الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء، لأن منفعة يد الغاصب عائدة للمالك، والمغصوب مضمون عليه، وضمان الغصب عند أبي

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧١، ٧٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٣٣٦.

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 درئ 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 درئ عنه القطع، ولا يجعله ضامناً إذا قطع، لأن القاعدة عنده أن القطع والضمان لا يجتمعان^(١).

ولا يشترط مالك شروطاً خاصة في المسروق منه، وكل ما يشترطه مالك أن يكون المسروق ملك الغير، سواء سرق من يد المالك أو من يد غيره مطلقاً، لأن السارق يسرق ملك غيره في كل حال، ويترتب على هذا أن مالكاً يقطع السارق من السارق، والسارق من الغاصب، والسارق ممن يقوم مقام المالك كالمودع والمرتهن والمستأجر^(٢)، والقاعدة عند مالك أن من سرق مالا للغير من حرز لا شبهة 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 ك رأي مالك، والثاني ك رأي أحمد، ويعللون الرأي الأول بأن السارق يقطع؛ لأنه سرق مالا لا شبهة له فيه من حرز مثله، ويعللون الرأي الثاني بأن السرقة من حرز لم يرضه المالك، وأن المحرز ليس هو المالك ولا نائبه^(٤).

وأما الشيعة الزيدية فرأيهم 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 هو المختفي بأخذ ما ليس له، ويترتب على هذا التعريف أن يقطع السارق كلما أخذ ما ليس له، ولو كان أخذه من سارق أو غاصب^(٦).

ويترتب على الأحكام السابقة أنه إذا سرق سارق من آخر فدرئ القطع عن الأول كان

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٠.

(٢) شرح الزرقاني ج ٢ / ص ٩٦.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٧.

(٤) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٩. (٦) المحلى ج ١١ / ص ٣٢٧.

القطع على الثاني، لأن يده تصبح يد ضمان في رأي أبي حنيفة، وإذا قطع السارق الأول في مال فسرقه منه آخر فلا قطع على الآخر، لأن يد المسروق منه ليست يد ملك ولا أمانة ولا ضمان، إذ هو بالقطع لا يضمن المسروق، وعند أحمد لا قطع على السارق الثاني سواء قطع الأول أو درئ عنه القطع، لأن السرقة ليست من المالك أو من يقوم مقامه، وعند مالك يقطع السارق الثاني سواء قطع الأول أم لا يقطع، لأنه سرق مالاً للغير لا شبهة له فيه من حرزه، ولو توالى السرقات وتعدد السراق^(١)، وكذلك الحكم عند الظاهرية، أما عند الشافعي والشيعة الزيدية، فبعضهم يرى القطع على السارق الثاني وبعضهم لا يراه، لأن منهم من يأخذ برأي يتفق مع رأي مالك، ومنهم من يأخذ برأي يتفق مع رأي أحمد، كما ورد ذلك في المراجع السابقة.

وإذا سرق السارق مالاً فُقطع فيه ورُد المال لصاحبه فعاد نفس السارق وسرق نفس الشيء قطع أيضاً بالسرقة الثانية بهذا المال في رأي مالك والشافعي وأحمد والظاهرين، لأن القطع عقوبة تتعلق بفعل السرقة، فتكرر العقوبة كلما تكرر الفعل، ولا عبرة بالعين التي يقع عليها الفعل، ويستوي عندهم أن تكون العين قد بقيت على حالتها التي كانت عليها وقت السرقة الأولى أم تكون قد تغيرت^(٢).

ويفرق الحنفيون بين ما إذا كان الشيء قد بقي على حاله أم تغير، فإن كان الشيء باقياً على حاله فالقياس هو القطع، إلا أن بعض الفقهاء في المذهب لا يرون 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 فنسجه ثوباً فعاد وسرق الثوب قطع به، ولو سرق بقرة فُقطع فيها ثم رُدت لمالكها فولدت عجلاً فسرق العجل يُقطع به لأنه سرق عيناً أخرى^(٣).

وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان: **أولهما** يرى أن من عاد إلى سرقة ما قد قطع فيه لم يقطع، **ورأي** يرى أنه يقطع، وحجة من لا يرى القطع أن القطع الأول يصبح شبهة^(٤).

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

(١) المدونة ج ١٦ / ص ٦٩.

(٢) المدونة ج ١٦ / ص ٦٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٤١، كشاف القناع ج ٤ / ص ٨٥.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٢، ٧٣.

(٤) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٧٣.

إخراجه 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 المجني 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 لحماً ولا قطع في اللحم، أما لو أتلّف 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 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).

والظاهريون يرون قطع السارق إذا أخذ خفية نصاباً، وهم لا يعترفون بالحرز ولا يشترطونه، ومذهب الشيعة الزيدية في هذه المسألة كمذهب 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 يقتضي أن ما يستهلك داخل الحرز يعتبر سرقة ما دام قد أخذ على وجه الخفية^(٤)، ومن ثم لا تضاف قيمة المستهلك داخل الحرز أو المتلف إلى قيمة ما أخرج من الحرز لتكملة النصاب، فلو أكل السارق داخل الحرز من الطعام ما يساوي نصف نصاب ثم خرج ومعه من نفس الطعام نصف نصاب، فإنه لا يقطع، لأن ما خرج به من الحرز لم يبلغ نصاباً كاملاً، ولكنه يقطع عند الظاهريين لأنه أخذ نصاباً كاملاً.

وإذا ادعى السارق ملكية المسروق، فيرى مالك أن ادعاء ملكية المسروق في ذاته ليس له قيمة ولا يدرء عنه العقوبة... إلا إذا أثبت صحة ما يدعيه، فإذا لم يكن دليل حلف المجني عليه أن المتاع المسروق له وليس للسارق، فإن نكل حلف السارق ودفع إليه المتاع ولم تقطع يده^(٥).

ويرى أبو حنيفة أنه إذا ادعى السارق ملكية المسروق درى عنه القطع لمجرد الادعاء

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٠، ٧١.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، المغني ج ١٠ / ص ٢٦١.

(٣) شرح 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.

دون حاجة لأن يقيم دليلاً على صحة ادعائه، وتكون العقوبة التعزير، لأن المسروق منه قد صار خصماً له في ملكية الشيء المسروق، فإذا ادعى عليه ما لو أقر به لزمه ويتمكن من إثباته عليه بالبينّة، وإن طلب يمينه كان له أن يستحلفه عليه، وبعدها آل الأمر إلى الخصومة لا يستوفي الحد، لأن المسروق منه إذا وجد اليمين للمتهم على ملكية الشيء فامتنع عن حلفها قضي عليه بالنكول، وإن ردها على المسروق منه فحلفها قضي عليه باليمين، فالقول بالقطع عند الادعاء بملكية المسروق يؤدي إلى استيفاء الحد باليمين والنكول^(١).

ويرى الشافعي أن ادعاء السارق بملكية المسروق أو مليكة الحرز، أو أنه أخذه من الحرز بإذن، أو أنه أخذه والحرز مفتوح، أو صاحبه معرض عن الملاحظة، أو أنه دون النصاب، سقط عنه القطع بمجرد دعواه، وإن ثبتت السرقة بالبينّة لاحتمال صدقه فصار شبهة دارئة للقطع، لأنه صار خصماً، ولا يستفصل بعد ثبوت السرقة عن كون المسروق ملكه، وإن كان فيه سعي في سقوط الحد عنه لأنه إغراء له بادعاء الباطل، ولكن مجرد ادعائه لا يثبت له المال وإن درأ عنه القطع إلا ببينّة أو يمين مردودة، فإن نكل عن اليمين المردودة لم يجب القطع لسقوطه بالشبهة^(٢).

وفي مذهب أحمد ثلاثة آراء: **الرأي الأول** كرأي مالك، **والثاني** كرأي الشافعي، وهو الراجح في المذهب، **والرأي الثالث**: إن كان معروفاً بالسرقة لم يسقط عنه القطع، وإن لم يكن معروفاً بها سقط عنه القطع^(٣)، ومذهب الشيعة الزيدية أن الادعاء بالملكية يسقط القطع دون حاجة لإقامة الدليل على صحة هذا الادعاء^(٤).

ويلاحظ أن سقوط القطع ليس معناه إعفاء الجاني من المسؤولية الجنائية بل يبقى مسؤولاً عن جريمته ويعاقب عليها بعقوبة التعزير بدلاً من عقوبة القطع، ويشترط اتفاقاً في المال المسروق أن يكون معصوماً فإذا لم يكن معصوماً كان مباحاً، ولا يعتبر أخذه سرقة كمال الحربي غير المستأمن ومال الباغي، فإنه غير معصوم، ولا قطع في أخذه خفية.

على أن مال العادل إذا أخذه الباغي لا يقطع به، كذلك لا يقطع الحربي بسرقة مال المسلم والذمي، ويرى أبو حنيفة استحساناً ألا قطع في سرقة مال الحربي المستأمن، وإن كان القياس أن يقطع لأنه سرق مالاً معصوماً، إذ الحربي يستفيد العصمة بالأمان، ووجه الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الإباحة، لأن الحربي المستأمن من أهل دار الحرب «أي منتم إلى دولة محاربة» وإنما دخل دار الإسلام ليقضي حوائجه ثم يعود من قريب، فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الإباحة في ماله، لأنه كان في الأصل مباح المال وإنما ثبتت العصمة لنفسه وماله بأمان عارض هو على شرف الزوال، فعند الزوال يظهر أن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧١.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٣٠١.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٩.

(٤) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٧٤.

العصمة لم تكن على الأصل المعهود، وكل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم كأن لم يكن، فتصبح العصمة كأن لم تكن ثابتة من قبل، بخلاف الحال مع الذمي 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 الحربي المستأمن إذا سرق مال مسلم أو غير مسلم، وفي مذهب أبي حنيفة: لا يقطع العادل في سرقة مال الباغي؛ لأن ماله ليس بمعصوم في حقه كنفسه، ولا الباغي في سرقة مال العادل، لأنه أخذه عن تأويل؛ وتأويله وإن كان فاسداً لكن التأويل الفاسد عند الانضمام إليه يلحق بالتأويل الصحيح في منع وجوب القطع^(١).

ويرى مالك قطع المستأمن إذا سرق مسلماً أو غير مسلم، كما يرى قطع المسلم والذمي في سرقة مال المستأمن^(٢).

وفي مذهب الشافعي أقوال في سرقة المعاهد والمستأمن والسرقه 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 بماله^(٣)، على أن البعض يرى ألا يقطع المستأمن والمعاهد بالسرقة ولو اشترط قطعهما بها، ولا يقطع لهما بسرقة ماله^(٤).

وفي مذهب أحمد رأيان: **أرجحهما** أن يقطع المستأمن بسرقة المسلم والذمي ويقطعان بسرقة؛ لأن القطع حد يجب عليه كحد القذف، وإذا كان القطع واجباً لصيانة الأموال فإن حد القذف واجب لصيانة الأعراض، فإذا وجب أحدهما في حق المستأمن وجب الآخر، فأما حد الزنا فلم يجب، لأنه يجب بالزنا قتله لنقضه العهد، ولا يجب مع القتل حد سواه، وهذا رد على أصحاب الرأي الثاني الذين يقولون: إن المستأمن لا يقطع بالسرقة؛ لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه حد كحد الزنا^(٥).

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 الحي، ففي مالية الكفن إذن قصور، والقصور فوق الشبهة والشبهة تُدرأ بالحد،

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧١.

(٢) المدونة ج ١٦ / ص ٧٥، ٩١، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٣، ٩٧.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٤٤٠.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٠.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٢٧٦.

فالقصور أولى، **والثانية:** أن الكفن ليس مملوكاً لأحد، فهو ليس ملك الميت؛ لأن الميت لا ملك له، وهو ليس على ملك الورثة؛ لأن تكفين الميت وتجهيزه مقدم على حق الورثة، وإذن فهو غير مملوك لأحد^(١).

وأما مالك وأحمد والشافعي ومعهم أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة فيرون قطع سارق الكفن، لأنهم لا يقرون نظرية التفاهة التي يقول بها أبو حنيفة، وعندهم أن كل ما يباع ويشترى فهو مال متقوم يقطع في سرقة، وعلى هذا فالكفن مال مسروق من حرز مثله وهو القبر، وهو على ملك الميت إن كان من ماله، أو على ملك الورثة، على رأي، والأصل أن الميت لا يزول ملكه إلا عما لم يكن في حاجة إليه، أما الكفن فهو في حاجة إليه فبقي على ملكه، ولكنهم يشترطون للقطع أن يكون الكفن مشروعاً وأن تبلغ قيمته نصاباً، فإن كان الكفن زائداً عن الحد الشرعي 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 الشرع 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 ما دام القبر مطموماً الطم الذي جرت به العادة^(٢).

ويرى الظاهريون قطع سارق الكفن؛ لأن السارق هو الآخذ شيئاً لم يبيح الله تعالى أخذه، فيأخذه ممتلكاً له مستخفياً به، وتلك صفة النباش فهو سارق^(٣).

كذلك فإن الشيعة الزيدية ترى القطع في سرقة الكفن^(٤).

والقائلون من الفقهاء بقطع سارق الكفن يتفق مع رأيهم ما أخذت به المحاكم المصرية والفرنسية، إذ تعتبر الأشياء الموضوعة في القبر من كفن وغيره على ملك الورثة أو واضعها، على أن هناك من يرى رأي أبي حنيفة، ويعتبر الأكفان من قبيل المتروكات التي لا عقاب على أخذها، أو يرى أن هذه الأشياء لا ملك لها^(٥).

٦١٣ - الأشياء المباحة: هي التي لا مالك لها أصلاً وتكون ملكاً لمن يضع يده عليها

(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، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٢.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٧٣٠.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧١.

(٥) أحمد بك أمين ص ٣٦١، شرح قانون العقوبات، للقللي ص ٤٥.

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.

٦١٤ - الأشياء المتروكة: هي الأشياء التي كانت مملوكة للغير ثم تخلى عنها مالِكها كالملابس المستهلكة وبقايا الطعام وكناسة المنازل، وحكم الأشياء المتروكة هو حكم الأشياء المباحة، لأن الأشياء المتروكة تصبح بتركها لا مالك لها، وملك الشيء للغير واجب لاعتبار السرقة.

٦١٥ - اللقطة: وهي ما يلتقط من مال ضائع، أو مال متروك على ملك تاركه، أو مال ضال^(١)، أو هي ما وجد من حق ضائع محترم لا يعرف الواحد مستحقه^(٢)، أو هي المال الساقط أو الحيوان الضال لا يعرف مالِكه^(٣)، ويقابل تعبير اللقطة في الشريعة ما نسميه 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، ولهذه الجريمة عقوبة أخرى تختلف عن عقوبة السرقة، فعقوبة السرقة القطع، وعقوبة كتمان اللقطة أو الضالة التعزير وغرامته مثيلها على رأي.

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 ينتوي التقاطه إلا بعد العثور عليه، أما السارق فيقصد السرقة غالباً قبل الأخذ خفية وقبل أن يعثر على المال المسروق، والملتقط يعثر على المال وهو غير محرز، أما السارق فيسرق غالباً من حرز، والسارق يأخذ المسروق خفية، أما الملتقط فلا يختفي بأخذ اللقطة وليس ثمة ما يدعو للخفية، بل إن بعض الفقهاء يرى الالتقاط واجباً لأنه يؤدي لحفظ المال وإن كان بعض الفقهاء يقول بكراهيته، وإنما يقول به لما يخاف من تقصير الملتقط فيما يجب عليه من تعريف اللقطة، والالتقاط في ذاته لا تحرمه الشريعة وإنما المحرم هو كتمان اللقطة، ولكن السرقة محرمة لذاتها، كذلك الإبل فإنها لا تلتقط باتفاق.

(١) كشف القناع ج ٢ / ص ٢٤١.

(٢) أسنى المطالب ج ٢ / ص ٤٨٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٦ / ص ٢٠٠.

ولهذه الفروق الظاهرة فرقت الشريعة بين السرقة والالتقاط وجعلت كلاً منهما جريمة مستقلة، وبهذا يأخذ كثير من القوانين الوضعية الحديثة، كالقانون البلجيكي والقانون الإيطالي، ولكن القانون الفرنسي والقانون المصري يجعلان الالتقاط في حكم السرقة ويعاقبان عليه بعقوبة السرقة إذا حبس الملتقط الشيء بنية تملكه.

والأصل في اللقطة ما روي عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن لقطة الذهب والورق فقال: « اعرِف وكأها وعِفَاصُها ثم عَرَفْها سنة، فإن لم تعرف فاستنفعها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه » وسئل عن ضالة الإبل فقال: « ما لك ولها؟ معها سقاؤها وغذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » وسئل عن الشاة فقال: « خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ».

وكتمان اللقطة محرم سواء انتوى الملتقط وقت الالتقاط تملك الشيء وكتمان اللقطة أو لم ينتو ذلك إلا بعد الالتقاط، لأن العقوبة على الكتمان وليست على مجرد الالتقاط، على أن للنية أثرها في بعض حالات الضمان وإن لم يكن لها أثر على وجوب العقاب.

وللقطة أحكام خاصة في الشريعة أهمها: أن يعرف الملتقط اللقطة ويعلن عنها لمدة معينة وله بعد ذلك أن يتصرف في الشيء ويتصدق بثلثه أو ينفقه على نفسه ولو كان غنياً على رأي، ولصاحب الشيء أن يسترده كلما كان موجوداً، وله إن لم يكن موجوداً الرجوع بثلثه على الملتقط^(١).

الركاز الكنز: الركاز هو المال المدفون في الأرض، ويسمى الركاز الكنز أيضاً في اصطلاح بعض الفقهاء، وأن البعض يسمي ما وجد عليه سيماء الجاهلية ركازاً، وما وجد عليه سيماء الإسلام كنزاً.

والأصل في الركاز قول رسول الله ﷺ: « وفي الركاز الخمس » والمال الذي يسمى ركازاً 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 ﷺ أو اسم أحد من خلفاء المسلمين أو والٍ 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 الذي فيه الخمس هو كل ما كان مالاً على اختلاف أنواعه من الذهب أو الفضة والحديد والنحاس والرصاص والآنية إلى غير ذلك على رأي، وهو الذهب والفضة

(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.

فقط على رأي آخر، أما ما عداهما فحكمه حكم المعادن التي توجد في بطن الأرض، ويفرق رأي ثالث بين ما اختلط بالتراب ويعتبره معدناً، وبين ما تدل حالته على أنه دفن بفعل آدمي ويعتبره ركازاً.

وهناك خلاف على ملكية الركاز، فالبعض يراه مملوكاً لواجده، والبعض يراه مملوكاً لمالك الأرض، على تفصيل لا محل لذكره هنا^(١).

وإذا اعتبر الركاز لمالك الأرض فإن أخذه واجده لا يعتبر سرقة ولو حفر عليه وأخذه؛ لأن مالكة لا يعرف شيئاً عنه فلا يعتبر أنه أحرزه، ولأن المال لا يمكن أن يؤخذ خفية، لأن البحث والحفر يقتضي العلانية فهو اختلاس أو غصب وفيه التعزير، ولا قطع فيه لما سبق، وحتى لو اعتبر سرقة فإن الخلاف على الملكية يعتبر شبهة تدرأ الحد.

الركن الرابع

القصد الجنائي

٦١٦ - لا يعتبر الأخذ خفية سرقة إلا إذا توفر لدى الآخذ القصد الجنائي: ويتوفر القصد الجنائي متى أخذ الجاني الشيء وهو عالم أن أخذه محرم، وما دام أنه يأخذه بقصد أن يملكه لنفسه دون علم المجني عليه ودون رضاه، فمن يأخذ شيئاً على اعتقاد أنه مباح أو متروك فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائي، ولأنه أخذ ما ظنه مباح الأخذ، ومن أخذ شيئاً دون أن يقصد تملكه كأن أخذه ليطلع عليه أو ليستعمله ويرده أو أخذه على سبيل الدعابة، أو أخذ شيئاً وهو يعتقد أن المجني عليه موافق على أخذه، كل أولئك لا يعتبر أحدهم سارقاً لانعدام القصد الجنائي.

ويجب أن يؤخذ الشيء بنية تملكه، فمن يأخذ شيئاً لغيره ويعدمه 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 لا متلف، وهذا رأي 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 وضعاً مادياً.

ومن يأخذ شيئاً مملوكاً له لا عقاب عليه، لأنه لا يمكن أن يقال إنه أخذ الشيء بقصد تملكه إذ هو ملكه، فلا يعد سارقاً المؤجر الذي يأخذ العين التي أجراها، ولا المعير ولا

(١) مواهب الجليل ج ٢ / ص ٣٣٩، شرح ملتقى الأنهر ج ١ / ص ٢٠٥، المغني ج ٢ / ص ٦١٢، أسنى المطالب ج ١ / ص ٣٨٥، شرح الأزهار ج ١ / ص ٥٦٢، المحلى لابن حزم ج ٨ / ص ٢٥٧ وما بعدها.

المودع إذا أخذ العين التي أعارها أو أودعها، ولا يعد سارقاً من يتصرف في الشيء تصرف الوكيل ولو لم يوكل في هذا التصرف لأنه لم يأخذه بقصد تملكه، كالشريك الذي يبيع العين المشتركة بغير أن يقصد الاستئثار بنصيب شريكه، والدائن الذي يأخذ شيئاً لمدينه لا يقصد تملكه وإنما يقصد حبسه تحت يده حتى يسدد له دينه لا يعتبر سارقاً، لأنه لم يقصد تملك الشيء، أما إذا أخذه وهو يقصد تملكه سداداً لدينه فحكمه ما تقدم عند الكلام عن أخذ مال المدين.

ومن أخذ شيئاً متنازِعاً على ملكيته لا يعد سارقاً متى ثبت أنه المالك له حقاً، فإذا لم تثبت له الملكية فالعبرة بجدية النزاع وبقصد الجاني، فإن كان النزاع جدياً أو كان قد أخذه وهو يعتقد أنه مالك له، فالقصد الجنائي غير متوفر.

ولا يكفي القصد الجنائي مع الأخذ خفية لعقاب الأخذ، فهناك حالات تتوفر فيها كل أركان السرقة ومع ذلك فلا يعاقب الأخذ إطلاقاً، أو يعاقب بالتعزير دون القطع، فمن أخذ خفية مال حربى أو مال باغ بقصد تملكه فلا يعتبر سارقاً ولا عقوبة عليه؛ لأن أخذ مال الحربى ومال الباغي مباح، ومثل ذلك استعمال الحقوق أو أداء الواجبات التي تبيح إتيان الفعل أو توجب إتيانه، فحق الدفاع الشرعى يبيح للإنسان أن يستولي من مال غيره على ما يدفع به عن نفسه، فمن أخذ شيئاً للآخر ليدفع به جريمة قتل عن نفسه، وظل يضرب به حتى تحطم واستهلك فلا عقوبة عليه.

ولا قطع على غير المكلف إذا أخذ خفية شيئاً للغير بقصد تملكه، كالحربى يأخذ مال المسلم أو الذمي، وكالباغى يأخذ مال أحدهما لأنه لا مسؤولية على أحدهما.

ولا يقطع المجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز إذا أخذ خفية مالاً لغيره بقصد تملكه؛ لأن حالة الجنون والعتة والصغر مما يرفع العقوبة الجنائية عن الفاعل، على أن امتناع القطع في السرقة قد لا يمنع من عقوبة التعزير كما هو الأمر مع الصبي الذي تزيد سنه على سبع ولم يبلغ خمس عشرة فلا يقطع، ولكنه يعاقب بعقوبة تأديبية.

ولا عقاب على السرقة في حال الإكراه المادى أو الأدبى، فمن يجبر مادياً على سرقة شيء أو يهدد بالقتل إن لم يسرقه لا يعاقب عليه إذا سرق تحت تأثير التهديد.

ولا عقاب على مضطر لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] فمن سرق ليرد جوعاً أو عطشاً مهلكاً لا عقاب عليه.

ويعاقب السارق غير المضطر في عام المجاعة بعقوبة تعزيرية، ولكنه لا يقطع بشرط أن لا يجد ما يشتريه أو يشتري به ولو لم يضطره الجوع للسرقة.

٦١٧ - عقوبة الشريك إذا كان 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 الأجنبي، 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 درئ القطع عن الشركاء، وحجتهم أن السرقة واحدة، وقد حصلت ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه القطع، فلا يجب القطع على أحد، كالعامد مع المخطئ 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 عمن يجب عليه القطع إذا كان الذي تولى الإخراج هو الشخص الذي لا يجب عليه القطع؛ لأن الإخراج من الحرز هو الأصل، والإعانة كالتابع، فإذا ولي الإخراج من ليس عليه قطع فقد أتى بالأصل، وإذا لم يجب على من أتى بالأصل قطع لم يجب على من أتى بالتابع^(٢).

وفي مذهب أحمد رأيان: أحدهما يتفق مع رأي الشافعي ومالك، والثاني كرأي أبي حنيفة^(٣).

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب الشافعي ومالك^(٤).

المبحث الثاني

أدلة السرقة

تثبت جريمة السرقة بما يأتي:

٦١٨ - أولاً: البينة، أي شهادة الشهود: ويشترط في شهود السرقة ما سبق بيانه من الشروط التي يجب توفرها في شهود الزنا على الخلاف والوفاق الذي 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 رجلين وامرأتين، وشهادة شاهد رؤية وشاهدي سماع، وشهادة شاهد ويمين المدعي، بقصد إثبات ملكية المسروق، فإذا لم يكن غير هذه الشهادات في جريمة

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨، ١٣٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٦٧.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٢٩٦.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٤.

السرقة امتنع الحكم بالقطع، واقتصر القاضي على الحكم بتعزير الجاني وإلزامه بضمان قيمة الشيء المسروق^(١).

ويشترط أبو حنيفة عدم التقادم لقبول الشهادة ولقطع السارق بها، والأصل عنده أن التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة، ولكن بطلان الشهادة بالنسبة للحد لا يمنع من ثبوت المال المسروق للمجني عليه بنفس الشهادة، ولا يمنع من تعزير الجاني بهذه الشهادة وتضمنينه قيمة المسروق، لأن التقادم يمنع من قبول الشهادة على الحدود الخالصة لشبهة الضعينة، 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 القاضي مقتنعاً بصحتها. وهناك رواية عن أحمد بأنه يقبل التقادم في الحدود^(٢).

وإذا تعدد السراق، وكان بعضهم غائباً وبعضهم حاضراً، تثبت السرقة عليهم جميعاً بشهادة شاهدين، ويقطع الحاضر من الجناة، أما الغائب فلا يقطع بهذه الشهادة، بل يجب أن تعاد البينة في مواجهته، أو تثبت عليه الجريمة في مواجهة بينة أخرى^(٣)، وهو ما يراه الأئمة الثلاثة، وعلى القاضي أن يتحقق من عدالة الشهود في الحدود ولو لم يطعن المتهم في شهادتهم، ولكنه غير ملزم بالتحقق من عدالتهم في غير الحدود، ما لم يطعن في شهادتهم على الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة.

ويشترط أبو حنيفة لقبوله الشهادة على السرقة الموجبة للقطع قيام الخصومة ممن له يد صحيحة على الشيء المسروق، فإذا حضر الشهود، وقبل المجني عليه أو من له حق الخصومة وشهدوا بالسرقة، لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر من له حق المخاصمة أو المجني عليه ويخاصم، لأن من شرط السرقة أن يكون الشيء مملوكاً لغير السارق، فلا تظهر السرقة إلا بالخصومة، فإذا لم توجد الخصومة لم تقبل الشهادة، إلا أن عدم قبول الشهادة لا يمنع القبض على المتهم وحسبه بناء على تبليغ الشهود بالسرقة إذ التبليغ اتهام، والقبض والحبس لا يجوز أن يتوجه بالاتهام، فإذا حضر المجني عليه أو غيره ممن له حق الخصومة وادعى ملكية المسروق قبلت الشهادة^(٤).

والمقصود من قبول الشهادة هو عدم سماع الشهود قضاء والأخذ بها كدليل، فلا يمنع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨١، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٦، المغني ج ١٠ / ص ٢٨٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥١.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ١٨٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨١، وراجع الجزء الأول من التشريع الجنائي الإسلامي.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٥٨.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨١.

حضور الشهود قبل المخاصمة من سماع أقوالهم وتدوينها كبلاغ وحبس المتهم بموجبها، وإنما الممنوع هو الحكم بها^(١).

ولكن مالكاً لا يرى المخاصمة ضرورية لقبول الشهادة والحكم بها، فإذا حضر الشهود وبلغوا بالسرقة سمعت شهادتهم وأقيمت الدعوى على المتهم ولو لم يحضر المجني عليه، ولو كان المتاع لغائب أو مجهول، ويقطع السارق بشهادة الشاهدين؛ لأن الحد متعلق بحق الله تعالى، وقد ارتكب المتهم الجريمة، فوجبت عليه عقوبتها^(٢)، بل لو كذب المجني عليه الشهود بالسرقة فلا يمنع هذا من القطع ما دامت السرقة ثابتة^(٣).

ويرى الشافعي أنه إذا تقدم الشهود فشهدوا بسرقة مال شخص غائب أو حاضر لم يبلغ قبلت شهادتهم حسبة تغليباً لحق الله تعالى، ولكن لا يقطع السارق بهذه الشهادة حتى يطالب المالك بالشيء المسروق، أو يطالبه عنه وليه أو وصيه، فإذا ادعى اعتبرت الشهادة مرة ثانية بعد ادعائه لإثبات أن المال المسروق له؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل في المال، أما وجوب القطع عليه فقد ثبت بثبوت السرقة التي تثبت بشهادة الحسبة وإن كان القطع متوقفاً على المخاصمة؛ لأن عدم المخاصمة تفيد وجود مسقط للقطع فانتظار المخاصمة هو انتظار ظهور مسقط، فإذا خاصم تبين أن لا مسقط^(٤)، ورأي الشافعي لا يختلف من الناحية العملية عن رأي أبي حنيفة.

وفي مذهب أحمد رأيان: أحدهما يتفق مع مذهب أبي حنيفة وهو الراجح، والثاني يتفق مع مذهب مالك، وهو المرجوح^(٥)، وأصحاب الرأي الأول يحتاطون فيرون حبس السارق وأخذ المال المسروق وحفظه حتى يحضر الغائب أو وكيله، ويلاحظ أن المخاصمة مقيدة بالسرقة الموجبة للقطع، فإن كانت السرقة مما يعزّر فيه فلا تشترط الخصومة لظهور السرقة، وليس من الضروري سماع أقوال المجني عليه أو من يمثله إلا فيما يتعلق بتضمين السارق قيمة المسروق، ويكفي أن يثبت السرقة بأي طريق آخر غير طريق المجني عليه، والتشدد في السرقة الموجبة للقطع راجع إلى الأصل المشهور «ادرؤوا الحدود بالشبهات» فمن اشترط حضور المجني عليه اتخذ من عدم حضوره شبهة أن يكون المال غير مسروق أو أن للمتهم حقاً فيه، أو أنه سرق من غير حرز، أو أن المتهم أذن له في دخول الحرز وغير ذلك من الشبهات التي تدرأ القطع.

من يملك الخصومة؟: وإذا كان بعض الفقهاء يرى الخصومة شرطاً لظهور السرقة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٥٢.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٦، المدونة ج ١٦ / ص ٦٦، ٦٧.

(٣) المدونة ج ١٦ / ص ٦٨، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٢.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٢٩٩، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٦.

المستوجبة للقطع فلا بد من بيان من يملك الخصومة، والأصل عند أبي 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 وللمستعير والمضارب والغاصب والقباض على سوم الشراء والمرتهن؛ لأن يد هؤلاء إما يد ضمان أو يد أمانة، فلهم جميعاً أن يخاصموا السارق، وتعتبر خصومتهم في حق ثبوت ولاية الاسترداد والإعادة إلى أيديهم أولاً، وفي حق القطع إذ يقطع السارق بخصومتهم ثانياً: ولكن زفر لا يعتبر الخصومة في حق القطع إلا من المالك فقط وهو مذهب الشافعي، حيث يشترط مخاصمة المالك أو وكيله، ولا يجيز مخاصمة واضع اليد كالمرتهن والمستأجر، أما مالك فلا يشترط المخاصمة والمطالبة للقطع، وفي مذهب أحمد رأيان: رأي كمذهب مالك، والثاني كمذهب الشافعي يشترط مخاصمة المالك دون غيره^(١).

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^(٢)، ومالك لا يشترط الخصومة، ويرى قطع السارق من السارق؛ لأنه سرق مالا للغير من حرز لا شبهة له فيه^(٣)، ولكنه لا يجعل للسارق الأول حق استرداد المسروق، إنما الاسترداد للمالك.

وأحمد يشترط الخصومة، ولكنه لا يقطع السارق من السارق، ولا السارق من الغاصب، ولا يجعل حق استرداد المسروق إلا للمالك^(٤).

وفي مذهب الشافعي رأيان في قطع السارق من السارق: أحدهما ك رأي مالك، والثاني ك رأي أحمد^(٥)، وحق الاسترداد لا يكون في أي حال إلا للمالك.

٦١٩ - ثانياً: الإقرار: تثبت السرقة بالإقرار ولو بعد حين من السرقة، لأن التقادم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٢، المغني ج ١٠ / ص ٢٩٩، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٧، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٦.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٤.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٦.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٢٥٧، ٢٧٩.

(٥) المهذب ج ٢ / ص ٢٩٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٣٨.

عند القائلين به لا يؤثر على الإقرار، إذ الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه .
والظاهريون يرون أن يكون الإقرار مرة واحدة ولا يعدد .

وقد اختلف في عدد الأقارب، فاكتفى مالك وأبو حنيفة والشافعي بإقرار واحد، ويرى أبو يوسف من فقهاء الحنفية مع أحمد والشيعة الزيدية أن يكون الإقرار مرتين، وحجتهم ما روي عن النبي ﷺ أنه لم يقطع أحد السارقين إلا بعد أن اعترف مرتين أو ثلاثاً، ويترتب على اشتراط الإقرار مرتين عند القائلين به أنه 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 المخاصمة مع الإقرار، فلا يقطع المقر بسرقة مال من مجهول أو من غائب إلا إذا خاصمه من يملك المخاصمة كما هو الحال في حالة الثبوت بالبينة، ولكن أبا يوسف - من فقهاء المذهب الحنفي - لا يشترط المخاصمة في حال الإقرار ويرى القطع في السرقة من مجهول أو غائب إذا ثبتت السرقة دون حاجة للمخاصمة، وحجته في ذلك أن المقر لا يتهم في الإقرار على نفسه، ويحتج أبو حنيفة ومن على رأيه بأن سمره لما أقر للرسول أنه سرق بغيراً، أرسل الرسول يسأل المجني عليهم فقالوا: فقدنا بغيراً في ليلة كذا، فقطعه .

ويحتج لذلك أيضاً بأن الظاهر أن من في يده شيء فهو ملكه، فإن أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه حتى يصدقه المقر له، والغائب يجوز أن يصدقه، ويجوز أن يكذبه، فاحتمال التكذيب شبهة تدرأ الحد عن المتهم .

وقد علمنا فيما سبق أن مالكا لا يشترط المخاصمة للقطع سواء ثبتت السرقة ببينة 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 الشهود، قطع الجاني بناء على ثبوت الجريمة بالبينة، وهذا ما يراه أحمد ومالك والظاهريون^(٣) .

وعند الشافعيين يرون أن الأصح سقوط القطع إذا ثبتت الجريمة أولاً بالإقرار ثم ثبتت بالبينة إذا رجع عن الإقرار^(٤) .

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٩١ - ٢٩٤، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٦٤، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٦، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٠، بدائع الصنائع ج ٧ / 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.

(٣) كشف القناع ج ٤ / ص ٨٦، المحلى ج ٨ / ص ٢٥٠.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ٢٥٠، ويراجع مذهب أبي حنيفة في شرح فتح القدير .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبي حنيفة يرون أن الإقرار يبطل الشهادة، وأن العدول عن الإقرار يبطل الحد^(١).

وليس للعدول عن الإقرار أي أثر عند الظاهريين، بل يؤخذ الجاني بإقراره ولو عدل عنه، لأنهم لا يدرؤون الحدود بالشبهات، ويرى بعض الشافعية هذا الرأي على أساس أن السرقة حق متعلق بالأفراد^(٢).

٦٢٠ - ثالثاً: اليمين: في مذهب الشافعي رأي أن السرقة تثبت باليمين المردودة، فإذا ثبتت على هذا الوجه قطع المتهم، فإذا لم يكن شهود ولا إقرار، فنسب المجني عليه السرقة للمتهم، فنكل السارق عن اليمين فحلفها المدعي قطع السارق؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار والبيئة وسيلة من وسائل الإثبات، وكل منها يقطع به فيقطع باليمين المردودة.

لكن الرأي الراجح في المذهب أن القطع لا يكون إلا بالبيئة أو الإقرار، وأنه لا قطع باليمين المردودة، وإنما يثبت بها المال المسروق فقط^(٣)، وهذا الرأي يتفق مع مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد فإنهم لا يرون اليمين المردودة دليلاً مثبتاً إلا للمال دون غيره، وأن السارق لا يقطع بها^(٤).

المبحث الثالث

ما يترتب على ثبوت السرقة

يترتب على ثبوت السرقة شيان:

أولهما: ضمان قيمة المال المسروق.

ثانيهما: قطع السارق.

٦٢١ - أولاً: الضمان: يسلم أبو حنيفة وأصحابه بأن 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 ﷺ: «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

(١) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٤٩.

(٢) المحلى ج ٨ / ص ٢٥٠، المذهب ج ٢ / ص ٣٦٤.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٠.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨١، المغني ج ١ / ص ١٢٨.

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 للمجني عليه، فإذا استهلك 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 يرجع عليه بالقيمة، لأن الرجوع بالقيمة معناه الضمان، وقد انتهى الضمان عن السارق بالقطع، أما الرجوع بالثمن فلا يوجب على السارق ضماناً 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 للمجني 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 تضميناً، وإنما التضمين هو الرجوع بالقيمة، وإذا غصب المال المسروق شخص من السارق كان للمجني عليه أن يسترد المال من يد الغاصب، فإذا هلك المالك في يد الغاصب كان للمجني عليه أن يرجع على الغاصب بقيمته على رأي، ولم يكن له على رأي آخر؛ لأن عصمة المال قد سقطت بالقطع^(٢)، واختلف فقهاء الحنفية في حالة تعدد السرقات، وتعدد المجني 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، ففريق يرى أن المجني عليهم إذا حضروا جميعاً وخاصموا فلا ضمان على السارق، لأن مخاصمة السارق في المسروق تقوم مقام الإبراء من الضمان، أما إذا خاصم أحدهم أو بعضهم ولم يخاصم الباقي فالضمان لمن لم يخاصم، وهذا هو رأي أبي يوسف ومحمد، وحجتهم أن المجني عليه مخير بين أن يدعي المال فيستوفي حقه وهو الضمان، وبين أن يدعي السرقة فيستوفي حق الله تعالى فهو القطع ولا ضمان له، فسقوط الضمان أساسه عندهما الادعاء بالسرقة، أما الرأي المضاد فهو رأي أبي حنيفة،

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٤، ٨٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٥.

ويرى أن لا ضمان لأحد من المجني عليهم؛ لأن القطع وقع للسرقات كلها، فينتفي الضمان لأيهما^(١).

ويرى الشافعي وأحمد أن القطع والضمان يجتمعان دائماً؛ لأن السارق يأتي بما يوجب القطع، ويأتي بما يوجب ضمان قيمة المسروق في كل سرقة، فكان الواجب عليه هو القطع والضمان، ذلك أن كل سرقة إنما هي اعتداء على حقين: **أولهما**: حق الله تعالى الذي حرم السرقة أو حق الجماعة التي تضر بالسرقة، **والثاني**: حق العبد الذي أتلّف ماله دون مبرر، وإذا كانت الجريمة اعتداء على حقين فليس ثمة ما يمنع أن تكون الجريمة مضمونة بضمانين، أي أن يكون الجاني مسؤولاً عن هذين الحقين، كذلك فإن الجاني ضامن لرد العين كلما كانت باقية تحت يده، فيجب عليه ضمان قيمتها إذا كانت تالفة لما روي عن رسول الله ﷺ: **« على اليد ما أخذت حتى تؤديه »** ولا يسلم الشافعية والحنفية بحديث عبد الرحمن بن عوف؛ لأن أحد رواه مجهول.

وعلى هذا يجب على السارق رد العين المسروقة على مالكيها إذا كانت باقية، فإذا كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها أو مثلها إن كانت مثلية قُطع أو لم يقطع، موسراً كان أو معسراً، وإذا تعدد المجني عليهم في السرقة، فالسارق ضامن لكل منهم قيمة ما سرق منه أو مثله سواء خاصم أو لم يخاصم^(٢).

وإذا تصرف السارق في العين لغيره كان للمالك أن يسترد العين من هذا الغير وللأخير الرجوع على السارق بقيمتها.

ويرى مالك أن السارق يضمن قيمة المسروق إذا لم يحكم عليه بالقطع أيّاً كان السبب في عدم القطع، كأن كان لعدم تمام النصاب في المال، أو في الشهادة، أو لأنه سرق من غير حرز، أو لأن يده قطعت في جناية أخرى عمداً أو خطأ، أو في حادث عرضي، وهو يضمن قيمة المال المسروق ولو كان قد تلف، وسواء كان التلف باختياره أو بالرغم منه، وسواء كان السارق موسراً أو معسراً، أما إذا كانت العين باقية فعليه ردها، أما إذا قطع في السرقة فعليه رد العين إن كانت موجودة، فإن لم تكن موجودة فعليه قيمتها أو مثلها 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 روي عن الرسول ﷺ: **« إذا أقيم على السارق الحد فلا ضمان عليه »** ويفسر مالك هذا الحديث بأنه لا يجوز أن يجتمع على السارق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٥، ٨٦.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٢، المغني ج ١٠ / ص ٢٧٩.

عقوبتان: قطع يده، واتباع ذمته، ولكن مالكا 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، ورأي مالك استحسان على غير قياس^(١)، وتطبق هذه القواعد في حالة تعدد السرقات وتعدد المجني عليهم، وللمالك إذا تصرف السارق في العين لآخر أن يسترد العين من الآخر. ورأي الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبي حنيفة، فالسارق إذا قطع لم يضمن^(٢).

٦٢٢ - ثانياً: القطع: أساس القطع: الأصل في القطع قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكْلَافًا مِنَ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨].

وعقوبة القطع لا يجوز العفو فيها لا من المجني عليه ولا من رئيس الدولة، ولا يجوز أن تستبدل بها عقوبة أخرى أخف منها، والأصل في ذلك ما روي عن رسول الله ﷺ: «تجافوا العقوبة بينكم، فإذا انتهى بها إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا» كذلك لا يجوز تأخير تنفيذ العقوبة أو تعطيلها، وهذه المبادئ متفق عليها ولا يخالف فيها إلا الشيعة الزيدية، حيث يرون أن القطع يسقط عن السارق بعفو المجني عليه في السرقة، فإذا تعدد المجني عليهم وجب لسقوط القطع أن يعفو كل منهم^(٣).

كذلك يرون أن للإمام 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 للإمام إسقاط حد القذف ولا حد السرقة^(٤).

٦٢٣ - محل القطع: اختلف الفقهاء في محل القطع إلى حد كبير، ولهم في ذلك آراء مختلفة، وأساس اختلافهم قوله تعالى: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ 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 تعزيرية، وحجة عطاء أن الله جل شأنه قال: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ ولو شاء أمر بقطع الرجل ولم يكن الله تعالى نسياً^(٥).

ويرى الظاهريون أن القطع واجب في اليدين معاً، فإذا سرق قطعت إحدى يديه، فإذا

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٧، ١٠٨، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٢٧٨.

(٢) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٧٥.

(٣) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٢٤.

(٤) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٧٤، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٥٥، كشاف القناع ج ٤ / ص ٤٧، ٨٧،

المهذب ج ٢ / ص ٢٨٧، ٢٨٩، ٢٩٢، ٣٠٠، الأحكام السلطانية ص ٢٦٥، المدونة ج ١٦ /

ص ٦٧، المحلى ج ١١ / ص ١٢٦ وما بعدها.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ٣٥٤.

عاد للسرقة قطعت يده الثانية، فإن سرق الثالثة عَزَّر 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^(١).

ومحل القطع عند أبي حنيفة والشيعة الزيدية وعلى الرأي الأول - وهو الراجح في مذهب أحمد - في 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: أولاً ما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال في السارق: «**إِنْ سَرَقَ فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله**» ولأن نص القرآن ﴿**فَاقْطِعُوا أَيْدِيَهُمَا**﴾ قصد منه اليد اليمنى فقط، بدليل قراءة عبد الله بن مسعود «**فاقطعوا أيماهما**» ولا يظن بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه بل سماعاً عن رسول الله ﷺ، فخرجت قراءته مخرج التفسير، ولأن القطع - قطع اليدين - يفوت منفعة الجنس، وكذلك قطع الرجلين معاً، فلا يستطيع أن يأكل أو يمشي أو يتطهر أو يدفع عن نفسه، ولأن عمر وعلياً لم يريا أن يقطعا أكثر من يد ورجل السارق، فقد أتى عليّ بسارق قطعت يده ورجله فلم يقطعه وقال: إني لأستحي من الله ألا أدع له يداً يبطش بها، ولا رجلاً يمشي عليها، ولما أشار عليه أصحابه بقطعه قال: إذا قتلته وما عليه القتل، بأي شيء يأكل الطعام؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة؟ بأي شيء يغتسل من جنباته؟ بأي شيء يقوم على حاجته؟.

وروي عن عمر أنه أتى برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فاستودعه السجن بعد أن أشار عليه عليّ بذلك^(٢).

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: ﴿**فَاقْطِعُوا أَيْدِيَهُمَا**﴾ والأيدي اسم جمع واثنان فما فوقهما جمع، وأن أبا هريرة روى عن رسول الله ﷺ أنه قال في السارق: «**السارق إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله، ثم إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله**» ولأن أبا بكر وعمر قطعا في خلافتهم اليدين والرجلين، وقد قال النبي ﷺ: «**اقتدوا باللذنين من بعدي: أبي بكر وعمر**»^(٣).

(١) المحلى ج ١١ / ص ٣٥٧.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٢٦٤، ٢٧٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٦، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٢٧٢.

(٣) شرح الزرقاني ج ٢ / ص ٩٢، ٩٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٢ وما بعدها.

ويشترط أبو حنيفة لقطع اليد اليمنى أن تكون 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 الشئيين 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 رجله اليسرى وإن كانت صحيحة؛ لأنه يبقى بلا رجلين فتفوت منفعة الجنس - أي منفعة المشي - وإن كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع كلها، فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها كلها تقطع يده اليمنى؛ لأن الجنس لا تفوت منفعته، وإن كانت يده صحيحتين ولكن رجله 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.

ورأي أبي حنيفة فيما سبق يتفق مع رأي 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 المعدوم ما قطع منه أصبعان غير الإبهام، أو قطع منه الإبهام فقط، لأن ذلك في رأيه يفوت منفعة البطش.

وفي مذهب أحمد رأي لا يرى قطع الشلاء أصلاً، والانتقال إلى غيرها، فإن كانت اليد اليمنى شلاء قطعت الرجل اليسرى، ولكن الرأي الأخير يرى قطع الشلاء إذا رأى أهل الخبرة أنها لو قطعت رقاً دمها وانحسمت عروقها، وفي المذهب رأي يرى ألا تقطع اليد إذا كانت كل أصابعه ذاهبة، ورأي 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 يده ولا قدم مشلولة شللاً ظاهراً، وإذا قطع من اليد معظم أصابعها، كثلاثة أو أربعة أصابع، اعتبرت عند مالك في حكم المشلولة، وكذلك الرجل. أما الشافعي فإنه يرى قطع اليد أو الرجل ولو كانت شلاء، إلا إذا خيف من قطعها ألا يكف الدم، ويكتفي بقطع اليد ما دام فيها أصبع واحد، بل يرى بعض فقهاء المذهب الاكتفاء بالكف دون الأصابع^(٢).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٦٨، ٢٦٩، كشف القناع، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٧.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٢، ١٥٣، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٢، ٩٣.

ومن المتفق عليه بين جميع الفقهاء أن القطع يسقط إذا ذهب العضو المستحق القطع بسبب وقع بعد السرقة لا قبلها، سواء كان الذهاب بأفة، أو قصاص، أو جناية، فمن حصل له حادث بعد السرقة فذهبت فيه يده اليمنى سقط عنه القطع ولم ينتقل للرجل اليسرى، ومن قطع يميني 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 السرقة فالقطع ينتقل للرجل اليسرى^(١).

وإذا قطع شخص عمداً العضو المستحق القطع سقط القطع، وليس على العادي إلا التعزير، ويسقط القطع؛ لأن العضو المستحق ذهب بسبب نشأ بعد السرقة ولا قصاص على العادي؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم، وإنما يعزر لافتياته على الإمام ولو كان القطع قبل ثبوت السرقة، والحكم بالقطع ما دام الاعتداء حدث بعد السرقة، وما دامت السرقة قد ثبتت وكانت مما يجب فيه القطع، وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد؛ إلا أن بعض المالكية يشترط أن يكون الاعتداء بعد ثبوت السرقة لا بعد وقوعها^(٢).

ويفرق الحنفية بين حالتين، حالة ما إذا كان الاعتداء قبل المخاصمة أو بعدها، فإن كان قبل المخاصمة فعلى المعتدي القصاص؛ لأن القطع لا يجب في السرقة إلا بالمخاصمة فكان العضو حين قطع غير مستحق القطع، فقطع وهو معصم، وينتقل القطع في السرقة إلى الرجل اليسرى إذا كان المقطوع هو اليد اليمنى، كأن سرق ولا يمين له، أما إذا كان الاعتداء بعد الخصومة، فإن كان قبل القضاء فكذلك الجواب، إلا أننا هنا لا نقطع رجله اليسرى؛ لأنه لما خوصم كان الواجب في 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 السرقة^(٣).

وإذا شهد بالسرقة فحبسه الحاكم لعدل الشهود، فقطعه قاطع، ثم عدلوا، فلا قصاص على القاطع عند الأئمة الثلاثة، وإن لم يعدلوا وجب القصاص، ولكن الحنفيين لا يرون القصاص، لأن صدق الشهود محتمل فيكون ذلك شبهة^(٤).

وإن 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

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٣، المغني ج ١٠ / ص ٢٦٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٨.

(٢) نفس المراجع السابقة.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٨.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٣٦٩، ٢٧٠، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٢٨٧، الزيلعي ج ٣ / ص ٢٢٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٥١.

والشيعة الزيدية، لأنه لو قطع لأدى قطعه إلى تفويت منفعة الجنس، ولكن مالكاً والشافعي لا يسقطان قطع اليمين عن السارق، لأنهما يجيزان قطع اليدين والرجلين، بينما لا يجيز أبو حنيفة وأحمد إلا قطع يد ورجل فقط^(١).

وإذا قطع الإمام أو الجلاد اليسرى بدلاً من اليمين خطأً أجزأت، وليس على القاطع ضمان في رأي البعض، وعليه الضمان في رأي البعض الآخر، أما إذا قطعها عمداً وهو عالم أن السنة قطع اليمين فعلى القاطع القصاص، ولا يسقط القطع عن السارق فتقطع يده اليمينى عند مالك والشافعي، وعليه التعزير عند أبي حنيفة والضمان، وكذلك يرى بعض الحنابلة، ولكن البعض الآخر يرى القصاص، ولكن الحنفيين عموماً والحنابلة يرون أن قطع اليسار يمنع من قطع اليمين ويجزئ عنه؛ لأن قطع اليمين يفضي 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، أي أنه إذا كان فعل القاطع أدى إلى إتلاف اليسرى فقد أدى إلى إبقاء اليمينى وهي خير من اليسرى^(٢).

٦٢٤ - موضع القطع: موضع القطع من اليد هو مفصل الزند عند الأئمة الأربعة والظاهرية والشيعة الزيدية، وعند الشيعة الإمامية القطع من أصول الأصابع، فلا تقطع الكف، ويرى الخوارج القطع من المنكب.

وموضع قطع الرجل من مفصل الكعب، ولكن الشيعة الإمامية يرون القطع من مقعد الشراك ليبقى للسارق عقب يمشي عليه، وحجة الخوارج أن اليد تطلق على الذراع كله، وحجة الشيعة الإمامية أن علياً قطع أصابع اليد دون الكف، وقطع القدم دون الكعب، وحجة القائلين القطع من مفصل الزند ومفصل الكعب: أن أقل ما يطلق على اليد هو الكف والأصابع، وأن العمل جرى من عهد الرسول على القطع من هذين المفصلين^(٣).

٦٢٥ - التداخل: إذا سرق السارق مرات قبل القطع أجزأ قطع واحد عن جميع السرقات وتداخلت الحدود جميعاً؛ لأن السرقة حد من حدود الله تعالى، فإذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا، والقاعدة: أن ما تعلق بحق الله تداخل، وما تعلق به حق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٣، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٣، المغني ج ١٠ / ص ٢٧٠، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٣.

(٢) 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، المغني ج ١٠ / ص ٢٧٠.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٣٥٧، المغني ج ١٠ / ص ٢٦٤، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٢٧٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٢، ٩٣، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٧٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٣، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٢٧٨.

لأدمي لم يتداخل^(١)، ويرى مالك أن التداخل يكون في حالتين:

الأولى: إذا اتحد الموجب؛ أي اتفق قدر ما توجهه كل جريمة كالقذف والشرب، فعقوبة كل منهما ثمانون جلدة، وكالسرقة وقطع اليد اليمنى فالأولى عقوبتها القطع والثانية القصاص، فإذا أقيمت إحدى العقوبتين أو العقوبات التي تتحد في الموجب سقطت العقوبات الأخرى ولو لم يقصد عند إقامة العقوبة التي أقيمت أن تجزئ عن غيرها، أو لم يكن يعلم أن هناك حدوداً أخرى واجبة على المحدود.

الثانية: إذا تكررت موجبات الجريمة الواحدة كالسرقة مراراً قبل الحد أو الشراب مراراً قبل الحد، ويرى بعض الحنابلة أنه لو سرق جماعة وجاؤوا متفرقين فإن الحدود لا تتداخل، ولعله يقيس ذلك على حد القذف، ولكن الصحيح أنها تتداخل؛ لأن القطع خالص حق الله تعالى وإن توقف على مخاصمة المالك، أما حد القذف فحق لأدمي ويتوقف على المطالبة باستيفائه ويسقطه العفو عنه^(٢).

٦٢٦ - من الذي يقيم الحد؟: يقيمه الإمام أو من ولّاه من الحكام.

٦٢٧ - تعليق اليد بعد قطعها: يرى الشافعي وأحمد أن تعلق اليد المقطوعة وقتاً ما في عنق السارق للزجر والتنكيل، أخذاً بما رواه الترمذي من أن النبي ﷺ أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلق في عنقه^(٣).

ولم يحدد الحنابلة الوقت وحدده الشافعية بساعة، ويرى الشيعة الزيدية التعليق على أن يكون ثلاثة أيام^(٤)، 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 المسقط 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 الشهود فيما شهدوا به من السرقة: فهذا التكذيب يبطل الإقرار والشهادة، ويترتب على بطلانها سقوط القطع، وهذا هو مذهب أبي حنيفة، ويستوي أن يكون التكذيب مبتدأً أو بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة، ولكن مالكا - وهو لا يعتبر المخاصمة - لا يرى في تكذيب المجني عليه لإقرار

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٦٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٥، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٢٦٨.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٣، المغني ج ١٠ / ص ٢٦٦.

(٤) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٢.

الجاني أو للشهود ما يسقط القطع ما دام الثابت أن التكذيب قصد به مساعدة الجاني، ولا يتفق مع الحقيقة، والأمر كذلك عند الشافعي وأحمد إذا كان التكذيب بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة، أما إذا كان التكذيب مبتدأ فلا يجب القطع؛ لأنه لا يجب المخاصمة، والتكذيب المبتدئ يمنع من المخاصمة.

ومذهب الظاهريين يتفق مع مذهب مالك في هذه النقطة، أما مذهب الشيعة الزيدية فهو كمذهب أبي حنيفة؛ لأنهم لا يسقطون القطع بعفو المجني عليه، فسواء كان التكذيب صحيحاً أو مقصوداً به مساعدة الجاني فهو مسقط للحد عندهم^(١).

٢ - العفو عن السارق: على أن يكون من جميع المجني عليهم، فإن كان من بعضهم دون البعض فلا يسقط القطع، وهذا رأي 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 يؤثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة، وأصحاب الرأي المضاد يرون أن إقراره بالشراكة 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^(٣).

٤ - رد المسروق قبل المرافعة: يرون في مذهب أبي حنيفة أن رد السارق للمسروق قبل المرافعة يسقط القطع أما بعد المرافعة فلا يسقطه؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٤، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٧، المدونة ج ١٦ / ص ٩٥.

(٢) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٤.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٨، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٤٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٧، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٦، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٠، ١٥١، المهذب ج ٢ / ص ٣٦٤، المحلى ج ٨ / ص ٢٥٠ وما بعدها.

الموجبة للقطع، فإذا رد السارق المسروق قبل المرافعة بطلت الخصومة، بخلاف ما بعد المرافعة؛ لأن الشرط وجود الخصومة لا بقاؤها.

وهناك رواية عن أبي يوسف بأن الرد قبل المرافعة لا يسقط القطع؛ لأن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع، فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة ولا يسقط القطع الواجب لها كما لو رده بعد المرافعة، وعند الشيعة الزيدية أن رد المسروق إلى الحرز بعد إخراجه يجب فيه القطع، وعند مالك والشافعي وأحمد أن الرد لا يمنع من القطع، لأن مالكاً لا يعتبر المخاصمة، ولأن المخاصمة كما يراها الشافعي وأحمد شرط للحكم لا شرط للقطع، فإذا خاصم المجني عليه وجب القطع، ولو رد الجاني المسروق، ولو كان الرد قبل المرافعة^(١).

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 أبي حنيفة ومحمد، ولا يسقط عند أبي يوسف، ويرى الشيعة الزيدية أن المسقط للقطع هو التملك قبل الشكوى، وعند الشافعي وأحمد الحكم 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 فعلاً، أما عند مالك فالعبرة بتملك المسروق وقت السرقة، فإذا كان لا يملكه وقت السرقة قطع به، لأن مالكاً لا يشترط المطالبة ويرى القطع، ولو رد الشيء المسروق قبل الشكوى، ولو كانت الشكوى من أجنبي^(٢).

٦ - ادعاء ملكية المسروق: إذا ادعى الجاني ملكية الشيء المسروق، فيرى البعض أن الادعاء يسقط القطع، وقد تكلمنا عن ذلك فيما سبق فليراجع.

الشفاعة في السرقة: لا يرى الفقهاء بأساً بالشفاعة في السارق ما لم يبلغ الحادث الإمام، فإنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد فقد وجب».

ومما يروى عن الزبير بن العوام أنه قال في الشفاعة في الحد: «يفعل ذلك دون السلطان، فإذا بلغ الإمام فلا أعفاه الله إن أعفاه» وقال مالك: إن السارق إذا لم يكن يعرف بشر فلا بأس أن يشفع له ما لم يبلغ الإمام.

وأما من عرف بشر وفساد فلا ينبغي أن يشفع له أحد، ولكن يترك حتى يقام الحد عليه.

(١) نفس المراجع السابقة.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٢٧٧، المدونة ج ١٦ / ص ٨٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٨٩.

وأجمعوا على أنه إذا بلغ الإمام لم تجز الشفاعة فيه؛ لأن ذلك إسقاط لحق وجب لله تعالى، وقد غضب النبي ﷺ حين شفع أسامة بن زيد في المخزومية 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^(١).

ما يترتب على سقوط الحد: إذا سقط الحد بعد ثبوت السرقة ترتب على ذلك نتيجتان:

أولاهما: دخول المسروق في ضمان السارق عند من لا يجمعون بين القطع والضمان حتى ولو كان قد هلك في يده أو استهلك بنفسه، وسواء كان موسراً أو معسراً؛ لأن المانع من الضمان عندهم هو القطع وقد سقط، وإذا حلت عقوبة التعزير محل القطع فإنها لا تمنع من الضمان.

ثانيتهما: وجوب رد عين المسروق إن كان قائماً، فإن لم يكن قائماً كإهلاك أو استهلاك فعلى السارق قيمته.

وهاتان النتيجتان يترتب كلتاها في الحالات التي يجب فيها الضمان والرد، أما إذا لم يكن الضمان والرد واجباً فلا وجود لهاتين النتيجتين، فمثلاً إذا كان السارق قد رد المسروق قبل التبليغ فلا ضمان ولا رد ما لم يكن رده ناقصاً، وإذا كان قد تملكه بعد السرقة فلا ضمان ولا رد^(٢).

الشروع في السرقة

٦٢٩ - للتفريق بين السرقة التامة والشروع فيها أهمية كبرى في الشريعة الإسلامية؛ لأن القطع لا يكون إلا في السرقة التامة، أما الشروع فلا قطع فيه بأي حال، وعقوبته دائماً التعزير.

وتتم السرقة عند الظاهريين بمجرد استيلاء الجاني على الشيء استيلاء مادياً؛ أي بمجرد وضع يده عليه وضعاً مادياً ولو لم يخرج من الحرز أو ينقله من مكانه، أما عند عامة الفقهاء فتتم السرقة بإخراج الشيء المسروق من حرزه بحيث يدخل في حيازة الجاني ويخرج من حيازة المجني عليه.

والحرز كما عرفنا نوعان: حرز بطبيعته وحرز بالحافظ، فيجب لتمام السرقة من حرز بطبيعته أن يخرج السارق بالمسروق من الحرز، فإن سرق من مسكن فلا تتم السرقة إلا

(١) المغني ج ١٠ / ص ٢٩٥، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨، المهذب ج ٢ / ص ٣٠٠، المحلى ج ١١ / ص ١٥١.

(٢) راجع في هذا الموضوع: بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٨٩، المغني ج ١٠ / ص ٢٨٠.

بإخراج المسروق من المسكن، أما إخراج المسروق إلى ساحة الدار فلا يعتبر سرقة تامة إلا إذا كانت الغرفة المسروقة 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 لجالس 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 المجني عليه ولو ظل واقفاً بجوار المجني عليه.

ورأي جمهور فقهاء الشريعة في السرقة التامة يتفق إلى حد كبير مع الرأي الذي عليه جمهوره شرح القوانين الوضعية، والذي تأخذ به أكثر هذه القوانين هو أن السرقة لا تتم إلا بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاماً يخرج 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 إخراج من حيازة المجني 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 المجني عليه ويدخله في حيازة الجاني، وفي هذه السرقات تتفق الشريعة مع القوانين في تحديد السرقة التامة.

ورأي الظاهريين يتفق مع رأي بعض شرح 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 الزبيري، فحكمت باعتبار المتهم شارعاً 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 شروعاً في السرقة^(١).

واتجاه الشريعة في العقاب على الجرائم المشروع فيها يتفق مع ما يذهب إليه أصحاب

(١) الأموال، للقللي ص ٦٤.

المذهب الشخصي من شراح القوانين الوضعية، ولكن نظرية الشريعة تتسع لأكثر مما يتسع له المذهب الشخصي، لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتي الجاني إذا تكون مما أتاه معصية، سواء كان ما فعله الجاني مؤدياً حتماً إلى الركن المادي للجريمة المقصودة أو غير مؤد إليه، كما بسطنا ذلك في الجزء الأول من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي.

٦٣٠ - الشروع في السرقة: لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم عامة وفي السرقة بوجه خاص، ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفني كما نعرفه اليوم، ولكنهم اهتموا فقط بالترقية 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، أي أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقباً عليها بحد ولا كفارة، ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بهما إلا على جرائم معينة أتمها الجاني فعلاً، فإن كل شروع في فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير، ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته؛ أي جريمة تامة، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم ما دام الجزء الذي تم محرماً لذاته ولا استحالة في أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر، فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكباً لمعصية تستوجب العقاب، وهذه المعصية تعتبر في ذاتها جريمة تامة ولو أنها بدء في تنفيذ جريمة السرقة، وعندما يتسلق السارق المنزل الذي يريد أن يسرق منه يرتكب معصية، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية، وهكذا كلما أتى السارق فعلاً تحرمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية أي 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 ما دون التمام لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة^(١).

٦٣١ - متى يعتبر الفعل شروعا في الجريمة: يعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية؛ أي اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد، وليس من الضروري أن يكون الفعل بدءاً في تنفيذ ركن الجريمة المادي بل يكفي الفعل معصية، وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادي، ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادي أكثر من خطوة، فمثلاً في السرقة

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ / ص ٢٩٨.

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 المادي المكون لجريمة السرقة خطوات هي دخول محل السرقة والاستيلاء على المسروقات وإخراجها من الحرز .

وكذلك يعزر الجاني باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعاً في السرقة إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله ، ويرى أبو عبد الله الزبيري تعزير الجاني باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعاً في السرقة إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقة ومعه مِبْرَدٌ ليستعمله في فتح الباب أو مِثْقَبٌ لينقب به الحائط ، ولو أنه لم يبدأ في فتح الباب أو نقب الحائط إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزير الجاني إذا وجد مترصداً بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذي يحرسه .

فمقياس الفعل المعاقب عليه في الشروع هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوّناً لمعصية كالنقب ، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجاني وقصده من الفعل ؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية .

وقد جعل أبو عبد الله الزبيري في الأمثلة التي ذكرناها سابقاً شأناً كبيراً للنية ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولكن نية الجاني وحدها هي التي أزالَت الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجاني بجوار محل السرقة معه مبرد أو مثقب يحتمل أن يكون الجاني قاصداً سرقة هذا المحل أو غيره ، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرم ، ولكن نية الجاني هي التي أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية^(١) .

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ / ص ٣٠١ ، ٣٠٢ .

الكتاب الخامس

الحراية

٦٣٢ - الحراية: هي قطع الطريق أو هي السرقة الكبرى، وإطلاق السرقة على قطع الطريق مجاز لا حقيقة؛ لأن السرقة هي أخذ المال خفية وفي قطع الطريق يأخذ المال مجاهرة، ولكن في قطع الطريق ضرب من الخفية هو اختفاء القاطع عن الإمام ومن أقامه لحفظ الأمن، ولذا لا تطلق السرقة على قطع الطريق إلا بقيود فيقال السرقة الكبرى، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم منها قطع الطريق، ولزوم التقييد من علامات المجاز^(١).

٦٣٣ - مقارنة بين السرقة والحراية: وجريمة الحراية وإن سميت بالسرقة الكبرى إلا أنها لا تتفق تمام الاتفاق مع السرقة، فالسرقة أخذ المال خفية والحراية هي الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة، فركن السرقة الأساسي هو أخذ المال فعلاً وركن الحراية هو الخروج لأخذ المال سواء أخذ المال أم لم يؤخذ، والسارق يعتبر سارقاً إذا أخذ المال خفية، أما المحارب فيعتبر محارباً في حالات:

الأولى: إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخاف السبيل ولم يأخذ مالاً 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 مالاً، **الرابعة:** إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال وقتل.

ففي هذه الحالات الأربع يعتبر الشخص محارباً ما دام قد خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة، أما إذا خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة فلم يخف سبيلاً ولم يأخذ مالاً ولم يقتل أحداً فهو ليس محارباً، فالخروج بقصد أخذ المال إذا لم يؤد لحالة من الحالات ليس حراية ولكنه ليس مباحاً بل هو معصية يعاقب عليها بالتعزير، والخروج بغير قصد المال لا يعتبر حراية ولو أدى إلى جرح وقتل، والخروج لأخذ المال على غير سبيل المغالبة ليس حراية وإنما هو اختلاس، والحراية تعرف عند أبي حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية بأنها الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة إذا أدى هذا الخروج

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٦٨.

إلى إخافة السبيل أو أخذ المال أو قتل إنسان، ويعرفها البعض بأنها إخافة السبيل لأخذ المال^(١).

والأصل في الحراية قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ...﴾ [المائدة: ٣٣] 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 إبلاً لرسول الله ﷺ وقتلوا راعيها، والرأي الذي عليه جمهور الفقهاء أن المحارب هو المسلم أو الذمي الذي يقطع الطريق أو يخرج لأخذ المال على سبيل المغالبة^(٢)، على أن الظاهرية يرون أن الذمي الذي يقطع الطريق ليس محارباً ولكنه ناقض للذمة^(٣)، ومن هذا الرأي بعض الفقهاء في مذهب أحمد^(٤)، أما بقية المذاهب المقارنة فيسوي بين المسلم والذمي وترى كليهما محارباً إذا قطع الطريق، وفي مذهب مالك أن الحراية هي إخافة السبيل سواء قصد المال أو لم يقصد، فمن 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 ثائرة فهو محارب، والمسلم به عند مالك أن كل ما يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث فهو حراية.

وتعرف الحراية عند الشافعيين بأنها هي البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث^(٥)، على أنهم يشترطون في القتل الغير حراية أن يكون بقصد أخذ المال^(٦) أو إخافة السبيل^(٧).

ويرى الظاهريون أن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد في الأرض، فيدخل في المحاربين قاطع الطرق واللص، 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، إن اشتهر أمره بفعل ارتكاب جريمته فهو ليس

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٤، المغني ج ١٠ / ص ٣٠٢، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٧٦، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨، المغني ج ١١ / ص ٣٠٦.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٧٩، نيل الأوطار ج ٧ / ص ٢٦٠ وما بعدها، المحلى ج ١١ / ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٣) المحلى ج ٢٢ / ص ٣١٥. (٤) المغني ج ١٠ / ص ٣١٩.

(٥) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٤، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٢.

(٦) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٥. (٧) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٥.

محارباً ولكنه فاعل منكر وليس عليه إلا التعزير، فإن دافع وكابر بقصد ارتكاب جريمته فهو محارب بلا شك لأنه قد حارب وأخاف السبيل وأفسد في الأرض^(١)، 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 هناك جرح فعليه التعزير^(٢)، ومن يمتنع عن أداء الزكاة عليه التعزير ولا يعتبر محارباً فإن مانع دونها فهو محارب^(٣)، فالمحارب عندهم كل من حارب المار وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال لانتهاك فرج^(٤)، ويرى بعض الشافعية والمالكية التعرض للبضع مجاهرة حراية^(٥).

ويعتبر مالك من الحراية أخذ المال مخادعة مع استعمال القوة أو مع عدم استعمالها، فمن يسقي المجني عليه أو يطعمه مادة مخدرة أو يحقنه بها حتى يغيب عن صوابه ثم يأخذ ماله أو يخدعه حتى يدخله محلاً بعيداً عن الغوث ثم يسلبه ما معه يعتبر محارباً، ومن يخدع شخصاً صغيراً أو كبيراً على أي الوجهين السابقين ثم يقتله بقصد أخذ ما معه فهو محارب سواء أخذ ما معه أو لم يجد معه ما يؤخذ، ويسمي مالك هذا النوع من القتل قتل الغيلة وهو عنده نوع من الحراية^(٦).

٦٣٤ - ممن تحدث الحراية؟ : تحدث الحراية من جماعة أو من فرد فقط قادر على الفعل، ويشترط أبو حنيفة وأحمد أن يكون مع المحارب سلاح أو ما هو حكم السلاح كالعصا والحجر والخشبة، ولكن مالكا والشافعي والظاهرية والشيعة الزيدية لا يشترطون السلاح ويكفي عندهم أن يعتمد المحارب على قوته، بل يكتفي مالك بالمخادعة دون استعمال القوة في بعض الأحوال وأن يستعمل أعضائه كاللكز والضرب بجمع الكف^(٧).

ويعتبر محارباً كل من باشر الفعل فيه أو تسبب فيه، فمن 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

(١) المحلي ج ١١ / ص ٣٠٦ - ٣٠٨.

(٢) المحلي ج ١١ / ص ٣١٥.

(٣) المحلي ج ١١ / ص ٣١٣.

(٤) المحلي ج ١١ / ص ٣٠٨، والمراجع السابقة.

(٥) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٩.

(٦) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ١٠٩، المدونة ج ١٦ / ص ١٠٤.

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٠، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٩، المغني ج ١٠ / ص ٣٠٤، أسنى

المطالب ج ٤ / ص ١٥٤، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٦، المحلي ج ١١ / ص ٣٠٨، المدونة ج ١٦

/ ص ١٠٣، شرح الزرقاني ج ٢ / ص ١٠٩.

يمدونهم بالعون إذا احتاجوا إليه، فكل هؤلاء يعتبرون محاربين عند مالك وأبي حنيفة وأحمد والظاهرين، ولكن الشافعي لا يعتبر محارباً إلا من باشر فعل الحراية بنفسه، وأما المتسبب في الفعل والمعين عليه وإن حضر مباشرته ولم يباشره فلا يعتبر محارباً وإنما هو عاص أتى معصية يُعزَّر عليها ويترتب على هذا الفرق أنه لو خرج جماعة فقطعوا الطريق وأخذ بعضهم مالا وقتل بعضهم أشخاصاً ولم يفعل الباقي 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 فاخص بحدّه، أما الباقي فعليهم التعزير^(١)، ويشترط في المحارب أن يكون مكلفاً ملزماً وهذا متفق عليه [ولا يخالف فيه إلا الظاهريون فلا يشترطون إلا أن يكون مكلفاً فقط لأنهم يرون أن الذمي إذا قطع الطريق ينقض عهده].

فإذا كان في القطاع صبي أو مجنون فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لا حد عليهما لأنهما ليس 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 والظاهرين أن الحد يسقط عن الصبي والمجنون في كل حال دون غيرهما سواء ولي أحدهما قطع الطريق أو وليه غيره^(٢).

ويستوي أن يكون المحارب رجلاً أو امرأة عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والشيعية، وظاهر الرواية عند أبي حنيفة أن لا تحد المرأة إذا اشتركت في الحراية ولا يحد من معها إذا وليت هي مباشرة الفعل، ولكنّ 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 يستوي في وجوبه الذكر والأنثى كسائر الحدود، ولأن النص لم يفرق بين ذكر وأنثى^(٣).

وإذا أخذ المحارب مالا فيشترط في المال المأخوذ محاربة ما يشترط في المال المأخوذ بالسرقة، فيجب أن يكون المال محرزاً، وأن يكون مالا متقوماً، وأن يكون مملوكاً

(١) المهذب ج ٢ / ص ٣٠٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٠، ١١١، المدونة ج ١٦ / ص ١٠٠، كشف القناع ج ٤ / ص ٩، المحلى ج ١١ / ص ٣٠٨، بدائع الصنائع ج ٤ / ص ٩١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩١، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٩، المدونة ج ١٦ / ص ١٠٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٢.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩١، شرح الزرقاني ج ٨ / 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.

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 حراية ما يشترط في أخذه بالسرقة إلا أن الأخذ حراية يقتضي الأخذ مجاهرة ومغالبة لا خفية، ويجب أن يكون المال المسروق بحيث يصيب كل من المحاربين نصاباً فإذا لم يصب كل منهم نصاباً فلا حد عليهم باعتبارهم آخذين للمال، وهذا هو مذهب أبي حنيفة والشافعي، على أننا يجب أن نلاحظ أن أبا حنيفة يعتبر المباشر والمتسبب والمعين محارباً، أما الشافعي فلا يعتبر محارباً إلا المباشر، كذلك 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 نصاباً واحداً، ولو تعدد السراق ولو لم يصب أحدهم من المال المسروق نصاباً كاملاً^(١).

أما مالك فلا يشترط النصاب في الحراية، ويكفي عنده لوجوب الحد أن يأخذ المحارب مالاً محترماً سواء بلغ نصاب السرقة أو لم يبلغه، وسواء كان الأخذ واحداً أو جماعة^(٢)، ويرى بعض فقهاء المذهب الشافعي هذا الرأي.

وإذا كان المحارب مستأمناً فحكمه حكم السارق، وقد بينا ذلك عند الكلام على السرقة^(٣).

٦٣٥ - مكان القطع: يشترط أبو حنيفة لعقوبة الحد أن تكون الحراية في دار الإسلام، فإن كانت في دار الحرب فلا يجب الحد؛ لأن المتولي إقامة الحد وهو الإمام ليس له ولاية على دار الحرب وهي محل وقوع الجريمة^(٤)، ومن هذا الرأي الشيعة الزيدية^(٥)، لكن مالكا والشافعي وأحمد والظاهرية يوجبون الحد سواء وقعت الحراية في دار الإسلام أو دار الحرب ما دام الفعل قد وقع جريمة؛ أي وقع على مسلم أو ذمي من مسلمين أو ذميين، وقد تكلمنا عن هذا بمناسبة الكلام على السرقة، ويشترط الظاهريون أن يكون القطع من مسلمين فقط.

ويرى أبو حنيفة أن يكون القطع في غير مصر أي بعيداً عن العمران، فإن كان في مصر فلا حد عنده سواء كان القطع نهائياً أو ليلاً، وسواء كان بسلاح أو غيره، وهو رأي أساسه الاستحسان، ويعلل بأن القطع لا يحصل عادة في الأمصار وإنما يحصل في الطريق

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٤، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٣، المهذب ج ٢ / ص ٣٠٢، كشاف القناع ج ٤ / ص ٩١، المغني ج ١٠ / ص ٣١٣، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٦٦، ٣٦٧.

(٢) المدونة ج ١٦ / ص ١٠٠، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٥.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣١٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٠.

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٢.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٦.

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 رأي أبي يوسف، ويميل إليه فقهاء المذاهب وعليه الفتوى، ويروى عن أبي يوسف أنه يفرق بين النهار والليل فيرى الحد في قطع الطريق في المصر ليلاً سواء كان القاطعون مسلحين أم يحملون عصياً، ولا يعتبر الفاعلون قاطعي 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^(١)، وأبدي أحمد رأيه في الحراية في الصحراء ولكنه توقف إذا كانت في القرى والأمصار، ولكن أصحابه لا يفرقون بين الحراية في الصحراء والمصر ويرون المحارب محارباً حيثما كان لتناول الآية بعمومها كل محارب، ولأن الحراية في المصر أعظم خطراً وأكثر ضرراً، ويفرق بعض فقهاء المذهب بين ما إذا كان المجني عليهم يلحقهم الغوث لو صاحوا وبين عدم لحوق الغوث ويعتبرون القطع في الحالة الثانية^(٢).

ولا يفرق مالك والشافعي بين الصحراء والمصر فيصح أن يقع الفعل في الصحراء أو في المصر، ولكن مالكاً يشترط أن يقع الفعل على وجه يتعذر معه الغوث، فلو منع المجني عليه من الاستغاثة وكان الغوث ممكناً لو استغاث فالفعل حراية، وإذا وضع حول الدار من يمنع وصول الغوث كان الفعل حراية، وكذلك إذا هدد من يحضر للغوث فامتنع عن الإغاثة خوفاً^(٣).

أما الشافعي فيشترط لاعتبار الفعل حراية أن لا يلحق غوث.

وفقد الغوث قد يكون للبعد عن العمران أو السلطان أو لضعف الموجودين في محل الحادث أو على مقربة منه أو لضعف السلطان أو لمنع المجني عليهم من الاستغاثة، فمذهب الشافعي في هذه الحالة كمذهب مالك^(٤)، والشيعية الزيدية لا يرون الحراية إلا في غير المصر ولكن بعضهم يرى أنها تكون في المصر وغير المصر^(٥).

أما الظاهريون فيرون أن الحراية تكون في المصر والفلاة، سواء وقعت ليلاً أو نهاراً، وسواء كان المحارب مسلحاً أو غير مسلح، وسواء كانت في قرية صغيرة أو مدينة عظيمة، وسواء كان الغوث ممكناً أو متعذراً^(٦).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٧٤، ٢٧٥.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٣٠٣، ٣٠٤، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٩.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣١٤، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١٠٨، ١٠٩.

(٤) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٤.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٦.

(٦) المحلى ج ١١ / ص ٣٠٨.

٦٣٦ - المقتطوع عليه: يشترط في المقتطوع عليه أن يكون معصوماً، ويكون كذلك إذا كان مسلماً أو ذميّاً، أما إذا كان حربيّاً أو باغياً فلا عصمة له، وإذا كان حربيّاً مستأمناً فهو معصوم، ولكنّ هناك خلافاً على توقيع عقوبة الحد في ارتكاب الجريمة عليه، وقد سبق أن ذكرنا الآراء المختلفة في شأنه في السرقة^(١).

وللمقتطوع عليه أن يقاتل القاطع ويدفعه عن نفسه وماله، ويستحب للمجني عليه أن يناشد المحارب أن يرجع عن جريمته، فإن لم يكن في الأمر مهلة ففرض على المجني عليه أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه، ما يغلب على ظنه أنه يندفع به، فإن اندفع بالقول والتهديد لم يكن له أن يضربه، وإن كان يندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله، فإن كان لا ينفع 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 يهدر 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 الحراية ما يوجب حد القتل، فإذا عدا عليه شخص فقتله فلا قصاص عليه وإنما يعزر لافتياته على السلطات العامة^(٢).

٦٣٧ - الأدلة على جريمة الحراية: تثبت جريمة الحراية بالبينة والإقرار، ويكفي في حالة البينة شهادة شاهدين، وما قيل عن البينة والإقرار في السرقة يقال هنا، ويجوز أن يكون الشاهدان من الرفقة الذين قاتلوا المحاربين أو وقعت عليهم الحراية على أن لا يشهدا لأنفسهما بشيء ويجوز أن يشهد لهما غيرهما، وإذا لم يتوفر نصاب الشهادة فكان شاهد واحد، أو شاهد وامرأة، أو شاهد رؤية وشاهد سماع، وكان الشهود سماعيين أو لم يكن ثمة شهود، وكان المتهم مقرأً ثم عدل عن إقراره ففي هذه الحالات وأمثالها يعاقب المحارب عقوبة تعزيرية لأن التعزير يثبت بما يثبت به الأموال، والعبرة عند توقيع العقاب بثبوت الاتهام لدى القاضي، فإن اقتنع بصحة الأدلة المعروضة عليه قضى على أساسها وإلا فلا^(٣).

٦٣٨ - عقوبة الحراية: تختلف عقوبة المحارب عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعية الزيدية باختلاف الأفعال التي يأتيها فتعتبر حراية، وهي لا تخرج عما يأتي:

(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 على قطع السارق والحكم واحد في الحالتين، وراجع كتاب التشريع الجنائي، والمحلى لابن حزم ج ١١ / ص ٣١٤، المغني ج ١٠ / ص ٣٥٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٦٦ وما بعدها.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٨، المغني ج ١٠ / ص ٣٢٤، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٧٩، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٣.

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 في اختيار عقوبة المحارب من بين العقوبات التي وردت في النص ما لم يكن قتل فعقابه القتل أو القتل والصلب والخيار للإمام بين هاتين العقوبتين دون غيرهما ، بينما يرى الظاهريون أن الإمام بالخيار في كل الأحوال أيًا كانت الجريمة وسواء قتل المحارب أم لم يقتل .

والأصل في هذا الخلاف بين الفقهاء اختلافهم على تفسير حرف «أو» الوارد في قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ [المائدة: ٣٣] 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 أي عقوبة على أية جريمة بحسب ما يراه ملائماً ، إلا أن مالكا قيد التخيير في حالة القتل فجعل الخيار بين القتل والصلب فقط ، وحجته أن القتل أصلاً عقوبته القتل فلا يعاقب عليه بالقطع ولا بالنفي ، كذلك قيد التخيير في حالة أخذ المال دون قتل وجعل للإمام الخيار إلا في عقوبة النفي ، أما الظاهريون فيرون الخيار المطلق .

وبعد هذا البيان نستطيع أن نبين عقوبة فعل بحسب الآراء المختلفة :

٦٣٩ - إخافة السبيل لا غير : إذا أخاف المحارب السبيل لا غير ولم يقتل ولم يأخذ مالا فجزاؤه عند أبي حنيفة وأحمد النفي ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ وجزاؤه عند الشافعي والشيعة الزيدية التعزير أو النفي ، وقد سوا بين التعزير والنفي لاعتبارهم 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 ينفه وأن الأمر في الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحري المصلحة العامة ، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره ، وإن كان لا رأي له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ

(١) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٤ ، ١٥٥ ، المغني ج ١٠ / ص ٣١٣ ، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٣ ، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٣٧٦ .

باليسر وما يجب فيه وهو النفي والتعزير^(١)، ويرى الظاهريون ما يراه مالك في هذه المسألة^(٢).

معنى النفي: اختلف الفقهاء في معنى النفي اختلافاً كبيراً، فقال البعض: إن المراد بقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾: أن ينفوا من الأرض بالقتل أو الصلب، وقال البعض: إن النفي هو الطرد من دار الإسلام، فالنفي بهذا المعنى هو التغريب ويساوي إلى حد ما إسقاط الجنسية في عصرنا الحاضر وإن كان من الممكن إعادة المنفي إذا ظهرت توبته، والنفي في مذهب مالك هو السجن في رأي البعض، وهو السجن في بلد أخرى غير محل الحادث في رأي ثان، وهو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم، فإن قدر عليهم فلا نفي بعد ذلك، وبالرأي الأول يأخذ الحنفيون فعندهم هو السجن، وفي مذهب الشافعي الرأي الراجح أن النفي هو الحبس وأن الحبس جائز في محله وأولى أن يكون في محل آخر، أما الرأي المرجوح فالنفي أن يطلبوا إذا هربوا حتى يؤخذوا، ويرى أحمد أن النفي هو تشريد المحارب في الأمصار فلا يسمح له أن يأوي إلى بلد حتى تظهر توبته، والرواية الثانية كالرأي الثاني في مذهب الشافعي، والرأي الراجح في مذهب الشيعة أن النفي يكون بالحبس، وقيل: بسمل الأعين وبالطرد والتشريد.

مدة النفي: ومدة النفي عند أبي حنيفة والشافعي ومالك غير محدودة، فيظل المحارب مسجوناً حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أحمد.

وإن كان البعض يرى أن تكون مدة النفي عاماً قياساً على التغريب في الزنا^(٣). أما الظاهريون فيرون أن النفي هو أن ينفي أبداً من كل مكان من الأرض وأن لا يترك يقر إلا مدة أكله ونومه وما لا بد منه من الراحة التي إن لم ينلها مات، ومدة مرضه، ويظل هكذا حتى يحدث توبة فإذا أحدثها سقط عنه النفي وترك يعود إلى مكانه^(٤).

وأساس هذه الآراء المختلفة هو الاختلاف في تفسير معنى النفي، فمن قال بأن النفي هو السجن مطلقاً فسروا النفي بأنه الإبعاد عن الأرض، ورأوا أنه لا يقدر على إخراجه من

(١) نهاية المجتهد ج ٢ / ص ٣٨٠، ٣٨١، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٠، ١١١، المدونة ج ١٦ / ص ٩٨، ٩٩.

(٢) المحلى ج ١١ / ص ٣٨٧، ٣١٩.

(٣) المدونة ج ١٦ / ص ٩٨، ٩٩، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٠، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٨١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٤، المهذب ج ٢ / ص ٣٠٢، المغني ج ١٠ / ص ٣١٣، ٣١٤، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٥، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٦٩، ٢٧٠، كشف القناع ج ٤ / ص ٩١، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٦.

(٤) المحلى ج ١١ / ص ١٨٣.

الأرض جملة فوجب أن يفعل من ذلك أقصى ما يقدر عليه وغاية ذلك هو السجن لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» وسقط ما استطاع، ومن قال إن السجن يكون في بلد غير بلده نظر إلى المعنى السابق ونظر إلى أن يحقق معنى الإبعاد المستطاع عن محل الجريمة أيضاً، أما الذين لم يروا سجنه فقد قالوا: إذا سجنه في بلد أو أقرناه فيه غير مسجون فلم ننفيه من الأرض كما أمر الله تعالى بل عملنا به ضد النفي والإبعاد وهو الإقرار والإثبات في الأرض في مكان واحد منها وهذا خلاف القرآن، فوجب علينا بنص القرآن أن ننفيه ونبعده عن جميع الأرض بحسب طاقتنا، وغاية ذلك ألا نقره في شيء منها ما دما قادرين على نفيه من ذلك الموضع ثم هكذا أبداً، ولو قدرنا على أن لا ندعه يقر ساعة في شيء من الأرض لفعلنا ذلك ولكان واجباً علينا فعله ما دام مصراً على المحاربة^(١).

وحجة الفقهاء في أن النفي غير محدود المدة أن النص لم يحدده وأن النفي جاء عقوبة للمحاربة وأن المحارب ما دام مصراً على المحاربة فهو محارب، وإذا هو محارب يجب أن يجزى جزاء المحارب، فالنفي باقٍ عليه ما لم يترك المحاربة بالتوبة، فإذا تركها سقط عنه جزاؤها^(٢).

٦٤٠ - أخذ المال لا غير: إذا أخذ المحارب المال ولم يقتل، فيرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد ومعهم الزيدية أن يقطع المحارب من خلاف؛ أي أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، وهم يقطعون اليد اليمنى للمعنى الذي قطعت به يد السارق اليمنى ويقطعون الرجل اليسرى لتتحقق المخالفة، ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل بل يقطعان معاً لأن العقوبة عقوبة واحدة وتبدأ بالأيدي لأن النص بدأ بالأيدي 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، فمذهب أبي حنيفة وهو رأي في مذهب أحمد أن القطع يسقط عن المحارب سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو العكس؛ وإن 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 يداها صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمينه ولم يقطع غير ذلك لأنه وجد في

(١) المحلي ج ١١ / ص ١٨١، ١٨٢.

(٢) المحلي ج ١١ / ص ١٨٢، ١٨٣.

محل الحد ما يستوفى فاكتفى باستيفائه، وإن كان ثمة 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 الحراية 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 الحراية، فيختار أية عقوبة من عقوباتها لأي فعل أتاه المحارب بحسب ما يرى أنه يتفق مع المصلحة العامة.

ويلاحظ أنه عند اختيار القطع بحسب رأي مالك نفذ القطع على الوجه الذي يراه الشافعي والذي سبق بيانه ^(١).

وينبغي أن لا ننسى ما ذكرناه عن النصاب واشترائه أو عدم اشتراطه في حالة أخذ المال، كما ينبغي أن نعلم أن من يشترطون المخاصمة للقطع في السرقة يشترطون لتوقيع عقوبة القطع في الحراية المخاصمة أيضاً ممن له حق المخاصمة، فليراجع ما ذكرناه عن المخاصمة في السرقة ^(٢).

٦٤١ - القتل لا غير : 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 ^(٣)، ولا خيار له في غير هاتين العقوبتين دون غيرهما ^(٤).

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 ^(٥).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٣، شرح الأزهاري 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 / ص ١٥٥، المحلى لابن حزم ج ١١ / ص ٣٢٧.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٥، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٣.

(٣) المدونة ج ١٦ / ص ٩٩.

(٤) بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٨١، ٣٨٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٠، ١١١.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ٣١٧، ٣١٩.

٦٤٢ - القتل وأخذ المال : إذا قتل المحارب وأخذ المال كان عقابه القتل والصلب

معاً 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 ما لم 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 فيكتفي بأخذ مال مقوم أياً كان مقداره كما هو الحال في مذهب مالك ومذهب أحمد والرأي المعتمد في مذهب الشافعي، ويرى البعض أن محمداً لا يرى القطع ولكنه يرى الإمام مخيراً بين الصلب والقتل^(١).

ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتله وبين أن يصلبه ويقتله، أما الظاهريون فيرون أن الإمام مخير في كل العقوبات المقررة في آية الحراة فله أن ينفية وله أن يقطعه وله أن يقتله وله أن يصلبه بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة، ولكن ليس له أن يجمع عليه القتل والصلب ولا أن يجمع عليه بين عقوبتين بحال كالنفي والقطع أو القطع والقتل أو القطع والصلب^(٢).

٦٤٣ - كيفية الصلب : اختلف الفقهاء في كيفية الصلب الواجب على المحارب،

فرأى الشافعي وأحمد أن الصلب يجيء بعد القتل فيقتل المحارب أولاً ثم يصلب مقتولاً، وحجتهم أن النص جاء بتقديم القتل على الصلب في اللفظ فوجب أن يتقدمه في الفعل، ولأن الصلب قبل القتل تعذيب للمقتول ومثلة 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: «لعن الله من اتخذ شيئاً في الروح غرضاً» كذلك نهى الرسول عن المثلة ولو بالكلب العقور.

وأصحاب هذا الرأي يرون أن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع المحارب وإنما هو عقوبة شرعت للزجر، فالمقصود من الصلب اشتهاً أمره فيرتدع بذلك غيره^(٣).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٢٧٠.

(٢) المحلى ج ١١ / ص ٣١٧، المدونة ج ١٦ / ص ٩٩، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٨٠، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٧٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٥، المغني ج ١٠ / ص ٣٠٧، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٣.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٣٠٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٥، المحلى ج ١١ / ص ٣١٥، ٣١٦.

والمعتمد في مذهب مالك أن القتل يكون بعد الصلب فيصلب المحارب على خشبة ثم يقتل وهو مصلوب، وحجتهم أن الصلب فرض عقوبة والعقوبة لا تقع 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 كمذهب مالك أرجحهما صلب المحارب حياً ثم طعنه برمح في تُنْدُوتِهِ حتى يموت^(٣).

وفي مذهب الشيعة الزيدية هذان الرأيان وأرجحهما الصلب بعد القتل لا قبله^(٤).

أما الظاهريون فالأصل عندهم أن الإمام مخير في كل عقوبات المحاربة ولكن 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 قطعه حرم عليه القتل والصلب والنفي، فالصلب عندهم عقوبة مستقلة مقصود بها قتل المحارب بكيفية معينة؛ فيصلب المحارب حياً ثم يترك على خشبة فلا يطعم ولا يسقى حتى ييبس ويجف فإذا مات أنزل عن خشبته وغسل وكفن^(٥).

٦٤٤ - مدة الصلب: لم يرد نص في تحديد مدة الصلب ولذلك اختلف 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).

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 قصاصاً فلا صلب عليه عند أحمد لأن حد الحراية سقط بالقصاص فيسقط الصلب، وفي مذهب الشافعي رأيان:

(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 الأزهري ج ٧ / ص ٣٧٧، تبصرة الحكام ج ٢ / ص ٣٦١.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ٣١٧، ٣١٨.

(٦) المغني ج ١٠ / ص ٣٠٨، بداية المجتهد ج ٢ / ص ٣٨١، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٥، بدائع

الصنائع ج ٧ / ص ٩٥.

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 خصوصاً وأنه يرى تقديم حق الله على حق الآدمي، 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 قُتل المحارب حسبة أي عدا عليه شخص فقتله لحراسته وجب الصلب عند من يوجبونه وجاز عند من يجعلون الخيرة فيه للإمام^(١).

٦٤٦ - هل يقتص من قاتل المحارب أو قاطعه؟: القاعدة أن الحد حق لله تعالى وأنه لا يجوز العفو عنه ولا إسقاطه، وحد الحراية 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 يعفوا وسواء أبرؤوا منه أو صالحوا عليه، وليس للإمام إذا ثبت الحد عنده أن يتركه أو يسقطه أو يعفو عنه لأن الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى^(٢).

وهذا هو الأصل في كل المذاهب الإسلامية، ولكن الشيعة يرون أن الإمام له إسقاط الحدود عن بعض الناس لمصلحة وله تأخيرها إلى وقت آخر لمصلحة، عدا حدي القذف والسرقة ففيهما اختلاف، فالبعض لا يرون للإمام أن يسقطهما أو يؤخرهما والبعض يرى ذلك، وحثهم في هذا أن رسول الله ﷺ حين تمكن من بني قينقاع وأراد قتلهم وكانوا حلفاء لعبد الله بن أبي كبير المنافقين في حال الجاهلية فطلب من النبي تركهم فكره ذلك ثم إنه تشفع إلى النبي ﷺ وأكثر في تركهم فتركهم لما رأى في ذلك من الصلاح، وهم مختلفون فيما إذا كان للإمام حق إسقاط القصاص عن بعض الناس أو تأخيره باعتبار أنه حق آدمي، فيرى البعض جواز الإسقاط لمصلحة عامة، ويرى البعض أن الإسقاط لا يجوز لأن منع القصاص هو منع لحق آدمي وظلم، والخلاف بين الفريقين أساسه الخلاف في أي المصلحتين تغلب عند التعارض، المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة^(٣).

ويترتب عليه أنه يترتب على عدم جواز العفو عن الحد أو إسقاطه أن يكون المحارب مهدداً إذا وجب عليه القطع أو القتل، وقد فصلنا ذلك في التشريع الجنائي^(٤)، ولكن لم نبين حكم الإهدار عند الظاهريين والشيعة الزيدية، فنقول: إن الظاهريين يجعلون للإمام

(١) المغني 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، المغني ج ١٠ / ص ٣٠٧، كشاف القناع ج ٤ / ص ٤٧،

أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٦، المدونة ج ١٦ / ص ٩٩، ١٠١.

(٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٣٤، ٣٣٥.

(٤) جزء أول فليراجع ذلك هناك.

الخيار في أي 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. ورأي الشيعة يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهددة لأن للإمام إسقاط العقوبة لمصلحة عامة.

وعلى هذا إذا عدا شخص على محارب أخذ المال أو قتل فقطع يده أو قتله فلا قصاص على العادي عند مالك وأبي حنيفة والشافعي وأحمد سواء، كان ذلك قبل الحكم أو بعده ما دامت جريمة الحراية ثابتة، وإنما يعزر العادي لافتياته على السلطات العامة القائمة على تنفيذ العقوبات، والعلة في عدم القصاص هي أن قطع المحارب أو قتله متحتم وواجب لا بد من إقامته، فالتعزير ليس للقطع أو للقتل وإنما للافتيات على السلطات العامة والقيام بما اختصت نفسها به^(١).

أما عند الظاهريين والشيعة الزيدية فيقتص من القاطع أو القاتل؛ لأن العقوبات غير لازمة (تراجع أقوال الظاهريين والشيعة في القتل والجرح).

٦٤٧ - هل يشترط في القتل الذي يحدث من المحارب أن يكون عمداً؟ : يوجب مالك وأبو حنيفة والشيعة الزيدية القتل لمجرد القتل، ويطلقون 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، ويسوي الحنفزيون بين أنواع القتل وأداة القتل فلا يشترطون المحدد ويجوز أن يكون القتل بمثقل وعصاً وحجر وخشب^(٢)، أما الشافعي فيشترط القتل العمد لوجود الحد، فبالقتل العمد يجب قتله للنص ولأنه ضم إلى جناية القتل الحراية أي إخافة السبيل وهي تقتضي 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 التي استعملت في القتل، فيستوي عنده أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد^(٥).

(١) المدونة ج ١٦ / ص ١٠٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٦، ويراجع ما كتب عن السرقة.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٦، ٩٧، حاشية ابن عابدين ج ٣ / 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 ٤، ٥.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٣٠٩، كشف القناع ج ٤ / ص ٨٩.

والظاهر من أقوال الظاهريين أنهم يشترطون القتل العمد كالشافعيين^(١).

٦٤٨ - حكم الجراح التي يحدثها المحارب: يرى الظاهريون أن إحداث الجراح بقصد إخافة السبيل حراية، وعلى هذا فإذا حدث جراح ولم يكن أخذ مال ولا قتل فالنفل حد والإمام مخير في العقوبة، والقاعدة عندهم أنه إذا اجتمع حقان أحدهما لله والثاني للعبد كان حق الله تعالى أولى بالقضاء لقول رسول الله ﷺ: «**اقضوا الله فهو أحق بالوفاء، دين الله حق أن يقضى**» وقوله: «**كتاب الله أحق وشرط الله أوثق**» وعلى هذا فإن قتله الإمام أو صلبه للمحاربة كان للولي أن يأخذ أرش جرحه لأن حقه في القود قد سقط فبقي حقه في الدية أو العفو عنها، وإن رأى الإمام قطع المحارب كان للمجني عليه أن يقتص أو يعفو، والخاصة أنه كلما أمكن للمجني عليه أن يستوفي حقه بعد استيفاء حق الله استوفاه وكلما سقط كانت 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 من الجراح إذا كانت مما يقتص فيه وإذا لم يكن قصاص ففيها الدية، ويرى الشافعي أن القصاص غير محتتم أي ليس حداً وإنما هو على أصله؛ لأن الانحتمام خاص بالقتل والقطع والصلب فإذا سرى الجرح فمات فأصبح القتل عمداً انحتم القتل^(٤).

أما أحمد ففي مذهبه رأيان: رأي يرى عدم انحتمام القصاص كمذهب الشافعي لأن الشرع لم يرد بشرع الحد في الجراح، والرأي الثاني على انحتمام القصاص، وحجة أصحابه أن الجراح تابعة للقتل فتأخذ مثل حكمه، ويسلم أصحاب هذا الرأي بأن الجراح التي لا قصاص فيها كالجائفة لا يجب فيها إلا الدية^(٥).

٦٤٩ - الحد والضمان: 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 على هذا في السرقة فليراجع.

ويعلل أبو حنيفة أن الحد في الحراية ينفي وجوب ضمان الجراحات؛ لأن الجراحات

(١) المحلى ج ١١ / ص ٣١١، ٣١٢.

(٢) المحلى ج ١١ / ص ٣١٢، ٣١٣.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٧، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٧، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١١،

مواهب الجليل ج ٦ / ص ٣٨٦.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٦.

(٥) المغني ج ١٠ / ص ٣١٠.

الخطأ فيها الدية، ولأن الجراحات يسلك بها في مذهبه مسلك الأموال، فالضمان في الجراحات بنوعها مال ولا يجب ضمان المال مع الحد، ومذهب مالك والشيعة الزيدية لا يجمع بين الحد وضمان الجراحات؛ لأنهم يدخلون الجراح في الحد ويعتبرون الحد عقوبة عنها^(١).

٦٥٠ - التداخل: يجري التداخل في جريمة الحراية، فلو ارتكب شخص أكثر من حراية عوقب عنها جميعاً مرة واحدة إذا كان الفعل الذي أتاه واحداً، فإن كان الفعل مختلفاً يكفي أن يعاقب بعقوبة الفعل الأشد عقوبة، هذا مع ملاحظة رأي أبي حنيفة في حالة أخذ المال والقتل فإنه إن أخذ مرة المال وقتل في الثانية دون أخذ المال جاز قطعه ثم قتله، وهذا على رأي القائلين بأن لفظ «أو» ورد للبيان والتفصيل، أما على رأي القائلين بأن «أو» للتخيير فعند مالك فتتداخل على الوجه السابق أيضاً؛ لأنه يخصص لأخذ المال والقتل عقوبات خاصة فتتداخل الأفعال من نوع واحد ويكفي فيها عقوبة واحدة، وإذا اختلفت كانت العقوبة الأشد هي الواجبة وفيها الكفاية.

أما عند الظاهريين فلإمام الخيار، ولذلك فالتداخل مطلق، وتكفي أية عقوبة بغض النظر عما إذا كانت أخف العقوبات أو أشدها.

٦٥١ - مسقطات الحد:

١ - يسقط حد الحراية بما يسقط به حد السرقة: قد ذكرنا أسباب سقوط حد السرقة وبيننا ما فيها من اتفاق واختلاف فلتراجع [مع ملاحظة أن بعض هذه الأسباب خاص بأخذ المال ولا أثر له في حالة القتل أو إخافة السبيل].

٢ - التوبة: من المتفق عليه أن توبة المحارب قبل القدرة عليه تسقط ما وجب عليه من حد بحرايته، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤] فإذا تاب المحارب سقط عنه ما وجب عليه من القتل والصلب والقطع والنفي ولكن التوبة لا تسقط ما يتعلق بحقوق العباد فيبقى مسؤولاً؛ فإن كان أخذ المال فقط فعليه رده، وإن كان قتل أحداً أو جرحه فعليه القصاص إن كان ذلك مما يجب فيه القصاص وإلا فعليه الدية، وليس للتوبة مظهر خاص أو إجراءات شكلية وإنما يدل عليها رد المال لصاحبه إن كان هناك مال عند القدرة على رده، ويكفي في التوبة الندم والعزم على ترك مثل ما حدث.

ويشترط في التوبة أن تكون قبل القدرة على المحارب فإن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء لا من الحقوق المتعلقة بالله ولا من الحقوق المتعلقة بالأفراد، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ﴾ فأوجب الحد على كل محارب ثم استثنى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٥، تبصرة الحكام ج ٢ / ص ٣٦١، ٣٦٢.

من ذلك التائبين قبل القدرة، ومن عداهم يبقى على حكم العموم، وعلة قبول التوبة قبل القدرة أن التوبة قبل القدرة تكون غالباً توبة إخلاص أما بعد القدرة فهي غالباً توبة تقية 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).

ويعتبر المحارب تائباً إذا أتى الإمام طائعاً قبل القدرة عليه ملقياً سلاحه وإن لم يدل على توبته مظهر آخر، ويعتبر كذلك إذا ترك ما هو عليه من الحاربة وإن لم يأت الإمام^(٣)، وإذا أمن المحارب ليسلم نفسه فلا أمان له ولا يعتبر بتسليم نفسه تائباً قبل القدرة عليه لأنه كان مطلوباً^(٤).

وإذا فعل المحارب ما يوجب حداً لا يختص بالمحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة فإنها لا تسقط عنه بالتوبة عند مالك والظاهرين، ويسقط منها السرقة دون غيرها عند أبي حنيفة لما سنبينه بعد، أما عند الشافعي وأحمد ففي مذهبهما رأيان: **أولهما:** أنها جميعاً تسقط بالتوبة لأنها حدود الله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة إلا حد القذف فإنه لا يسقط لأنه حق آدمي، ولأن في إسقاطها ترغيباً في التوبة، وهذا الرأي هو الراجح في مذهب أحمد والمرجوح في مذهب الشافعي، **والثاني:** أنها لا تسقط لأنها لا تختص بالمحاربة فكانت في حق المحارب كحق غيره، وهذا هو الراجح في مذهب الشافعي، أما إن أتى حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول؛ لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذي تاب منه دون غيره.

ويرى فقهاء الشيعة الزيدية أن توبة المحارب تسقط كل ما عليه من حدود غير حد المحاربة، ولكنهم يختلفون في سقوط حقوق الآدميين، فيرى بعضهم أن التوبة تسقط أيضاً حقوق الآدميين 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.

(١) المغني ج ١٠ / ص ٣١٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٥، ١٥٦، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٦، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٣٧٨.

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرملي ج ٤ / ص ١٥٥.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩٦.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٢.

التوبة ممن عليه حد غير المحارب: هناك اختلاف في أثر توبة من عليه حد من غير المحاربين، فيرى مالك والظاهرية - ورأيهما هو الرأي الراجح في مذهب الشافعي والرأي المرجوح في مذهب أحمد - أن التوبة لا أثر لها على الحد لقول الله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] وهذا عام في التائبين وغيرهم، وقال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ولأن النبي ﷺ رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي جاءه مقررأ بالسرقة وقد جاؤوا جميعاً تائبين يطلبون تطهرهم بإقامة الحد، وقد سمى الرسول ﷺ فعلهم توبة فقال في حق الغامدية: «لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سعتهم» وجاء عمرو بن سمرة إلى النبي ﷺ فقال: «يا رسول الله إني سرقت جملاً لبني فلان فطهرني، فأقام الرسول عليه الحد» ولأن الحد كفارة عن الذنب فلا يسقط بالتوبة، ولأن التائب مقدور عليه فلم يسقط عنه بالتوبة كالمحارب المقدور عليه.

ويرى أبو حنيفة أن السرقة الصغرى وحدها هي التي يسقط حدها بالتوبة إذا تاب السارق قبل أن يظفر به ورد المال إلى صاحبه فيسقط عنه القطع، بخلاف سائر الحدود فإنها لا تسقط بالتوبة، والفرق أن الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى؛ لأن محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها رد المال إلى صاحبه، فإذا وصل المال إلى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق.

أما الرأي الراجح في مذهب أحمد والمرجوح في مذهب الشافعي وهو مذهب الشيعة الزيدية فيرى أن كل حد يسقط بالتوبة لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَكْذَبُوا عَنْهَا فَأْتِ تَابًا وَأَصْلَحْ فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا﴾ [النساء: ١٦] ولأنه ذكر حد السارق، ثم قال: ﴿فَن تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٣٩] ولأن النبي ﷺ قال: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» ومن لا ذنب له لا حد عليه، ولأنه قال في ماعز لما أخبر بهربه: «هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه» ولأن الحدود خالص حق الله فتسقط بالتوبة كحد المحارب.

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: ﴿فَأْتِ تَابًا وَأَصْلَحْ فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا﴾ وقوله: ﴿فَن تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ﴾ فعلى هذا يعتبر مضي مدة يعلم بها صدق التوبة وصلاح النية، والبعض لا يقدر مدة معلومة، والبعض يقدر المدة بسنة^(١)، وهناك نظرية الثالثة لابن تيمية وابن القيم ذكرناها^(٢).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٣١٤ وما بعدها، كشاف 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) التشريع الجنائي ج ١ / ص ٣٠٥.

٦٥٢ - حق الله وحق الفرد في عقوبة القتل: الأصل في جريمة القتل العادي أنها تمس الأفراد أكثر مما تمس الجماعة، ولذلك يعبر عنها الفقهاء بأنها متعلقة بحقوق الأفراد، ولكن الشارع جعل القتل في الحراية مما يمس حقوق الجماعة حيث جعل العقوبة لازمة ولم يجعل لعفو المجني عليه أثراً عليها، وقد نظر الفقهاء إلى أن القتل في الحراية 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^(١).

ويترتب على تغليب حق الله أنه لا يعتبر التكافؤ في القتل عند القائلين بالتكافؤ؛ فيؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمي والأب بالابن لأن القتل حد لله فلا تعتبر فيه المكافأة كما هو الحال في الزنا والسرقة، ولا تراعى المماثلة في القتل فيقتل بالسيف أيّاً كانت الآلة التي استعملها.

ويترتب على تغليب حق العبد اعتبار التكافؤ في القتل فلا يقتل المحارب إذا كان حرّاً بعبد أو نحوه ممن لا يكافئه كابنه وذمي والمحارب مسلم، وإن قتل بمثقل أو غيره روعيت المماثلة في قتله بأن يقتل بمثل ما قتل به، وإذا قتل ومات قبل قتله قصاصاً فالدية تجب في ماله، وإذا عفا الولي على مال لزم القاتل المال وقتل حدّاً.

ويحتج القائلون بتغليب حق الله أن العقادة تغليب حق الله إذا اجتمع مع حق العبد في حد لأن العقوبات في الحدود خالصة أصلاً لله وأن الحد لا يجوز فيه العفو، وإذا كان ولي الدم ليس له العفو فمعنى ذلك أن حق الله غالب، ويحتج القائلون بتغليب حق العبد بأنه الأصل فيما اجتمع فيه حق الله وحق آدمي، ولأن الآدمي لو قتل في غير محاربة فله حق القصاص فكيف يسقط حقه بقتله في المحاربة، ويقولون إن أثر الحد هو من ناحية انحتام القتل وعدم جواز العفو عنه، ولكن ذلك لا يسقط بحال حق العبد في النواحي الأخرى، خصوصاً وأن الرسول ﷺ يقول: «لا يقتل مسلم بكافر»^(٢).

٦٥٣ - عدم وجوب الحد المانع: لا يجب حد الحراية 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 الحراية من صبي لم يجب عليه الحد أو أخذ المال وحده أو قتل أو فعل غير ذلك، وكشرط العقل في المحارب فإذا كان المحارب مجنوناً لم يجب عليه الحد، وكشرط العمد في حالة القتل عند من يشترطون أن يتعمد المحارب القتل، فإن الحد

(١) يراجع القتل في مذهب الظاهريين.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٣٠٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٦، المدونة ج ١٦ / ص ٩٩، ١٠٠.

لا يجب عندهم إذا قتل ولم يأخذ مالا، فإذا أخذ مالا وقتل غير متعمد القتل وجب عليه حد القطع إذا بلغ المال نصاباً، وهكذا كلما امتنع شرط من شروط الحد لم يجب الحد، وقد تعرضنا لهذه الشروط المختلف عليها والمتفق عليها فيما سبق، على أن عدم وجوب الحد على من أخذ مالا دون النصاب لا يمنع من تعزيره وضمانه لما أخذ، وعدم وجوب الحد على من أخذ مالا دون النصاب لا يمنع من تعزيره وضمانه لما أخذ، وعدم وجوب الحد على الصبي والمجنون لا يمنع من تأديب الصبي والمجنون بما يتفق مع حالتهما كضرب الصبي وحجز المجنون في مكان لمنع أذاه عن الناس، ومن قتل غير متعمد وهو يريد أخذ المال ولكنه لم يأخذ مالا يعزر ويلزم الدية، وهكذا، والقاعدة في الشريعة أن كل ما يعتبر معصية إذ أتاه الإنسان عزر ولو أراد الفاعل فعلاً ما لم يتمه ما دام ما فعله يعتبر في ذاته معصية لا حد 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 كان الفعل معصية.

٦٥٤ - حكم سقوط الحد بعد 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 المجني 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.

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 مسؤولاً جنائياً عما يتعلق بحق الأفراد كالقصاص، كما تبقى مسؤوليته المدنية كاملة؛ لأن إقرار المقر حجة كاملة في حقه إلا أنه تعذر اعتباره بالنسبة لعقوبته لأن الحدود تدرأ بالشبهات^(١).

أما إذا كان سبب سقوط الحد هو التوبة قبل القدرة، فإن كان المحاربون أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه إن كان قائماً وعليهم ضمانه إن كان هالكا أو مستهلكاً، وإن كانوا قتلوا لا غير اقتص ممن يجب عليه القصاص ومن لا قصاص عليه ألزم 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 والمتسبب والمعين، والقاعدة العامة أنه كلما امتنع الحد أو سقط عن القطع رجع بهم فيما عليهم من جرائم إلى حكم غير القطع وإلى حكم جرائمهم الخاص، وتراعى في حالة القصاص والمكافأة عند جميع القائلين بها في حالة التوبة والرجوع عن الإقرار، وإذا كانوا أخذوا المال وجرحوا فحكم المال ما سبق، وحكم

(١) يراجع ما قيل عن سقوط الحد في السرقة.

الجراحات القصاص فيما استطاع فيه القصاص، والدية فيما فيه الدية، كما لو كانت الجراحات حدثت من غير قطع الطريق^(١)، ويلاحظ أن بعض الشيعة الزيدية يرون أنه يسقط من حقوق الأفراد ما أتلّفه المحارب حالاً حكماً كمال استهلكه أو هلك في يده لا كمال تصرف فيه بمقابل.

٦٥٥ - هل مسؤولية القطاع الجنائية تضامنية؟ : القاعدة العامة في الحدود أن الحد لا يجب إلا على مباشره فقط، ويرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن يُحدَّ الرَّدء والمعِين والطلّيعه كما يحد مباشر الحرابه، والرَّدء هو الذي يلجأ إليه المحارب إذا هرب أو هزم، والطلّيعه هي التي تتطلع الطريق وتأتي بالأخبار، والمعِين هو من يحضر وقت الجريمة ولو أنه لم يباشر الفعل بنفسه، وحجتهم أن المحاربة مبنية على حصول المنفعة والمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة هؤلاء جميعاً ومعاونتهم بخلاف سائر الحدود، فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل في حق جميعهم ووجب قتلهم جميعاً حدّاً لا تعزيراً، وإن أخذ بعضهم المال دون بعض ثبت الأخذ في حقهم جميعاً ووجب على جميعهم القطع، وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال قتلوا جميعاً وصلبوا كما لو فعل كل منهم الأمرين معاً، فالمحاربون جميعاً المباشرون والمتسببون مسؤولون جنائياً عن الفعل الذي باشره واحدهم، ويذهب المالكيون في اعتبار التسبب إلى حد بعيد بحيث يعتبرون متسبباً في الجريمة من يتقوى المحاربون بجاهه ولو لم يأمر بقتل أو يتسبب فيه بفعل ما دام جاهه قد أعان على الحادث حكماً.

وإذا كان في المحاربين صبي أو مجنون أو من لا حد عليه، فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لا حد 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^(٢)، وحجة أبي حنيفة أن مسؤولية الجميع واحدة فالشبهة في فعل أحدهم شبهة في حق الجميع، وحجة أبي يوسف أنه إذا كان المباشر هو الصبي أو المجنون فهو الأصل والباقون تبع فإذا سقط الحد عن الأصل سقط عن التابع، ويرى أحمد رأي أبي يوسف فعنده أنه لا حد على الصبي والمجنون وإن باشرا القتل وأخذ المال لأنهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ما أخذوا 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 الرَّدء يثبت بالمحاربة^(٣).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٣١٨ وما بعدها، بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩١، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١٠.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩١.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٣١٨، ٣١٩.

ولا يحد مالك الصبي والمجنون ولكنه يرى الحد على غيرهما في كل حال، سواء باشر الصبي والمجنون أم لم يباشرا.

وإذا كان من المحاربين امرأة فيرى أبو حنيفة أن لا حد عليها 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^(١).

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 لأنها ردء وعون له^(٢).

أما الشافعي فلا يرى المسؤولية التضامنية في الحراية وإن كان يعتبر الردء والطلعية والمعين والمتسبب مسؤولين جنائياً ولكنه يجعل مسؤوليتهم تعزيرية باعتبارهم مرتكبين لمعصية، أما الذي يعاقب بالحد فهو المباشر دون غيره، فمن أخذ نصاباً من المال قُطع دون غيره، ومن قتل كان مسؤولاً عن القتل دون غيره ولو كان الغير قد أخذ نصاباً من المال^(٣).

٦٥٦ - هل مسؤولية القطاع المدنية تضامنية؟ يرى مالك أن المحاربين مسؤولون مسؤولية تضامنية عن الأموال التي يأخذونها فمن يظفر به منهم يغرم ما لزمهم جميعاً من أموال الناس سواء أخذ هذا المحارب شيئاً مما انتهب أم لم يأخذ وسواء جاء تائباً أو قدر عليه غير تائب، وإنما يغرم عمن عداه حيث لزم من عداه الغرم لأنه غرم بطريق الضمان إذ كل واحد منهم تقوى بأصحابه، وتلك هي القاعدة في المحاربين والبغاة والغصاب في مذهب مالك^(٤)، 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^(٥)، على أن في مذهب مالك من يرى أن لا يضمن كل من المحاربين إلا ما أخذه، وهو رأي غير معمول به^(٦)، هذه هي القاعدة في مذهب مالك، وبقيدتها قاعدة أخرى هي عدم إجتماع الحد والضمان، وقد سبق أن ذكرناها في السرقة فلتراجع

ويذهب أحمد إلى أن الضمان ليس بحد إلا على المباشر دون الردء والمعين؛ لأن وجوب الضمان ليس بحد فلا يعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب، وإذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الآدميين من القصاص والضمان فالمختص بذلك المباشر دون الردء ولو وجب الضمان في السرقة لتعلق بالمباشر دون غيره^(٧).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ٩١.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٣١٩.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٤.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ١١١.

(٥) حاشية الشيباني ج ٨ / ص ١١١.

(٦) تبصرة الحكام ج ٢ / ص ٣٦١.

(٧) المغني ج ١٠ / ص ٣١٠.

أما الشافعي فيجعل الضمان على المباشر دون غيره كمبدأ في عدم التضامن في المسؤولية الجنائية.

٦٥٧ - مسؤولية المحارب إذا كان صبيًا أو فاقد العقل : المحارب الصبي ليس عليه حد وإنما يعزر بما يناسبه، وكذلك المجنون لا يحد وإنما يعزر بما يمنع شره على الناس كوضعه في مصحة أو ما أشبهه، والصبي والمجنون كلاهما مسؤول في ماله الخاص إذا أخذ المال، فإذا قتل فالدية على عاقلته عند مالك وأبي حنيفة وأحمد لأنهم يرون أن عمد المجنون والصبي خطأ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصدًا صحيحًا، 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 يؤثر على تكييف الفعل لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً^(١).

أما السكران بمحرم فهو مسؤول في المذاهب الأربعة جنائياً ومدنياً مسؤولية كاملة^(٢). ويرى الظاهريون أن الصبي والمجنون والسكران سكرًا أخرجه عن عقله لا يؤاخذون بحد ولا قود، لقول رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق» والسكران لا يعقل، ولا على أحد من هؤلاء دية أو ضمان لا عليه ولا على عاقلته، لقوله ﷺ: «إن دماءكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام» فأموال الصبي والمجنون والسكران حرام بغير نص كتحریم دمايهم 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 الصبيان والمجانين والسكران لا يؤاخذون بحد ولا قود فعليهم التعزير، فإذا أتى أحدهم جريمة وجب تعليمه ليكيف أذاه حتى يتوب السكران ويفيق المجنون ويبلغ الصبي، لقوله تعالى: ﴿وَعَاوِزُوا عَلَى الْإِلِّ وَالْقَوَىٰ وَلَا تَعَاوِزُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُونِ﴾ [المائدة: ٢] وتثقيفهم تعاون على البر والتقوى، وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان^(٣).

٦٥٨ - حكم المال المأخوذ حراية : حكم المال في الحراية 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.

(١) التشريع الجنائي ج ١ / ص ٥٠٨ وما بعدها، مذهب الشيعة الزيدية.

(٢) التشريع الجنائي ج ١ / ص ٤٩٩ وما بعدها، كشف القناع ج ٣ / ص ١٤٠، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٥٤، ج ٣ / ص ٢٨٣.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٣٤٤، ٣٤٧.

الكتاب السادس

البغي

٦٥٩ - النصوص الواردة في البغي: الأصل في البغي قول الله جل شأنه: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبَغَىٰ حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ تِ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ * إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [الحجرات: ٩، ١٠] وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ...﴾ [الخ [النساء: ٥٩].

وهنا نصوص من السنة وردت في البغي، فيروي عبد الله بن عمر عن الرسول ﷺ أنه قال: «من أعطى إماماً صفقة يده وثمره فؤاده فليطعه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر» رواه مسلم.

وروى عرفة أنه قال: «ستكون هنأت وهنأت - ورفع صوته - ألا من خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان»^(١) وفي رواية أخرى: «من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه».

وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر، فإنه من فارق الجماعة شبراً فمات فميتته جاهلية» وفي لفظ: «من كره من أمره شيئاً فليصبر عليه فإنه ليس أحد من الناس خرج من السلطان شبراً فمات عليه إلا مات ميتة جاهلية».

وعن أبي هريرة أن الرسول ﷺ قال: «كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء، كلما هلك نبي خلفه نبي، وأنه لا نبي بعدي، وسيكون خلفاء فيكثرون» قالوا: فما تأمرنا؟ قال: «فوا بيعة الأول فالأول ثم أعطوهم حقهم، فإن الله سائلهم عما استرعاهم».

وعن عوف بن مالك الأشجعي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «خيار أئمتكم الذين تحبونهم ويحبونكم وتصلون عليهم ويصلون عليكم، وشرار أئمتكم الذين تبغضونهم

(١) ويستخلص من نص الآية خمس فوائد: الأولى: أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الإيمان فإنه سماهم مؤمنين، الثانية: أنه أوجب قتالهم، الثالثة: أنه أسقط قتالهم إذا فاؤوا إلى أمر الله، الرابعة: أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه في قتالهم، الخامسة: أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه، المغني ج ١٠ / ص ٤٨.

ويغضونكم وتلعنونهم ويلعنونكم» قال: قلنا: يا رسول الله ألا ننايذهم عند ذلك؟ قال: «لا، ما أقاموا فيكم الصلاة، إلا من ولي عليه وال فرأه يأتي شيئاً من معصية الله، فليكره ما يأتي من معصية الله، ولا ينزعن يداً من طاعة».

وعن حذيفة بن اليمان أن رسول الله ﷺ قال: «يكون بعدي أئمة لا يهتدون بهديي ولا يستنون بسنتي، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب الشياطين في جثمان 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 ﷺ 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 ﷺ قال: «يا أبا ذر كيف بك عند ولادة يستأثرون عليك بهذا الفيء؟» قال: والذي بعثك بالحق أضع سيفي على عاتقي وأضرب حتى ألحقك، قال: «أولاً أدلك على ما هو خير لك من ذلك؟ تصبر حتى تلحقني»^(١).

وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ 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 يجهز على جريحها، ولا يقتل أسيرها، ولا يطلب هاربها، ولا يقسم فيئها»^(٢).

٦٦٠ - تعريف البغي: يعرف البغي لغة بأنه طلب الشيء، فيقال: بغيت كذا إذا طلبته، ومن ذلك قوله تعالى حكاية عن موسى: ﴿قَالَ ذَلِكَ مَا كُنَّا نَبْغُ﴾ [الكهف: ٦٤] ثم اشتهر البغي في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم، وإن كانت اللغة لا تمنع من أن يكون البغي بحق، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾ [الأعراف: ٣٣].

ويختلف الفقهاء في تعريف البغي اصطلاحاً لاختلاف مذاهبهم فيه، فالمالكيون يعرفون البغي بأنه الامتناع عن طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبتها ولو تأويلاً، ويعرفون البغاة بأنهم فرقة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم أو نائبه لمنع حق وجب عليها أو لخلفه^(٣).

ويعرف الحنفيون البغاة ويستخرجون منها تعريف البغي بأنه الخروج عن طاعة إمام الحق بغير حق، والباغي بأنه الخارج عن طاعة إمام الحق بغير حق^(٤).

(١) المغني ج ١٠ / ص ٤٨. (٢) نيل الأوطار ج ٧ / ص ٨٠، ٨١.

(٣) سبل السلام ج ٣ / ص ٢٠٧، طبعة الحلبي سنة ١٣٤٩.

(٤) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦٠.

ويعرف الشافعيون البغاة بأنهم المسلمون مخالفو الإمام بخروج عليه وترك الانقياد له أو منع حتى توجه عليهم بشرط شوكة لهم وتأويل ومطاع فيهم^(١).

أو هم الخارجون عن الطاعة بتأويل فاسد لا يقطع بفساده إن كان لهم شوكة بكثرة أو قوة وفيهم مطاع^(٢)، فالبغي إذن عند الشافعيين هو خروج جماعة ذات شوكة ورئيس مطاع عن طاعة الإمام بتأويل فاسد.

ويعرف الحنابلة البغاة بأنهم الخارجون عن إمام ولو غير عدل بتأويل سائغ ولهم شوكة ولو لم يكن فيهم مطاع^(٣)، فالبغي عند الحنابلة لا يختلف في تعريفه كثيراً عند الشافعية.

ويرى الظاهريون أن البغي هو الخروج على إمام حق بتأويل مخطئ في الدين أو الخروج لطلب الدنيا^(٤).

ويعرف الشيعة الزيدية الباغي بأنه من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو غرم وله فئة أو مَنعة أو قام بما أمره للإمام^(٥)، فالبغي هو الخروج على الإمام الحق من فئة لها مَنعة.

علة اختلاف التعاريف: والعلة في اختلاف تعريف البغي في المذاهب الفقهية المختلفة هي الاختلاف على الشروط التي يجب توفرها في البغاة وليست الاختلاف على الأركان للبغي ومحاولة الفقهاء في أكثر من مذهب أن يجمعوا في التعريف بين أركان البغي وشروطه ورغبتهم أن يكون التعريف جامعاً مانعاً.

تعريف مشترك: ونستطيع أن نعرف البغي تعريفاً مشتركاً يتفق فيه كل المذاهب إذا اكتفينا بإبراز الأركان الأساسية في التعريف فنقول: إن البغي هو الخروج على الإمام مغالبة.

٦٦١ - أركان البغي: وأركان البغي الأساسية كما هو ظاهر من التعريف المشترك

ثلاثة:

- ١ - الخروج على الإمام.
- ٢ - أن يكون الخروج مغالبة.
- ٣ - القصد الجنائي.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٢٦، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٨.

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٣٨٢.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١١.

(٤) شرح المنتهى مع كشف القناع ج ٤ / ص ١١٤.

(٥) 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، ويستوي أن تكون هذه الحقوق لله أي مقررّة لمصلحة الجماعة، أو للأشخاص أي 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 تجيزه الشريعة^(١).

والخروج قد يكون على الإمام وهو رئيس الدولة الأعلى وقد يكون على من ينوب عنه، فمن امتنع عن طاعة الإمام في معصية فليس باغياً لأن حق الأمر واجب الطاعة وكلاهما مقيد غير مطلق، فليس لأمر أن يأمر بما يخالف الشريعة وليس لمأمور أن يطيعه فيما يخالف الشريعة، وذلك ظاهر من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ نَزَعْنَاهُ فِي شَيْءٍ فَدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] ومن قول الرسول ﷺ: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» وقوله: «من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه» وقوله: «لا طاعة في معصية الله إنما الطاعة في المعروف» وقد احتاط الفقهاء لهذا في تعريف البغاة.

والإمام: هو 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، وعمن دونه بالإمام مطلقاً إذا كان مستقلاً بجزء من الدولة الإسلامية، وبنايب الإمام إذا كان ينوب عن الإمام الأعظم.

والإمامة فرض من فروض الكفاية في الشريعة الإسلامية كالقضاء، إذ لا بد للأمة من إمام يقيم الدين وينصر السنة وينصف المظلومين ويستوفي الحقوق ويضعها موضعها، ولا خلاف على هذا بين الفقهاء، ويشترط في الإمام شروط - لا محل لذكرها هنا - أهمها أن

(١) الروض النضير ج ٤ / ص ٣٣١.

يكون مسلماً ذكراً مكلفاً عدلاً^(١)، ولا يعتبر الخروج على الإمام قبل أن تثبت إمامته، وتثبت الإمامة بأربع طرق:

١ - باختيار أهل الحل والعقد من العلماء والفقهاء وأرباب الحل والعقد، كما حدث في بيعة أبي بكر على أثر وفاة الرسول ﷺ.

٢ - باختيار الإمام السابق لمن يليه، كما حدث في اختيار أبي بكر لعمر حيث عهد إلى عمر بقوله: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما عهد أبو بكر، خليفة رسول الله ﷺ، عند آخر عهده من الدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر ويتقي فيها الفاجر، إني استعملت عليكم عمر بن الخطاب، فإن برّ وعدل فذلك علمي به ورأيي فيه، وإن جار وبذل فلا علم لي بالغيب، والخير أردت، ولكل امرئ ما اكتسب، وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون».

ويصح أن يعهد الإمام لولده، كما فعل معاوية وغيره من الخلفاء الأمويين والعباسيين وغيرهم.

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 ويدعون له إماماً فتثبت له الإمامة وتجب طاعته على الرعية، ومثل ذلك ما حدث من عبد الملك بن مروان حين خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ودعوه إماماً.

وإذا ثبتت الإمامة بإحدى هذه الطرق كان الخروج على الإمام بغياً، أما إذا لم تكن الإمامة ثابتة بإحدى هذه الطرق فلا يعتبر الخارج بغياً ولا الخروج بغياً^(٢).

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 إلا ما هو أنكر من ذلك، إلى الفتن وسفك الدماء وبث الفساد واضطراب البلاد وإضلال العباد وتوهين الأمن وعدم النظام، وإذا كانت القاعدة أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجهه كالفسق إلا أنهم يرون

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٣٠.

(٢) 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.

أن لا يعزل إذا استلزم العزل فتنة، أما الرأي المرجوح فيرى أصحابه أن للأمة خلع وعزل الإمام بسبب يوجبه وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم تنصيبه لانتظام شؤون الأمة وإعلائها، ويرى بعض هذا الفريق أنه إذا أدى الخلع لفتنة 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 بوجوب قتال أهل العصية إن كان الإمام عدلاً وقتال من قام عليه، فإن كان غير عدل فإن خرج عليه عدل وجب الخروج معه ليظهر دين الله وإلا وسعك الوقوف إلا أن يريد نفسك أو مالك فادفعه عنهما ولا يجوز لك دفعه عن الظالم، ويرى الشيخ عز الدين بن عبد السلام أن فسق الأئمة قد يتفاوت ككون فسق أحدهم بالقتل وفسق الآخر بانتهاك حرمة الأبضاع وفسق الآخر بالتعرض للأموال فيقوم هذا على التعرض للدماء والأبضاع، فإن تعذر يقوم المتعرض للأبضاع 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 يجوزها، ونحوه خروج فقهاء القيروان مع أبي يزيد الخارجي على الثالث من بني 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 الخارجين عليه لفسقه وجوره، وعليه قبل كل شيء أن يترك فسقه ثم يدعوهم لطاعته فإن لم يجيبوه كان له أن يقاتلهم^(٤).

(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 وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦٠.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٠، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٢٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٠٩، حاشية الشهاب للرملي 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 الأوطار ج ٧ / ص ٨٤.

(٣) المحلى ج ٩ / ص ٣٧٢. (٤) حاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦٠.

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: ﴿وَلِنْ طَائِفَتَيْنِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَلَوْا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَجَنِّبُوا الَّتِي تَبَغَىٰ حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩] فأمر الله تعالى بالإصلاح ثم بالقتال فلا يجوز أن يقدم القتال على الإصلاح ولا يكون الإصلاح إلا برد المظالم ورفع الجور^(١).

والخارجون على ثلاثة أنواع عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد:

١ - الخارجون بلا تأويل سواء كانوا ذوي منعة أو شوكة أو لا منعة لهم.

٢ - الخارجون بتأويل ولكن لا منعة لهم.

٣ - الخارجون بتأويل وشوكة، وهم قسمان:

أ - الخوارج ومن يذهبون مذهبهم ممن يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون بعض أصحاب رسول الله ﷺ.

ب - الخارجون بتأويل ولهم منعة وشوكة ممن لا يذهبون مذهب الخوارج ولا يستحلون دماء المسلمين ولا يستبيحون أموالهم ونساءهم^(٢).

والتأويل المقصود هو ادعاء سبب للخروج والتدليل عليه، ويستوي أن يكون التأويل صحيحاً أو فاسداً لا يقطع بنساده، ويعتبر التأويل فاسداً إذا أولوا الدليل على خلاف ظاهره ولو كانت الأدلة على التأويل ضعيفة كادعاء أهل الشام في عهد عليّ بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطناته إياهم، مع أن هذا الادعاء صادر ممن لا يعتد بقولهم وشهادتهم.

وكتأويل بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكتاً لهم، طبقاً لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ﴾ [التوبة: ١٠٣].

وكادعاء الخوارج الذين خرجوا من عسكر عليّ 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: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [يوسف: ٤٠] وتلك كبيرة

(١) شرح الزرقاني، وحاشية الشيباني ج ٨ / 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.

ومرتكب الكبيرة في رأيهم كافر، فإذا كان التأويل مقطوعاً بفساده فلا يعتبر أن هناك تأويلاً ما^(١).

والمنعة أو الشوكة هي الكثرة أو القوة، كثرة عدد الخارجين أو قوتهم بحيث يمكن معها مقاومة تدعوه إلى احتمال كلفة من بذل مال وإعداد رجال ونصب قتال ونحو ذلك ليردهم إلى الطاعة، ويعتبرون في مذهب أحمد النفر اليسير كالأثنين والعشرة ونحوهم ممن لا منعة لهم ولو كانوا مسلحين يحسنون القتال^(٢).

ويشترط الشافعيون لوجود المنعة والشوكة أن يكون في الخارجين مطاع ولو لم يكن إماماً عليهم يسمعون له ويطيعون؛ لأن الشوكة لا تتم إلا بوجوده إذ يصدر عن رأي واحد ويعملون يداً واحدة، ولأنه لا شوكة لمن لا مطاع لهم، فمهما بلغ عدد الخارجين ومهما كانت قوتهم فلا شوكة ما لم يكن فيها مطاع^(٣).

وحكم الخارجين بلا تأويل والخارجين بتأويل ولا شوكة لهم عند أبي حنيفة وأحمد هو حكم قطاع الطريق فيعاملون على هذا الأساس، وكتب الحنابلة والأحناف تجعل حكمهم حكم قطاع الطريق دون تفاصيل مما قد يوهم بأنهم يقرون كذلك دون قيد ولا شرط، أما حكمهم عند الشافعي فهو حكم غيرهم من أهل العدل ويحاسبون على ما يأتونه من أفعال: فإن كونت جريمة الحرابة عوقبوا على الحرابة، وإن كونت جرائم أخرى عوقبوا عليها، ويلاحظ أن لا فرق بين الحنفيين والحنابلة وبين الشافعيين في هذه المسألة؛ لأن الأحناف والحنابلة وإن اعتبروهم محاربين إلا أنهم لا يعاقبونهم بعقوبة الحرابة إلا إذا توفرت شروط الحرابة وإن سموهم قطاعاً بإطلاق؛ لأن الخارجين إذا لجؤوا 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^(٤).

وإذا كان الرأي الراجح في مذهب أحمد أن المتأول بلا شوكة يعتبر محارباً فإن بعض

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٨، ٤٩، المغني ج ١٠ / ص ٤٨، ٥٢، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١١، ١١٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٢٧، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٨٢، ٣٨٣، كشف القناع ج ٤ / ص ٩٦.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٢٨، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٨٢، كشف القناع ج ٤ / ص ٩٦، المغني ج ١٠ / ص ٤٩، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١١.

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٨٣.

فقهاء المذهب لا يشترط الشوكة مع التأويل، فلا فرق عنده بين الكثير والقليل ما دام الخروج أساسه التأول ويعتبر المتأول بلا شوكة باغياً لا محارباً، وحجة القائلين بالشوكة أن ابن ملجم - لما جرح علياً قال علي للحسن: إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به - لم يثبت لفعله حكم البغاة كما إن إثبات حكم البغاة للعدد اليسير يشجع على الخروج ويؤدي إلى إتلاف أموال الناس؛ لأن البغاة يسقط عنهم ضمان ما أتلّفوه^(١)، وحجة الذين لا يشترطون الشوكة أن الخروج أساسه التأول لا الشوكة وعقيدة الخارج لا عدد من يشاركونه تلك العقيدة، فلا معنى لاشتراط الشوكة.

أما الخارجون بتأويل وشوكة فهم البغاة عند أبي حنيفة والشافعي سواء رأوا رأي الخوارج أو لم يروه، ولا تعتبر الخوارج عندهما كفر ولا فسقة وإنما بغاة لا غير^(٢).

واختلف الحنابلة في الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان وعلياً وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة، ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويرون سبي نسائهم، والبعض يراهم بغاة لا غير، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء، والبعض يراهم بغاة وفسقة في وقت واحد، ويرون استتابتهم فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم، وهذا هو رأي مالك وسنذكره فيما بعد، على أن أبا حنيفة يعتبر أيضاً الخوارج فسقة باعتقادهم ولكنه يعاملهم معاملة البغاة ولا ينظر إلى الفسق إلا في قبول شهادتهم وقضائهم^(٣).

ويرى البعض الآخر - ورأيهم الراجح في مذهب أحمد - أن الخوارج مرتدون فحكمهم حكم المرتدين لا حكم البغاة ومن ثم تباح دماؤهم وأموالهم، فإن تحيزوا في مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار، وإن كانوا في قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين فإن تابوا وإلا قتلوا حداً وكانت أموالهم فيئلاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون، وحجة أصحاب هذا الرأي ما رواه أبو سعيد عن رسول الله ﷺ: «يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم، وصيامكم مع صيامهم، وأعمالكم مع أعمالهم، يقرؤون القرآن لا يجاوز حناجرهم، يَمْرُقُونَ من الدين كما يمرق السهم من الرميّة، ينظر في النصل فلا يرى شيئاً، وينظر في القدح فلا يرى شيئاً، وينظر في الريش فلا يرى شيئاً، ويتمادى في الفُوق».

وفي رواية أخرى: «يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان، سفهاء الأحلام، يقولون من قول خير البرية، يقرؤون القرآن لا يجاوز تراقيهم، يمرقون من الدين كما يمرق

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / 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.

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٨، ٤٩، بدائع الصنائع ج ٨ / ص ١٤٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٨٢، ٣٨٥، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١١، ١١٣، المهذب ج ٢ / ص ٢٣٤، ٢٣٨.

السهم من الرميّة، فإن لقيتهم فاقتلهم فإن قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة»^(١).

أما القائلون بأنهم بغاة أو بغاة فسقة فيحتجون بأنه لم يقل بتكفيرهم أحد من الفقهاء، وإنما الذي قال به بعض فقهاء الحديث لا كلهم، ويفسرون عبارة «يتماذى في الفوق» بأن الحديث لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه، ويحتجون أيضاً بما روي 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، فحينئذٍ استحل قتالهم 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: أكفار هم؟ قال: من الكفر فروا، قيل: فمنافقون؟ قال: إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلاً، قيل: فما هم؟ قال: هم قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصمّوا، وبغوا علينا وقتلونا فقاتلناهم، وأخيراً فإنهم يحتجون بأن علياً لما جرحه ابن ملجم قال للحسن: أحسنوا إيساره، فإن عشت أنا ولي دمي، وإن مت فضربة كضربتي، أي أنه أشار بالقصاص منه ولو كان كافراً لما اقتص منه لأن الكافر مباح الدم بكفره^(٢).

ويختلف مذهب مالك عن المذاهب الثلاثة فيمن يعتبره باغياً، فالباغي عند مالك هو كل من امتنع عن الطاعة في غير معصية بمغالبة ولو تأويلاً، 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، والخوارج الذين يكفرون بعض الصحابة ومن على غير رأيهم من المسلمين ويستحلون الدماء والأموال وسيبي 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^(٣).

ومذهب الظاهريين على أن البغاة قسمان لا ثالث لهما: قسم خرجوا على تأويل في الدين فأخطؤوا في تأويلهم كالخوارج وما جرى مجراهم من سائر أهل الأهواء المخالفة للحق، وقسم أرادوا لأنفسهم دنيا فخرجوا على إمام حق أو على من هو في السيرة مثلهم، فإن تعدت هذه الطائفة إلى إخافة الطريق أو إلى أخذ مال من لقوا أو سفك الدماء هملاً انتقل حكمهم إلى حكم المحاربين وهم ما لم يفعلوا ذلك في حكم البغاة، والمتأولون قسمان: قسم أخطأ في التأويل وله عذر في تأويله كأصحاب معاوية وقسم من المتأولين لا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٦.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٤٨ - ٥٢، كشف القناع ج ٤ / ص ٩٦.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٧، ٢٧٨، شرح الزرقاني، وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦٠، ٦١،

تبصرة الحكام ج ٢ / ص ٣٦٢.

عذر له في تأويله كمن قام برأي الخوارج ليخرج الأمر على قريش أو ليرد الناس إلى القول بإبطال الرجم 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 يعذرون لأنهم لا تأويل لهم أصلاً وعملهم بغي مجرد^(١).

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 فممنوع نفسه فإنه على حق سواء أَرادَه الإمام أو غيره^(٢).

ويرى الظاهريون أن البغاة ليسوا فقط من خرجوا على الإمام وإنما الباغي هو من بغى على أخيه المسلم، فيجوز أن يكون الباغي سلطاناً ويجوز أن يكون فرداً، فإذا كان الباغي هو السلطان كان على المسلمين أن يقاتلوا الباغي حتى يفيء إلى أمر الله، وعلى هذا يصح أن يكون الباغي فرداً ويصح أن يكون جماعة^(٣).

خلاصة رأي الظاهريين أن كل من خرج مغالبة على الإمام بتأويل أو غير تأويل فهو باغٍ سواء كان فرداً أو جماعة ما لم يكن خروجه بحق فإنه ليس باغياً.

والباغي عند الشيعة الزيدية هو من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو عزم على المحاربة وله فئة أو منعة، أو قام بما أمره للإمام^(٤).

فالبغي لا يكون إلا من جماعة يكون لهم منعة وعدد وتأويل، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد إلى حد كبير، كما يتفق مذهب الظاهريين مع مذهب مالك، ولا يعتبر الخارج بحق باغياً عند بعض المالكيين وأبي حنيفة والظاهريين^(٥)، وعلى مثل هذا الرأي الشيعة الزيدية^(٦).

أما عند الشافعي وأحمد وبعض المالكيين فيعتبر الخارج باغياً ولو كان خارجاً بحق وسواء كان على صواب أو على خطأ؛ لأن الخروج ليس هو الطريق الصحيح الذي يؤدي لإقرار الحق وتصحيح الخطأ، فإذا لم يكونوا بغاة فيما يطلبون فهم بغاة في اختيار الوسيلة التي يريدون بها الوصول إلى حقهم لأنها تؤدي إلى الفساد وزعزعة أركان الدولة، ولأنه من

(١) المحلى ج ١١ / ص ٩٧، ٩٨. (٢) المحلى ج ١١ / ص ٩٨.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٩٩. (٤) الروض النضير ج ٤ / ص ٣٣١.

(٥) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٤٧٧، شرح الزرقاني، حاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦٠، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٠٨، المحلى ج ١١ / ص ٩٨، ٩٩، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٢٦.

(٦) تنمة شرح الروض النضير ج ٤ / ص ٨، ٩.

المحرم عليهم الخروج على من تثبت إمامته، لأن من تثبت إمامته، تجب طاعته، على أن في مذهب الشافعي من يرى أن الخروج على الإمام الجائر ليس بغياً إذا كان الخروج لإزالة جور أو ظلم، ولكن رأيهم مرجوح في المذهب^(١).

ويعتبر الخروج بحق في مذهب أبي حنيفة وعند القائلين به من المالكيين إذا 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 لقالوا الحق معنا فهم أهل بغى عند أبي حنيفة، وعلى كل من يقوى على القتال أن ينصر الإمام على هؤلاء الخارجين، أما المالكيون فيرون نصر الخارجين إذا كان الخارج عليه عدلاً أو كان أقل فسقاً وجوراً ما دام الإمام جائراً فاسقاً^(٢).

ويعتبر الخروج بحق في مذهب الظاهريين إذا كان لظلم ظلمهم به الإمام أو كان للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فتعرض لهم الإمام، أو خرج على الإمام الجائر إمام عدل أو أقل فسقاً وجوراً^(٣).

ويفترق مذهب الظاهريين عن المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية في اعتبار السلطان باغياً، فهذه المذاهب لا تعتبر السلطان باغياً ولو كان جائراً وإنما البغاة هم الخارجون على الإمام، وقد رأينا أن بعض الفقهاء يعتبرون الخارجين بغاة سواء كانوا على حق في خروجهم أو كانوا على غير الحق، بينما يراهم البعض بغاة إذا كانوا على غير الحق فقط فإن كانوا على حق فليسوا بغاة، على أن القائلين بهذا 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 يدعوهم بعد ذلك للطاعة، فإن لم يعودوا قاتلهم لأنهم يصبحون بامتناعهم عن العودة للطاعة بغاة ولو كانوا قد خرجوا في أول الأمر بحق^(٤).

(١) أسنى المطالب، وحاشية الشهاب الرملي ج ٤ / ص ١١١، كشف القناع ج ٤ / ص ٩٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٣٧، شرح الزرقاني، وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦٠، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٧.

(٣) المحلى ج ١١ / ص ٩٧، ٩٨.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٤، كشف 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 ج ٨ / ص ٦٠.

الركن الثاني

أن يكون الخروج مغالبة

٦٦٣ - يشترط ليكون الخروج بغياً أن يكون مغالبة أي أن يكون استعمال القوة هو وسيلة الخروج وأن يكون الخروج مصحوباً بالمغالبة أي باستعمال القوة، فإذا كان الخروج غير مصحوب باستعمال القوة فلا يعتبر بغياً كرفض مبايعة الإمام بعد أن بايعت له الأغلبية ولو نادى الخارجون بعزل الإمام أو بعصيانه وعدم طاعته أو بالامتناع عن أداء ما عليهم من واجبات تقوم الدولة على استيفائها، ولكن إذا فعل الخارجون شيئاً محرماً عوقبوا عليه باعتباره جريمة عادية، ومثل الامتناع عن البيعة ما وقع من بعض الصحابة في صدر الإسلام، فقد امتنع عليٌّ عن مبايعة أبي بكر أشهر ثم بايع، ورفض سعد بن عبادَةَ مبايعةه ولم يبايعه حتى مات، وكامتناع عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير عن المبايعة ليزيد، ومن الأمثلة على ذلك ما وقع من الخوارج في عهد علي، فإن علياً لم يتعرض لهم حتى استعملوا القوة، ولم يعتبرهم بغاة إلا بعد استعمالها، وكان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد: لا حكم إلا لله، وهي عبارة كان الخوارج يتنادونها يعرضون بقبول عليّ التحكيم، فقال علي: كلمة حق أريد بها باطل، لكم علينا ثلاث: لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولا نمنعكم من الفيء ما دامت أيديكم معنا، ولا نبدؤكم بقتال، وكان يصلي يوماً فناده رجل من الخوارج: ﴿لَيْنَ أَشْرَكَتَ لِيَحْبِطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ يعرض به على اعتبار أنه كفر بقبول التحكيم، فأجابه علي: فاصبروا إن وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون، ويدللون على هذا بأن الرسول ﷺ لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه في المدينة فلأن لا تتعرض لأهل البغي وهم من المسلمين أولى، وتلك كانت سيرة عمر بن عبد العزيز في الخوارج، كتب إليه عدي بن أرطاة أن الخوارج يسبونك، فكتب إليه: إن سبوني فسبهم، وإن شوهروا السلاح فأشهرهم، وإن ضربوا فاضربوا، وكتب عمر بن عبد العزيز إلى الولاة في شأن الخوارج فقال: إن كان رأي القوم أن يسبحوا في الأرض من غير فساد على الأئمة ولا على أحد من أهل الذمة ولا على قطع سبيل من سبل المسلمين فليذهبوا حيث شاؤوا، وإن كان رأيهم القتال فوالله لو أن أبكاراً خرجوا رغبة عن جماعة المسلمين لأرقت دماءهم ألتمس بذلك وجه الله.

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً مقالة عليٍّ بعد أن جرحه ابن ملجم، قال علي: أطعموه واسقوه واحبسوه، فإن عشت فأنا ولي دمي، أعفو إن شئت، وإن شئت استقدت، وإن مت فاقتلوه ولا تمثلوا به، فقد اعتبر عليٌّ جريمة ابن ملجم جريمة عادية ولم يعتبره باغياً لأن خروجه لم يكن مغالبة^(١).

(١) المهذب ج ٢ / ص ٢٣٧، ٢٣٨، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٨، شرح الزرقاني، وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦٠، المغني ج ١٠ / ص ٥٨، ٦٠، كشف القناع ج ٤ / ص ٩٩.

ويروي الحضرمي يقول: دخلت مسجد الكوفة من قِبَل أبواب كنده، فإذا نفر خمسة يشتمون علياً وفيهم رجل عليه بُرْنس يقول: أعاهد الله لأقتله، فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه، فأتيته به علياً فقلت: إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك، فقال: اذُنْ، ويحك من أنت؟ فقال: أنا سور المنقري، فقال علي: خل عنه، فقلت: أخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك؟! قال: أفأقتله ولم يقتلني؟^(١).

ويعتبر الخروج بغياً عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرين حينما يبدأ الخارجون باستعمال القوة فعلاً، أما قبل استعمالها فلا يعتبر الخروج بغياً ولا يعتبرون بغاة ويعاملون كما يعامل العادلون ولو تحيزوا في مكان وتجمعوا ولو كانوا يقصدون استعمال القوة في الوقت المناسب، ولكن ليس ثمة ما يمنع من منعهم من التحيز وتعزيزهم على التجمع بقصد استعمال القوة وإثارة الفتنة، أما أبو حنيفة فيعتبرهم بغاة، ويعتبر حالة البغي قائمة من وقت تجمعهم بقصد القتال والامتناع من الإمام لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع، ومذهب الشيعة الزيدية يماثل مذهب أبي حنيفة في هذا، والأصل عند الجميع أن البغاة لا يحل قتالهم إلا إذا قاتلوا، فمن نظر إلى حقيقة القتال اشترط أن يقع القتال فعلاً، ومن نظر إلى وجودهم في حال قتال اكتفى بتجمعهم بقصد القتال والامتناع^(٢)، على أن الرأي الراجح في مذهب أحمد يرى قتل الخوارج لأنهم كفار بتكفيرهم المسلمين واستحلال دمائهم وأموالهم.

ولا يبدأ الإمام قتال الخارجين إلا بعد أن يرأسلهم ويسألهم عن سبب خروجهم، فإن ذكروا مظلمة أزالها أو شبهة كشفها، لأن ذلك طريق إلى الصلح ووسيلة إلى الرجوع إلى الحق، وقد فعل عليّ هذا في وقعة الجمل وفعله مع الحرورية، ولأن الله جل شأنه يقول: ﴿وَأِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَفْتِنَا أَلَيْسَ تَبَغَىٰ﴾ [الحجرات: ٩] 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 يقتلهم دون أن يسألهم، ويرى أحمد أن له هذا أيضاً إذا خشي كلبهم فليس من المتعين أن يرأسلهم^(٣).

وقد راسل عليّ أهل البصرة قبل وقعة الجمل، وأمر أصحابه أن لا يبدؤوهم بقتال، ثم قال: هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة، ثم سمعهم يقولون: الله أكبر يا ثارات

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٠٩.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٠، الروض النضير ج ٤ / ص ٣٣١، شرح الزرقاني، وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٨٣.

(٣) 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.

عثمان، فقال: اللهم أكب قتلة عثمان على وجوههم، كذلك بعث عبد الله بن عباس للحروية فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف.

وإنما وجبت المراسلة والدعوة للطاعة لأن المقصود من القتال هو كفهم ودفع شرهم لا قتلهم؛ فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين، فإن سأله الخوارج الإنظار لمدة معينة أنظرهم إن رأى في ذلك مصلحة، وإن ظن أنهم يريدون المهلة ليكيدوا له لم ينظرهم 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 رأي بعض الشافعيين، ويرى الآخرون قتله ما دام في صف البغاة ولو لم يقاتل لأنه يعتبر ردءاً 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 البغي قائمة طالما كان الباغي في مركز المقاتل أو المدافع، فمن ألقى سلاحه من البغاة أو كف عن القتال أو استسلم أو عجز عن القتال كالجريح جرحاً يمنعه من القتال أو هرب غير متحيز إلى فئة أو متحرفاً للقتال فلا يجوز قتله حيث زالت حالة البغي 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 الشافعي وأحمد، وفي مذهب أحمد: لا يتبع المدبر أصلاً ولا يقتل ولو كان متحيزاً إلى فئة^(٣).

ومذهب الشافعي على اتباع المنهزمين إذا انهزموا مجتمعين أو انسحبوا بنظام وكانوا غير متفرقين، فإذا انهزموا متفرقين بحيث تزول شوكتهم لم يتبعوا، وإلا اتبعوا حتى يتبددوا وتزول شوكتهم، ومن تخلف منهم عجزاً أو ألقى سلاحه تاركاً للقتال لم يقاتل، ويقاتل من ولى متحرفاً للقتال أو متحيزاً لفئة قريبة أو بعيدة^(٤).

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 لشأفتهم وإن شاء حبسه لاندفاع شره

(١) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٥٣٨، المغني ج ١٠ / ص ٥٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٤، المحلى لابن حزم ج ١١ / ص ١١٦.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٥٥، المهذب ج ٢ / ص ٢٣٥، المحلى ج ١١ / ص ١٠٠.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٥٥، كشاف القناع ج ٤ / ص ٨٩.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٤.

بالأسر والحبس، وإن لم يكن لهم فئة يتحيزون إليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم^(١)، وبعض أصحاب الشافعي يرون رأي أبي حنيفة^(٢).

والقاعدة عند مالك أن لا يتبع المنهزم ولا يجهز على الجريح إلا إذا خيف منهم أو انحازوا إلى فئة، ففي هذه الحالة يتبع المنهزم ويدفئ على الجريح، أما الأسير فإذا كانت الحرب قائمة فلإمام قتله ولو كانوا جماعة إذا خيف أن يكون منهم ضرر، فإذا انقطعت الحرب فلا يقتل^(٣)، على أن بعض المالكيين يمنع قتل الأسير وتتبع المدبر والإجهاز على الجريح بصفة مطلقة^(٤).

ويرى الظاهريون أنه لا يجوز قتل الأسير بأي حال ولو أن قتله كان مباحاً قبل الأسر لأن حل قتله قبل الأسر ليس مطلقاً، وإنما الذي أحل قتله هو قتاله أو دفاعه، فإذا لم يكن باغياً أي مقاتلاً أو مدافعاً حرم قتله لزوال حالة البغي، وهو إذا أسر فليس حينئذ باغياً ولا مدافعاً فدمه محرم، وكذلك لو ترك القتال وقعد مكانه ولم يدافع لحرم دمه وإن لم يؤسر لأن الله جل شأنه قال: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ بَنِي نَفِيلٍ حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩] فمن فاء فلا يقاتل، وإنما حل قتال الباغي بمقاتلته ولم يحل قتله قط في غير المقاتلة^(٥)، وكذلك الحكم في الجرحى؛ لأن الجريح إذا قُدر عليه فهو أسير وأما ما لم يقدر عليه وكان ممتنعاً فهو باغ، أما المدبرون فإن كانوا تاركين للقتال جملة منصرفين إلى بيوتهم فلا يحل اتباعهم أصلاً، وإن كانوا منحازين إلى فئة أو لادين بمقتل يمتنعون فيه أو زائلين عن الغالبيين لهم من أهل العدل إلى مكان يأمنونهم فيه ثم يعودون إلى حالهم فيتبعون^(٦)؛ لأن الله افترض قتالهم حتى يفيئوا لأمر الله ولم يفيئوا بعد، ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبي حنيفة^(٧).

وإذا قتل من البغاة أسير أو جريح أو مدبر عند من لا يجيزون 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 يقول بأن الشبهات تدرأ الحدود، والظاهريون لا يعترفون بأن الحدود تدرأ بالشبهات، فمقتضى مذهبهم القصاص في كل الأحوال^(٨).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٤٠، ١٤١، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١١، ٤١٢.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٦٣.

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٨.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٧.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ١٠٠.

(٦) المحلى ج ١١ / ص ١٠١.

(٧) شرح الروض النضير ج ٤ / ص ٣٣٢، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٥٣٤.

(٨) المغني ج ١٠ / ص ٦٤، المهذب ج ٢ / ص ٣٣٦.

ويحبس الأسرى - إلا من دخل منهم في الطاعة فيخلى سبيله - ويظلون محبوسين حتى تنتهي الحرب، وإذا كان الأسير امرأة أو صبيّاً أو شيخاً فانياً أُخلي سبيلهم ولم يحبسوا في رأي، وفي الرأي الآخر يُحبسون لأن في ذلك كسراً لقلوب البغاة، والرأيان في مذهب أحمد والشافعي، أما مالك وأبو حنيفة فيريان الحبس^(١).

ويجوز تبادل الأسرى وأخذ الرهائن بين الفريقين عند الضرورة ولكن لا يجوز لأهل العدل قتل الأسرى أو الرهائن على سبيل المعاملة بالمثل ولو قتل البغاة الرهائن أو الأسرى لأنهم مسلمون غير مقاتلين ولا مغالبيين، مع ملاحظة ما سبق أن قلناه من أن بعض الفقهاء يجيز قتل الأسرى في حالة قيام الحرب، أما منع قتل الرهائن فلا خلاف فيه لأنهم غير مقاتلين ولأنهم صاروا آمنين بالموادعة^(٢).

ويرى مالك وأبو حنيفة أنه يجوز قتال البغاة بما يعم إتلافه كالتحريق والتغريق ورمي المنجنيق ويقاتلون بكل ما يقاتل به المشركون، لأن القتال مقصود به دفع شرهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يؤدي لذلك^(٣)، ويرى بعض المالكيين أن لا يقاتلوا بما يعم إتلافه إذا كان فيهم نساء وذرية، ولا يراه البعض الآخر^(٤).

ومذهب الشافعي وأحمد على أن لا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتغريق 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 يعلم إتلافهم جاز ذلك، أما إذا قاتل البغاة بما يعم إتلافه فيجوز قتالهم بمثله^(٥).

ويجيز 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 هذان الشرطان فلا يجوز استعمال ما يعم إتلافه إلا لضرورة ملحة^(٦).

(١) المهذب ج ٢ / ص ٣٣٦، المغني ج ١٠ / ص ٦٤، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٢، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢.

(٢) المحلى ج ١١ / ص ١١٧، ١١٨، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٥، المغني ج ١٠ / ص ٦٤، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٤.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٤١، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١١.

(٤) شرح الزرقاني، وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦١.

(٥) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٥، المغني ج ١٠ / ص ٥٧.

(٦) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٥٤١، ٥٤٢.

ويجيز الظاهريون القتال بما يعم تلفه بشرط أن لا يؤدي إلى قتل غير البغاة؛ لأن من لم يقاتل لا يحل قتله^(١).

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^(٢)، أما أبو حنيفة فيكره للعادل أن يقتل باغياً ذا رحم محرم منه ابتداءً إلا إذا أراد الباغي قتله فله أن يدفعه، ولا يحرم العادل ميراث الباغي، أما الباغي 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^(٣).

ومذهب الشافعي كمذهب أبي حنيفة في كراهة القتل، ولكنه لا يورث العادل ولا الباغي شيئاً من مال المقتول لعموم قوله ﷺ: «ليس لقاتل شيء» وفي مذهب أحمد رأيان: **أحدهما**: يكره قتل ذي الرحم المحرم، **والثاني**: لا يرثه لأنه ليس لقاتل شيء، وأما الباغي إذا قتل العادل فإنه لا يرثه لأنه قتله بغير حق^(٤).

وحجة القائلين بالكراهة قوله تعالى: ﴿وَلِنْ جَهْدَاكَ عَلَى أَنْ تَتْرِكَ فِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] ولأن النبي ﷺ كفّ أبا حنيفة ومنعه عن قتل أبيه.

ورأي الظاهريين أن قتل ذي الرحم غير مكروه وإن كانوا لا يختارون أن يعمد المرء إلى أبيه أو أخيه خاصة ما دام يجد غيرهما، فإن رأى أباه أو أخاه يقصد مسلماً كان عليه أن يدفعه عن المسلم^(٥).

ولأن الشيعة لا يجيزون للمسلم أن يقتل ذا رحمه ولو كان كافراً إلا لأحد وجهين: **أحدهما**: أن يقتله مدافعة عن نفسه أو غيره، **والثاني**: أن لا يندفع إلا بالقتل، ويرث العادل الباغي إذا قتله^(٦).

والبغي إذا كان يحل مقاتلة البغاة ويبيح دمائهم طالما كانوا باغين إلا أنه لا يبيع أموالهم حتى في حالة البغي، فتظل أموالهم معصومة ولو وقعت في يد العدالين، 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^(٧).

(١) المحلى ج ١١ / ص ١١٦، ١١٧. (٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٤١، ١٤٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٤، ٤١٦.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٦٧، ٦٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٥.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ١٠٧.

(٦) شرح الأزهري ج ٤ / ص ٥٤١.

(٧) شرح الزرقاني، وحاشية الشيباني ج ٨ / ص ٦١.

ويرى أبو حنيفة أن أموال البغاة تظل على ملكهم لأن علياً لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنأدى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر بعد الهزيمة، ولا يفتح باب، ولا يستحل فرج ولا مال، وبعد موقعة النهروان جمع ما غنم من الخوارج في الرحبة فمن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخره قدر من الحديد لإنسان جاء فأخذه.

ويرى أبو حنيفة ما يراه مالك من جواز استعمال السلاح والكراع إن احتاجه أهل العدل لأن للإمام أن يستعين بمال العادل عند حاجة المسلمين إليه ففي مال الباغي أولى، أما بقية الأموال فتحبس 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^(١).

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 خيلهم للتغلب عليهم، ويرى البعض أنه يجب أن تؤدي أجرة المال المستعمل كما هو الشأن في حالة الضرورة، ولا يرى البعض ذلك لأن الضرورة هنا منشؤها فعل البغاة ولم تنشأ من جهة المضطر^(٢).

وفي مذهب أحمد رأيان: أحدهما: كمذهب أبي حنيفة ومالك، والثاني: كمذهب الشافعي^(٣).

ومذهب الظاهريين كمذهب الشافعي فهم يرون الحيلولة بين البغاة وبين كل ما يستعينون به على باطلهم من مال أو سلاح فيحبس عنهم حتى يفيثوا، ولا يجوز استعماله إذا اضطر أهل العدل لأن يدافعوا به عن أنفسهم^(٤).

ويرى الشيعة الزيدية أنه لا يجوز الاستعانة بأموال البغاة أيّاً كان نوعها، فإذا استعملها الإمام كان ضامناً لها^(٥).

على أن من الشيعة من يرى أن ما كان في معسكر البغاة من الأموال يحل أخذه غنيمة لأهل العدل^(٦).

وللإمام أن يستعين على قتال البغاة ببغاة مثلهم حتى إذا انتصر دعا من معه إلى الطاعة، وليس له - عند أحمد والشافعي - أن يستعين على قتالهم بالكفار بل ولا بمن يرى

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٢، ٤١٣. (٢) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٤، ١١٥.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٦٥، ٦٦. (٤) المحلى ج ١١ / ص ١٠٢.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٥٤٢.

(٦) الروض النضير ج ٤ / ص ٣٣٠.

قتلهم مدبرين من المسلمين، ويرى أبو حنيفة أن للإمام الاستعانة على البغاة إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر، وهذا هو رأي الشيعة الزيدية، أما الظاهريون فلا يوجبون الاستعانة بأهل الحرب وأهل الذمة إذا اضطرتهم حماية أنفسهم لذلك بشرط أن يوقنوا أنهم في استنصارهم لا يؤذون مسلماً ولا ذمياً في مال ولا حرمة، أما الاستعانة بأهل البغي فلا يمنعها الظاهريون^(١).

ولم أعثر على رأي مالك في الاستعانة على البغاة بالذميين، وإن كان رأيه في الجهاد أن لا يستعان بمشرك إلا في خدمة الجيش المحارب فأولى ألا يستعان به في محاربة مسلم.

الركن الثالث

القصد الجنائي (قصد البغي)

٦٦٤ - يشترط لوجود البغي أن يتوفر لدى الخارج القصد الجنائي، والقصد المطلوب توفره هو القصد الجنائي العام؛ أي 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 الباغي جرائم قبل المغالبة أو بعد انتهائها فليس من الضروري أن يتوفر فيها قصد البغي لأنه لا يعاقب عليها باعتباره باغياً وإنما باعتباره عادلاً، فيشترط أن يتوفر في كل جريمة منها القصد الجنائي الخاص بها ليعاقب عليها بعقوبتها الخاصة.

مسؤولية الباغي الجنائية والمدنية

٦٦٥ - تختلف مسؤولية الباغي الجنائية والمدنية باختلاف الحالات التي يكون فيها، فمسؤوليته قبل المغالبة وبعدها تختلف عنها في حالة المغالبة.

٦٦٦ - مسؤولية الباغي قبل المغالبة وبعدها: يسأل الباغي مدنياً وجنائياً عن كل ما يقع منه من الجرائم قبل المغالبة باعتباره مجرمًا عادياً، وكذلك عن جرائمه التي تقع بعد انتهاء المغالبة، فإذا قتل اقتصر منه إذا توفرت شروط القصاص، وإذا أخذ مالا خفية عوقب باعتباره سارقاً إذا توفرت شروط السرقة، وإذا غصب مالا أو أتلغه عوقب بالعقوبة المقررة للغصب والإتلاف، وإذا امتنع عن تنفيذ ما يجب عليه عوقب بالعقوبة المقررة للامتناع،

(١) المحلى ج ١١ / ص ١١٣، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٦، المغني ج ١٠ / ص ٥٧، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٥، ١١٦، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٥٣٣.

وعليه الضمان العادي في كل الأحوال إذا أتى ما يوجب الضمان كالسرقة والغصب والإتلاف .

٦٦٧ - مسؤولية الباغي أثناء المغالبة : الجرائم التي تقع من البغاة أثناء المغالبة والحرب إما أن تكون مما تقتضيه حالة الحرب وإما أن لا تقتضيها حالة الحرب .

فأما ما اقتضته حالة الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم والاستيلاء على البلاد وحكمها والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها وإتلاف الطرق والكباري وإشعال النار في الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب، فهذه الجرائم لا يعاقب عليها بعقوباتها العادية، وتدخل جميعاً في جريمة البغي، والشرعية تكتفي في البغي بإباحة دماء البغاة وإباحة أموالهم بالقدر الذي يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم، فإذا ظهرت الدولة عليهم وألقوا سلاحهم عصمت دماؤهم وأموالهم وكان لولي الأمر أن يعفو عنهم أو أن يعزّزهم على بغيهم لأعلى الجرائم والأفعال التي أتوها أثناء خروجهم، فعقوبة البغي بعد التغلب على البغاة هي التعزير، أما عقوبة البغي في حالة المغالبة والحرب فهي القتال إن جاز أن نسماه عقوبة وما يتبعه من قتل وجرح وقطع، والواقع أن القتال لا يعتبر عقوبة وإنما هو إجراء دفاعي لدفع البغاة وردهم إلى الطاعة ولو كان عقوبة لجاز قتل البغاة بعد التغلب عليهم لأن العقوبة جزاء على ما وقع، ولكن من المتفق عليه أنه إذا انتهت حالة المغالبة امتنع القتال والقتل، والخلاف منحصر في قتل الأسير والإجهاز على الجريح، حيث يجيزه البعض كما قدمنا عند قيام حالة المغالبة، ولا يجيزه البعض الآخر، فإذا انتهت حالة المغالبة فالباغي معصوم الدم لأن البغي هو الذي أباح دمه، ولا بغي إذا لم تكن مغالبة .

أما الجرائم التي تقع من الباغي أثناء المغالبة ولا تقتضيها طبيعة المغالبة فهذه تعتبر جرائم عادية ويعاقب عليها بعقوباتها العادية ولو أنها وقعت أثناء الخروج والمغالبة كشرب الباغي الخمر مثلاً .

٦٦٨ - مسؤولية الباغي المدنية : ليس على أهل البغي ضمان ما أتلّفوه حال الحرب من نفوس وأموال إذا اقتضت إتلافه ضرورة الحرب، فأما ما لم تكن هناك ضرورة لإتلافه في حالة الحرب وما أتلّف 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 الجزئي إذا لم تكن ضرورة الحرب هي التي اقتضت هذا التلف الجزئي، وهذا هو رأي أبي حنيفة وأحمد والرأي الصحيح في مذهب الشافعي، على أن في مذهب الشافعي رأياً يتضمن البغاة كل ما أتلّفوه من نفس أو مال في حالة الحرب وفي غير حالة الحرب لأنهم أتلّفوه بعدوان، على أن القائلين بهذا الرأي لا يرون القصاص في القتل لأنهم يسقطونه بالشبهة فيلزمون

البغاة بديات من قتلوا^(١)، ويحتج القائلون بتضمين البغاة بأن أبو بكر قال لأهل الردة: تدرون قتلانا ولا ندري قتلاكُم، ولأنها نفوس وأموال أتلُفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح، فوجب الضمان الذي تلف في غير حالة الحرب، ويحتج القائلون بعدم الضمان بأن الفتنة الكبرى كانت بين الناس وفيهم البديرون فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل استحل فرجاً حراماً بتأويل القرآن، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن، ولا يغرم ما أتلُفه بتأويل القرآن، ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلا تضمن ما أتلُفته على الأخرى كأهل العدل، ولأن تضمينهم يقضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب، فأما قول أبي بكر رضي الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه فإن عمر قال له: أما أن يدوا قتلانا فلا، فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى على ما أمر الله، فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً، على أنه لو وجب التغريم في حق المرتدين لم يلزم مثله في حق البغاة؛ فإن أولئك كفار لا تأويل لهم وهؤلاء مسلمون لهم تأويل سائغ فلا يصح إلحاقهم بهم^(٢)، ويرى الشيعة الزيدية أن البغاة لا ضمان عليهم^(٣).

ويرى مالك عدم تضمين الباغي ولو كان مليئاً سواء أتلُف نفوساً أو أموالاً بشرطين: **أولهما:** أن يكون الباغي متأولاً، فإن لم يكن متأولاً ضمن، **الثاني:** أن يكون الإتلاف حدث حال البغي واقتضته ضرورة المغالبة^(٤).

ويسمى الباغي غير المتأول في مذهب مالك معانداً، ولكنهم لا يعتبرونه معانداً إلا إذا كان خارجاً على عدل، فإن خرج على غيره فليس معانداً ولو كان غير متأول وكان حكمه حكم المتأول.

أما الظاهريون، فالبغاة عندهم ثلاثة أصناف: صنف تأولوا تأويلاً يخفى وجهه على كثير من أهل العلم كمن تعلق بآية خصصتها آية أو بحديث خصصه آخر أو نسخه نص آخر، فهؤلاء معذورون، حكمهم حكم الحاكم المجتهد يخطئ فيقتل مجتهداً أو يتلف مالاً مجتهداً أو يقضي في فرج خطأ مجتهداً ولم تقم عليه الحجة في ذلك، ففي الدم دية على بيت المال لا على الباغي ولا على عائلته ويضمن المال كل من أتلُفه، وهكذا أيضاً من تأول تأويلاً خرق به الإجماع بجهالة ولم تقم عليه الحجة ولا بلغته، وأما من تأول تأويلاً فاسداً لا يعذر فيه، لكن خرق الإجماع أي شيء كان ولم يتعلق بقرآن ولا سنة فعليه القود في

(١) المذهب ج ٢ / ص ٢٣٦، أسنى المطالب ج ١ / ص ١١٣، المغني ج ١٠ / ص ٦١، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٤.

(٢) نيل الأوطار ج ٧ / ص ٧٩.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٦٢.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢.

النفس وما دونها، والحد فيما أصاب من حدود الله، وضمان ما استهلك من مال، وهكذا من قام في طلب دنيا مجرداً بلا تأويل ومن قام عصبية^(١).

وإذا غلب البغاة على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه، فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغي لم يطالبوا بشيء مما جبي ولم يرجع به على من أخذ منه، وهذا هو رأي مالك وأبي 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^(٢)، ويقصر مالك عدم الضمان على الباغي المتأول دون غيره.

ويرى الظاهريون أنه لا محل أن يكون حاكماً إلا من ولاه الإمام الحكم، ولا أن يكون آخذاً للحدود إلا من ولاه الإمام ذلك، ولا أن يكون مُصدّقاً أو جابياً إلا من ولاه الإمام ذلك، فكل من أقام حداً أو أخذ صدقة أو قضى قطيعة وليس ممن جعل الله ذلك له بتقديم الإمام، فلم يحكم كما أمره الله، ولا أقام الحد كما أمره الله تعالى، ولا أخذ الصدقة كما أمره الله تعالى؛ فإن لم يفعل ذلك كما أمر فلم يفعل شيئاً من ذلك بحق وإذا لم يفعله بحق فقد فعله بباطل، وإذا فعله بباطل فقد تعدى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق: ١] والرسول ﷺ يقول: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» فإذا كان 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، وصح من هذا أن كل حد أتاها فهو مظلمة لا يعتد به وتعاد الحدود ثانية ولا بد وتؤخذ الدية من مال من قتلوه فوراً وأن يفسخ كل حكم حكموه ولا بد.

وليس أدل على ذلك مما رواه عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال: «بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره، وعلى أثرة علينا، وأن لا ننازع الأمر أهله، وعلى أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم» وعن عرفة أن رسول الله ﷺ قال: «ستكون هنأت وهنأت، فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جمع فاضربوهم بالسيف كائنًا من كان» فصح أن لهذا الأمر أهلاً لا يحل لأحد أن ينازعهم إياه وأن تفريق هذه الأمة بعد إجتماعها لا يحل، وصح أن المنازعين في الملك والرياسة يريدون تفريق جماعة هذه الأمة وأنهم منازعون أهل الأمر أمرهم، فهم عصاة بكل ذلك،

(١) المحلى ج ١١ / ص ١٠٧.

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٣، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٣،

المغني ج ١٠ / ص ٦٨.

وإذ هم عصاة فكل حكم حكموه وكل زكاة قبضوها وكل حد أقاموه كل ذلك منهم ظلم وعدوان، ومن الباطل أن تنوب معصية الله عن طاعته وأن يجزى الظلم عن العدل وأن يقوم الباطل مقام الحق^(١).

ويرى الشيعة الزيدية أن للإمام أن يضمن البغاة ما اقتضوه من الحقوق التي إلى الإمام من واجبات أو خراج أو مظالم أو نحو ذلك^(٢).

وإذا أقام البغاة قاضياً يصلح للقضاة فحكمه حكم أهل العدل، ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه ما يرد، فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه ليس بعدل، وهذا ما يراه مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة، على أن مالكاً يشترط أن يكون البغاة متأولين، وما يثبت عند قاضي البغاة يثبت عند قاضي أهل العدل من حقوق ولو لم يكن قد حكم به، وإذا سمع شهوداً فكتب بها كتاباً صح كتابه إذا توفرت في الشهود العدالة سواء كانوا من البغاة أم لا، ولكن أبا حنيفة لا يقبل شهادة البغاة مطلقاً لفسقتهم^(٣).

مسؤولية من يعين البغاة: قد يستعين البغاة بغيرهم من الذميين أو المحاربين، ولكل صنف حكمه.

٦٦٩ - الاستعانة بالذميين: يفرق مالك بين ما إذا كان الباغي متأولاً أو معانداً والباغي المعاند عنده هو غير المتأول، فإن استعان البغاة المتأولون بزميين فحكم الذميين هو حكم البغاة الذين أعانواهم؛ يسألون جنائياً عما يسألون عنه ويضمنون مدنياً ما يضمنونه، وإذا استعان البغاة المعاندون بزميين اعتبر الذميون ناقضين لعهدهم وحلت دماؤهم وأموالهم كالحربيين سواء بسواء.

ويعتبر مالك هذه الحال بأن يكون المعاند خارجاً على الإمام العدل، فإن كان الخروج على غيره فلا يعتبر الخارج معانداً ولو كان غير متأول والذمي معه لا يعتبر ناقضاً^(٤).

ويرى أبو حنيفة أنه لو استعان أهل البغي بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضاً للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضاً للإيمان، فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين بحكم الإسلام في المعاملات وأن يكونوا من

(١) المحلى ج ١١ / ص ١١١، ١١٢.

(٢) شرح الأزهاري 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.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢.

أهل الدار فحكمهم حكم البغاة مسؤوليتهم جميعاً واحدة من الناحيتين الجنائية والمدنية^(١) .
وفي مذهب الشافعي وأحمد رأيان : **أولهما** : أن إعانة الذميين بالبغاة تنقض عهدهم كما لو انفردوا بقتال المسلمين ، **والثاني** : أن عهدهم لا ينتقض لأن أهل الذمة لا يعرفون الحق من الباطل فيكون ذلك شبهة لهم ، ويترتب على القول بنقض العهد أن الذميين يصبحون كأهل الحرب ، ويترتب على القول بعدم النقض أن يكون حكمهم حكم أهل البغي في قتل قتلهم والكف عن مدبرهم وأسيرهم وجريحهم ، إلا أن أصحاب هذا الرأي يرون تضمين الذميين ضمناً تاماً فيسألون عن جرائمهم حال القتال وغيره ، فإن قتلوا أو جرحوا أو أتلفوا سئلوا جنائياً عن كل ذلك وعليهم ضمان المال المتلف ورد القائم سواء أتلف في حال الحرب واقتضت ضرورة الحرب إتلافه أم لا ، ويعللون التفرقة بين البغاة والذميين بأن البغاة لهم تأويل سائغ والذميون لا تأويل لهم ، ولأن إسقاط المسؤولية عن المسلمين قصد منه عدم تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ولا يخشى تنفير الذميين عن الطاعة لأن تأمينهم مشروط بالطاعة ، والقائلون بنقض العهد يرون أن إكراه البغاة الذميين على معاونتهم يمنع من نقض العهد ، وأن اعتقاد الذميين بأنهم ملزمون بمعاونة البغاة يمنع أيضاً من نقض العهد^(٢) .

٦٧٠ - الاستعانة بأهل الحرب : إذا استعان البغاة بأهل الحرب فيما أن يكونوا مستأمنين أو غير مستأمنين :

فإن كانوا مستأمنين فأعانواهم نقضوا عهدهم بالإعانة وصاروا كأهل الحرب غير المستأمنين لأنهم تركوا شرط الأمان وهو الكف عن المسلمين ، فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم .

وإن كانوا غير مستأمنين فاستعان بهم البغاة وأمَّنوهم أو عقدوا لهم ذمة لم يصح من ذلك شيء ؛ لأن شرط الأمان الأساسي هو الكف عن المسلمين والبغاة يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح الأمان ، ولأهل العدل أن يقاتلوهم كمن لم يؤمَّنوه سواء ، وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم ، فأما أهل البغي فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم أمَّنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم^(٣) .

أما إذا عقد البغاة ذمة لحربيين أو عاهدوهم ولم يشترطوا عليهم أن يعينوهم على أهل العدل فعقود أهل البغي نافذة في حق أهل العدل ؛ لأن البغاة مسلمون وأمان المسلم إذا كان

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٥ .

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٧٢ ، المهذب ج ٢ / ص ٢٣٧ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٦ ، المغني ج ١٠ / ص ٧١ ، المهذب ج ٢ / ص ٢٣٧ ، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٥ .

في حقه فهو نافذ على جميع المسلمين، فإذا استعانوا بهم فأعانوهم انتقض العهد في حق أهل العهد.

ويرون في مذهب أبي حنيفة أن العدل يجوز له أن يؤمن الباغي، فإذا أمن رجل من أهل العدل رجلاً من أهل البغي جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقاقاً من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا، ولأنه قد يحتاج المناظرة ليثوب ولا يأتي ذلك ما لم يأمن كل الآخر، لكن إذا أمن ذمي يقابل مع أهل العدل باغياً فلا يجوز أمانه^(١).

ولكن غيرهم يرى أن أمان أهل البغي بأيديهم متى تركوا القتال حرمت دماؤهم وكانوا إخواننا، وما داموا مقاتلين باغين فلا يحل لمسلم إعطاؤهم الأمان على ذلك، فالأمان والإجارة هنا هدر ولغو، وإنما الأمان والإجارة للكافر الذي يحل للإمام قتله إذا أسروه، واستبقاؤه لا في مسلم إن ترك بغيه كان هو ممن يعطي الأمان ويجير، ولو أن أحداً من أهل البغي أجار كافراً جازت إجارته كإجارة غيره ولا فرق؛ لقول رسول الله ﷺ: «يجير على المسلمين أدناهم»^(٢).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤١٦.

(٢) المحلى ج ١١ / ص ١١٧.

الكتاب السابع

الردة

٦٧١ - النصوص الواردة في الردة: قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢١٧] وروي عن رسول الله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه».

٦٧٢ - تعريف الردة: الردة لغة هي الرجوع، فالراجع مرتد، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْدُّوْا عَلَىٰ أَدْبَارِكُمْ فَتَنْقَلِبُوا خَاسِرِينَ﴾ [المائدة: ٢١] وتعرف الردة شرعاً بأنها الرجوع عن الإسلام أو قطع الإسلام، وكلا التعبيرين بمعنى واحد^(١).

أركان الردة:

٦٧٣ - للردة ركنان: أولهما: الرجوع عن الإسلام، ثانيهما: القصد الجنائي.

الركن الأول

الرجوع عن الإسلام

٦٧٤ - الرجوع عن الإسلام: هو ترك الإسلام؛ أي ترك التصديق به، والرجوع يكون بأحد طرق ثلاثة: بالفعل أو بالامتناع عن فعل، وبالقول، وبالاعتقاد.

فالرجوع عن الإسلام بالفعل يحدث بإتيان أي 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 لأي كوكب، وكإلقاء المصحف وكتب الحديث في الأقدار أو وطأها استهزاء بها أو استخفافاً بما جاء فيها أو عناداً، ويكون أيضاً بإتيان المحرمات مع استحلال إتيانها كأن يزني الزاني وهو يعتقد أن الزنا غير محرم بصفة عامة أو غير محرم عليه، وكاستحلال شرب الخمر واستحلال قتل المعصومين وسلب أموالهم، فمن اعتقد حل

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٤، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٣٩١، مواهب الجليل ج ٦٧ / 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.

شيء أجمع على تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة في 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 في كل محرم استحل بتأويل فلا يعتبر فاعله مرتدّاً.

ومن الأمثلة على استحلال المحرم بالتأويل ما فعله قدامة بن مظعون فقد شرب الخمر مستحلاً لها، وكذلك فعل أبو جندل بن سهل وجماعة معه شربوا الخمر في الشام مستحلين لها مستدلين بقول الله جل شأنه: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعُمُوا﴾ [المائدة: ٩٣] فلم يكفروا بفعلهم 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 لا شك في كفره، أما إن أتاه غير مستحل له فهو عاصٍ 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 لا تكاد تخفى والكتاب والسنة مشحونان بأدلتها والإجماع منعقد عليها فلا يجحدها 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

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٩، ٢٨٠، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٩٥، ٣٩٦، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٦، ١١٨، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٣٩١، ٣٩٣، المغني ج ١٠ / ص ٨٥، كشف القناع ج ٤ / ص ١٠١ - ١٠٣، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٥٧٥ - ٥٧٧.

(٢) نفس المراجع السابقة.

بالشريعة الإسلامية وتطبيق القوانين الوضعية بدلاً منها، والأصل في الإسلام أن الحكم بما أنزل الله واجب وأن الحكم بغير ما أنزل الله محرم، ونصوص القرآن صريحة وقاطعة في هذه المسألة، فالله جل شأنه يقول: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [يوسف: ٤٠] ويقول: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٧] ويقول: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥] ويقول: ﴿اتَّبِعُوا مَا أَنزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ﴾ [الأعراف: ٣] ويقول: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨] ويقول: ﴿فَإِنْ لَّمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَن أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بَغْيَر هُدًى مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ [القصص: ٥٠] ويقول: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّئًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: ٤٨] وقوله: ﴿أَفَغَيْرَ دِينِ اللَّهِ يَبْغُونَ وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا وَإِلَيْهِ يُرْجَعُونَ﴾ [آل عمران: ٨٣] وقوله: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [آل عمران: ٨٥].

ولا خلاف بين الفقهاء والعلماء في أن كل تشريع مخالف للشريعة الإسلامية باطل لا تجب له الطاعة، وأن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحت السلطة الحاكمة أيًا كانت، ومن المتفق عليه أن من يستحدث من المسلمين أحكاماً غير ما أنزل الله ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتد به، فإنه يصدق عليهم ما وصفهم به الله تعالى من الكفر والظلم والفسق كل بحسب حاله، فمن أعرض عن الحكم بحد 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 تاركاً 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: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥] (١).

ويعتبر خروجاً عن الإسلام صدور قول من الشخص هو كفر بطبيعته أو يقتضي

(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 ١٩٦ - ٢٠٦.

الكفر؛ كأن يجحد الربوبية فيدعي أن ليس ثمة إله أو يجحد الوجدانية فيدعي أن لله شركاء أو يقول بأن لله صاحبة أو ولدًا ويدعي النبوة أو يصدق مدعيها، أو ينكر الأنبياء والملائكة أو أحدهم، أو جحد القرآن أو شيئاً منه، أو جحد البعث أو أنكر الإسلام أو الشهاداتتين، أو أعلن براءته من الإسلام، أو قال: إن الشريعة لم تجيء لتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات والحاكمين والمحكومين، وأن أحكامها ليست واجبة التطبيق في كل الأحوال وعلى كل المسائل، أو قال: إن أحكام الشريعة كلها أو بعضها ليست أحكاماً دائمة، وإن بعضها أو كلها موقوف 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 بقدوم العالم وأن ليس له موجد، وكاعتقاد حدوث الصانع، والاعتقاد باتحاد المخلوق والخالق، أو بتناسخ الأرواح، أو باعتقاد أن القرآن من عند غير الله، أو أن محمداً كاذب، أو أن علياً إله أو أنه هو الرسول، وغير ذلك من الاعتقادات المنافية للقرآن والسنة، وكذلك الاعتقاد بأن الشريعة لا تصلح للتطبيق في هذا العصر أو أن تطبيقها كان سبب تأخر المسلمين وانحطاطهم، أو أنه لا يصلح المسلمين إلا التخلص 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 الكفري في قول أو عمل فلا عقاب عليه، لقول رسول الله ﷺ: «**إن الله عفا لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم**» فإذا اعتقد المسلم اعتقاداً منافياً للإسلام أيّاً كان هذا الاعتقاد فهو لا يخرج عن الإسلام إلا إذا أخرجه من سريره في قول أو عمل، فإذا لم يخرج من سريره فهو مسلم ظاهراً في أحكام الدنيا، أما في الآخرة فأمره لله فإذا أظهر اعتقاده المنافي للإسلام في قول أو فعل وثبت ذلك عليه فقد ثبتت عليه الردة.

ويختلف الفقهاء في ماهية السحر وفي حكم الساحر، فأما في ماهية السحر فإنهم يسلمون للسحر أثره، ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان حقيقة أو تخيلاً فرأى البعض أن السحر لا حقيقة له وإنما هو تخيل واحتجوا بقول الله جل شأنه: ﴿يُخِلُّ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنْهَا سَعَى﴾ [طه: ٦٦] ورأى البعض أن السحر له حقيقة واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ شَرِّ الْفَقْصِ فِي الْعَقْدِ﴾ [الفرقان: ٤] أي السواحر، وقالوا: لو أن للسحر حقيقة لما أمر الله بالاستعاذة منه، كما احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَنُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَائِكَةِ بِإِذْنِ هَارُونَ وَمُوسَى﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَيَعْلَمُونَ مِنْهُمْ مَا يُفْرِقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ [البقرة: ١٠٢] وقالوا: إن من المشهور بين الناس عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على إتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد عجزه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جحده.

ومن المتفق عليه أن تعلّم 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 يعتقده، ويقتل بذلك دون استتابة لما روي عن جندب أن رسول الله ﷺ قال: «**حد الساحر ضربه بالسيف**» ولذلك يرى الحنفيون 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 عاص 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: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الإسراء: ٣٣] وقول الرسول ﷺ: «**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 روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**اجتنبوا السبع الموبقات**»، قيل: يا رسول الله وما هن؟ قال: «**الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، وأكل الربا، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات**» فكان هذا بياناً جلياً بأن السحر ليس من الشرك ولكنه معصية موبقة تقتل النفس فارتفع الإشكال وصح أن السحر ليس كفراً، وإذا لم يكن كفراً فلا يصح قتل فاعله إلا إذا أتى بما هو كفر؛ لقول الرسول ﷺ: «**لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزناً بعد إحصان، ونفس بغير نفس**»^(٤).

وفي الكاهن والعراف نفس الخلاف في الساحر، والكاهن هو الذي له رأي من الجن يأتيه بالأخبار، والعراف هو الذي يحدس ويتخرص، على أن الحنفيين يرون أن العراف

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٠٨، ٤٠٩، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٠٨، المغني ج ١٠ / ص ١١٣ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٩، ٢٨٠.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١١٧. (٤) المحلى ج ١١ / ص ٣٩٤.

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 الشافعي في كفر الساحر والكاهن والعراف^(١).

ويرى الشيعة الزيدية أن الساحر مرتد وأن حده القتل بعد الاستتابة كالمترد^(٢).

ولا تصح الردة إلا من عاقل فلا تصح الردة ممن لا عقل له كالمجنون ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو مرض أو شرب دواء مباح، وكالطفل الصغير الذي لم يميز.

٦٧٥ - ردة المجنون وإسلام من في حكمه: لا تصح ردة المجنون لأن العقل من شرائط الأهلية خصوصاً في الاعتقادات، ومن المتفق عليه أن المجنون 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 ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق» فلا تصح ردة المجنون لأنه لا قول له، أما إذا ارتد في حال إفاقته صحت رده، فإن ارتد صاحياً ثم جن بعد ذلك لم يقتل حال جنونه لأنه يقتل بالإصرار على الردة بعد استتابة والمجنون لا يمكن أن يوصف بالإصرار كما أنه لا يمكن أن يستتاب، فإذا قتله قبل إفاقته أو بعدها وقبل استتابة عزز لتفويته الاستتابة الواجبة ولافتياته على السلطات العامة، ولكنه لا يسأل عن القتل، وإذا كان المجنون المقتول امرأة فلا قود على قاتلها عند أبي حنيفة، وإنما على القاتل التعزير فقط، لأن الردة تبيح دم صاحبها، وكل جناية على المرتد هدر، ومنع قتل المرأة بالردة راجع للشبهة^(٣).

والقاعدة عند الشافعي وأحمد أن المجنون تنفذ عليه حال جنونه عقوبة كل جريمة ثبتت عليه بالبينة، وعقوبة كل جريمة ثابتة بالإقرار، إذا كان العدول عن الإقرار لا يسقط الإقرار كالقصاص، أما إذا كانت الجريمة ثابتة بالإقرار وكان العدول 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^(٤).

وفي مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ويظل الحكم موقوفاً حتى يفيق

(١) نفس المراجع السابقة، المغني ج ١٠ / ص ١١٨، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢.

(٢) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٩.

(٣) المغني 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، 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.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٠، المغني ج ١٠ / ص ١١٠، التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ / ص ٥١١، ٥١٢.

المجنون، إلا إذا كانت العقوبة قصاصاً، فإنها على رأي البعض تسقط باليأس من إفاقة المجنون، وباقى الآراء ورأى أبي حنيفة تراجع في التشريع الجنائي^(١).

٦٧٦ - ردة السكران وإسلامه: يرى أبو حنيفة وأصحابه أن 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^(٢).

ويتفق المذهب الظاهري مع مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة، فالظاهريون لا يعتبرون ردة السكران ولا أي فعل أتاها وهو سكران سواء أدخل السكر على نفسه أم أدخله عليه غيره^(٣).

وفي مذهب مالك والشافعي وأحمد والشيعة الزيدية خلاف، والرأي الراجح في هذه المذاهب أن ردة السكران تصح إذا أدخل السكر على نفسه وكان عالماً بأنه يتناول سكرًا، أما الرأي المرجوح فلا يصح ردته لأنه زائل العقل ولأن المسألة متعلقة بالاعتقاد^(٤).

ويلاحظ أن القائلين بتصحيح ردة السكران يصححون إسلامه، وأن القائلين بعدم تصحيح الردة لا يصححون إسلام السكران.

٦٧٧ - ردة الصبي وإسلامه: من المتفق عليه أن ردة الصبي الذي لا يعقل غير صحيحة، ولكنهم اختلفوا في ردة الصبي الذي يعقل على الوجه الآتي:

فيرى أبو حنيفة ومحمد أن البلوغ ليس بشرط للردة فتصح ردة الصبي الذي يعقل، ويرى أبو يوسف أن الصبي الذي لم يبلغ لا تصح ردته، وحجتهم أن الصبي المميز يصح إسلامه فتصح ردته؛ لأن صحة الإسلام والردة مبنية على وجود الإيمان أو الكفر حقيقة، لأن الإيمان والكفر من الأفعال الحقيقية وهما أفعال خارجة من القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح، والإقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجدها هنا، إلا أنه مع وجود الكفر من الصبي العاقل لا يقتل ولكن يحبس إذ لا قتل إلا على البالغ بعد استتابته فيحبس

(١) التشريع الجنائي ج ١ / ص ٥١٢.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٤، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٠٧.

(٣) المحلى ج ١٠ / ص ٢٠٨، ٣٤٤، المحلى ج ٧ / ص ٣٢٢ وما بعدها.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ١٠٨، ١١٠، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٩٧، المهذب ج ٢ / ص ٢٣٨، شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٥٧٥، مواهب الجليل ج ٤ / ص ٣٤.

الصبي حتى يبلغ ثم يستتاب، ويشترط أبو يوسف البلوغ لصحة الردة فلا تصح الردة عنده إلا إذا بلغ الصبي مرتدّاً، وحجته أن عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وتبرعاته، والردة مضرّة محضة، أما الإيمان فيصح من الصبي لأنه نفع محض، ولذلك صح إسلام الصبي عند أبي يوسف ولم تصح رده^(١).
ويتفق مذهب مالك مع رأي أبي حنيفة ومحمد.

وفي مذهب أحمد رأيان: **أولهما**: وهو المعمول به في المذهب: أن ردة الصبي تصح، وهذا يتفق مع رأي أبي حنيفة ومحمد، وظاهر مذهب مالك، **والثاني**: أن الصبي يصح إسلامه ولا تصح رده، وهو يتفق مع رأي أبي يوسف^(٢).

ويلاحظ أن الخلاف ليس له أهمية عملية من الناحية الجنائية، لأن الصبي لا يقتل سواء قيل بصحة رده أو بعدم صحتها، إذ الغلام لا تجب عليه الحدود حتى يبلغ، فإذا بلغ فثبت على رده ثبت حكم الردة ووجبت عليه العقوبة بعد الاستتابة إن لم يتب، فيستوي إذن في الحكم المرتد قبل بلوغه والمرتد وقت بلوغه، والمسلم الأصلي الذي ارتد والكافر الذي أسلم صبيّاً ثم ارتد^(٣).

أما مذهب الشافعي فلا يصحح ردة الصبي ولا إسلامه إلا بالبلوغ، وعلى هذا الرأي زفر من أصحاب أبي حنيفة، وهو يتفق مع مذهب الظاهريين ومذهب الشيعة الزيدية، وحجة أصحاب هذا الرأي قول رسول الله ﷺ: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ**».

وأصحاب هذا الرأي إذا كانوا لا يصححون سلام 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 المضرّة من حرمان الإرث والفرقة بينه وبين زوجته المشتركة، وهو ليس أهلاً لما يضر به من التصرفات^(٤).

وخلاصة ما سبق أن الفقهاء على ثلاثة آراء في ردة الصبي العاقل وإسلامه، فبعضهم لا يصحح إسلام الصبي المميز - أي الذي يعقل - ولا رده، وبعضهم يصحح إسلامه ولا

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٤، ١٣٥.

(٢) المغني ج ١٠ / ص ٩١، ٩٢.

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٠، ١٢٣، ١٩٤، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٩٧، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٠٤، المغني ج ١٠ / ص ٨٨، المحلى ج ١٠ / ص ٢١٨، ٣٤٤، وج ٧ / ص ٣٢٢ وما بعدها، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٥٧٥.

يصحح ردته، وبعضهم يصحح إسلامه وردته معاً، وهذا هو الصبي المميز أي الذي يعقل، أما الصبي الذي لا يعقل فلا يصح له إسلام ولا ردة اتفاقاً، وإن كان محكوماً له بالإسلام تبعاً لأبويه، والفقهاء الذين يصححون إسلام الصبي الذي 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 الذي 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 ﷺ 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 ﷺ قال: «**مروهم بالصلاة لسبع**» فدل ذلك على صحة عباداتهم فيكون حداً لصحة إسلامهم، وبعض الفقهاء يرى تصحيح إسلام الصبي إذا بلغ خمس سنوات، وحجته أن علياً أسلم في هذه السن^(١).

ويعتبر ولد المرتد مسلماً إذا حُمل 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 حُمل 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 والظاهرية والشيعة الزيدية أنه إذا أسلم أحد الأبوين الكافرين كان أولاده الصغار مسلمين تبعاً له، يستوي 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: ﴿**إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ**

(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، كشاف القناع ج ٤ / ص ١٠٩، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٥٨٠، ٥٨١.

(٣) المغني ج ١٠ / ص ٩٦، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٦، مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٨٤، المحلى

ج ٨ / ص ٣٢٢، ونفس المراجع السابقة.

بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ ﴿ [النحل: ١٠٦] ولقول الرسول ﷺ: « عفي لأمتي عن الخطي والنسيان، وما استكروها عليه » والإكراه على الإسلام مما لا يجوز إكراهه كالذمي والمستأمن لا يجعل المكره 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 يجز قتله، ولا إكراهه على الإسلام^(١).

الركن الثاني

القصد الجنائي

٦٧٩ - ويشترط لوجود جريمة الردة أن يتعمد الجنائي 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 يعتقده لم 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 عبدي وأنا ربك.

ويشترط الشافعي أن يقصد الجنائي أن يكفر، فلا يكفي أن يتعمد إتيان الفعل أو القول الكفري، بل يجب أن ينوي 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 ﷺ: « إنما الأعمال بالنيات، وإن لكل امرئ ما نوى » فالصحيح عندهم أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به.

وعند مالك وأبي حنيفة والشافعي يكفي لاعتبار الشخص مرتدّاً أن يتعمد إتيان الفعل والقول الكفري ولو لم ينو الكفر، مادام قد جاء بالفعل أو القول بقصد الاستخفاف أو التحقير أو العناد أو الاستهزاء^(٤)، وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(٥).

(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، المغني 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.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٦٢، ٦٣، ٧٠ وما بعدها، كشف القناع ج ٤ / ص ١٠٠، ١٠١، حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٣٩٢.

(٥) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٥٧٥، ٥٧٧.

ويرى أبو حنيفة وأحمد أن فعل الهازل وقوله كفر، فمن تكلم بلفظ كفري أو أتى بفعل كفري وهو مختار يعتبر كافراً ولو لم يقصد معنى الفعل أو القول ما دام أنه عارف لمعناه؛ لأن التصديق وإن كان موجوداً حقيقة إلا أنه زائل حكماً، لأن الشارع جعل بعض المعاصي أمانة على عدم وجوده، كما لو سجد لصنم فإنه يكفر وإن كان مصداقاً لأن ذلك في حكم التكذيب^(١).

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 هي القتل حداً: لقول رسول الله ﷺ: «من بدّل دينه فاقتلوه».

والقتل عقوبة عامة لكل مرتد سواء كان رجلاً أو امرأة، شاباً أو شيخاً، ولكن أبا حنيفة يرى أن لا تقتل المرأة بالردة ولكنها تجبر على الإسلام، وإجبارها على الإسلام يكون بأن تحبس وتخرج كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا حبست، وهكذا إلى أن تسلم أو تموت^(٢).

والمذاهب الأخرى على خلاف مذهب أبي حنيفة لا تفرق بين الرجل والمرأة، وتعاقب المرتدة بالقتل كما تعاقب المرتد^(٣).

وحجة أبي حنيفة أن الرسول ﷺ نهى عن قتل المرأة الكافرة، فإذا كانت المرأة لا تقتل بالكفر الأصلي فأولى أن لا تقتل بالكفر الطارئ.

وحجة بقية الفقهاء أن رسول الله ﷺ قال: «من بدّل دينه فاقتلوه» وقال: «لا يحل دم امرئ إلا إحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة» ونهي 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^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٣٩٢، كشاف القناع ج ٤ / ص ١٠٠، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٤٠٧.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٥.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٨١، نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٢٩٩، المغني ج ١٠ / ص ٧٤، المحلى ج ١١ / ص ٢٢٧، شرح الأزهري ج ٤ / ص ٥٧٨.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٧٤، ٥٧٨.

ويرى أبو حنيفة أيضاً أن لا يقتل الصبي المميز بالردة في أربع حالات: **الأولى:** إذا كان إسلامه تبعاً لأبويه وبلغ مرتدّاً، ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل، لأن إسلامه لما ثبت تبعاً لغيره صار شبهة في إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتدّاً، **الثانية:** إذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتدّاً، 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.

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 مرتدّاً 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 أهرق؛ أي قارب البلوغ، كابن ثلاث عشرة سنة.

فهذان إذا بلغ أحدهما كافراً فلا يقتل بكفره وإنما يجبر على الإسلام بالتعزير^(٢).

أما بقية المذاهب فترى قتل الصبي المرتد إذا بلغ مرتدّاً شأنه في ذلك شأن الرجل والمرأة^(٣).

٦٨٢ - الاستتابة: القاعدة 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 رأي في مذهب الشيعة الزيدية أن الاستتابة مستحبة، وهو رأي مرجوح^(٤).

ويرى أبو حنيفة أن الاستتابة مستحبة لا واجبة، لأن الدعوة قد بلغت المرتد فانتفى بذلك الوجوب، وإنما يعرض عليه الإسلام استحباباً فلعله يسلم، وهذا القول رأي للشافعي وأحمد، ويرى الظاهريون أن الاستتابة ليست واجبة ولا ممنوعة^(٥).

٦٨٣ - مدة الاستتابة: مذهب مالك على أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام بلياليها من يوم

(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، ج 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، المذهب ج ٢ / ص ٢٣٨، المغني ج ١٠ / ص ٧٦، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٥٧٩، المحلى ج ١١ / ص ١٩٧.

ثبوت الكفر على المرتد، لا من يوم الكفر ولا من يوم الرفع أي التبليغ .
ولا يحسب اليوم إن سبقه الفجر ولا تلفق الأيام الثلاثة، والمقصود بذلك الاحتياط لعظم الدماء، ولا يجوز أن يمنع عنه الماء أو الطعام ولا يعذب، فإن تاب لم يقتل وإلا قتل بعد غروب شمس اليوم الثالث^(١).

ويرى أبو حنيفة أن المدة متروكة لتقدير الإمام، فإن طمع في توبة المرتد أو سألته هو التأجيل أجله ثلاثة أيام، وإن لم يطمع في توبته ولم يسأله هو التأجيل قتله من ساعته^(٢).
وفي مذهب الشافعي رأيان: أحدهما: أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة يمكن فيها الارتياح والنظر، والرأي الثاني: أن يقتل في الحال إذا استتيب فلم يتب، وهو الرأي الراجح في المذهب^(٣).

ومذهب أحمد على أن مدة الاستتابة ثلاثة أيام مع حبس المرتد فيها^(٤).
ولا يحدد الظاهريون مدة للاستتابة، ويرون قتل المرتد في الحال إذا لم يتب^(٥)، ولكن الشيعة الزيدية يحددون مدة الاستتابة بثلاثة أيام^(٦).

والأصل في ذلك كله ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال: هل عندكم من مُعَرَّبَةٍ خَبَر؟ قال: نعم رجل كفر بالله تعالى بعد إسلامه، فقال عمر رضي الله عنه: ماذا فعلتم به؟ قال: قربناه فضربنا عنقه، فقال عمر رضي الله عنه: هلا طفيتم عليه بيتاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه لعله يتوب ويرجع إلى الله سبحانه وتعالى، اللهم إني لم أحضر ولم أمر ولم أرض إذ بلغني، كذلك روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: يستتاب المرتد ثلاثاً، وبهذا يتمسك من قال بوجوب الاستتابة أو استحبابها وبمدة الأيام الثلاثة.

٦٨٤ - كيفية التوبة: تكون التوبة بالنطق بالشهادتين، وبإقرار المرتد بما أنكره، وبرأته من كل دين يخالف دين الإسلام، فمن ادعى وجود إلهين أو أنكر رسالة محمد، يكفي أن يأتي بالشهادتين، وإن كان الكفر بإنكار شيء آخر كمن خصص رسالة محمد بالعرب أو جحد فرضاً أو تحريماً فيلزمه مع الشهادتين الإقرار بما أنكر، وهكذا تختلف حقيقة التوبة بحسب الفعل أو القول الكفر.

(١) شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٩٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٥.

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٩٨، ٣٩٩.

(٤) المغني ج ١٠ / ص ٧٨، كشف القناع ج ٤ / ص ١٠٤.

(٥) المحلى ج ١١ / ص ١٩٢.

(٦) الروض النضير ج ٤ / ص ٣٢٤، شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٩، ٣٨٠.

٦٨٥ - من لا يستتاب: وإذا كانت القاعدة هي استتابة المرتد بغض النظر عما إذا كانت الاستتابة واجبة أو مستحبة فإن مالكا يمنع من استتابة ثلاثة:

١ - الساحر إذا أتى من السحر ما يعتبر كفراً: فإنه لا يستتاب ويقتل، وإذا تاب لم تقبل توبته إلا أن يجيء بنفسه مبلغاً عن سحره وتائباً منه، ذلك أن حكم الساحر في المذهب كحكم الزنديق^(١).

٢ - الزنديق: وهو من يظهر الإسلام ويسر الكفر، فإذا ثبت عليه الكفر لم يستتب ويقتل ولو أظهر توبته، لأن إظهار التوبة لا يخرجها عما بيديه من عادته ومذهبه، فإن النقيّة عند الخوف عين الزندقة، أما إذا جاء بنفسه مقراً 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).

فالمرتد يقتل حداً لا كفراً على مشهور قول مالك، ولهذا لا تقبل توبته ولا تنفعه استتابته، على أن هناك من يرى فعله ردة، وفي هذه الحالة يستتاب فإن تاب نُكِّل أي عُرِّر^(٤).

أما المعتاد على الردة فيستتاب ولو تكررت ردته ما دامت ردته ليست من الأنواع الثلاثة السابقة.

ومذهب الشافعي يختلف عن مذهب مالك تمام الاختلاف، فالشافعيون يرون الاستتابة ويقبلون التوبة من الساحر والزنديق، ولو كان زنديقاً لا يتناهى خبثه في عقيدته، لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] ولقول الرسول ﷺ: «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم» أي النطق بالشهادتين^(٥).

على أن هناك رأياً مرجوحاً في المذهب بعدم قبول توبة الزنديق^(٦).

وتقبل توبة من سب النبي ﷺ أو سب نبياً غيره، ويستتاب، وهو الرأي الراجح في المذهب، وهناك رأيان آخران: **أحدهما:** أنه يقتل حداً إذا سب النبي أو قذفه؛ لأن القتل

(١) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٧٩.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٨٢.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٨٥، ٢٨٦، شرح الزرقاني ج ٨ / ص ٧٠، ٧١.

(٤) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٨٢.

(٥) أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٢، المذهب ج ٢ / ص ٢٢٩.

(٦) نهاية المحتاج ج ٧ / ص ٣٩٩.

٢ - الزنديق: والرأي في توبته هو ما يروونه في مذهب مالك، على أن هناك رأياً آخر يقول بقبول توبته^(١).

٣ - سب الرسل والملائكة والاستهزاء بهم: وفي المذهب رأيان: **أحدهما:** يرى القتل حداً فلا تقبل التوبة^(٢)، **والثاني:** يرى أنه مرتد يقتل للردة فتقبل توبته^(٣).

٤ - من تكررت رده: فلا تقبل توبته^(٤).
ومذهب الظاهريين كمذهب الشافعي^(٥).

وكذلك مذهب الشيعة الزيدية فإنهم يستتبون كل مرتد ويقبلون منه التوبة أيّاً كان وجه الكفر، أي سواء كان للسحر أو الزندقة أو غير ذلك^(٦).

٦٨٦ - ما يترتب على التوبة: يترتب على حدوث التوبة ممن تقبل توبته أن يسقط القتل عنه بالتوبة فيعود معصوم الدم كما كان قبل الردة فإذا قتله شخص ما أُقيد به لأنه قتل نفساً معصومة، أما قبل ذلك فيكون المرتد مهدر الدم من وقت الردة فإذا قتله شخص ما لم يعتبر قاتلاً وإنما يعزر لافتيائه على السلطات العامة لا لأنه قاتل إذ أنه قتل شخصاً مهدر الدم مباح القتل بل يعتبر قتله فرضاً على كل مسلم، ويستوي أن يكون القتل حاصلًا قبل الاستتابة أو بعدها ما دام قد حدث قبل التوبة فعلاً ممن تقبل توبته لأنه يقتل في الحالين على رده، 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 معاً يريان أن من قتل امرأة مرتدة أو صبياً مرتداً قبل التوبة فإن القاتل لا يعتبر مسؤولاً عن جريمة القتل لأنه قتل شخصاً مهدر الدم وإنما يسأل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة^(٧).

ثانياً: العقوبة البديلة:

٦٨٧ - العقوبة البديلة للردة تكون في حالتين

الأولى: إذا سقطت العقوبة الأصلية بالتوبة استبدل بها القاضي عقوبة تعزيرية مناسبة

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٠٨، ٤٠٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٠٠ وما بعدها.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤٠١، ٤٠٢.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ / ص ٤١٢.

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٣٨٧.

(٦) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٣٧٩، ٣٨٠.

(٧) مواهب الجليل ج ٦ / ص ٢٨١، ٢٨٨، أسنى المطالب ج ٤ / ص ١٢٢، كشف القناع ج ٤ /

ص ١٠٤، شرح فتح القدير ج ٤ / ص ٣٨٧، ٣٨٨، ٤٠٤.

لحال الجاني، كالجلد أو الحبس أو الغرامة أو التوبيخ، ويصح أن يكون الحبس محدد المدة، وأن لا يكون محدد المدة، فيحبس المرتد إلى غير أمد حتى يظهر صلاحه.

ويميل الفقهاء إلى تشديد العقوبة على من تكررت ردة (وهذا عند من يقبلون توبة المعتاد على الردة) كما يميل بعض الفقهاء إلى إعفاء الجاني من العقاب من أول ردة إلا إذا كان سابقاً لرسول الله أو ساحراً^(١).

الثانية: إذا سقطت العقوبة الأصلية لشبهة، كما أسقطها أبو حنيفة عن المرأة والصبي، وكما أسقطها مالك عن بعض الصبيان، ففي هذه الحالة تحبس المرأة والصبي إلى غير أمد ويجبر كلاهما على الإسلام، ويجوز أن يصحب الحبس عقوبة أخرى، ويستمر الحبس حتى يسلم المرتد.

ثالثاً: العقوبة التبعية:

٦٨٨ - العقوبة التبعية التي تصيب 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 ﷺ ورثهم أبناءهم المسلمون لما ماتوا^(٢).

والرأي الراجح في المذاهب الثلاثة أن الردة لا تزيل الملك عن المرتد ولا تمنعه عن تملك أموال أخرى بعد الردة بأسباب التملك المشروعة وإنما توقف الردة ملك المرتد من وقت ردة فإن أسلم ثبت له ملكه وإن مات مرتدّاً أو قتل برده كان ماله فيئاً.

أما في مذهب أبي حنيفة فالمال المكتسب في حال الإسلام يرثه الورثة المسلمون إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى باللاحق أو المال المكتسب حال الردة فيراه أبو حنيفة فيئاً، ويراه أبو يوسف ومحمد ميراثاً، ولا خلاف في المذهب أن مال المرتد الموجود في دار الحرب سواء اكتسب قبل الردة أو بعدها فهو فيئ إذا ظهر عليه^(٣).

(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.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٨.

والفرق بين مذهب أبي حنيفة والمذاهب الأخرى يرجع إلى الخلاف على تفسير ما روي عن رسول الله ﷺ: « لا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر » فالمذاهب الثلاثة لا تجعل مال المرتد لورثته لأنه كافر وهم مسلمون، 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 ورأي أبي يوسف ومحمد^(١)، ويرى الظاهريون أن مال المرتد لورثته الكفار إن كان له ورثة، فلا هو فيء ولا هو ميراث لورثته المسلمين^(٢).

ويعتبر أبو حنيفة لحاق المرتد بدار الحرب في حكم موته إذا قضى القاضي بلحاظه لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة في دار الإسلام، لأن زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالاً فاضلاً عن حاجته لانتهاه حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به، وقد وجد هذا المعنى في اللحاق، لأن المال الذي في دار الإسلام خرج من أن يكون منتفعاً به في حقه لعجزه عن الانتفاع به، فكان في حكم المال الفاضل عن حاجته، لعجزه عن قضاء حاجته به، فكان اللحاق بمنزلة الموت في كونه مزيلاً للملك^(٣).

وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية^(٤)، أما المذاهب الأخرى فلا يعتبر اللحاق بدار الحرب في حكم الموت.

٦٩٠ - ٢ - نقص أهلية المرتد للتصرف: لا تؤثر الردة على أهلية المرتد للملك، فيجوز أن يملك بالهبة، وباستئجار نفسه، وبالصيد، وبالشراء مثلاً، ولكنه لا يملك بالميراث ما دام في دار الإسلام، لاختلاف الدين لأنه لا يقر على رده، ولكن الردة تؤثر على أهلية المرتد للتصرف في ماله، سواء كان المال مكتسباً قبل الردة أو بعدها، فتصرفاته لا تكون نافذة، وإنما توقف تصرفاته، فإن أسلم نفذت، وإن مات على رده كانت تصرفاته باطلة لأنها تمس أموالاً تعلق بها حق الغير، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب مالك والشافعي وأحمد، إلا أن مذهب الشافعي يبطل التصرفات التي لا تحتمل الإيقاف كالبيع فإنه من العقود النافذة ما لم يكن معلقاً على شرط، وكذلك الهبة والرهن وما أشبه، على أن في هذه المذاهب الثلاثة رأي مرجوح يرى أصحابه بطلان تصرفات المرتد بطلاناً مطلقاً،

(١) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٥٧٨.

(٢) المحلى ج ١١ / ص ١٩٧، ١٩٨.

(٣) بدائع الصنائع ج ٤ / ص ٨٤.

(٤) شرح الأزهاري ج ٤ / ص ٥٧٨.

وهذا على أساس النظرية القائلة بأن الردة تزيل الملك ولا توقفه، فإذا أزيلت الردة الملك عن المرتد فتصرف كان التصرف باطلاً لصدوره من غير مالك^(١).

وفي مذهب أبي حنيفة خلاف، فيرى أبو حنيفة أن تصرفات المرتد موقوفة، فإن أسلم جازت هذه التصرفات، وإن مات على رده أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت كل تصرفاته، وأساس نظريته أن الردة توقف ملك المرتد، أما عند أبي يوسف ومحمد فملك المرتد لا يزول بالردة ولا يوقف وإنما يزول الملك بالموت أو القتل أو اللحاق بدار الحرب، وعلى هذا فإن تصرفات المرتد عندهما جائزة كما تجوز من المسلم، ولكنهما اختلفا في مدى جواز هذه التصرفات، فرأى 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، فأئني يتشابهان^(٢)؟.

ومذهب الشيعة الزيدية كراي أبي حنيفة، إلا أنهم يجعلون التصرفات في القرب لغواً كالوقف والصدقة والنذر إلا المعتقد، فإذا لم تتناول التصرفات القرب فهي موقوفة فإن أسلم نفذت وإلا بطلت^(٣).

(١) 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، كشف القناع ج ٤ / ص ١٠٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ / ص ١٣٦.

(٣) شرح الأزهار ج ٤ / ص ٥٧٩.

مراجع الكتاب

في التفسير :

- «جامع البيان في تفسير القرآن»: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري .
 «الجامع لأحكام القرآن»: لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي .
 «مفاتيح الغيب»: لمحمد الرازي فخر الدين .
 «الكشف عن حقائق التنزيل»: للزمخشري .
 «الشهاب علي البيضاوي»: لشهاب الدين الخفاجي .
 «روح المعاني»: للسيد محمد الألوسي .
 «تفسير المنار»: للسيد محمد رشيد رضا .

في الحديث :

- «صحيح البخاري»: الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية .
 «التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول»: الطبعة الأولى، مطبعة البابي الحلبي .
 «نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار»: لمحمد علي الشوكاني، مطبعة بولاق .
 «عون الباري لحل أدلة البخاري»: لأبي صديق بن حسن بن علي الحسيني، مطبوع مع الكتاب السابق .
 «زاد المعاد في هدي خير العباد»: لابن قيم الجوزية، الطبعة الأولى، مطبعة صبيح .
 «سبل السلام»: وهو شرح العلامة الصنعاني على متن بلوغ المرام: للحافظ ابن حجر العسقلاني .

في الأصول :

- «أصول الفقه»: للشيخ محمد الخضري، الطبعة الثانية .
 «علم أصول الفقه»: للشيخ عبد الوهاب خلاص، الطبعة الثانية .
 «الإحكام في أصول الأحكام»: لابن حزم الأندلسي، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة .

- «الإحكام في أصول الأحكام»: لسيف الدين أبي الحسن الآمدي، طبعة دار الكتب.
 «المستصفى»: للغزالي، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية.
 «فواتح الرحموت في شرح مسلم الثبوت»: لمحّب الله بن عبد الشكور، مطبوع مع الكتاب السابق.
 «رسالة الشافعي في علم أصول الفقه»: الطبعة الأولى، مطبعة القباني.

في مذهب مالك:

- «المدونة الكبرى»: رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة.
 «أحكام القرآن»: لأبي بكر بن عبد الله، المعروف بابن العربي، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة.
 «مواهب الجليل شرح مختصر خليل»: للحطاب، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة.
 «التاج والإكليل لمختصر خليل»: للمواق، مطبوع مع الكتاب السابق.
 «شرح الزرقاني على مختصر خليل»: مطبعة محمد أفندي مصطفى.
 «حاشية البناني»: مطبوع مع الكتاب السابق.
 «شرح الخرشي على مختصر خليل»: الطبعة الثانية، مطبعة بولاق.
 «حاشية العدوي»: مطبوع مع الكتاب السابق.
 «المقدمات»: لابن رشد، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة.
 «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»: لابن رشد، الطبعة الأولى، المطبعة الجمالية.
 «الشرح الكبير»: للدردير: المطبعة الأميرية.
 «حاشية الدسوقي»: مطبوع مع الكتاب السابق.
 «فتح العلي المالك»: للشيخ عlish، الطبعة الأولى، مطبعة التقدم العلمية.
 «تبصرة الأحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام»: لابن فرحون، مطبوع مع الكتاب السابق.

في مذهب أبي حنيفة:

- «المبسوط»: لشمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة بمصر.
 «كتاب الخراج»: لأبي يوسف.

«بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»: لعلاء الدين الكاساني، الطبعة الأولى، مطبعة الجمالية.

«شرح فتح القدير»: لابن الهمام، مع «تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية» الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية.

«شرح العناية على الهداية»: لمحمد بن محمود البairني، مطبوع مع الكتاب السابق.

«حاشية سعد جليبي»: مطبوع مع الكتاب السابق.

«حاشية الطهطاوي على الدر المختار»: الطبعة الثالثة.

«حاشية رد المحتار على الدر المختار»: لابن عابدين، المطبعة الأميرية.

«تبين الحقائق شرح كنز الدقائق»: للزيلعي، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية.

«حاشية شهاب الدين الشلبي»: مطبوع مع الكتاب السابق.

«الهداية شرح بداية المبتدي»: لبرهان الدين أبي بكر المرغتياني، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية.

«البحر الرائق شرح كنز الدقائق»: لابن نجيم، الطبعة الأولى.

«منحة الخالق على البحر الرائق»: لابن عابدين، مطبوع مع الكتاب السابق.

«مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر»: لشيخ زاده.

«الأشباه والنظائر»: لابن نجيم، مطبعة وادي النيل.

«إتحاف الأبصار والبصائر»: محمد أبو الفتح، طبعة ١٢٨٩هـ.

«تأسيس النظر»: لابن عيسى الدبوسي، الطبعة الأولى.

«جامع الفصولين»: لابن قاضي سماوه، الطبعة الأولى، المطبعة الأزهرية.

«أحكام القرآن»: لأبي بكر الرازي الجصاص، الطبعة الأولى، مطبعة الأوقاف

الإسلامية.

في مذهب الشافعي:

«الأم»: للإمام الشافعي، الطبعة الأولى، مطبعة بولاق.

«مختصر المزني»: مطبوع مع الكتاب السابق.

«أسنى المطالب شرح روض الطالب»: لأبي يحيى زكريا الأنصاري، الطبعة الأولى،

المطبعة الميمنية.

«حاشية أبي العباس أحمد الرملي»: مطبوع مع الكتاب السابق.

- «شرح البهجة لأبي زكريا الأنصاري»: الطبعة الأولى، المطبعة الميمنية.
- «حاشية ابن قاسم العبادي»: مطبوع مع الكتاب السابق.
- «الأحكام السلطانية»: للماوردي، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ومطبعة الوطن.
- «الفتاوى الكبرى»: لابن حجر المكي، المطبعة الميمنية.
- «فتاوى شهاب الدين الرملي»: مطبوع مع الكتاب السابق.
- «تحفة المحتاج بشرح المنهاج»: لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، طبعة ١٣١٩هـ. «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج»: لأبي العباس الرملي، الطبعة الأولى، مطبعة البابي الحلبي.
- «حاشية الشبراملسي»: مطبوع مع الكتاب السابق.
- «حاشية أحمد بن عبد الرازق المغربي»: مطبوع مع الكتاب السابق.
- «حاشية الجبرمي على منهج الطلاب»: الطبعة الأولى، مطبعة البابي الحلبي.
- «المهذب»: لأبي إسحاق الشيرازي، الطبعة الأولى، مطبعة البابي الحلبي.
- «إحياء علوم الدين»: للغزالي، الطبعة الأولى، طبع لجنة نشر الثقافة.
- «الوجيز»: للغزالي، الطبعة الأولى، مطبعة الآداب والمؤيد.

في مذهب أحمد بن حنبل:

- «المغني على مختصر الخراقي»: لمحمد بن عبد الله بن قدامة، الطبعة الأولى، مطبعة المنار.
- «الشرح الكبير على متن المقنع»: لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة، مطبوع مع الكتاب السابق.
- «الإقناع»: لشرف الدين موسى الحجاوي، الطبعة الأولى، المطبعة المصرية.
- «مجموع فتاوى ابن تيمية»: مطبعة كردستان.
- «الاختبارات العلمية»: لابن تيمية، مطبوع مع الفتاوى.
- «أعلام الموقعين عن رب العالمين»: لابن قيم الجوزية، مطبعة الكردي.
- «الطرق الحكمية في السياسة الشرعية»: لابن قيم الجوزية، مطبعة الآداب والمؤيد.
- «إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان»: لابن قيم الجوزية، مطبعة البابي الحلبي.
- «الفروسية»: لابن قيم الجوزية، مطبعة الأنوار.
- «مجموعة الرسائل لابن تيمية»: الطبعة الأولى، مطبعة التقدم.

كتب أخرى :

- «الكامل» : لابن الأثير (تاريخ) مطبعة بولاق .
- «سيرة عمر بن الخطاب» : لابن الجوزي ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة .
- «القصاص» : لأحمد محمد إبراهيم ، طبعة ١٣٦٣هـ / ١٩٤٤م .
- «الجنایات المتحدة» : لرضوان شافعي المتعافي ، المطبعة السلفية .
- «فقه القرآن والسنة» : لمحمود شلتوت ، الجزء الأول ، مطبعة العلوم .
- «مجلة القانون والاقتصاد» .
- «طرق القضاة في الشريعة الإسلامية» : لأحمد إبراهيم بك ، الطبعة الأولى ، المطبعة السلفية .
- «طرق الإثبات الشرعية» : لأحمد إبراهيم بك ، الطبعة الأولى ، مطبعة العلوم .
- «القضاء في الإسلام» : لعطية مشرفة ، الطبعة الأولى ، مطبعة الاعتماد .
- «الدية في الشريعة الإسلامية» : لعلي صادق أبو سيف ، مطبعة علي عنان .

فهرس المحتويات

١١٦..... سقوط القصاص	٥ مقدمة المؤلف
١٢٥..... الصلح	٧ الباب الأول: في الجنايات
١٢٧..... إرث حق القصاص	٩ الفصل الأول: القتل
١٢٩..... الكفارة	١٢ المبحث الأول: القتل العمد
١٣١..... العقوبات البدلية للقتل العمد	١٣ أركان جريمة القتل العمد
١٣١ أولاً: الدية	١٣ الركن الأول: القتل آدمي حي
١٣٧ ثانياً: التعزير	الركن الثاني: القتل نتيجة لفعل
١٣٨ ثالثاً: الصيام	٢٣ الجاني
١٣٨..... العقوبات التبعية للقتل العمد	٤٢ مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية ..
١٣٩ أولاً: الحرمان من الميراث	الركن الثالث: أن يقصد الجاني
١٤٠ ثانياً: الحرمان من الوصية	٦٠ إحداث الوفاة
١٤١ عقوبات القتل شبه العمد	٧١ المبحث الثاني: القتل شبه العمد
١٤١ العقوبات الأصلية	٧٢ أركان القتل شبه العمد
١٤١ أولاً: الدية	الركن الأول: فعل يؤدي لوفاة المجني
١٤٩ ثانياً: الكفارة	٧٣ عليه
١٥٠ العقوبات البدلية	٧٦ الركن الثاني: أن يتعمد الجاني الفعل ..
١٥٠ العقوبات التبعية	الركن الثالث: أن يكون بين الفعل
١٥٠ عقوبات القتل الخطأ	والموت رابطة السببية
١٥٠ العقوبات الأصلية	المبحث الثالث: القتل الخطأ
١٥٠ أولاً: الدية	٨١ أركان القتل الخطأ
١٥٢ العقوبات البدلية	الركن الثاني: الخطأ
١٥٢ العقوبات التبعية	الركن الثالث: أن يكون بين الخطأ
الفصل الثاني: الجناية على	والموت رابطة السببية
١٥٣ ما دون النفس	المبحث الرابع: عقوبات القتل العمد ..
١٥٦ الجناية على ما دون النفس عمداً ...	١٠٥ استيفاء القصاص في القتل

العقوبات البدلية الثانية ٢١٧

التعزير ٢١٧

عقوبة الجنائية على ما دون النفس

خطأ ٢١٧

الفصل الثالث: الجنائية على ما هو نفس

من وجه دون وجه أي الجنائية على الجنين،

أو الإجهاض ٢١٩

إثبات الجنائية على النفس وعلى

ما دونها وعلى الجنين ٢٢٧

الإقرار ٢٢٧

الشهادة ٢٣٥

القسم ٢٤١

القرائن ٢٥٤

النكول عن اليمين وردّها ٢٥٥

الباب الثاني: في الحدود ٢٥٩

مسائل عامة عن الحدود ٢٥٩

الكتاب الأول

الزنا

تمهيد ٢٦١

الفصل الأول: أركان جريمة الزنا ٢٦٤

الركن الأول: الوطء المحرم ٢٦٥

الركن الثاني: تعمد الوطء ٢٨٢

الفصل الثاني: عقوبة الزنا ٢٨٤

المبحث الأول: عقوبة البكر ٢٨٦

المبحث الثاني: عقوبة المحصن ٢٨٩

المبحث الثالث: الإحصان ٢٩٤

الفصل الثالث: الأدلة على الزنا ٢٩٨

المبحث الأول: الشهادة ٢٩٨

المبحث الثاني: الإقرار ٣٢٥

القرائن ٣٣١

الركن الأول: فعل يقع على جسم المجني

عليه أو يؤثر على سلامته ١٥٦

الركن الثاني: أن يكون الفعل

متعمداً ١٥٧

الجنائية على ما دون النفس خطأ .. ١٥٨

عقوبة الجنائية على ما دون النفس . ١٥٨

أولاً: القصاص ١٥٩

أسباب امتناع القصاص العامة ١٥٩

كيف طبق الفقهاء شروط

القصاص الخاصة ١٦٨

أولاً: في إبانة الأطراف وما يجري

مجراها ١٦٨

ثانياً: في إذهاب معاني الأطراف ١٧٤

ثالثاً: القصاص في الشجاج ١٧٥

رابعاً: القصاص في الجراح ١٧٦

القصاص في القسم الخامس ١٧٧

استيفاء القصاص ١٧٨

سقوط القصاص ١٩٢

الصلح ١٩٤

العقوبات الأصلية الثانية ١٩٤

التعزير ١٩٤

العقوبات البدلية ١٩٥

أولاً: الدية ١٩٥

إذهاب المعاني ٢٠٥

ما يجب فيه أرش مقدر ٢٠٩

أرش الشجاج ٢٠٩

أرش الجراح ٢١١

هل تتساوى الديات لكل

الأشخاص ٢١٢

الأنثى ثم بعدها التكافؤ ٢١٢

٣٩٢	الركن الأول: الأخذ خفية
	الركن الثاني: أن يكون المأخوذ
٤١٠	مالاً
	الركن الثالث: أن يكون مملوكاً
٤٤٤	للغير
٤٥٨	الركن الرابع: القصد الجنائي
٤٦٠	المبحث الثاني: أدلة السرقة
	المبحث الثالث: ما يترتب على
٤٦٥	ثبوت السرقة
٤٧٦	الشروع في السرقة

الكتاب الخامس

الحرابة

الكتاب السادس

البغي

٥٠٨	الركن الأول: الخروج على الإمام
٥١٧	الركن الثاني: أن يكون الخروج مغالبة
	الركن الثالث: القصد الجنائي
٥٢٤	(قصد البغي)
٥٢٤	مسؤولية الباغي الجنائية والمدنية

الكتاب السابع

الردة

٥٣١	أركان الردة
٥٣١ ...	الركن الأول: الرجوع عن الإسلام
٥٤٠	الركن الثاني: القصد الجنائي
٥٤١	عقوبات الردة
٥٤١	أولاً: العقوبة الأصلية
٥٤٦	ثانياً: العقوبة البديلة
٥٤٧	ثالثاً: العقوبة التبعية

٣٣٢	تنفيذ العقوبة
	مقارنة بين الشريعة والقانون
٣٣٢	عن الأدلة على الزنا
٣٤١	موانع التنفيذ

الكتاب الثاني

القذف

٣٤٣	تمهيد
	المبحث الأول: أركان جريمة
٣٤٨	القذف
	الركن الأول: الرمي بالزنا
٣٤٨	أو نفي النسب
٣٥٧	الركن الثاني: إحصان المقذوف
٣٦٠	الركن الثالث: القصد الجنائي
٣٦٠	هل تشترط العلانية في القذف؟
٣٦٢	المبحث الثاني: دعوى القذف
٣٦٧ ..	المبحث الثالث: الأدلة على القذف
٣٧٠	المبحث الرابع: عقوبة القذف

الكتاب الثالث

الشرب

٣٧٨	المبحث الأول: أركان الجريمة
٣٧٨	الركن الأول: الشرب
٣٨١	السكر
٣٨١	الركن الثاني: القصد الجنائي
٣٨٢	عقوبة الشرب
٣٨٥ ..	المبحث الثاني: الأدلة على الشرب

الكتاب الرابع

السرقه

٣٩٢	المبحث الأول: أركان السرقة

٥٥١	في مذهب أبي حنيفة	٥٥٠	مراجع الكتاب
٥٥٢	في مذهب الشافعي	٥٥٠	في التفسير
٥٥٣	في مذهب أحمد بن حنبل	٥٥٠	في الحديث
٥٥٤	كتب أخرى	٥٥٠	في الأصول
٥٥٥	فهرس المحتويات	٥٥١	في مذهب مالك