دراسات

مجلد سنوي يصدر عن اعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق بنغ

قانونية



المجلد الخامس

تنبيه ـ يشار الى هذه المجلة على النحو الآتى : دراسات قانونية ـ بنغازى ـ
المجلـد الخامس (١٩٧٥)

جامعة قاريونس
كلية القانون - المكتبة

منشورات جامعة بنغازي
كلية الحقوق

كلية القانون
المكتبة
لا يعار

دراسات قانونية

مجلد سنوي يصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق



جامعة قاريونس
مكتبة كلية الحقوق
رقم التسجيل ١٠٠٨
رقم التصنيف

١٩٧٥
السنة الخامسة
المجلد الخامس

كلية القانون
المكتبة
لا يعار

هيئة تحرير مجلة دراسات قانونية :

١ ـ الاستاذ الدكتور : عمر مولود عبد الحميد ـ رئيس تحرير المجلة

٢ ـ الاستاذ الدكتور : محسن الشيشكلى

٣ ـ الاستاذ الدكتور : عوض محمد عوض

٤ ـ الاستاذ الدكتور : خالد الشاوى

٥ ـ الاستاذ الدكتور : صبيح مسكونى

٦ ـ الاستاذ الدكتور : محمد على عمران

٧ ـ الاستاذ عبدالله ابو سيف البشارى

جامعة قاريونس
كلية القانون - المكتبة

محتويات العـــدد

القسم الأول
ابحاث ومقالات

تقـــديم ....

جامعة قاريونس
كلية القانون - المكتبة

تقديم

بقلم الدكتور : عمر مولود عبد الحميد

رئيس اللجنة الشعبية بكلية الحقوق

« عميد الكلية »

تسهم كلية الحقوق كـــل سنة فى تزويد المكتبة العربية بمجلدهـــا السنوى المتخصص « مجلة دراسات قانونيـــة » فضلا عما يقوم به اساتذتها فى مجـال البحث العلمى من تأليف الكتب والدراسات المقانية على طول السنة ٠

يشرفنى أن أقوم بتقديم المجلـــد الخامس من المجلة المذكورة الى جميـع القراء الكرام ، مؤكدا لهم أن شعورنا بالرغبة الاكيدة منهم فى أن تظل الكلية عند عهدها بخصوص هذه المجلة هو الذى يجعلنا نحرص كل الحرص على أن تظل بين أيديهم سنويا بدون انقطاع ، رغم كثرة الاعمال وتزاحمها ٠

وسيجد القارىء - بحول الله - فى هـذا المجلد كسابقه مـن البحث المتعمق الجاد ما يشده الى قراءته برغبـــة وشوق فى المجالات الشرعيـــة والقانونية المتعددة ، ومع ذلك فنحن على استعداد لتلقى الملاحظات الهادفة والعمل بهـا فى حدود الامكان ، والى أن نلتقى على صفحات مجلد آخر نتمنى للجميع كامل التوفيق ، ووافر الاطلاع ٠

« د٠ عمر مولود عبد الحميد »

رئيس اللجنة الشعبية

عميد الكلية

معذرة : -

كان هذا المجلد قد أعد للطبع فى موعده العادى من كل سنة وأرسل للطباعة فى بيروت ٠ ولكنه أحرق فى احداث بيروت قبل أن يطبع ٠ فأعدنا تجميع المـادة العلمية له من جديد ٠ وكان ذلك سبب تأخره عن الموعد المحدد ٠

التحديد الاتفاقي والقانوني للأجرة

"دراسة مقارنة في عقد الإيجار"

الاستاذ الدكتور محمد على عمران

استاذ القانون المدنى المساعد

بجـــامعتى

عين شمس وبنغازى

تمهيد وتقسيم :

عقد الايجار من العقود الملزمة للجانبين · وقد عرفته المادة ٥٥٧ مدنى بأنه « عقد يلزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشىء معين لقاء أجر معلوم » فالايجار يوجب على المؤجـــر أن يمكن المستأجر من الانتفـــاع بالعين المؤجرة ويلزم المستأجر بأداء أجر يتفق عليه· فهذا العقد ينشىء التزامات على عاتق كل من المؤجر والمستأجر وهو تبعا لذلك من العقود الملزمة لجانبين (١) · فعلى المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين بلمؤجر· · وهذا هو الالتزام الاساسى الذى يقع على عاتقـــه · ويوجب ذلك على المؤجـــر أن يسلم العين المؤجرة للمستأجر فى حالة تصلح معها للانتفـــاع بها وفقا لما هو متفق عليه فى عقد الايجار وما يتمشى والغرض الذى خصص من أجله الشىء المؤجر ، كمـــا يوجب عليه أيضا أن يضمن خلو الشىء المؤجر من العيوب الخفية وأن يمنـــع عن المستأجر كل تعرض مادى أو قانونى ، ولا يضمن المؤجـــر التعرض الذى يصدر من الغير الا اذا كان قانونيا · وعلى المستأجر أن يوفى للمؤجر فى مقابل

---

(١) ولقد عرفت المادة ٥٥٨ من القانون المصرى ايضا الايجار بأنه عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بشىء معين مدة معينة لقاء اجر معلوم ويلاحظ أن نص المادة ٥٥٨ من القانون المدنى المصرى مطابق لنص المادة ٥٥٧ من القانون المدنى الليبى ·

ولقد عرفت المادة ١٧٠٩ من القانون المدنى الفرنسى عقد الايجار بأنه :

" Un contrat par lequel l'une des parties s'obling áfaire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ".

ان الايجار عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشىء المؤجر أثناء مدة معينة واقاء أجر (ثمن) معلوم · ولقد عرف فقهاء الشريعة الاسلامية الايجار بأنه عقد على منفعة معلومة قابلة للبذل والاباحة بعوض معلوم · مغنى المحتاج ٢، ص ٢٣٢؛ وأما فقهاء المالكية فقد عرفوا الايجار بانه تمليك منافع شىء مباحة مدة معلومة بعوض · الشرح الكبير للدردير ٤ ص ٢ · وبمثل ذلك قال فقهاء الحنابلة ـ المغنى لابن قدامة ص ٩٨ ٣ ·

ذلك بالاجرة التى يتفق عليها • وهذا أيضا هو الالتـــزام الاساسى المتولد عن عقد الايجار والذى يقع على عاتق المستأجر •

وسوف نعرض فى هذا البحث ـ الى بيان الطريقـــة التى يمكن أن تتحد بها الاجرة وفقا للقواعد العامة من جهة ، ولما يوجبه قانون ايجار الاماكن من جهة أخرى •

المبحث الأول

تحديد الاجرة وفقا للقواعد العامة

خطة البحث :

قد يتفق المتعاقدان على الاجرة ، وهذا هو ما يحدث غالبا · وقد يغفلا الاتفاق عليها وعندئذ يتولى القانون تحديدها ·

المطلب الأول

تحديد الاجرة بواسطة المتعاقدين

عقد الايجار من العقود الرضائية ولا يلزم لانعقاده توافر شكل خاص · وللمتعاقدين الحرية الكاملة فى وضع شروط العقد · ومن بين هذه الشروط الاجرة · والاصل أن يتفق المؤجر والمستأجر على الأجرة ، فى عقد الايجار ، أو أن يبنيا فيه على الاقل الطريقة التى يتم بها تحديدها فى المستقبل ، وقد يعهد المؤجر والمستأجر الى اجنبى بتحديد الاجرة (١) ، فاذا قام بها لزم المتعاقدين

---

(١) واذا عهد الى أجنبى بتحديد الاجرة فان التزام المستأجر بالوفاء بها يكون معلقا على شرط واقف . ويقع هذا الشرط صحيحا لعدم توقفه على محض ارادة المستأجر ، والشرط الواقف هو قيام المستأجر بتحديد الاجرة .

واذا قام المفوض بتنفيذ مهمته وحدد الاجرة ، فان الايجار يعتبر قد تم لا من الوقت الذى يقوم فيه المفوض بتحديد الاجرة بل من الوقت الذى اتفق فيه المتعاقدان على الاجنبى الذى يتولى تحديد الاجرة .

ولا يعتبر الاجنبى خبيرا استشاريا اذ أن مايقرره الخبير غير ملزم وهذا لا يتفق وطبيعة المهمة المعهدة الى الاجنبى . ولا يعتبر الاجنبى ايضا وكيلا فالوكالة لا تكون الا فى الاعمال القانونية وتحديد = الاجرة يعتبر عملا ماديا لا قانونيا .

المقدار الذى عينه الا اذا أثبت احدهما تواطئه مع الآخر كأن يثبت المؤجر مثلا تواطئه مع المستأجر بغية انقاص الاجرة ، أو أن يثبت المستأجر تواطئه مع المؤجر لزيادتها · ولا يلزم هذا التحديد المؤجر أو المستأجر اذا تجاوز الاجنبى حدود مهمته · اذ لا يجوز أن يكون الالتزام معلقا على شرط ارادى محض متى كانت هذه الارادة هى ارادة المدين (المستأجر) (١) أما اذا كان الذى خول تحديد الاجرة هو المؤجر ، فمن الفقهاء من ذهب الى القول بعدم جواز ذلك رحمة بالمستأجر (١) · وذهب آخرون الى القول بأن الالتزام لا يكون متوقفا هنا على محض ارادة المدين اذ أن المستأجر وقد ارتضى مقدما أن يقوم المؤجر بتحديد الاجرة فى المستقبل لا يكون له بعد ذلك أن يتضرر من هذا التحديد (٢) · وهذا الرأى هو الذى أراه صحيحا ·

ولا يشترط فى الاجرة ـ خلافا للثمن فى عقد البيع ـ أن تكون نقودا بل يجوز أن تكون الأجرة شيئا آخر غير النقود كجزء من محصول أو عمل يقوم به المستأجر فى خدمة المؤجر ، أو بناء يتعهد باقامته على الارض المؤجرة على أن تؤول الى المؤجر ملكيته عند انتهاء الايجار ·

= لذلك يذهب جانب من الفقه فى مصر الى القول بأن العقد الذى يتعهد بمقتضاه المفوض (الاجنبى) بتحديد الاجرة لحساب كل من المؤجر والمستأجر يعتبر عقدا غير مسمى اذا تم تفضلا ، وعقد مقاولة اذا كان الاجنبى يحصل على مقابل . راجع فى عرض هذه الاراء جميعا . محمد على عمران ـ شرح احكام عقد البيع فى القانون المدنى الليبى ـ طبعة ١٩٧٥ ص ١٥٢ .

(١) الاستاذ الدكتور حمدى عبد الرحمن ـ عقد الايجار طبعة سنة ١٩٧٢ فقرة ١٣١ ، وفى الفقه الفرنسى

Planiol et Ripert. Traitè pratique de droit civil Francais T. X editon 1956 n 470.

(١) عبد الفتاح الباقى ـ عقد الايجار ـ الاحكام العامة ـ طبعة سنة ١٩٥٢ رقم ٦٦ ، عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى طبعة سنة ١٩٦٢ المجلد الاول رقم ١٢٩ ـ قارن منصور مصطفى منصور ـ مذكرات فى عقد البيع والايجار رقم ١٥٠ ، محمد لبيب شنب ـ الوجيز فى شرح احكام الايجار طبعة سنة ١٩٦٥ رقم ٤٣ .

(٣) حمدى عبد الرحمن . المرجع السابق ص ١٢٢ .

وسواء أكانت الاجرة نقودا ام شيئا آخر ، فـــانه يجب ان تكون جدية لا صورية · والاجرة الجدية هى التى تتجه ارادة كل من المؤجر والمستأجر الـى الزام الاخير بها ·

واذا كانت الاجرة صورية فلا يكون العقد ايجارا بل قد يكون عقدا آخر غير مسمى أو عقدا مسمى كالعارية مثلا · واذا اتفق فى عقد الايجار على أجـــرة معينة ثم نص فى العقد نفسه على ابراء المستأجر من الوفاء بها، فلا يكون العقد ايجارا ·

وقد تكون الاجرة المتفق عليها فى عقد الايجار تافهة derisoire وهذه هى التى تحول دون انعقاد الايجار · وتكون الاجرة تافهة اذا كانت لا تتناسب مطلقا مع المنفعة التى يحصل عليها المستأجر · وقد لا تكون الاجرة تافهة بل بخسة ، وهذه الاخيرة لا تحول دون انعقاد الايجار ·

ولا يجوز فسخ عقد الايجار بسبب الغبن الفـــاحش · ولا يجوز رفع دعوى بطلب تكملة الاجرة الا اذا كانت العين المؤجرة مالا لا موقوفـــا · ويختلف هنا حكم الايجار عن البيع ، اذ يجوز للبائع اذا كان العقار المبيع مملوكـا لشخص لا تتوافر فيه الاهلية وكان بالبيع غبن يزيد على الخمس ان يطلب بتكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل على الا يكون البيع قد تـــم بنص القانون بطريق المزاد (١) العلنى ·

المطلب الثانى

تحديد الاجرة بواسطة القانون

لا يترتب على عدم تحديد المؤجر والمستأجر للاجرة بطلان عقد الايجار ، بل يتولى القانون المدنى تحديدها · وتنص المادة ٥٦١ من القانون المدنى على أنـــه

(١) راجع مؤلفنا عقد البيع ـ المرجع السابق ـ فقرة ١٦٠
عبد الرزاق السنهورى ـ المرجع السابق فقرة ١٢٨ ·

« اذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الاجرة أو على كيفية تقديرها ، أو اذا تعذر اثبات مقدار الاجرة وجب اعتبار أجرة المثل » (١) · فقـــد يعرض المتعاقدان للاجرة ويتفقا عليها وعندئذ يجب على المستأجر الوفاء بالاجرة المتفق عليها · وقد يعرض المتعاقدان للاجرة ويختلفا فى تحديدهما وعندئذ لا ينعقد الايجار · وقد يتفق المتعاقدان على الاجرة ويتعذر مع ذلك اثباتها أو قد لا يعرض لهـــا اصلا وهنا يتولى القانون تحديدها وفقا لمـــا تنص عليه المـــادة ٥٦١ مدنى ، والاجرة التى يعتد بها هى أجرة المثل · وعلى القاضى ـ مستعينا فى ذلك بأهل الخبرة ـ ان يقوم بتحديدها ·وقد يستعين القاضى فى ذلك بما يقدمه المؤجر او المستأجر من مستندات وأوراق كعقود ايجار عن نفس الشىء المؤجر عن مـــدة سابقة أو فى مدة تالية ، أو عقود ايجار تقدم عن اعيان مماثلة للعين المؤجرة ·

ولقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى تعليقا على ما تنص عليه المادة ٥٦٢ مدنى، وهى المطابقة لما تنص عليه المادة ٥٦١ مدنى ليبى انه « اذا كانت الاجرة غير مقدرة فى العقد ، فان ذلك يرجـــع الى أحد اسباب ثلاثة :

أ ـ أما لان المتعاقدين قد اغفلا الاتفاق عليها أو اتفقا عليها ولكن تعذر اثبات ما اتفق عليه· جـ او حاولا الاتفاق عليها فلم يستطيعا،ففى الفرضين الأولين تكون الاجرة هى أجرة المثل فى مكان تمام العقد ··· وفى الفرض الثالث يكون الايجار باطلا لان المتعـــاقدين قد تعذر عليهما الاتفاق على ركن مـــن اركان العقد (٢) » ·

---

(١) وتنص المادة ٥٦٢ من القانون المدنى المصرى على حكم مطابق ·

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ـ الجزء الرابع ص ٤٧٧ ، ص ٤٧٨ ·

المبحث الثاني

تحديد الاجرة وفقا لقانون ايجـار الاماكن

خطة البحث :

لكل انسان حق طبيعى فى أن يجد لنفسه ولأسرته مسكنا ، ولا يمكن والحال هذه ان يترك المشرع تحديد اجرة الاماكن المبنية التى تخضـــع لقانون ايجار الاماكن الى ارادة المؤجر والمستأجر اذ يخشى أن تجور ارادة الاول على الثانى وتفرض عليه أجرة قد يقبلها مكرها لاحتياجه · لذلك تتقيد الارادة فيما يتعلق بتحديد الاجرة اذا كان المـــكـان المؤجر من تلك التى تخضع لقانون ايجـــار الاماكن ·

المطلب الأول

تحديد الاجرة وفقا لقـانون ايجار الاماكن

فى النظـام القانونى المصرى

أولا ـ تحديد نطاق تطبيق قوانين ايجار الاماكن وفقا للنظام القانونى المصرى:

لعل أهم التشريعات الاستثنائية التى صدرت فى مصر محـــددة للاجرة هو قانون ايجار الاماكن رقم ١٢١ سنة ١٩٤٧ · ولقد نصت المادة الاولى من هذا القانون على انه « تسرى احكام هذا القانون فيما عـدا الاراضى الفضاء على الاماكن واجزاء الاماكن على اختلاف انواعها المؤجرة للسكنى أو لغير ذلك من الأغراض سواء أكـــانت مفروشة أو غير مفروشة مستأجرة مـن المالك أو من مستأجر لها وذلك فى المدن والجهات والاحياء المعينة فى الجدول المرفق لهـذا القانون · ويجوز لوزير الداخلية بقرار منه تعديل هذا الجدول بطريق الحذف

او الاضافة » وبعد ذلك عدل هذا النص بالقرار بقانون رقم ١٥٧ سنة ١٩٦٢ والذى نص على ما يأتى « تسرى احكام هذا القانون فيما عدا الاراضى الفضاء على الاماكن وأجزاء الاماكن على اختلاف انواعها المؤجرة للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض سواء أكانت مفروشة ، مستأجرة من المالك أو من مستأجر لها ، وذلك فى عواصم المحافظات والبلاد المعتبرة مدنا بالتطبيق لاحكام قانون الادارة المحلية رقم ١٢٤ سنة ١٩٦٠ » ..

وقد عرفت المحاكم فى مصر المقصود بعبارة « الاماكن واجـــزاء الاماكن » الواردة فى نص المادة الاولى من القانون ١٢١ سنة ١٩٤٧ بأنه الاماكن المغلقة أو المحاطة بسور . وهى تعنى بذلك كل حيز مغلق يكون حرزا ، ويقتصر هـذا التعريف عادة على العقار ولا يشمل المنقول الا اذا كان يصلح لايواء أشخاص أو تخزين بضائع كالذهبيات والعلامات واكشاك الاستحمام (١) .

ثم صدر بعد ذلك قانون ايجار الاماكن ٥٢ سنة ١٩٦٩ وهو المعمول به الان فىمصر . وتنص المادة الاولى منه على ما يأتى « فيما عـــدا الاراضى الفضاء تسرى احكام هذا الباب على الاماكن واجزاء الاماكن على اختلاف انواعهـــا المعدة للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض سواء كانت مفروشة أو غير مفروشـــة مؤجرة من المالك أو غيره وذلك فى عواصـــم المحافظات والبـــلاد المعتبرة مدنا بالتطبيق لاحكام القانون رقم ١٢٤ سنة ١٩٦٠ باصدار قانون الادارة المحليـــة والقوانين المعدة له .

ويجوز بقرار من وزير الاسكان والمرافق مد نطـــاق سريان احكامه كلها أو

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ ابريل سنة ١٩٤٧ (ص ٥٩ ص ٢٠١)؛ ٢٠ ابريل سنة ٤٤ (٥٦ ص ١٠٩) .
عبد الرزاق السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى . المرجع السابق فقرة ٥٧٥ ومن الفقهاء من ذهب الى القول بأن المكان يجب أن يكون مبنيا . محمد لبيب شنب ـ عقـــد الايجار ص ٧ نبذة ١١ ، ومن هذا الرأى أيضا . مصر الابتدائيـــة ١٣ فبراير ١٩٥٤ فى القضية رقم ٤٨٠٤ سنة ١٩٥٣ .

بعضها على القرى بناء على اقتراح مجلس المحافظة وكذلك على المناطق السكنية التى لا ينطبق عليها قانون الادارة المحلية المشار اليه · ولا يكون لهـذا القرار أثر على الاجرة المتعاقد عليها قبل صدوره · وتسرى أحكام الفصل الثالث من هذا الباب الخاصة بالتزامات المؤجر والمستأجر على الامـاكن المؤجرة لمصالح الحكومة وفروعها والمجالس المحلية والهيئات والمؤسسات العامة ··· »

وفيما يتعلق بمدى نطاق انطباق قانون ايجار الاماكن الصادر سنة ١٩٦٩ ، فان نص المادة الاولى من هذا القانون يكاد ان يتطابق وما تنص عليه المـادة الاولى من قانون ايجار الاماكن السابق الصادر سنة ١٩٤٧ · ويتحدد نطـاق انطباقه بالأماكن وأجزاء الاماكن المعدة للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض ·

ولقد عرف الفقه والقضاء فى ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ الاماكن واجـزاء الاماكن المعدة للسكنى او لغير ذلك من الاغراض بأنها الاماكن المغلقة وغالبا ما يكون هذا المكان بناء وان كان هذا لا يحول دون انطباق هذا القانون على بعض المنقولات المعدة للسكنى · ويلاحظ أن هذا هو نفس الاتجـاه الذى ذهب اليه الفقه والقضاء فى مصر فى ظل القانون ١٢١ سنة ١٩٤٧ ·

ولا يكفى لانطباق احكام هذا القانون ان يكون المكان أو الجزء منه معدا للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض ، بل يجب بالاضافة الى ذلك أن يكون شغـل المكان قد تم بمقتضى عقد ايجار صحيح ، أما اذا كان شغل العين لا يستند الى سند صحيح كما اذا شغلت غصبا او كان عقد الايجار باطلا او تقرر ابطاله لسبب من الاسباب العامة للبطلان أو الابطال فلا ينطبق قانون ايجار الاماكن ، بل نطبق القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى (١) ·

ولا يسرى قانون ايجار الاماكن على الاراضى الفضاء ، ولا ينفى عن الارض هذا الوصف كونها مسورة أو أن يكون قـد اقيم عليها بناء ثانـوى لأغراض الحراسة ·

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ـ المرجع السابق فقرة ٥٧٠ ، سليمان مرقس · شرح قانون ايجار الاماكن فقرة ٢٨ · حمدى عبد الرحمن ـ المرجع السابق فقرة ١٣ ·

وقد نصت المادة الاولى من القانون رقم ٥٦٤ سنة ١٩٥٥ على عدم سريان احكام القانون ١٢١ سنة ١٩٤٧ بشأن ايجارات الاماكن على المساكن الملحقة بالمرافق والمنشآت العامة والمخصصة لسكنى موظفى وعمال هذه المرافق ٠

ويلاحظ أن القانون الجديد رقم ٥٢ سنة١٩٦٩ قد اورد هذا الاستثناء بغير تخصيص على استثناء المساكن الملحقة بالمرافق والمنشآت وغيرها من المساكن التى تشغل بسبب العمل ٠ وبذلك يكون المشرع قد اعتبر ذلك من قبيل المزايا العينية التى تلحق بالاجر ولا تخضع العلاقة التى تنشأ عنها لقانون ايجار الاماكن ٠ ولا يكون للعامل تبعا لذلك ان يطالب بالامتداد القانونى لعقد الايجار متى انتهت العلاقة التى تربطه برب العمل ٠

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٥٢ سنة ١٩٦٩ على عدم سريان احكام هذا الباب (الباب الاول) على المساكن التى تشغل بتصاريح اشغال مؤقتة لمواجهة حالات الطوارىء والضرورة ويصدر بتحديد تلك الحالات وشروط الانتفاع بهذه المساكن قرار من وزير الاسكان والمرافق ٠ ولاعمال هذا الاستثناء ـ أى حتى لا تخضع العلاقة التى تنشأ عنه ـ لقانون ايجار الاماكن يجب أن يكون اشغال هذا المكان قد تم بصفة مؤقتة بناء على ترخيص بذلك، أما اذا نشأت علاقة ايجار عادية بين مالك ومستأجر ولو نشأت بسبب حالة من حالات الطوارىء أو حالة ضرورة وجب تطبيق قانون ايجار الاماكن ٠

ثانيا ـ المراحل المختلفة التى مر بها التحديد القانونى للاجرة فى ظل قوانين ايجار الاماكن المتعاقبة التى صدرت فى مصر :

المرحلة الاولى ـ فرض حد اقصى للقيمة الايجارية :

يمثل القانون ١٢١ سنة ١٩٤٧ أهم بداية فى السياسة التشريعية الخاصة بتحديد ايجار الاماكن المبنية فى مصر٠ويسرى هذا القانون على الاماكن التى تم انشاؤها قبل اول يناير سنة ١٩٤١ بشرط أن يكون الايجار قد ابرم فى أول يناير

سنة ١٩٤١ أو فى أى تاريخ لاحق حتى الآن · ولقد اعتد المشـــرع فى مصر بهذا التاريخ ، نظرا لارتفاع القيمة الايجارية بعـــد هذا التاريخ أما قبل ذلك فقـد افترض المشرع فى مصر تمشيا مـــع الواقـــع أن القيمة الايجارية لم يكن مبالغا فيهـــا ·

والاجرة القياسية التى اعتد بها المشرع اذا كان البناء قد تم انشاؤه قبـــل أول يناير سنة ١٩٤١ وأبرم الايجار فى أول يناير سنة ١٩٤١ هى الاجرة الفعلية لشهر يناير ١٩٤١ · ويعتد بأجرة المثل اذا لم يكن البناء مؤجرا فى هذا التاريخ او تعذر اثبات الاجرة ·

ويجوز أن تزيد القيمة الايجارية عن هذه الاجرة القياسية اذا كان المكـــان مؤجرا لاغراض تجارية أو صناعيـــة ، ولا يجوز أن تزيد الزيـــادة عندئذ عن ٤٥٪ من أجرة الاساس (الاجرة القياسية) ، اذا كانت هذه الاجرة لا تتجاوز خمسة جنيهات ، وبما لا يجاوز ٦٠٪ فيما تزيد أجرته عن خمسة جنيهات· فاذا كان المكان مؤجرا لممارسة مهنة غير تجارية ، فلا يجب أن تزيد الاجرة عـــن الاجرة القياسية بأكثر من ٣٠٪ · واذا كان المكان مؤجـــرا بقصد استغلاله مفروشا ، اى المكان غير مؤثث لكى يقوم المستأجر بعد ذلك بتأثيثه وتأجيره من الباطن ، فى هذه الحالة يكـــون للمؤجر ان يحصل على زيادة عن الاجرة القياسية قدرها ٧٠٪ ·

ولقد اورد المشرع على هذا النظام التعديلين الآتيين :

الأول ـ خاص بمدينة الاسكندرية ، اذ لوحظ ان فى اتخاذ اجـرة شهر ابريل سنة ١٩٤١ كأساس لتقدير الاجرة اجحاف بالملاك ، اذ انخفضت القيم الايجارية فى هذه الفترة فى مدينة الاسكندرية بسبب الحرب انخفاضا كبيرا · لذلك اجاز المشرع للمؤجر اما ان يتخذ اجرة شهر ابريل كأساس لتقدير القيمة الايجارية واما اجرة شهر اغسطس سنة ١٩٣٩ ·

الثانى ـ بالنسبة للاماكن المؤجرة للمصالح الحكومية وفروعها فى غير

المناطق الخاضعة اصلا للقانون ، فقد نصت المـــادة ١٤/٢ من قانون ايجار الاماكن ١٢١ سنة ١٩٤٧ على ان يكون احتساب الاجرة على اساس اجـرة شهر اغسطس سنـــة ١٩٤٤ بالنسبة للاماكن المؤجرة للمصـــالح الحكومية وفروعها ٠

المرحلة الثانية ـ تخفيض القيمة الايجارية بنسب متفاوتة :

١ ـ الاماكن التى تم انشاؤها منذ اول يناير سنة ١٩٤٤ والاماكن التى بدىء فى انشائها فى ١٨ سبتمبر ١٩٥٢ ٠

ترك المشرع الاماكن التى انشأت فى الفترة من اول يناير سنة ١٩٤٤ غير خاضعة للتحديد القانونى للاجرة ، فكان ان غـالى الملاك فى تقدير القيمة الايجارية لهذه الاماكن مما دفع بالمشرع فى مصر ـ فى اعقاب الثورة المصرية وعقب صدور قانون الاصلاح الزراعى ـ الى اصدار القانون رقم ١٩٩ سنـة ١٩٥٢ مضيفا به الى المادة الخامسة المواد الثلاثة الآتية :

م ٥ مكرر (١) تخفض بنسبة ١٥٪ الاجور الحالية للاماكن التى انشات منذ اول يناير سنة ١٩٤٤ وذلك ابتداء من الاجرة المستحقة عن شهر اكتوبر سنة ١٩٥٢ ٠

م ٥ مكرر (٢) تكون الاجرة بالنسبة للاماكن المذكورة فى المادة السابقة اذا لم يكن قد سبق تأجيرها على اساس اجرة المثل عند العمل بهذا القانون منخفضة بنسبة ١٥٪ ٠

م ٥ مكررا (٣) لا يسرى الخفض المشار اليه فى المادتين السابقتين على ما يأتى :

اولا : المبانى التى يبدأ فى انشائها بعد العمل بهذا القانون ٠

ثانيا : عقود الايجار المبرمة لمدة تزيد على عشر سنوات ٠

٢ ـ الاماكن التى تم انشاؤها اعتبارا من ١٨ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والاماكن التي بدء فى انشائها قبل ١٢ يونيو سنة ١٩٥٨ ٠

فالاماكن التى بدىء فى انشائها قبل ١٨ سبتمبر سنة ١٩٥٢ تدخل فى اماكن القسم الاول ، اما الاماكن التى تم انشاؤها فعلا ـ اى كانت قائمة ـ اعتبارا من ١٨ سبتمبر سنة ١٩٥٤ وايضا الاماكن التى بدء فى انشائها قبل ١٢ يونيو سنة ١٩٥٨ ولم تتم بعد ، فانها هى التى تدخل فى اماكن القسم الثانى • وقد صدر بشأنها القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ وقضى بتخفيض اجور هذه المساكن بنسبة ٢٠٪ واتخذ اساسا للتقدير الاجرة فى خلال سنة سابقة على ١٢ يونيو سنة ١٩٥٨ •

٣ ـ الاماكن التى انشأت منذ ١٣ يونيو سنة ١٩٥٨ والاماكن التى بدء فى انشائها قبل ٥ نوفمبر سنة ١٩٦١ •

ويلاحظ ان هذه الاماكن وهى من تلك التى لا تخضع للتحديد السابق ، صدر فى شأنها القانون رقم ١٦٨ سنة ١٩٦١ وقضى بتخفيض اجرة هذه الاماكن بنسبة ٢٠٪ اعتبارا من شهر ديسمبر سنة ١٩٦١ ويراعى ان الاجرة التى تخضع للتخفيض الوارد فى هذا القانون هى الاجرة المسماة فى العقد خلال سنة سابقة على تاريخ العمل بهذا القانون •

المرحلة الثالثة ـ تشكيل لجان تتولى تحديد القيمة الايجارية :

لاحظ المشرع ان سياسته التى تقوم على تخفيض القيمة الايجارية بنسب مئوية مختلفة وفى فترات متعاقبة يعيبها اتجاه ملاك الاماكن التى تخضع لقانون ايجار الاماكن الى المغالاة فى القيمة الايجارية لدرأ ما يحدث لهم من خطر محتمل اذا ما خفضت بعد ذلك الاجرة • لذلك عمد المشرع الى تشكيل لجان تسمى لجان تحديد الاجرة مهمتها تحديد اجرة الاماكن المبنية • وفى سبيل بلوغ هذا الغرض مر المشرع بعدة مراحل نوجزها فيما يلى :

١ ـ القانون رقم ٤٦ سنة ١٩٦٢ :

ويسرى هذا القانون على الاماكن التى لم تخضع لقوانين تخفيض الاجرة السابقة ، وهى الاماكن التى لم يبدأ فى انشائها الا بعد ٥ نوفمبر سنة ١٩٦١

ويسرى ايضا على الاماكن التى تم انشاؤها قبل هذا التاريخ ولكنها لم تؤجر او تشغل لاول مرة الا اعتبارا من ٥ نوفمبر او بعد ذلك ٠

ويتم تحديد الاجرة وفقا لهذا القانون على الاسس التالية :

(أ) ٥٪ من قيمة الارض والمبانى وفقا لسعر السوق وقت البناء ٠

يشترط ان يكون البناء قد تم على كل الارض المسموح بالبناء عليها والى اقصى ارتفاع مسموح به ٠

(ب) ٣٪ من قيمـــــة المبانى مقابل استهـــلاك رأس المال ومصروفات الاصلاحات والصيانة والادارة ٠

ومن حاصل جمع هذين العنصرين يمكن تحديد القيمة الايجارية لكل وحدة من الوحدات السكنية بجمع هذه القيمة وتوزيعها بعد ذلك على عدد الوحدات السكنية ٠

وقد بين القانون كيفية تشكيل هذه اللجان ، وأجاز الطعن فى قراراتهـا امام لجنة سميت لجنة المراجعة وجعل القانون قرارات هذه اللجنة نهائيـة وحصنها بذلك من رقابة القضاء ٠

وظل الامر على هذا النحو الى ان اصدرت المحكمة العليـا فى مصر فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٧١ حكما هاما قضت فيه بعدم دستوريه المادة الخامسة منالقانون ٤٦ سنة ١٩٦٢ « فيما نصت عليه فى عدم جواز الطعن فى قرارات لجنة المراجعة بالفصل فى التظلم من قرارات لجان التقدير » (١) ٠

٢ ـ القانون رقم ٧ سنة ١٩٦٥ :

تأخرت كثير من لجان تقدير الاجرة فى تأدية عملها ، مما دفع بالمشرع

---

(١) قضية رقم ٥ السنة الاولى قضائية . الجريدة الرسمية عـــدد ٥١ فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧١ ويعتبر حكم المحكمة العليا بعدم الدستورية فى قـــوة القانون ويعمل به من تاريخ نشـره .

الى اصدار القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ وقد قضى هذا القانون بتخفيض اجرة الاماكن الخاضعة للقانون ٤٦ سنة ١٩٦٢ بنسبة ٣٥٪ ونصت المادة الثانية من هذا القانون على ان تخفض بنسبة ٣٥٪ القيمة الايجارية المتفق عليها للاماكن الخاضعة للقانون ٤٦ سنة ١٩٦٢ والتى لم يكن قد تم تقدير قيمتها الايجارية طبقا لاحكام هذا القانون تقديرا نهائيا غير قابل للطعن فيه ويسرى التخفيض بأثر رجعى من تاريخ بدأ تنفيذ الايجار · واما بالنسبة للاماكن التى يكون قد تم تقدير قيمتها الايجارية تقديرا نهائيا غير قابل للطعن فيه تعدل هذه القيمة على اساس الاجرة المخفضة طبقا لاحكام هذه المادة او طبقا للتقدير التى تم وفقا لاحكام القانون ٤٦ سنة ١٩٦٢ ايهما اقل وذلك اعتبارا من الاجرة المستحقة عن شهر مارس سنة ١٩٦٢ ·

ويبين من هذا النص ضرورة التفرقة بين فرضين :

الفرض الاول : الاماكن الخاضعة للقانون ٤٦ سنة ١٩٦٢ والتى لم يتم فيها تخفيض الاجرة المتفق عليها بنسبة ٣٥٪ ·

الفرض الثانى : وفيه تكون القيمة الايجارية قد تحددت نهائيا ، وعندئذ يجوز للمستأجر ان يتمسك اما بالاجرة المتفق عليها مخفضة بنسبة ٣٥٪ واما بالتقدير الذى حددته لجنة تحديد الاجرة ايهما اقل ·

٣ ـ القانون رقم ٥٢ سنة ١٩٦٩ :

وهو القانون المعمول به الآن فى مصر · وينطبق هذا القانون على جميع الاماكن التى تخضع بطبيعة الحال لقانون ايجار الاماكن والتى تستحدث بعد ١٨ اغسطس سنة ١٩٦٨ تاريخ بدء العمل بهذا القانون فى عواصم المحافظات والبلاد المعتبرة تطبيقا لقانون الادارة المحلية الصادر فى سنة ١٩٦٠ كما ينطبق ايضا على الاماكن الاخرى التى لم يعرض امرها على لجان التقدير ·

ويتم تشكيل هذه اللجان وفقا للقانون رقم ٥٢ بقرار من المحافظ المختص من اثنين من المهندسين واحد العاملين من المختصين بربط او تحصيل الضريبة

على العقارات المبنية وعضوين يرشحهما الاتحاد الاشتراكى يكون احدهما من ملاك العقارات المبنية وتكون رئاسة اللجنة لاقدم المهندسين ، وتصدر هـــذه اللجنة قراراتها بالاغلبية ، فان تساوت الاصوات يرجح جانب الرئيس ٠

ويجوز الطعن فى قرار هذه اللجنة امـــام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار المؤجر ٠ ويجب ن يتم الطعن فى خلال ثلاثين يوما مـن تاريـخ الاخطار بقرار اللجنة ٠ ويعتبر القرار نافذا رغم الطعن فيه الى ان يتقـــرر مصير الطعن ، ويعتبر نهائيا اذا لم يطعن فيه من خلال المدة المذكورة (المادة ١٣ من هذا القانون) ٠

ويتم تقدير الاجرة وفقا للاسس الآتية :

(أ) ٥٪ من قيمة الارض والمبانى وقت البناء مقابل صافى استثمار العقار ٠

(ب) ٣٪ من قيمة المبانى مقابل استهلاك رأس المال ومصروفات الاصـــلاح والصيانـــة ٠

كل هذا مع مراعاة الاعفاءات الضريبية المقررة وفقا للقانون رقـــم ١٦٩ سنة ١٩٦١ وخفض الايجار بمقدار هذه الاعفاءات ٠

جزاء مخالفة الحد الاقصى للأجرة فى التشريع المصرى :

لعل اهم ما اراد المشرع ان يورده فى قوانين ايجار الاماكن المتعاقبة هو وضع حد اقصى للأجرة حماية للمستأجر ٠ ولذلك كان المشرع حريصا فى مصر على تأكيد القاعدة القائلة ببطلان الاتفاق على اجرة تزيد عـــلى الحد الاقصى المقررة قانونا للأجـــرة ٠ وتأكيدا لهذه القاعدة رتـب المشرع على مخالفتها جزاء جنائيا وآخر مدنيا ٠

الجزاء الجنـائى :

تنص المادة ١٧ من القانون رقم ٥٢ سنة ١٩٦٩ على ما يأتى : « لا يجوز للمؤجر بالذات او بالوساطة اقتضاء اى مقابل او اتعاب بسبب تحرير

العقد او اى مبلغ اضـافى خارج نطاق عقد الايجار زيادة عن التأمين والاجرة المنصوص عليها فى العقد ويسرى هذا الحظر ايضا على المستأجرين كمـا لا يجوز بأى صورة من الصور للمؤجر اقتضاء مقدم ايجار » ٠

وهكذا منع القانون المؤجر حماية للمستأجر من اقتضاء اى مبلغ اضافى من المستأجر زيادة عن التأمين والاجرة المستحقة قانونا رغبة من المشرع فى منع ما سمى « خلو الرجل » ورفعت العقوبة فى خصوص مقدم الايجار وخلو الرجل الى الحبس مدة لا تزيد عـلى ستة شهور والغرامـة التى لا تجاوز خمسمائة جنيه او احدى هاتين العقوبتين ٠

الجزاء المدنى :

لا شك ان الاحكام المتعلقة بوضع حـد اقصى للأجرة تعتبر من النظام العام حماية للمستأجر ٠ فلا يجوز الاتفاق على اجرة تزيد عن الاجرة التى يحددها القانون ٠ واتفاق هذا شأنه يقع باطلا بطلانا مطلقا بالنسبـة للقدر الزائـد ٠

حول حق المستأجر فى طلب تخفيض الاجرة :

للمستأجر ان يطالب بتخفيض الاجرة اذا كانت الاجرة المتفق عليها فى عقد الايجار تزيد عن الحد الاقصى المقرر قانونا للاجرة ٠ فاذا سكت المستأجر بعد ان ظل شاغلا للعين المؤجرة ولم يطالب بتخفيض الاجرة فهل يستفاد من ذلك نزوله عن حقه فى طلب تخفيض الاجـرة ام ان السكوت لا يعنى النزول عن هـذا الحق ؟

اجاب على هذا التساؤل جانب من القضاء بالايجاب ، فذهبت بعـض الاحكام الى القول بأن سكوت المستأجر عن المطالبة بتخفيض الاجرة يعـد منه نزولا عن التمسك بهذا الحق فواجب المستأجر اذا اراد ان يطالب بتخفيض الاجرة ان يتمسك بذلك فى مدة معقولة يقررها القاضى (١) ٠

(١) بنها الكلية ٢٣ مارس ١٩٥٣ المحاماة ٢٣-٥٦٦-١٣١٤ مصر الابتدائية ٧ ديسمبر ١٩٥٣ فى=

وذهب جانب آخر من الفقة والقضاء ـ وهو الرأى الذى نؤيده ـ ، الى القول بأن طلب تخفيض الاجرة الى الحد الاقصى المقرر لها قانونا ، هو فى جوهره طلب بطلان الاتفاق على الاجرة التى تزيد عن الحد الاقصى المقرر قانونا · ولا يعتبر السكوت عن طلب هذا البطلان نزولا عنه ، ولا يسقط حق المستأجر فى رفع دعوى البطلان الا بمضى المدة ، اى مرور خمس عشرة سنة (١) ·

دعوى استرداد ما دفع من الاجرة الزائدة عن الحد الاقصى :

للمستأجر وفقا للرأى الذى اخذنا به ان يطالب بتخفيض الاجرة · ولا تسقط هذه الدعوى الا بمضى ١٥ سنة من وقت انتهاء الرابطة الايجارية وله ايضا ـ اذا كان قد دفع اجرة تزيد عن الحد الاقصى المقرر قانونا ـ ان يطالب باسترداد ما دفع زائدا عن الحد الاقصى · وهذا الحق غير متعلق بالنظام العام · ويسقط حق المستأجر فى جميع الاحوال فى استرداد ما دفعه زيادة عن الحد الاقصى المقر بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المستأجر بحقه فى الاسترداد · ولا يكون هذا العلم يقينا الا اذا أقر المؤجر به او قضى بتخفيض الاجرة للمستأجر · وتسقط هذه الدعوى فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق (المادة ٩٠ مدنى) ·

= القضية رقم ٢٢٤ سنة ١٩٥٢ وأيضا ١٣ ديسمبر ١٩٥٣ فى القضية رقم٣٥٧٦ سنة ١٩٥٣ وقد قضت بعض المحاكم بأن السكوت الطويل وان كان لا يسقط حق المستأجر فى طلب تخفيض الاجرة ورد القدر الزائد الا انه يعتبر قرينة على عدم جدية النزاع .

(١)عبد الرزاق السنهورى ـ المرجع السابق ص ١٠٣٤ · حمدى عبد الرحمن المرجع السابق فقرة ٦٢ ـ منصور مصطفى منصور ـ المرجع السابق فقرة ١٥٢ مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٥٦ دائرة ١٩ قضية رقم ١٨٠٠ سنة ١٩٥٣م · وقد قضت أيضا بأنه لا جدوى من القول بسقوط حق المستأجر فى طلب تخفيض الاجرة بسكوته عن رفع الدعوى وذلك لتعلق احكام تحديد الاجرة بالنظام العام · محكمة مصر الكلية اول يناير سنة ١٩٦٠م دائرة ٥٢ قضية رقم ٦٩٦ سنة ١٩٥٩م ·

المطلب الثاني

تحديد الاجرة وفقا لقوانين ايجار الاماكن في التشريع الليبى

عنى المشرع الليبى ايضا منـــذ مدة بعيدة بتنظيم العلاقة بين الملاك والمستأجرين رغبة منه فى حماية المستأجر من جـــور بعض الملاك وتعسفهم فكان ان تدخل بغية تنظيم هذه العلاقة محددا نطـــاق انطباق قانون ايجار الاماكن واضعا حدا اقصى للقيمة الايجارية ، ومحددا ايضا الاسبـاب التى يمكن ان ينتهى بها عقد الايجار · والذى يعنينا هنا هو دراسة كيفـية تحديد الاجرة وفقا لقوانين ايجار الاماكن التى صدرت فى ليبيا ·

ولقد مر التشريع الليبى فى هذا الصدد بعدة مراحل :

المرحلة الاولى : تدخـل المشرع الليبى عـلى فترتين متعاقبتين منظما العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين فى ولاية برقـــة ، ثم بعـــد ذلك فى ولاية طرابلس (١) ·

---

(١) ويلاحظ انه فى سنة ١٩٤٣ اصدر الحاكم العسكرى فى ليبيا المنشور التشريعى رقـم ٢٠ ونص فى مادته الثانية على ما يأتى:«ابتداءا من أول فبراير سنة ١٩٤٣ يمتد العمل بمرسوم حاكم ليبيا العام رقم ٩٨٣ ــ أو الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٣٨ المنشور فى صفحة١٢٥من نشرة ليبيا الرسمية عدد ٣ الصادر فى ١١ يناير سنة ١٩٣٨ كما نص فى المادة الرابعة من هذا المنشور التشريعى على ما يأتى « كل العقود التحريرية أو الشفوية التى عقدت فى اول فبراير سنة ١٩٤٣ او بعده وكانت متعارضة مع اى قانون من القوانين المذكورة فى البندين ٢ ، ٣ .. تعتبر لاغية وباطلة وبناء عليه فأن اية قيمة ايجار او مبالغ دفعت بموجب شروط مثل هذه العقود يجوز استردادها بواسطة رفع دعوى امام المحكمة الايطالية المختصة » .

اولا ـ قانون رقابة الاجرة رقم ١٥ سنة ١٩٥١ (تشريعات برية) (١)

فى سنة ١٩٥١ اصدر المشرع الليبى فى ولاية برقة قانونا لرقابة الاجر
ويهمنا هنا ان نعرض فى دراستنا له لعدة مسائل ٠

١ ـ نطاق انطباق هذا القانون :

تنص المادة الثالثة من هذا القانون على انه « ينطبق هذا القانون مـع
مراعاة احكام المادة الرابعة على كل ارض تكون ارض بناء عند بدء هـذ
القانون او تصبح ارض بناء فيما بعد، وعلى كافة دور السكنى والمبانى العامة
او التجارية سواء كانت موجودة او مؤجرة وقت بدء هذا القانون او شيدت
فيما بعد وسواء كانت مؤجرة مع الاثاث او بغير الاثاث بصفتها ارض بنـاء
ودور سكنى ومبانى عمومية او تجارية كائنة فى المناطق التى تقرر بأمر يصدر
من مجلس الوزراء ٠

ولمجلس الوزراء يأمر بنشر منه فى الجريدة الرسمية ان يمد احكام هذا
القانون الى اى منطقة يذكر اسمها فى الامر ، وله ان يخرج من نطـاق مفعول
هذا القانون اى محل معين او اية اصناف وأوصاف معينـة لمحال فى منطقة
معينة (المادة ٤ من نفس القانون) ٠

فهذا القانون ينطبق اذن على كل ارض تكون ارض بناء عند بدء هذا
القانون أو تصبح أرض بناء فيما بعد ٠ فلا ينطبق اذن هذا القانون على المبانى
وحدها ، بل على أرض البناء اى الارض المعدة للبناء وقت بدء العمل بهذا
القانون أو اتى تصبح كذلك فما بعد ، وعلى المبانى التى كانت موجـودة
وقت بدء العمل بهذا القانون سواء كانت مؤجرة او لم تكن كذلك ، وسواء
أجرت مع الاثاث او بدونه ٠ كما ينطبق أيضا هذا القانون على المبانى العمومية
أو التجارية التى توجد فى المناطق التى يصدر بتحديدها قرار من مجلس الوزراء

---

(١) جريدة برقة الرسمية ـ العدد ٢٤ فى اول اغسطس سنة ١٩٥١م ٠

ولمجلس الوزراء ان يستثنى بعض الاماكن من الخضوع لاحكام هـذا القانون ، وله ان يمد احكام هذا القانون الى بعض مناطق اخرى ٠

٢ ـ لجان تقدير الاجرة :

ويتولى تحديد الاجرة وفقا لاحكام هذا القانون « لجان تقدير الاجرة » ولمجلس الوزراء ان يشكل بأمر منه ولاغراض تنفيذ هذا القانون لجـان لتقدير الاجـرة ٠

ولرئيس مجلس الوزراء أن يعين رئيسا لكل لجنة ، وهذا الرئيس يكون قاضيا ٠ فلا تكون رئاسة اللجنة الا لقاضى ، رغبة من المشرع فى ان تكـون رئاسة اللجنة لعنصر قضائى ، حتى تتسم اعمالها بالحيدة والدقـة ومراعاة القانون ٠

ولرئيس مجلس الوزراء ان يعين جماعة من الاشخاص ينتخب من بينهم اعضاء كل لجنة ، ما عدا الرئيس ، الذى يجب ان يكون كما اسلفنا قاضيا ٠

وتتألف كل لجنـــة فى اى اجتماع لها من ثلاثة اشخاص اعضاء وهـم الرئيس وعضوان ٠ وتكون قراراتها بطبيعة الحال بالاغلبية ، وقد روعى فى تشكيلها أن يكون احاديا حتى يمكن ان تتوفر فى قراراتها الاغلبية المطلوبة ٠

٣ ـ تقدير الاجرة :

يتم تقدير الاجرة بناء على طلب يتقدم به ذوى الشأن ، وغالبا ما يكون هـو المستأجر ، الى اللجنة لكى تحدد بصـورة مؤقتة الايجار القياسى الذى يؤجر به المحل ويمثل الايجار القياسى الحد الاقصى للأجرة التى يمكن مطالبة المستأجر بها ـ فاذا اجر المحل بعد ذلك فى نفس الظروف التى تم بهـا تحديد الايجار القياسى ، كانت الاجرة المحددة هى التى يلتزم بها لمستأجر ولا يجوز جبره على الوفاء بأكثر منها ٠

واذا كان فى النية تأجير اى محل كدار للسكنى او كمبنى عـــام او تجارى أو أرض بناء دون ان يكون قد اجر فيما مضى كان لزاما على الشخص

الذى ينوى تأجيره ان يقدم بـذلك طلبا الى اللجنة المختصة · واذا قصر فى ذ
كان مرتكبا لجرم يعاقب عليـه القانون (المادة ٨/٢) ·

ولمالك او مستأجر اى محل من المحال التى ينطبق عليها هذا القانون
يطلب الى اللجنة فى اى وقت ان تقرر الايجار القياسى المناسب لصنف التأج
الذى أجر به · واذا كانت اللجنة هى التى قررت الايجار القياسى المناسـ
للمحل ، فليس له (المؤجر أو المستأجر) ان يطلب منهـا ذلك ثانية الا ا
اقتنعت اللجنة انه منذ تاريخ القرار السابق قد حدث تغير جوهرى سواء
نوع أو شروط الاجارة او فى الظروف الخاصة بتقدير الايجار القياسى ·

**القواعد التى يجب على لجان تقدير الاجرة مراعاتها عند تقدير الايجا
القياسى :**

اذا كان الايجار القياسى لاى محل من المحلات الخاضعة لهذا القانو
مقررا من اللجنة فينبغى تقديره وفقا لما يلى :

(أ) اذا كان المحل لم يؤجر بصنف التأجير فى التاريـخ المقرر اى قبله فيكو
الايجار القياسى هو الايجار الذى ترى اللجنة انه الايجار المنتظر عـ
مثل هذا التأجير ·

فاذا كان المحل المؤجر دارا للسكنى ومبنى عام او تجارى شيـد بعـ
التاريخ المقرر يضاف مبلغ تراه اللجنـة مناسبا بسبب ازدياد مزاي
الجهة او مزايا تكاليف البناء ·

(ب) فاذا كان المحل مؤجرا ضعف التأجير عينه فى التاريخ المقرر أو قبـل
وكان بعد التثبت من ان الايجار القياسى طبقا لاحكام المادة السابقة من
قانون ايجار الاماكن أعلى كثيرا أو أقل كثيرا من الايجار القياسى الذى
حصل التثبت منـه فيكون التأجير وفقا للأجرة القياسيـة التى تراهـ
اللجنة مناسبة (١) ·

---

(١) وتنص المادة «١١» من قانون مراقبة الاجرة السابق على ان المبالغ التى يجوز زيادتها =

واذا كان ايجار أى محل من المحلات التى ينطبق عليها هذا القانون يزيد عن الاجرة القياسية المقررة ، فلا يجوز للمؤجر مطالبة المستأجر بالوفاء بهذه الزيادة ٠

وللمستأجر المطالبة باستردادها ، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك ٠

وفى ١٥ مارس سنة ١٩٥٤ اصدر المجلس التنفيذى لولاية برقة بمقتضى

= على الايجار القياسى لاى محل ينطبق عليه هذا القانون هى :

١ ـ مبلغ نسبى لاية زيادة تخصص فى مقدار الرسوم والضرائب التى يدفعها المالك منذ تاريخ الايجار القياسى للتمويل . ب ـ مقدار الزيادة المئوية المصدقة . جـ ـ اى مبلغ تصدقه اللجنة وعلى طلب المالك اذا كان المالك قد صرف مصروفات على: اولا ـ تحسينات جوهرية أو تغييرات انشائية فى المحل عدا ما يكون للاصلاح الاعتيادى أو الضرورى ٠ ثانيا ـ تحسينات جوهرية فى تجميل المحل أو تحسينات جوهرية فى موقع المحل يستفيد منها المستأجر فى الصيانة او المجارى . على انه يجوز للجنة ان تمتنع عن اصدار أى أمر بموجب هذا البند عن المحال التى يكون فى رأى اللجنة ان حالة المحل تجعله غير صالح للتأجير الا اذا كان وجود هذه الحالة ناشئا عن اهمال المستأجر او تعقيده ٠

ولمجلس الوزراء ـ بأمر ينشر فى الجريدة الرسمية ـ ان يصادق على زيادة الايجارات بنسبة مئوية من الايجارات القياسية كما يراها مناسبة ويجوز ان يعمل القرار بحيث يطبق على كافة المحال فى المناطق او على كافة المحال فى اية منطقة معينة تقرر بأمر من مجلس الوزراء ٠

يجوز للجنة فى اى وقت ـ بناء على طلب المالك أو المستأجر ـ ان تقرر عن اى محل المبلغ الذى يضاف الى الايجار القياسى فى اى من الظروف الواردة فى الفقرات السابقة ٠

وكلما حددت اللجنة ايجارا قياسيا بصورة مؤقتة لاى محل فلها أيضا فى مثل هذه الحالة ان تحدد القدر الذى به يزيد ايجار المحل عند تأجيره على الايجار المقرر المؤقت ٠

ويجوز للجنة ان تعيد النظر فى اى أمر يصدر من اللجنة بموجب هذه المادة سواء بازدياد المبلغ أو تخفيضه فى حالة يكون من رأى اللجنة ان تبدل الاحوال يبرر اعادة النظر ، وبدون مساس بعمومية هذه السلطة ، للجنة ان تعيد النظر فى اى امر من هذا القبيل اذا كانت حالة المحل تجعله غير صالح للتأجير الا اذا كان وجود هذا الشرط ناشئا عن اهمال المستأجر او تقصيره ٠

ومن ثم للجنة ان تزيد على الايجار القياسى المحدد للعين المؤجرة فى اى حالة من الحالات المعينة فى المادة ١١ من قانون مراقبة الاجرة ٠

السلطة التى يخولها له القانون أمـــرا باستثناء المبانى والاماكن المستأجر
للحكومة من مفعول قانون رقابة الاجرة (١) ثم استثنى بعد ذلك ايضا المبا
والاماكن التى تستأجرها الحكومة او تؤجرها من قانون مراقبة الاجرة (٢)
فلا يقتصر الاستثناء على الاماكن المستأجرة للحكومة، بل امتد ليشمل الاما
التى تستأجرها الحكومة ثم تقوم هى بعد ذلك بتأجيرها · كما يشمل الاستث
ايضا الاماكن التى تكون مملوكة للحكومة وتقوم هى بتأجيرها ·

ثانيا ـ القانون رقم ٣٥ لسنـــة ١٩٥٢ (قانون مراقبة الاجرة الصادر فى ولايـــة طرابلس) :

تدخل المشرع بعد ذلك فى ليبيا منظما علاقة المؤجرين بالمستأجرين واصد
مجلس ولاية طرابلس قانونا سمى بقانون مراقبة الاجرة (٣) · ولقـــد بي
المشرع فى هذا القانون الطريقة التى يتم بها تحديد الاجرة ·

ولقد حددت المادة الثالثة من هذا القانون نطاق انطباق قانون مـــراق
الاجرة · وتنص المادة الثالثة من هذا القانون على انه « مع مراعاة النصوص
المدرجة فيما بعد ، يسرى مفعول هذا القانون على جميع الابنية ســـواء الت
شيدت او أجرت فى بدء نفاذ هذا القانون او بعده وسواء أجرت مفروشـــة
غير مفروشة ضمن حدود طرابلس الغرب » ·

فهذا القانون ينطبق على جميع الاماكن المبنية سواء اجرت مفروشة
غير مفروشة وسواء أجرت هذه المبانى أو شيدت فى بدء نفاذ هذا القـــانون
بعده · ومع ذلك فقد أجازت المادة الرابعة من هذا القانون لرئيس مجلس ولا
طرابلس الغرب ان يخرج بمقتضى لائحة يصدرها من مفعول هذا القانون أ
مبان معينة أو أى نوع معين من المبانى فى منطقة معينة ·

---

(١) جريدة برقة الرسمية ـ العدد رقم ٦٣ ـ فى ١٥ مارس ١٩٥٤ ·
(٢) جريدة برقة الرسمية ـ العدد رقم ١٠٥ ـ فى ١ سبتمبر ١٩٥٦ ·
(٣) جريدة طرابلس الرسمية ـ العدد رقم ٩ ـ فى اول مايو ١٩٥٢ ·

تحديد الاجرة وفقا لقانون مراقبة الاجرة ٣٥ سنة ١٩٥٢ :

١ ـ لجنة تقدير الاجرة :

أجازت المادة الخامسة من هـــذا القانون لرئيس مجلس ولاية طرابلس الغرب من وقت لآخر بمقتضى لائحة يصدرها أن يشكل عددا من اللجان الذى يستنسبه وان يبين منطقة اختصاص كل لجنة · وتقوم هذه اللجان بتحديد الاجــرة ·

٢ ـ تقدير الاجــرة :

تقوم لجان الاجرة بتقديرها بناء على طلب يتقدم به المؤجر أو المستأجر عن اية مبان يسرى عليها هذا القانون · ومتى أجرت اللجنة التقدير فلا يجوز ان ينظر فى طلب آخر لتقدير نفس الشىء ·

وتنص المادة السابعة من قانون مراقبة الاجرة على ما يأتى :

« يجب على اللجان فى تقديرها للاجرة الاساسية ان تعتبر جميع المحلات كأنها محلات غير مفروشة وتفعل ما يأتى :

أ ـ بالنسبة الى محــلات السكنى التى كانت مؤجرة فى ٣٠ يونيو ١٩٣٨ أو قبله تسمح بزيادة الاجرة ستة اضعاف الاجرة التى كانت تلك المحلات مؤجرة بها فى ذلك التاريخ ·

ب ـ بالنسبة الى محلات السكنى التى أجرت لاول مرة ما بعد ٣٠ يونيو ١٩٣٨ أو فى الاحوال التى يستحيل فيها التحقق فيما اذا كانت مؤجرة قبل ذلك التاريخ أو تعيين الاجرة التى كانت مؤجرة بها وتسمح بزيادة الاجرة ستة اضعاف عــلى ما كانت مؤجرة بها المحلات من نفس الصفة فى ذلك التاريخ ·

جـ ـ بالنسبة الى غيرمحلات السكنى تحدد الاجرة بمقدار ما كانت مؤجرة به فى أول يناير سنة ١٩٥٢ بشرط ان نصوص هذه الفترة يبطل عملها عنــد

انقضاء سنة واحدة من تاريخ نفاذ هذا القانون ما لم يقرر خلاف ذلك بلائحة يصدرها رئيس مجلس ولاية طرابلس الغرب » ٠

ومن ثم يتعين التفرقة بين فرضين :

الفرض الاول : وفيه تكون المحلات قد أجرت للسكنى لاول مرة ما بعد ٣٠ يونيو او قبله ٠ وعندئذ يجوز للجان تقدير الاجرة أن تزيد الاجرة الى ستة اضعاف الاجرة التى كانت تلك المحلات مؤجرة بها فى ذلك التاريخ ٠ فاذا كانت مؤجرة بعشرة دينارات جاز للجنة ان تزيد الاجرة الى ستين دينارا ٠

الفرض الثانى : وفيه تكون هذه المحلات قد أجرت للسكنى لاول مرة ما بعد ٣٠ يونيو ١٩٣٨ أو يستحيل التحقق فيما اذا كانت مؤجرة قبل ذلك التاريخ أو استحال تعيين الاجرة التى كانت مؤجرة بها ، عندئذ يجوز للجان تقدير الاجرة ان تزيد الاجرة الى ستة أضعاف ما كانت مؤجرة بها المحلات من نفس الصفة فى التاريخ ٠

ولقد اعتد المشرع بالقيمة التى كانت هذه المحلات أو مثيلاتها مؤجرة بها فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٨ (١) ٠ وسبب ذلك ـ فى تقديرنا ـ يرجع الى المرسوم الذى أصدره حاكم ليبيا العام رقم ٩٨٣ ـ أ الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٣٨ ٠ ولقد عدل هذا المرسوم بعد ذلك بالمرسوم رقم ٦٤١ الصادر فى ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ والمرسوم رقم ٨٢٤ الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ ، والامر الولائى لحاكم ليبيا العام رقم ٣٠٦٤٢٣ فى ٤/٤/١٩٤٠ ، والامر الولائى لحاكم ليبيا العام رقم ٣٢٠٢٠٤ الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٠ والامر الولائى لحاكم ليبيا العام رقم ٦ فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٢ (٢) ٠

اما بالنسبة للمحلات الخاضعة لقانون ايجار الاماكن والغير مخصصة

---

(١) راجع تشريعات طرابلس ـ منشور تشريعى رقم ١ ٢٠ بقيد الايجارات ومراقبة عقود الايجار ٠

(٢) الاعلان رقم ٢٠٦ جريدة طرابلس الرسمية ـ العدد رقم ٢٤ ـ بتاريخ ١٥ـ١٢ـ١٩٤٩ ٠

للسكنى ، فتحدد أجرتها بمقدار ما كانت مؤجر به فى اول يناير سنة ١٩٥٢ ويبطل العمل بهذا الحكم عند انقضاء سنة و احدة من تاريخ نفاذ القانون رقم ٣٥ سنـــة ١٩٥٢ ولرئيس مجلس طـــرابلس ان يقرر خـــلاف ذلك بلائحة يصدرها (٣) ٠

اما اذا كانت هذه المبانى قد أجرت مفروشة فتنص المادة الثامنـــة من القانون ٣ سنة ١٩٥٢ على انه « اذا اجرت المبانى المفروشة يجب على اللجنة فوق تقدير الاجرة الاساسية ان تقدر أجرة معقولة لاستعمال الاثاث بشرط الا يجوز ابدا ان تزيد اجـــرة المبانى والاثاث معا عـــلى الاجرة الاساسية اكثر من ٥٠٪ » ٠

والاجرة الاساسية معناها الاجرة الاساسية للمبانى التى حصل التحقيق عنها طبقا لاحكام قانون مراقبة الاجرة ٠ والايجار الاساسى القانونى هو أعلى ايجار لعقار يمكن اجبار الساكن على تأديته ٠

ولا يجوز زيادة الاجرة المستحقة الاداء فى الوقت السابق مباشرة لبدء نفاذ هذا القانون حتى تكون اللجنة قد قدرت الاجرة الاساسية أو أجرة الاثاث المبالغ التى يسرى عليها قانون مراقبة الاجرة ٠ واذا رأت لجنة تقدير الاجرة انها قد زيدت بواسطة المؤجر،فلا يجوز استيفاء مثل هذه الزيادة من المستأجر وللمستأجر ان يسترد ما دفع زيادة عن الحد الاقصى المسموح به وفقا للقانون

ومتى حصل تقدير للأجرة الاساسية لاية مبانى ، يجب على مؤجرها بناء على طلب كتابى من المستأجر ان يقدم له بيانا كتابيا يبين فيـــه مقدار اجـــرة المبالغ الاساسية ٠

ولكل شخص يريد ان يتظلم من أمـــر صادر عن اللجنة ان يتقدم بطلبه

---

(٣) ونرى أنه كان من الارفق تشريعا أن يكون تقرير خلاف ما هو منصوص عليه فى الفقرة (ج) من المادة السابقة بقانون لا بلائحة اعمالا للقاعدة التى تقضى بتدرج التشريع من حيث مدى ما له من قوة .

(الاستئناف) خلال خمسة عشر يوما من تبليغه الامر الى رئيس مجلس ولاي
طرابلس الغرب الذى يكون قراره عندئذ نهائيا ، فلا يجوز الطعن فيه بعد ذلك
بأى طريق من طرق الطعن ٠

ومع ذلك فللجنة دون اهدار للحكم السابق ان تعدل بناء على طل
المؤجر أو المستأجر عن أمر تكون قد أصدرته سابقا فى اية احوال ترى ان م
طرأ من الظروف يسوغ التعديل ، ولا يقبل أى طلب بتعديل أى امر فى خلال سن
من تاريخ صدوره الا اذا أثبت ما يقنع اللجنة انه قد حصل تحريف لنقط
جوهرية من خلال النظر السابق للمسألة أو أنه قد حصل لهذه النقطة الجوهري
(المادة ١٤/جـ من قانون مراقبة الاجرة) ومن ذلك أن يثبت أن المؤجر قد بال
فى تقدير قيمة التحسينات الاساسية التى ادخلها على المبنى ٠

المرحلة الثانية : قانون ايجارات الاماكن رقم ١٢ سنة ١٩٦١ :

بعد ذلك تدخل المشرع الليبى ونظم العلاقة بين مؤجرى الاماك
ومستأجريها بمقتضى القانون رقم ١٢ سنة ١٩٦١ ٠ وفى الباب الاول من هذ
القانون قيد المشرع الليبى حق المؤجر فى انهاء العقد٠ ولم يجز القانون للمؤج
انهاء عقد الايجار ـ حتى اذا حل الاجل المحدد له ـ الا فى بعض الحالات ، و
غير ذلك يمتد العقد بقوة القانون وخصص الباب الثانى للجان تحديد الاجرة
والباب الثالث للاحكام العامة ٠

١ ـ استمرار العمل فى ولاية طرابلس بقانون رقابة الاجرة رقم ٣٥ سنة ١٩٥٢ فيما لا يتعارض مع احكام هذا القانون ، واستمرار العمل ايضا ولاية برقة بقانون رقابة الاجرة رقم ١٥ سنة ١٩٥١ :

نظم المشرع فى قانون ايجارات الاماكن رقم ١٢ سنة ١٩٦١ لجان تحدي
الاجرة وبين الطريقة التى يتم بها تشكيلها ٠ ومع ذلك تنص المادة ١١ من قانو
ايجار الاماكن على ما يأتى « يظل نافذا ومعمولا به فى ولاية برقة ـ فيما
يتعارض مع احكام هذا القانون ـ قانون رقابة الاجرة رقم ١٥ سنة ١٩٥١

فاذا كانت العين التى تخضع لقانون ايجارات الاماكن رقـــم ١٢ سنة ١٩٦١ خاضعة من قبل لقانون رقابة الاجرة رقم ١٥ سنة ١٩٥١ الصادر فى ولاية برقة، وقدرت أجرتها وفقا لهذا القانون ، ظلت هذه الاجرة المقدرة لها سارية ٠

أما اذا كانت العين خاضعة لقانون مراقبة الاجرة رقم ٣٥ سنة ١٩٥٢ الصادر فى ولاية طرابلس ، ظلت الاجـــرة المقدرة لها سارية ، على ان يسمح بزيادة الاجرة فى المساكن والمحال التجارية التى يسرى عليها الى ضعف الاجرة السابق تحديدها وفقـــا لاحكامه ٠ ويجوز للجان تحديـــد الاجرة أن تسمح بالزيادة الى ضعفين اذا استبان لها ان الاجرة الاساسية غير متناسبة مع حالة العقار (المادة ١٢ من قانون مراقبة لاجرة) ٠

وتبعا لذلك نقول أنه اذا كان المحل المعد للسكنى أو المحل التجارى قد خضع لتقدر الاجرةوفقا لقانون مراقبة الاجرة رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ ، ظلت هذه الاجرة سارية ٠ ومع ذلك فيجوز للجان تحـــديد الاجرة ان تزيد الاجرة الى الضعف أو الضعفين اذا استبان لها ان الاجرة المحددة سلفا للعقار لا تتناسب وحالتـــه ٠

واذا كان هذا المكان قـــــد شغل بعد قانون مراقبة الاجرة ، فللمؤجر والمستأجر ان يتفقا فيما بينهما على تحديد اجرة العقار ٠ وتحل الاجرة المتفق عليها محل الاجرة المحددة بنص القانون ، ويظل هذا الاتفاق خاضعا للاحكام الاخرى المنصوص عليها فى قانون مراقبة الاجرة ٣٥ سنة ١٩٥٢ وفى قـانون ايجار الاماكن رقم ١٢ سنة ١٩٦١ ٠

٢ ـ لجان تحديد الاجرة :

أ ـ تشكيل هذه اللجان :

يتولى تحديد الاجرة وفقا لقانون ايجارات الاماكن رقم ١٢ سنة ١٩٦١ لجان تسمى بلجان تحديد الاجرة ٠ ولقد نظمها المشرع فى الباب الثـــانى من هذا القانون فى المواد من ٣ ـ ١٠ منه ٠

وتنص المادة الثالثة على ما يأتى « تشكل لجنـــة او اكثر لتقدير الا
الاساسية والاجرة القياسية للمبانى التى ينطبق عليها هذا القانون برئ
قاضى من المحكمة الابتدائية وعضوية احد وكلاء النيابة وموظف من و
المالية لا تقل درجته عن الثالثة واثنين من ذوى الخبرة المشتغلين بشؤون الم
ويكون اختيار هؤلاء لمدة سنتين » فتشكل هذه اللجنة اذن من خمسة اعض
روعى ان يكون من بينهم قاضى له رئاسة اللجنة وعضو نيابة ، وذلك
يمثل العنصر القانونى تمثيلا صحيحا وقويا ، ومعهما موظف من وزارة الم
واثنان من المشتغلين بشؤون المبانى ، والتشكيل أحادى حتى يمكن ان تت
القرارت بالاغلبية ·

ولكل لجنة او اكثر قلم كتاب يؤلف من موظفين كتابيين يصدر بتعي
قرار من وزير العدل (المادة ٥ من القانون السابق) (١) ·

ب ـ الاجراءات المتبعة امامها :

تنص المادة السادسة من القانون رقم ١٢ سنة ١٩٦١ على ما يأ
« ترفع الدعوى امام هذه اللجان بايداع صحيفتها قلم كتاب اللجنة المخ
ويجب ان تتضمن العريضة عدا البيانات المتعلقة بأسماء الطالب ومن يوج
اليه الطلب وصفاتهم ومحـــال اقامتهم ، موضوع الطلب وبيانا بالمستن

---

(١) ويلاحظ ان للمشرع الليبى قد نص على ما قلنا بامتداد العمل بالاجرة المحددة وفقا لق
مراقبة الاجرة رقم ١٥ سنة ١٩٥١ ووفقا لقانون مراقبة الاجرة رقم ٣٥ سنة ١٩٥٢ ب
الذى لا يتعارض مع احكام قانون ايجارات الاماكن رقم ١٢ سنة ١٩٦١ · وتنص الماد
من القانون الاخير على ما يأتى « ينتقل الاختصاص من تقدير الاجرة الاساسية او ال
القياسية الى لجان تحديد الاجرة المنصوص عليها فى الباب الثانى من هـــذا القان
وتحال اليها طلبات تحديد الاجرة التى لم يتم الفصل فيها » فاذا كانت اجرة احد ا
الخاضعة لقانون ايجار الاماكن لم تحدد بعد انتقل الاختصاص بتحديدها الى لجان تح
الاجرة المنصوص عليها فى القانون رقم ١٢ سنة ١٩٦١ · وهـــذا هو التطبيق الص
للقواعد المتعلقة بتنازع القوانين المتعلقة بتحديد الاختصاص من حيث الزمان ـ

المؤيدة له ان وجدت ويبلغ قلم كتاب اللجنة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة الى ذوى الشأن قبل الموعد المحدد بخمسة أيام على الاقل وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول » ٠

فتقدير الاجرة لا يتم بناء على طلب يقدمه صاحب الشأن الى لجنة تحديد الاجرة ، بل بدعوى ترفع امام هذه اللجنة ٠ ويتبع فيها الاجراءات المتبعة فى رفع الدعاوى ٠ فيجب ان تتضمن صحيفتها كافـــة البيانات الجوهرية التى يجب توافرها فى صحف الدعاوى بصفـــة عامة ، ويجب ايضا ايداعها قلم كتاب اللجنة المختصة ، ويبلغ قلم كتاب اللجنة مضمون الطلب وتاريخ الجلسة الى ذوى الشأن قبل الموعد المحدد لها بخمسة ايام على الاقل ٠

وللطرفين ان يحضرا بنفسيهما او ان يوكلا محاميا مقيدا امام المحـاكم الجزئية على الاقل ، واذا لم يحضر أى من الطرفين رغم اعلامه جاز اصـدار القرار فى غيبته (المادة السابعة) ٠

وللجنة أن تجرى اذا رأت لذلك ضرورة التحقيق ، ولها ان تندب لذلك من اعضائها من تشاء ٠

وتنص المادة العاشرة على انه : « تفصل اللجنة فى الطلبات التى تحال اليها على وجه الاستعجال وتصدر القرارات باغلبية الآراء وتكون مسببـة ، ويوقعها الرئيس والاعضاء الذين أصدروها ، وتعلن الى ذوى الشأن بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول ، ويجوز لذوى الشأن خلال ثلاثين يومـــا من ابلاغهم بالقرار الطعن فيه امام المحكمة الابتدائية التى يقع العقار فى دائرتها منعقدة بهيئة استئنافية ويكون حكمها نهائيا غير قابل لاى طريق من طرق الطعـن » ٠

فالقرارات التى تصدرها لجان تحديد الاجرة ليست نهائية ، بـل يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الابتدائية التى يقع العقار فى دائرتها ٠ ويكون الحكم الذى يصدر بعد ذلك نهائيا ولا يجوز الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن ٠

المرحلة الثالثة :

قرار من مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن فى ٢٧ شعبان ١٣٨٩ هـ الموافق ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٩ (١) :

أصدر المشرع الليبى فى سنة ١٩٦٩ قرارا من مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن • ولهـــذا القرار وفقا للاعـــلان لدستورى الليبى الصادر سنة ١٩٦٩ قوة القانون • ولقد حدد المشرع الليبى فى هذا القانون (قانون ايجار الاماكن) اولا نطاق انطباقه ، اذ تنص المادة الاولى من هذا القانون على انه يخضع لاحكامه غير الاراضى الفضاء من الاماكن واجزاء الاماكن على اختلاف انواعهالمؤجرة للسكن او لغير ذلك من الاغراض • وذلك فى عواصم المحافظات والمتصرفيات والجهات الاخرى التى يصدر بتحديدها قرار من مجلس الوزراء ولا تسرى احكام هذا القانون على الاماكن التى تؤجر مفروشة •

وسوف نبين اولا نطاق انطباق قانون اجار الاماكن الصادر سنة ١٩٦٩ ثم نلى ذلك بدراسة الكيفية التى يتم بها تحديد الاجرة •

١ ـ نطاق انطباق قانون ايجار الاماكن الليبى الصادر سنة ١٩٦٩ :

يستفاد مما تنص عليه المادة الاولى من قانون ايجار الاماكن ضرورة توافر عدة شروط :

الشرط الاول ـ ان يوجد عقد ايجار صحيح : اما اذا كان الشاغل للعين شاغلا لها دون سند كالمغتصب مثلا، فلا يمكن تطبيق الاحكام الواردة فى قانون ايجار الاماكن • وينطبق ايضا نفس الحكم اذا وجد عقد ايجار ولكنـــه كان باطلا أو أبطل • ولا ينطبق قانون ايجار الاماكن من باب اولى اذا لم تكن العلاقة القائمةتأجيرية • بل كانت علاقة اخرى كعارية مثلا • ويتولى قاضى

---

(١) الجريدة الرسمية ـ السنة السابعة ـ العدد ٤٣ •

الموضوع تكييف العلاقة القانونية القائمة واعطائها الوصف الصحيح (١) ٠

ولا ينطبق ايضا قانون ايجار الاماكن اذا كان الانتفاع واردا على شيء مخصصا للمنفعة العامة ، فالعقد الذى تبرمه الدولة مع احد الافراد وترخص له بالانتفاع بمال معين عام مملوك لها لا يعتبر عقدا مبدئيا بل ترخيصا اداريا وتكون العلاقة من عـــلاقات القانون العام لا علاقة من عـــلاقات القانون الخاص (٢) ٠

ويجب ان يكون انشاء هذه العلاقة هو الغرض الاساسى من الايجار أى أن يكون الغرض الاساسى منها هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة اما اذا كا نالاتفاق المبرم بين الطرفين يشمل ايجار مكان معين وعملية اخرى متدخلة فيه بحيث يبدو ن الايجار كما لو كان ثانويا بالنسبة لها ٠ فلا تخضع هذه العلاقة الايجارية لقانون ايجار الاماكن ٠ وتطبيقا لذلك نقول انـــه اذا اتفق فى عقد عمل على الزام رب العمل بتقديم سكن للعامل دون ان يلتزم العامل بدفع اجرة مستقلة مقابل انتفاع العامل بالعين التى يقدمها له رب العمـــل ، فان مثل هذه العلاقة لا تخضع لقانون ايجار الاماكن٠ ولا تسرى عليها القواعد الخاصة بالحد الاقصى للأجرة ، بل ان الالتزام الذى يقع على عاتق رب العمل فى هذا الفرض يعتبر من قبيل المزايا العينية التى تلحق بالاجر وتأخذ حكمه ٠

الشرط الثانى ـ ان تكون العين المؤجرة مكانا او جزء من مكان : وهذا هو ما تنص عليه صراحة المادة الثانية من قانون ايجار الاماكن ، اذ تنص هذه المادة على انه : « تسرى احكام هذا القانون على غير الاراضى الفضاء من الاماكن وأجزاء الاماكن ٠٠٠ » فيجب ان تكون العين المؤجرة مكانا او جزء من مكان مخصصا للسكنى او لغـير ذلك من لاغراض ٠ ولـــم يرد فى قانون

---

(١) محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ٨ وما بعدها ـ سليمان مرقس ـ المرجع السابق فقرة ٧ ص ٢٧ ، ص ٤٦ نقض مدنى مصرى ١٤ يونيو سنة ١٩٥٦م مجموعة احكام محكمة النقض ٧ ـ ٧٣ ـ ١٠٢ ٠

(٢) محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ١١ ٠

ايجار الاماكن الليبى الصادر سنة ١٩٦٩ تحديدا للمقصود بعبارة مكان جزء من مكان ، لذلك نرى الرجوع الى قانون ايجار الاماكن الذى صدر مصر سنة ١٩٤٧ ، اذ يكاد يتطابق نص المادة الثانية من قانون ايجار الاما الليبى وما كان منصوصا عليه فى المادة الاولى من القانون ١٢١ سنة ١٩٤٧

ولقد اختلف الفقه والقضاء فى مصر حول تحديد المقصود بالاماكن أجزائها المخصصة للسكنى او لغير ذلك من الاغراض . فذهب رأى الى المقصود بها الاماكن المغلقة أو المحاطة بسور .

وهذا يعنى كل حيز مغلق بحيث يكون حرزا (١) . ولقد اعتبرت محك النقض المصرية من هذا القبيل سطح المنزل ولو أجر لوضع لافتة عليه تحمل عنوانا ضخما (٢) .

وذهب جانب آخر من الفقه والقضاء فى مصر الى قصر تطبيق قانو ايجار الاماكن على الاماكن المبنية فقط دون غيرها . وحجة هؤلاء ان المشر وقد استبعد من نطاق تطبيق قانون ايجار الاماكن الارض الفضاء ، فان ذل يعنى جعله مقصورا على المبانى فقط دون غيرها . ويبدو ان هذا الرأى الاخ هو الذى يتجه اليه القضاء ويسايره جانب كبير من الفقه (٣) .

---

(١) سليمان مرقس ـ المرجع السابق فقرة ١٠٦ ؛ استئناف مختلط ٢٢ ابريل ١٩٤٧ (٥٩ ص ٢٠١) ؛ ٢٠ ابريل سنة ١٩٤٤ (٥٦ ص ١٠٩) .

(٢) نقض مصرى ٧ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة احكام محكمة النقض ٤ ـ ٩٩٠ ـ ١٥١ . ولقد جاء فى هذا الحكم انه « لما كانت المادة الاولى من القانون ١٢١ سنة ١٧٩٤ قد نصت على سريان احكام هذا القانون فيما عدا الارض الفضاء على الاماكن واجزاء الاماكن على اختلا ف انواعها المؤجرة للسكنى او لغير ذلك من الاغراض . وكان سطح المنزل المؤجر من الطاعن للمطعون عليه لوضع لافتة تحمل اعلانا هو جزء من البناء يقع فى اعلاه ... فان المحكمة لا تكون قد اخطأت فى تأسيس قضائها بعدم اختصاص القضاء المستعجل بازالة الاعلان ، على ما استظهرته من عدم اعتبار العين المؤجرة ارض فضاء » .

(٣) محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ١٤ ـ مصر الابتدائية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٥٤ فى القضية رقم ٤٨٠٤ سنة ١٩٥٣ . ولقد قضى بانه اذا تضمن عقد ايجار قطعة ارض ==

ولقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم هام لها بأن المادة الاولى من القانون رقم ١٢١ سنة ١٩٤٧ نصت على انـــه يسرى على الاماكن المؤجرة للسكنى او لغير ذلك من الاغراض واستثنت صراحة الارض الفضاء · ولما كانت العين المؤجرة بمقتضى العقد الذى يستند اليه الطاعن عن أرض فضاء، فان دعواه تخضع للقواعد العامة المتعلقة بالاختصاص · وليس يغير من هذا النظر ان المستأجر لتلك الارض الفضاء قد اقام عليها بناء اذ أن مناط البحث ينحصر فيما اذا كانت الارض المؤجرة ارضا فضاء أم مكانا معد للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض (١) ·

ومتى كانت العين المؤجرة مكانا أو جزءا من مكان على النحو السابق تحديده ، فان العلاقة التأجيرية التى تنشأ بصددها تخضـــع لقانون ايجار الاماكن سواء كان المكان معدا للسكنى أو كان معدا لاغراض اخرى ، كـأن يكون معدا للاستغلال التجارى أو الصناعى أو لمزاولة المهن الحرة · ومـــع ذلك فانه يلحق بالاراضى الفضاء ولا يسرى عليها قانون ايجـــار الاماكن الاراضى المقام عليها منشآت صناعية أو تجارية تفوق أهميتها قيمـــة تلك الاراضى اذا كانت مؤجرة بما عليها من منشآت لان الايجار يكون واردا بصفة اصيلة على هذه المنشآت ·

وتبعا لذلك فقد قضى بأنه اذا أجرت مدبغة جلود بها عدد وآلات ميكانيكية وكان المؤجر مسؤولا عن ادارتها بالكهرباء وعن العوائدوالرسوم والرخصة فان الغرض الاول من هذه الاجارة هنا ليس هو المكان المبنى فى حد ذاته بل

= فصار يبيح للمستأجر اقامة بناء عليها مستقبلا على أن تؤول ملكيته الى المؤجر عندانتهاء الاجارة ، فان مثل هذا النص ليس من شأنه اخراج العين عن طبيعتها حال التعاقد عليها على انها ارض فضاء وبالتالى فان ايجارها يخضع لقواعد القانون العام . مصر الوطنية ١٧ اكتوبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ ـ ٦٤٤ ـ ٣٧٣ ، ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ـ ٦١٢ ـ ١٨٣ ·

(١) نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ـ ٩٨١ ـ ٢٨٣ ·

المنشأة بما لها من سمعة تجارية وما اشتملت عليه من أدوات وماكينات الن
بدونها لا يكون للمكان المبنى اية قيمة فى نظر المستأجر ومن ثم فلايسرى قانو
ايجار الاماكن على النزاع المطروح (١) ٠

الشرط الثالث ـ وهو ما تنص عليه صراحة المادة الاولى من قانون ايج
الاماكن والتى تنص على سريان احكام هـــذا القانون على الاماكن وأجزا
الاماكن على اختلاف انواعها المؤجرة للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض، ذل
فى عواصم المحافظات والمتصرفيات والجهات الاخرى التى يصدر بتحديده
قرار من مجلس الوزراء ٠

ثم اصدر المشرع الليبى بعد ذلك القانون رقم ١٣٠ سنة ١٩٧٢ بشأ
نظام الادارة المحلية ٠ ونصت المادة الاولى من هذا القانون على ان وحـــدا
الادارة المحلية هى المحافظات والبلديات ويكون لكل منها الشخصية المعنوية
فلم تعد المتصرفيات اذن من وحدات الادارة المحلية ، بل المحافظات والبلديا
هى وحداتها ٠ وتقسم البلديات الى محلات ، ويجوز حيثما يقتضى الامر ا
ينشأ بالبلديات مديريات ٠ وتقسم المديريات الى محلات (المادة الثانيـــة من
القانون ١٣٠ سنة ١٩٧٢) (٢) ٠

الشرط الرابع ـ الا يكون هذا المكان من الامكنة المؤجرة مفروشة ٠ فاذ
أجر المكان مفروشا فلا ينطبق عليه قانون ايجار الاماكن ٠ وبذلك يكون المشرع
الليبى قد أخرج من نطاق تطبيقه هذه الاماكن ٠ وسهـــل بالتالى لمن يريد

---

(١) سليمان مرقس ـ المرجع السابق فقرة ١٠ ، مصر الابتدائية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦١ فى
القضية رقم ١١٤٠ سنة ١٩٦١ نقض مدنى فى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ ، مجموعة احكـــام
محكمة النقض ٤ ـ ٣٩٥ ـ ٥٧ ٠

(٢) الجريدة الرسمية ٩ شوال ١٣٩٢ هـ الموافـق ١٥ نوفمبر سنة ١٩٧٢ العدد ٥٣ السنة
العاشرة ٠
ومما هو جدير بالذكر أيضا اصدار المشرع الليبى بعد ذلك القانون رقم ١٦ سنة ١٣٩٥ هـ
الموافق ١٩٧٥ بنقـــل اختصاصات ومسئوليات المحافظات والمديريـــات التابعة لها الى
الوزارات ٠

التخلص من احكام هذا القانون · وهنـــا يبين الاختلاف بين القانون الليبى والقانون المصرى، اذ تنص المادة الاولى من قانون ايجار الاماكن المصرى رقم ٥٢ سنة ١٩٦٩ على انه : « فيما عدا الاراضى الفضاء تسرى احكام هـذا الباب على الاماكن واجزاء الاماكن على اختلاف انواعها المعدة للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض سواء كانت مفروشة او غير مفروشة ··· » وهذا ايضا هو نفس الحكم الذى كان يقضى به قانون ايجار الاماكن الصادر فى مصر سنة ١٩٤٧ · فالاماكن المفروشة أو غير المفروشة لا تخرج عن نطاق تطبيقه ·

٢ ـ كيفية تحديد الاجرة وفقا للقانون الليبى :

عنى المشرع الليبى ببيان الطريقة التى يمكن أن يتم بها تحديد الاجرة رغبة منه فى ان يحقق قدرا من التوازن المعقول بين الملاك والمستأجرين هادفا من وراء ذلك الى تحقيق غرضين ·

أولهما : التخفيض من مقدار الاجرة والتى لوحظ ارتفاعها بشكل منقطع النظير فى ليبيا حماية للمستأجرين وهـــم الذين يمثلون السواد الاعظم من الطبقات الكادحة ·

ثانيهما : الا يترتب على هذا التحديد اضرار بحركة التطور العمرانى أو الحد منها خاصة اذا لوحظ مدى الحاجة الى التطوير العمرانى فى ليبيـــا · ورغبة من المشرع فى تحقيق هذين الهدفين ، فقد عمد أولا الى تخفيض أجرة المحال الخاضعة لقانون ايجار الاماكن والقائمة فعلا وقت صدور قانون ايجار الاماكن ، ثم بين بعـد ذلك الاساس الذى يتم بمقتضاه تحديد القيمة الايجارية مستقبـلا ·

اولا ـ تخفيض أجرة المحال الموجودة وقت العمل بهذا القانون :

تنص المادة الرابعة من قانون ايجار الاماكن الصادر سنة ١٩٦٩ سنـة ١٩٦٩ على ما يأتى :

تنخفض الاجرة الحالية للاماكن التى يسرى عليها هذا القانون بالنسبة المبينة فيما يلى :

أ ـ ١٠٪ (عشرة فى المائة) من قيمة الايجار الحالى المتفق عليه فى عقود الايجار المبرمة قبل اول يناير سنة ١٩٥٥ اذا لم يكن قد طرأ على الايجار تغيير بالزيادة بعد ذلك ٠

ب ـ ١٥٪ (خمسة عشر بالمائة) من قيمة الايجار الحالى المتفق عليه فى عقود الايجار المبرمة خلال المدة من اول يناير سنة ١٩٥٥ الى ٣١ ديسمبر ١٩٥٩ أو فى العقود المبرمة قبل هذه المدة اذا كان قد طرأ على الاجرة تغيير يذكر بالزيادة خلال المدة المذكورة ٠

جـ ـ ٢٠٪ (عشرون فى المائة) من قيمة الايجار الحالى المتفق عليه فى عقود الايجار المبرمة خلال الفترة من اول يناير ١٩٦٠ الى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ أو فى العقود المبرمة قبل هذه الفترة اذا كان قد طرأ على الاجرة تغيير بالزيادة خلال الفترة المذكورة ٠

د ـ ٢٥٪ (خمسة وعشرون فى المائة) من قيمة الايجار الحالى المتفق عليه فى عقود الايجار المبرمة خلال الفترة من اول يناير ١٩٦٥ الى ٣١ ديسمبر ١٩٦٧ أو فى العقود المبرمة قبل هذه الفترة اذا كان قد طرأ على الاجرة تغيير بالزيادة خلال الفترة المذكورة ٠

هـ ـ ٣٠٪ (ثلاثون فى المائة) من قيمة الايجار المتفق عليه فى عقود الايجار المبرمة خلال الفترة من اول يناير ١٩٦٨ الى تاريخ صدور هذا القانون أو فى العقود المبرمة قبل هذه الفترة اذا كان قد طرأ على الاجرة تغيير بالزيادة خلال الفترة المذكورة ٠

وهكذا يكون المشرع قد خفض الاجرة الحالية للاماكن التى يسرى عليها قانون ايجار الاماكن ، والسبب فى ذلك كما سبق أن بينا هو المغالاة الواضحة فى القيمة الايجارية للمحال الخاصة للقانون ٠ ويلاحظ ان النسب المئوية

للتخفيض تزداد كلما كان البناء الخاضع للقانون حديثا · فـــاذا كان عقد الايجار مبرما قبل اول يناير ١٩٥٥ خفضت القيمة الايجارية بنسبة ١٠٪ ، وتزداد هذه النسبة الى ١٥٪ اذا كان عقد الايجار قد ابرم خلال المدة من اول يناير ١٩٥٥ الى ٣١ ديسمبر ١٩٥٩ ··· وفقا لما هو منصوص عليه فى المادة الرابعة من قانون ايجار الاماكن ·

فاذا كان المكان خاليا عند صدور قانون ايجار الاماكن ، قدرت أجـرته على أساس الاجرة المحددة له فى آخر عقد ايجار ، ثم تخفض هذه الاجرة بعد ذلك وفقا لما هو مبين فى المادة الرابعة السابق الاشارة اليها · أما المبانى التى لم يسبق تأجيرها قبل صدور قانون ايجار الاماكن فتحدد اجرتها بأجر المثـل (المادة الخامسة من قانون ايجار الاماكن) ·

وتنص المادة السابعة من قانون ايجار الاماكن على انه : « لا تخل احكام المواد السابقة بالقرارات النهائية الصادرة من لجان تحديد الاجرة طبقـــا لقانون رقابة الاجرة رقم ١٥ لسنة ١٩٥١ وقانون مراقبة الاجرة رقم ٢٥ سنة ١٩٥٢ وقانون ايجارات الاماكن رقـــم ١٢ سنة ١٩٦١ المشار اليهـــا وتبقى الايجارات الحالية المحددة بقرارات اللجان سارية دون تخفيض ، وذلك ما لم يكن قد طرأ عليها تعديل بالزيادة فتخفض الاجرة فى هذه الحالة طبقا لاحكـام المادة السابقة » ·

فاذا كانت الاجـرة محددة سواء طبقا لقـانون رقابة الاجـرة رقم ١٥ سنة ١٩٥١ أو قانون مراقبة الاجرة رقم ٣٥ سنة ١٩٥٢ أو قانون ايجـارات الاماكن رقم ١٢ سنة ١٩٦١ ظلت هذه الاجرة نافذة دون اعمـــال للتخفيض المنصوص عليه فى المادة الرابعة من قانون ايجار الاماكن ، شريطة الا يكون قد طرأ عليها زيادة ، فاذا كان الامر كذلك وجب تطبيق التخفيض المنصـوص عليه فى المادة الرابعة من القانون ·

ثانيا ـ لجان تقدير الاجرة ، الاجراءات المتبعة امامها ، التظلم من قراراتها :

بعد أن نصت المادة الرابعـــــة من قانون ايجار الاماكن على تخفيض الاجرة الحالية للاماكن التى يسرى عليها هذا القانون ، عهد المشرع بعد ذلك الى لجان سميت « لجـان تقدير الاجرة » بمهمة تحديد اجـــرة الاماكن التى تخضع للقانون ٠

١ ـ لجان تقدير الاجرة، تشكيلها، تحديد اختصاصها، أساس تقدير الاجرة:

أ ـ تشكيل هذه اللجان :

تنص المادة ١٢ من قانون ايجار الاماكن على انه : «تنشأ» لجان لتقدير أجرة المثل فى الاماكن المنصوص عليها فى المادة ٥/٢ ولتحديد الاجرة فى الاماكن المنصوص عليها فى المادة التاسعة وتوزيعها على وحدات ٠ وتشكل كل لجنة من رئيس وعضوين يكون أحدهما مهندسا معماريا ، ويصدر بتشكيل اللجان وتحديد مقارها ودوائر اختصاصها قرار من وزير العدل ٠ ويشترط لصحـــة انعقاد اللجنة حضور جميع اعضائها وتصدر قراراتها بأغلبية الاصوات » ٠

وفى سنة ١٩٧٠ أصدر وزير العدل قرارا بتشكيل هذه اللجان ٠ وتنص المادة الثالثة من هـذا القرار على ان تشكل كـل لجنة من المتصرف المختص رئيسا ومهندس معمارى وموظف من البلديـــة المختصة لا تقل درجتـــه عن الرابعة ٠ وتختص هذه اللجنة بتقدير أجرة المبانى الكائنة بدائرة المتصرفية ٠ ويشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور جميـــع أعضائها ، وتصدر قراراتها بأغلبية الاصوات (١) ٠

---

(١) ويلاحظ ان القانون رقـــم ١٣٠ لسنة ١٩٧٢ م قد حدد وحـــدات الادارة المحلية بأنها المحافظات والبلديات ، ثم صدر بعد ذلك ، القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٧٥م الذى ألغى به المشرع المحافظات .

ب ـ تحديد اختصاص هذه اللجان :

تنص المادة الثانية من قرار وزير العدل السابق على انه : « تختص لجان تقدير الاجرة بتحديد أجرة المبانى التى لم يسبق تأجيرها قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن المشار اليها ... والمبانى التى يبدأ فى انشائها بعد صدور القرار المذكور » .

وتختص لجان تقدير الاجرة بتحديد اجرة :

ـ المبانى التى لم يسبق تأجيرها قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن : فاذا كان المبنى قائما قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة . وحددت له قيمة ايجارية سواء طبقا لقانون رقابة الاجرة رقم ١٥ سنة ١٩٥١ وقانون مراقبة الاجرة رقم ٣٥ سنة ١٩٥٢ أو قانون ايجارات الاماكن رقم ١٢ سنة ١٩٦١ ظلت الاجرة المقدرة نافذة ما لم يكن قد طرأ عليها زيادة فتخفض عندئذ وفقا للمادة الرابعة من قانون ايجار الاماكن أما اذا كان المبنى خاليا عند صدور قانون ايجار الاماكن فتقدر أجرته وفقا لآخر أجرة محددة له ثم القائمة التى لم يسبق تأجيرها قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن (١) .

ـ المبانى التى يبدأ فى انشائها بعد صدور قرار مجلس قيادة الثورة : فلا يقتصر عمل لجان تقدير الاجرة على تحديد أجر المبانى التى لم يسبق تأجيرها قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن ، بل يشمل المبانى التى بدأ فى انشائها بعد صدور هذا القرار ، اذ يختص بتحديد اجرة هذه

---

(١) ولا نقول ان لفظ المبانى ينصرف الى المبنى باكمله لا الى كل وحدة من الوحدات التى يضمنها على حدة ، بل العبرة بكل جزء من اجزاء المبنى على حدة ، فاذا كان احد اجزاء المبنى قد شغل واجر قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن ، فى حين ان البعض الاخر منه لم يؤجر ، خضع تحديد اجرة هذه الاجزاء الاخيرة لقانون ايجار الاماكن واختص به لجان تحديد الاجرة . راجع الاستاذ سليمان مرقس ١ المرجع السابق ص ٢٩٠ .

المبانى ـ من باب اولى ـ لجان تقدير الاجرة المنصوص عليها فى قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن ٠

جـ ـ كيفية تقدير الاجرة :

تنص المادة التاسعة من قانون ايجار الاماكن على انه : « تحـدد الاجرة السنوية للأماكن التى يبدأ فى انشائها بعد صدور هذا القانون بما يأتى :

أ ـ ٧٪ من قيمة الارض والمبانى مقابل استثمار العقار ٠

ب ـ ٢٪ من قيمة المبانى مقابل استهلاك رأس المال ومصروفات الصيـانة والاصلاح والادارة ٠

وتنص المادة العاشرة على انه : « فى تطبيق حكم المادة السابقـة تقدر الارض بقيمتها وقت البناء ، فتقدر المبانى بقيمتها وفقا لسعر السوق بالنسبة لمواد البناء وقت الانشاء ٠٠٠ » ٠

فيجب اذن الاعتداد فى تقدير قيمة الارض بقيمتها وقت البناء ٠ ولا عبرة بالثمن الذى اشتريت به ، بل العبرة بثمن المثل وقت البناء ٠ فقد تكون الارض قد اشتريت من زمن بعيد أو تملكها صاحبها دون مقابل عن طريق الهبـة أو الوصية٠ واذا كان صاحب الارض قد اشتراها بثمن مغالى فيه ـ ولو أثبت ذلك فعلا ـ فالعبرة ايضا تكون بثمن المثل ٠ ولقد افتت الجمعية العمومية للقسـم الاستشارى بمجلس الدولة المصرى بأن ا لارض المشتراة بثمن مخفض عن طريق الجمعيات التعاونية للاسكان تقدر قيمتها ـ فى حساب القيمـة الايجارية للوحدات السكنية ـ بثمن المثل وقت البناء (١) ٠

وتحسب كامل قيمة الارض والمبانى والاساسات والتوصيلات الخارجية للمرافق العامة على كل المساحة المسموح بالبناء عليها ، واستيفاء الارتفاع

---

(١) ولقد افتت بهذا ايضا ادارة الفتوى والتشريع لرئاسة الجمهورية فى مصر (ملف رقـم ٩١ ـ ١/١٩٥١) مشار اليه فى سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٣٠١ .

المسموح به ، وطبقا للقيود المفروضة على المنطقة واحكام قوانين التنظيم وتخطيط المدن والقرى وغيرها من القوانين (المادة ١٠ من قرار مجلس قيادة الثورة) ٠

فلكى تحسب كامل قيمة الارض والمبانى والاساسات والتوصيلات الخارجية ، يجب ان يتم البناء على كل الارض المسموح بالبناء عليها وان يستوفى الارتفاع المسموح به طبقا للقيود المفروضة على المنطقة وأحكام قوانين التنظيم ٠

فاذا بنى المالك على جزء من المساحة المسموح بها ، وترك جزءا آخر غير مسموح بالبناء عليه لمنفعة البناء ٠ فلا يحسب من قيمة الارض الا الجزء الذى بنى عليه والذى تركه لمنفعة البناء ، أما اذا ترك اجزاء اخرى دون ان يبنى عليها بغير ما تفرضه عليه قواعد التنظيم ، ودون ان يكون فى ذلك منفعة للبناء ، فلا يحسب من قيمة الارض الا الجزء الذى بنى عليه ٠

وحتى تحسب قيمة هذا الجزء بالكامل ، يجب ان يستوفى المالك كل الارتفاع المسموح به قانونا ٠ اما اذا بنى دورين وكان الارتفاع المسموح به أربعة ، فلا تحسب عندئذ الا نصف قيمة الارض فقط ٠ فاذا بنى على نصف الارض المسموح بالبناء عليها ولم يرتفع بالبناء الا لنصف الارتفاع المسموح به ، فلا تحسب له الا ربع قيمة الارض (١) وهكذا :

وتقدر المبانى بقيمتها وفقا لسعر السوق بالنسبة لمواد البناء وقت الانشاء ، ويلاحظ هنا ان المشرع قد فرق بين تكاليف المبانى التى ينتفع بها فى الاستعمال المباشر وهى مبانى الادوار وبين تكاليف الاساسات والتوصيلات الخارجية ٠ فبالنسبة للأولى تحسب قيمتها كلها وقت البناء ، وأما بالنسبة للثانية فانها لا تحسب الا اذا استوفى المالك الارتفاع المسموح به كله ، فاذا

---

(١) سليمان مرقس ـ المرجع السابق ص ٣٠٢ محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق ص ٤٩ وما بعدها ٠

كان مسموحا للمالك بالبناء اربعة ادوار فبنى اثنين فقط ، فلا تحسب عنـدئذ الا نصف القيمة الكلية للاساسات والتوصيلات الخارجية ٠

ويدخل فى تقدير قيمة المبانى وفقا لسعر السوق جميـــع تكاليف البناء من اثمان مواد وأجرة عمل تدفع للعمال والمهندسين ومقاولين وكل ما يتكلفه البناء من نفقات ٠

وتحدد الاجرة السنوية للأماكن بعد ذلك كالآتى : ٧٪ من قيمة الارض والمبانى مقابل استثمار العقار يضاف اليها ٢٪ من قيمة المبانى مقابل استهلاك رأس المال ومصروفات الصيانة والاصلاح والادارة ٠ فاذا كانت قيمة الارض ١٠٠٠ دينار ، وقيمة المبانى وفقا لسعر السوق وقت الانشاء ٢٠٠٠ دينار ، حددت الاجرة السنوية على أساس ٧٪ من قيمة الارض والمبانى مقابل استثمار العقار اى ١٠٠٠ + ٢٠٠٠ × $\frac{٧}{١٠٠}$ = ٢١٠ دينار ٠

ويضاف اليها ٢٪ من قيمة المبانى مقابل استهلاك رأس المال اى ٢٠٠٠ × $\frac{٢}{١٠٠}$ = ٤٠ دينار فتكون الاجرة السنوية ٢٥٠ دينار ٠

وتوزع بعد ذلك القيمة الايجارية الكليـــة للمبنى على عدد الوحدات السكنية ٠ وهذا التوزيع من الاعمال الدقيقة التى تقـــوم بها لجان تحديد الاجرة ٠ فقد تختلف كل وحدة سكنية عن الاخرى من حيث الموقع والمساحة وعدد الحجرات والغرض الذى خصص لـــه الاستعمال ٠ ولا شك أن أولى العوامل التى يجب ادخالها فى الاعتبار عند اجراء هذا التوزيع هو مساحة كل وحدة من وحدات المبنى مقارنة بالاخرى٠ فاذا زادت المساحة زادت تبعا لذلك الاجرة ، وغالبا ما يقترن بزيادة المساحة زيادة فى عدد الحجرات ٠ وتختلف أجرة كل وحدة من الوحدات السكنية تبعا لموقعها ٠ فاذا كانت مطـــلة على الشارع الرئيسى ارتفعت قيمتها الايجارية بعكس المطلة على شارع جانبى ٠ وعادة ما تقل أجرة الادوار السفلى عن العليا خاصة اذا وجد مصعد كهربائى ، ويقال ايضا أن من أهم العوامل التى يجب ادخالها فى الاعتبار عنـــد تحديد

القيمة الايجارية هو الغرض الذى خصصت من اجله العين المؤجرة • فاذا كانت قد خصصت لتكون مكتبا لمحام أو مقرا لشركة ارتفعت قيمتها الايجارية• وهذه كلها فى نهاية الامر ليست سوى العديد من الاعتبارات التى يجب على لجان تحديد الاجرة الاعتداد بها عند تقدير القيمة الايجارية لكل وحدة من وحدات المبنى •

وقف العمل مؤقتا بالقواعد الخاصة بالتحديد القانونى للأجرة :

فى ٢١ رجب ١٣٩٢ هـ الموافق ٣٠ اغسطس سنة ١٩٧٢ م اصدر المشرع اللبى القانون رقم ١١٦ سنة ١٩٧٢ وهو القانون الخاص بالتطوير العمرانى • وتنص المادة ١٥ من هذا القانون على ما يأتى : « لا تسرى احكام تحديد الاجرة المنصوص عليها فى قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن المشار اليه على المبانى التى تم انشاؤها بعد تاريخ صدور هذا القانون وذلك لمدة سبع سنوات اعتبارا من تاريخ اتمام البناء • ويسرى حكم الفقرة السابقة على أية وحدات جديدة تضاف الى مبنى قائم عند صدور هذا القانون » وبذلك يكون المشرع رغبة منه فى تشجيع حركة البناء قد اوقف العمل مؤقتا بالقواعد الخاصة بالتحديد القانونى للأجرة وذلك لمدة سبع سنوات تبدأ من وقت العمل بهذا القانون ، أى لغاية سنة ١٩٧٩ • فالمبانى التى يتم انشاؤها بعد بدء العمل بهذا القانون لا تخضع للتحديد القانونى للأجرة • فاذا كان المبنى قد بدىء فى انشائه قبل بدء العمل بهذا القانون ولم يتم بناؤه الا بعد العمل بهذا القانون استثنى من الخضوع للاحكام الخاصة بالتحديد القانونى للأجرة •

ويلاحظ ان الحكم المنصوص عليه فى المادة ١٥ من قانون التطوير العمرانى حكم مؤقت ينتهى العمل به من تلقاء نفسه وبغير حاجة ـ فى نظرنا ـ الى الغاء فور حلول الاجل المنصوص عليه لانتهاء العمل بهذا الحكم الاستثنائى وينم تقدير أجرة هذه الاماكن بعد ذلك وفقا لما هو منصوص عليه فى قانون ايجار الاماكن •

٢ ـ الاجراءات المتبعة امام لجان تقدير الاجرة :

يقدم طلب تقدير الاجرة من المؤجر أو المستأجر ويكون الطلب من اصل وصورتين ويرسل هذا الطلب الى لجنة تقدير الاجرة بخطاب مسجل مصحوب بعلم وصول أو يسلم الى سكرتارية اللجنة مقابل ايصال الاستلام (المادة الاولى من قرار وزير العدل السابق الاشارة اليه) ٠

وتنص المادة ١٣ من قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن على ما لى : « وعلى مالك المبنى ـ فور اعداده للاستعمال ـ ان يخطر اللجنة التى يقع المبنى فى دائرة اختصاصها لتقوم بتحديد الايجار وتوزيعه على وحدات المبنى ، على أن يتم ذلك الاخطار فى موعد لا يتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ نفاذ أول عقد ايجار أية وحدة من وحدات المبنى أو من تاريخ استعمالها لاول مرة بأية صورة ٠٠ » وبذلك يكون المشرع قد أوجب على المؤجر فور اعداد المبنى للاستعمال ، وفى ميعاد اقصاه ثلاثين يوما من تاريخ نفاذ أول عقد ايجار أو من تاريخ استعماله لاول مرة بأية صورة أن يخطر اللجنة التى يقع المبنى فى دائرة اختصاصها لتتولى تحديد الاجرة ٠

ويجب أن يتضمن طلب تقدير الاجرة ـ الذى قد يكون مقدما من المؤجر أو المستأجر ـ عدا البيانات المتعلقة باسم وعنوان المؤجر والمستأجر فى حالة وجوده وصفا للعين المؤجرة وموقعها وموضوع الطلب والمستندات المؤيدة لما به من بيانات (المادة الثالثة من قرار وزير العدل السابق) ٠

ويبلغ مضمون الطلب فور وروده أو تسلمه الى ذوى الشأن ، ويكون لهؤلاء خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطارهم ابداء رأيهم فى الطلب (المادة الخامسة من قرار وزير العدل السابق) ٠

ثم تحدد اللجنة بعد ذلك تاريخا للجلسة التى ينظر فيها طلب تقدير الاجرة ، ويبلغ هذا التاريخ الى ذوى الشأن قبل الموعد المحدد لنظره بخمسة أيام على الاقل بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول (المادة السادسة من قرار وزير العدل السابق) ٠

ولذوى الشأن الحضور بأنفسهم أو بوكيل عنهم ، ولهم أن يبـدوا آراءهم كتابة أو شفاهة واذا رأت اللجنة ضرورة اجراء تحقيق باشرته بنفسها ، أو قام به من تندبه لذلك من اعضائها ٠

٣ ـ التظلم من قرارات لجان تقدير الاجرة :

القرارات التى تصدرها لجان تقدير الاجرة ليست نهائية، بل يجوز لكل من المؤجر والمستأجر التظلم منها امام لجان مشكلة لهذا الغرض سميت بلجـان التظلمات من قرارات تقدير الاجرة ٠

وتنص المادة١٤ من قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن على أنه « يجوز لكل من المالك والمستأجر أن يتظلم من قرار لجنة التقدير أمام احـدى اللجان التى تشكل لهذا الغرض برئاسة احد قضاة المحكمة الابتدائية تندبـه سنويا الجمعية العمومية للمحكمة ، وعضوية اربعة يكون اثنـان منهم من المهندسين المعماريين ٠ ويصدر بتشكيل لجان التظلم وتحديد مقارها ودوائر اختصاصها قرار من وزير العـدل ، ويشترط لصحة انعقاد اللجنـة حضور جميع اعضائها وتصدر قراراتها بأغلبية الاصوات » ٠

ولقد نظم قرار وزير العدل الصادر فى ٢١ ذى القعـدة ١٣٨٩ هـ الموافق أول فبراير ١٩٧٠م ـ والسابق الاشارة اليه ـ اجراءات التظلم مـن قرارات لجان تقدير الاجرة ٠ فتنص لمادة ١٢ من هذا القرار على انـه « لذوى الشأن خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلانهم بقرار لجنة التقدير أن يتظلموا منه امـام لجنة التظلمات المختصة التى تشكل وفقا لحكم المادة٢٤ من قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن وتكون قرارات لجنة تقدير الاجرة نافذة رغـم التظلم منها » ٠

فلذوى الشان ـ المؤجر أو المستأجـر ـ التظلم من قرارات لجـان تقدير الاجرة ، ويشترط ان يتم التظلم خلال ثلاثين يوما من تاريـخ اعلانهم بقرار لجنة التقدير وهذه المدة حتمية، فيجب أن يتم التظلم فى خلالها، ومن ثم فهى مدة

سقوط delaid'echeance ويقدم المتظلم من أصل وصورتين وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول ويجب أن يتضمن الطلب عدة بيانات نصت عليها المادة ١٤ من قرار وزير العدل السابق وهى : اسم مقدم التظلم أو من ينوب عنه ولقبه ومهنته وعنوانه واسم الخصم الذى يرفع التظلم فى مواجهته ولقبه ، وملخص القرار المتظلم منه واللجنة التى اصدرته وتاريخ اعلانه ، والاسباب التى بنى عليها التظلم ، والمستندات والوثائق التى تؤيد التظلم ٠

وتبلغ بعد ذلك صورة التظلم فور وروده أو تسلمه الى المتظلم ضدهم ، ويكون لهؤلاء خلال سبعة ايام من تاريخ ابلاغهم ايداع مذكرة بدفاعهم ٠

وتنص المادة ١٥ من قانون ايجار الأماكن على نفاذ قرارات لجان تقدير الاجرة رغم التظلم امام لجنة التظلمات ، كما ان القرار الصادر من لجنة التظلمات بالفصل فى التظلم يكون نهائيا ٠

ولا تعنى نهائية هذه القرارات فى نظرنا تحصينها من طرق الطعن القضائية اذ يجوز لذوى المصلحة اللجوء الى المحكمة للطعن فيما تصدره هذه اللجان من قرارات ٠

ثالثا ـ اثبات الاجرة :

وتنص المادة الثامنة من قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن على انه « اذا لم توجد عقود مكتوبة أو تعذر الحصول عليها جاز اثبات شروط التعاقد والاجرة المتفق عليها بجميع طرق الاثبات أيا كانت قيمة النزاع » فعقد الايجار من العقود الرضائية ولا يلزم لانعقاده توافر شكل خاص ، بل ويجوز اثبات وجوده وشروطه بجميع طرق الاثبات أيا كانت قيمة النزاع ٠ وفى هذا الحكم خروج على قواعد الاثبات ، فحتى لو جاوزت الاجرة عشرة جنيهات ، فلمن له مصلحة ان يثبت قيمتها بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن (١) ٠

(١) محمد لبيب شنب ـ المرجع السابق فقرة ٤٩ ٠ والاجرة واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات .

رابعا ـ جزاء مخالفة الحد الاقصى للاجرة :

القواعد المقررة للحد الاقصى لأجرة الاماكن من النظام العام ، ومن ثم فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها · ويقع الاتفاق المخالف باطل بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام العام · وتنطبق هذه القاعدة سواء أكان المؤجر هو المالك أو صاحب حق انتفـاع · كما أن هذه القاعدة تنطبق اذا كان المؤجر مستأجرا أصليا وأجر من الباطن ، اذ يمتنع على المستأجر الاصلى الذى يؤجر من الباطن أن يتقاضى من المستأجر من الباطن أجرة تزيد على الحد الاقصى المقرر قانونـا للاجرة ·

ولم يكتف المشرع بتقرير البطلان كجزاء لمخالفة الحد الاقصى للاجرة ، بل قرر بالاضافة الى ذلك جزاءا جنائيا ·

١ ـ الجزاء الجنائى :

تنص المادة ٢٢ من قرار مجلس قيادة الثورة بشأن ايجار الاماكن على انه « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتى جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين كل مؤجر يتقاضى من المستأجر أى مبلغ زائد على الاجرة المحددة طبقا لاحكام هذا القانون أو أى مبلغ اضافى خارج نطاق عقد الايجار ، كخلو الرجل أو ما يماثله ، من المستأجر مباشرة أو عن طريق وسيط فى الايجار ، وفى هذه الحالة تطبق العقوبة ذاتها على الوسيط » فالمؤجر الذى يتقاضى قدرا يزيد على الاجـــرة المقررة قانونا يوقع عليـــه عقوبة الحبس والغرامة أو احدى هاتين العقوبتين ، كما يعاقب بنفس العقوبـــة الوسيط فى الايجار كالبواب والسمسار ، أما المستأجر فلا توقع عليه عقوبة ·

ويشترط لتوقيع العقوبة أن يكون المؤجر عالما بأن الاجرة المتفق عليها تزيد على الحد الاقصى للاجرة ، فاذا لم يكن المؤجر عالما بذلك فلا توقـــع عليه العقوبة ·

٢ ـ الجزاء المدنى :

يقع الاتفاق على أجرة تزيد على الحد الاقصى المقرر قانونا للاجرة باطلا. والبطلان هنا على ما قلنا مطلق لتعلقه بالنظام العام . ولا يرد البطلان على العقار بل على الشرط المخالف فقط ، وفى القول بغير ذلك خـــروج عن الهدف الذى يرمى المشرع الى تحقيقه .

وللمستأجر أن يمتنع عن الوفاء بما يزيد عن الحد الاقصى المقرر قانونـا الاجرة . فله أن يسترد ما دفع زائدا عن هذا الحد ، واذا لم يكن قد دفعـــه وطالبه به المؤجر ، فله أن يدفع ببطـــلان الاتفاق على أجرة تزيد عن الحـد الاقصى المقرر وفقا للقانون وله أن يمتنع تبعا لذلك عن الوفاء بالقدر الزائد.

ويتم استرداد الزيادة التى دفعها المستأجر أما عن طريـــق الزام المؤجر برد ما قبض زائدا عن الحد الاقصى المقرر للاجرة ، وأما بخصم ما دفع زائدا من الأجرة المستحقة على المستأجر اذا كان لا يزال شاغلا للعين المؤجرة .

حق المستأجر فى طلب تخفيض الاجرة :

وللمستأجر المطالبة بتخفيض الاجـــرة الى الحد الاقصى المقرر لها وفقا للقانون وله هذا الحق ولو كان يعلم عند ابرام العقد أن الاجـرة المتفق عليها تزيد عن الحد الأقصى المقرر قانونا لها . فجزاء مخالفة الحـــد الاقصى هو البطلان ، والبطلان متحقق سواء يعلم أو لا يعلم بزيـــادة الاتفاق عن الحـد الاقصى المقرر قانونا للاجرة .

سقوط حق المستأجر فى طلب التخفيض أو فى الاسترداد بالتقادم :

للمستأجر المطالبة بتخفيض الاجرة الى الحد الاقصى ، وحـــق المستأجر ينبنى على بطلان الاتفاق على أجرة تزيد عن الحد الاقصى ، وتتقـادم دعوى المستأجر بما تتقادم به الدعاوى عموما ، أى انها تتقادم بمضى ١٥ ســنة من اليوم الذى تم فيه استحقاقها واذا كانت دعوى البطلان تتقادم بمضى المدة ،

فان الدفع بالبطلان لا يتقادم أبدا، ومن ثم فللمستأجر اذا طالبه المؤجر بالوفاء بالقدر الزائد أن يدفع فى أى وقت ببطلان الاتفاق ٠

وأما عن دعوى المستأجر للمطالبـــة باسترداد ما دفع زائدا عن الحـــد الأقصى فانها تتقادم اما بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المستأجر بحقه فى الاسترداد ، واما بمضى ١٥ سنة من اليوم الذى أبرم فيه العقد أيهما أقل ٠ وليس هذا سوى تطبيق للقواعد الخاصة بتقادم دعاوى استرداد مـــا دفع بغير حق ٠

حول جواز أو عدم جواز النزول عن الحق فى طلب تخفيض الاجـــرة وفى طلب الاسترداد :

للمستأجر كما قلنا الآن أن يطالب بتخفيض الاجرة اذا كان القـــدر المتفق عليه يزيد عن الحد الاقصى المقرر قانونا ، وله أيضا أن يطالب بالاسترداد ، واذا كان للمستأجر هذا الحق، فهل يجوز الاتفاق على نزول المستأجر عن حقه فى طلب تخفيض الأجـــرة أو عن حقه فى استرداد ما دفع زائدا عن الحـــد الاقصى ؟

والنزول عن الحق قد يكون صريحا أو ضمنيا،ولا شك أن نزول المستأجر عن حقه فى طلب تخفيض لاجرة قبل ابرام الايجار لا يقع صحيحا اذ يكون المستأجر غالبا بحاجة ماسة الى العين المؤجرة ، وقد يقع فريسة للمؤجر مما يدفع به الى قبول مثل هذا الشرط ٠ ومن ثم ، فالذى نراه أن هذا النزول لا يقع صحيحا ٠

أما اذا ظل المستأجر شاغلا للعين المؤجرة مدة من الزمن ولم يطالب بتخفيض الاجرة مع علمه بأن الاجرة المتفق عليها تزيد عن الحـــد الاقصى المقرر وفقـــا للقانون ، فهل يعتبر ذلك نزولا عن حقه فى طلب التخفيض ؟ اجابت بعض المحاكم فى مصر على هذا السؤال بالايجاب ، فالمستأجر الذى لا يبـــادر فى مدة معقولة للمطالبة بحقه فى تخفيض الاجرة يعتبر متنازلا عن هذا الحق ٠ وأساس ذلك ـ وفقا لما يذهب اليه هؤلاء ـ ان القواعد الخاصة بوضع حد اقصى للاجرة قواعد

استثنائية ويجب عدم التوسع فى تفسيرها (١) ٠

ويذهب آخرون الى القول ـ وهو الرأى الذى نـــراه صحيحا ـ أن سكوت المستأجر عن المطالبة بحقه فى طلب تخفيض الاجرة لا يقوم قرينـة على النزول عن هذا الحق ٠ فالاتفاق الذى يتضمن مخالفة للحد الاقصى المقرر قانونـــا للاجرة يقع باطلا ، والبطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام ٠ ومن ثم فـــلا يجوز النزول عنه (٢) ٠

وفى القول بالرأى الأول خلط بين حق المستأجر فى استرداد ما دفع زائدا عن الحد الاقصى ، وبين حقه فى طلب تخفيض الاجرة ٠

واذا كان النزول عن الحق فى طلب تخفيض الاجرة غير جائز على مـــا بينا ، فالنزول عن الحق فى استرداد ما دفع زائدا عن الحد الاقصى هو نزول عن حق من الحقوق المالية ، ومن ثم فانه يقع صحيحا ٠

وهذا النزول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ٠ ويكـــون النزول صريحا اذا أمكن الاستدلال عليه بشكل مباشر ٠ ويكون ضمنيا اذا دلت عليـه ظروف الحال ٠ ومثال ذلك سكوت المستأجر عن حقه فى الاسترداد مدة طويلة مع علمه بأن ما دفعه يزيد عن الحد الاقصى ٠ ولا يصح هذا النزول الا بعد ثبوت الحق ٠ **أما نزول المستأجر المسبق عن الحـــق فى الاسترداد فلا يقع صحيحا ولا يعتد بـــه (١) ٠**

---

(١) بنها الكلية فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٣ المحاماة ٢٣ ـ ٥٦٦ ـ ١٣١٤ مشار اليه فى سليمان مرقس ـ المرجع السابق فقرة ٥١ ٠

(٢) سليمان مرقس ٠ المرجع السابق ص ٢٠١ ٠ سمير تناغو ـ عقد الايجار رقم ٢٣٥ ، حمدى عبد الرحمن ـ المرجع السابق ص ١٥٨ ٠

(١) حمدى عبد الرحمن ـ المرجع السابق ص ١٦١ ـ واذا كان الاتفاق على أجـــرة تزيد عن الحد الاقصى يقع باطلا بطلانا مطلقا ، فان الاتفاق على أجرة أقل من الاجرة القانونية يقع صحيحا ويعتد به ٠ ولا يقدح فى ذلك ما يقال من أن تقدير الاجرة لا يراعى فيه مصلحة المستأجر فقط ، بل شرع ايضا لتحقيق المصلحة العامة رغبة من المشرع فى تمكين المؤجـر من الحصول على عائد معقول تشجيعا للاستثمار ، اذ ان الاعتبار الاساسى من وضع حد اقصى للاجرة هو حماية المستأجر ٠ ولا تضار هذه الحماية أو ينتقص منها اذا ما اتفق على أجرة تقل عن الاجرة التى يقررها القانون ٠

خاتمة البحث

لا شك أن عقد الايجار من أهم العقود المسماة ولذا فقد عنى المشرع سواء فى ليبيا أو مصر بتنظيم احكامه · واذا كان عقد الايجار من اهم العقود ، فلعل أهم تطبيقاته هو ما يرد على مكان أو جزء من مكان مخصص للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض · ولقد عنى المشرع سواء فى ليبيا أو فى مصر باخضاع هـذا النوع من أنواع الايجار لأحكام خاصة أراد بها أن يوفق بين مصلحة المؤجر من جهة ومصلحة المستأجر من جهة أخرى حتى لا تطغى مصلحة على أخرى· ولعل المشرع قد اراد بصفة أساسية حماية المستأجرين ، وهـم يمثلون الاغلبية الساحقة ، من عنت بعض المؤجرين وتعسفهم ·

وبمقارنة الاحكام الخـاصة فى هذا الشأن الواردة فى القـانون المصرى ومثيلاتها فى القانون الليبى ننتهى الى النتائج الآتية :

أولا ـ فيما يتعلق بنطاق تطبيق قانون ايجار الاماكن :

يكاد أن يتشابه القانون الليبى والقانون المصرى فى هذا الشأن · ولقد أبنا أن المادة الاولى من قانون ايجار الاماكن الذى كان معمـولا به فى مصر سنة ١٩٤٧ كانت تقضى بسريان قانون ايجاد الاماكن فيما عـدا الارض الفضاء على الاماكن وأجزاء الاماكن على اختلاف انواعها المؤجرة للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض سواء أكانت مفروشة أو غير مفروشة وهذا أيضا هو مـا تنص عليه المادة الاولى من قانون ايجار الاماكن ٥٢ سنة ١٩٦٩ المعمول به الان فى مصر ·

أما فى التشريع الليبى ، فتقضى المادة الاولى من قانون ايجار الامـاكن الصادر سنة ١٩٦٩ بسريان احكـامه على غير الاراضى الفضاء من الاماكن وأجزاء الاماكن على اختلاف انواعها المؤجرة للسكنى أو لغير ذلك من الاغراض

ولا تسرى احكام هذا القانون على الاماكن التى تؤجر مفروشة ٠

وفى هذه الجزئية يختلف القانون الليبى عن القانون المصرى ٠ فقانون ايجار الاماكن الليبى المعمول به الان لا يسرى على الاماكن التى تؤجـر مفروشة ، فى حين ينطبق قانون ايجار الاماكن المصرى على الاماكن المؤجـرة مفروشة كانت أو غير مفروشة ٠

ويلاحظ أن المشرع الليبى وقد استثنى الامـاكن التى تؤجر مفروشة مـن الخضوع لأحكام قانون ايجار الاماكن قد يسر بذلك على من يريد التخلص من الخضوع لاحكام هذا القانون أن يبلغ هدفه وكان الاحرى بالمشرع الليبى ألا يستثنى الاماكن التى تؤجر مفروشة من الخضوع لاحكامه ٠

ثانيا ـ فيما يتعلق بالتحديد القانونى للاجرة :

الاجرة وفقا لما سبق أن بينا اما أن تحدد اتفاقا ، وامـا أن يتولى القانون تحديدها اذا لم يتفق المتعاقدان على مقدارها أو على كيفيـة تقديرها ، او اذا تعذر اثبات مقدار الاجرة ٠ وعندئذ يكون الاجرة التى يعتد بها أجرة المثل ٠ أما اذا تعرض المتعاقدان للاجرة واختلفا بشأنها فان الايجار لا ينعقد ٠ وهـذا هو التطبيق السليم للقواعد العامة ٠

واذا خضعت العلاقة الايجـارية لقانون ايجار الاماكن فـلا يجب أن تزيد الاجرة المتفق عليها عن الحد الاقصى للأجرة المقررة قانونا ٠ ويتولى تقديـر الاجرة لجان ينشئها القانون لهذا الغرض سميت بلجـان تقدير الاجرة ٠ ولقد بين المشرع فى ليبيا وفى مصر الأسس التى يتم بناء عليها تحديد أجرة الوحدات التى تخضع لقانون ايجار الاماكن ٠ والاساس الذى يعتمد عليه فى ذلك هو قيمة الارض والبناء ٠ والعبرة بطبيعة الحال تكون بالقيمة الفعليـة للأرض وقت البناء وقيمة المواد المستخدمة فى البناء وفقا لسعر السوق ٠ ويتفـق القانون الليبى والقانون المصرى فى هذا الشأن ، وان اختلفا بعد ذلـك فى مقدار مقابل الاستهلاك ، فبينما يحدده القانون الليبى بمقدار ٧٪ من قيمة الارض والمبانى

مقابل استثمار العقار مضافا اليها ٢٪ من قيمة المبانى مقـــابل استهلاك رأس المال ومصروفات الصيانة نجد أن القانون المصرى يحددها بمقدار ٥٪ من قيمة الارض والمبانى مضافا اليها ٢٪ من قيمة المبانى ٠

وأما بالنسبة للأماكن المفروشة فلم يبين المشرع فى مصر الطريقة التى يتم بها تحديد الأجرة مما دفع بالكثير من الملاك فى مصر الى الدخول فى هذا النوع من انواع الاستغلال بغية تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح ، فكان أن حظر المشرع فى مصر على المالك أن يؤجر أكثر من وحدة سكنية واحـــدة مفروشة فى العقار الواحد ٠ وأما فى ليبيا فان المشرع يخرج ـ وفقا لما سبق لنا أن بينا ـ الاماكن التى تؤجر مفروشة من الخضوع لاحكامه وهذا الحكم فى نظرنا منتقد ٠

ولقد أبانت هذه الدراسة عن مدى الاتساق فى التشريع الموجود بين كل مـن القانونين الليبى والمصرى ، والسبب فى ذلك فى نظرنا هو وحـــدة الهدف الذى سعى التشريع سواء فى ليبيا أو فى مصر لتحقيقه ، ووحدة الفلسفة التى يقوم عليها كلمن القانونين الليبى والمصرى ٠

دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية

أو

الدور الخلاق للقاضي

"دراسة مقارنة"

بقلم الدكتور عبد المنعم عبد العظيم جيرة

المستشار المساعد بمجلس الدولة المصرى

والاستاذ المساعد بكلية الحقوق ـ جامعة بنغازى

تمهيد وتقسيم :

تقتضى دراسة دور القاضى فى صنع القواعد القانونية ان نعرض اولا لمدى سلطة القاضى فى صنع القاعدة التى يفصل على اساسها فى منازعة معينة معروضة عليه حينما لا تسعفه المصادر الرسمية القائمة فى حل تلك المنازعة ٠

واذ ننتهى الى ضرورة الاعتراف بحق القاضى فى صنع قاعدة الخصومة، تعين ـ استكمالا لعناصر الموضوع ـ ان نبحث فى قيمة تلك القاعدة ومصيرها، وما اذا كان من شأن تواترها أو صدورها منمحكمة عليا أن يحيلها من قاعدة محدودة الاثر بالخصومة التى تقررت بشأنها الى قاعدة عـــامة ملزمة ، وان يرقى بها على هذا النحو الى مدارج المصادر الرسمية للقـاعدة القانونية ، ام انه مهما اطرد تطبيق القاعدة ، وايا ما كانت منزلة المحكمة التى اصدرتها فانها تظل رغم ذلك مجردة من كل قوة ملزمة ٠

والبحث فى شقيه يمس موضوعين من ادق واهم موضوعات علم القانون ، الاول هو بيان طبيعة ونطاق الوظيفة القضائية ، وما اذا كانت تقف بالقاضى عند مجرد التطبيق الآلى للقواعد القانونية المقررة ، ام انها تتعدى ذلـك الى انشاء وصنع قواعد مستحدثة ، والثانى هو تحديد المصادر الرسمية للقاعدة القانونية وما اذا كانت تقتصر على التشريع والعرف ام انها تمتـــد لتشمـل المبادىء القضائية (١) ٠

---

(١) لقد عبر " CH· N. Fragistas " عن اهمية هذا الموضوع بقوله :

"Le problème des sources du droit positif constitue le problème crucial de toute réflèxion. La question la plus délicate est celle de l'autorité normative de la jurisprudence constante, celle de sa reconnaissance comme source formelle du droit".

مقال بعنوان "Les précédents judiciaires en Europe continentale. Mélanges Maury p. 139".

ويكتسب هـذا البحث اهمية خاصـة فى التشريع الليبى بالنظر الى ما تقضى به المادة ٢٨ من قانون المحكمة العليا من ان المبادىء القانونية التى تقررها المحكمة العليا فى احكامها تكون ملزمة لجميع المحاكم والسلطات ، مما يقتضى بيان مدلول هذا النص ، وتحديد نطاق تطبيقه والآثار المترتبة عليه .

وعلى هدى ذلك كله فسوف نوزع دراستنا للموضوع على الابواب الآتية:

الباب الاول : فى دور القاضى فى صنع قاعدة الخصومة .

الباب الثانى : فى مكان القاعدة القضائية بين مصادر القانون .

الباب الثالث : فىالقوة الملزمة لمبادىء المحكمة العليا .

= وراجع فى هذا المعنى ايضا (Roubier) مقال بعنوان

"L'ordre juridique et la théorie sources du droit".

منشور فى مجموعة الدراسات المهداة الى جورج ريبير

"Le droit privé francais au milieu du XXème siècle:1950. p. 3.

وايضا Gurvitch فى مقال بعنوان

"Théorie pluraliste des sources du droit positif".

"L'annuaire de l'institut de philosophie du droit, 1944. p. 114. منشور فى

الباب الأول

دور القاضى في صنع قاعدة الخصومة

يتحدد دور القاضى فى صنع قاعـــدة الخصومة (١) فى ضوء ما يبلغه التشريع من كمال وما يتصف به من دقة وشمول ، فلو تصورنا مثاليـة النظم القانونية الوضعية ، واحتواءها احكاما واضحة ومفصلة تواجه كل الفروض الواقعية التى تعرض على القضاء، وتضع لكـل فرض حكمه ، اصبح لا مجال ازاء ذلك للحديث عن دور القاضى فى صنـــع القواعد القانونية ، اذ يكفى القاضى ان يتصفح التشريع حتى يقف فى يسر على القاعدة التى تحكم المنازعة المعروضة فيعمل حكمها ويستخلص نتائجها، وتظهر الوظيفة القضائية وكأنها عمل من اعمال التنفيذ المجرد من القوة الخلاقة .

اما اذا سلمنا بان المشرع الوضعى مهما بلغ من سعـة الافق، ،ومهما اوتى من نفاذ البصيرة سيظل عاجزا عن ان يتصور كل ما تفـرزه الحيـاة الاجتماعية فى تطورها السريـع والمعقد من علاقات ، وكل ما ينشأ داخـل المجتمع من منازعات ، واقترن ذلك بالزام القاضى بالفصل فيما يعرض عليـه من خصومات ، وعدم قبول عذره بنقص التشريع او غموضه، اصبح لا مناص

---

(١) الواقع ان اصطلاح « قاعدة الخصومة » يعبر عن حقيقة تصور القاضى للحكم الذى ينزله على النزاع ، فهو وان كان حكما خاصا بحالة محددة ، الا ان القاضى يطبقه باعتباره قاعدة عامة يستوحيها من اعتبارات العدالة . وقد عبر عن ذلك فى صدق العلامة كاربونيه بقوله:

"C'est une règle car le juge lui attribue toujours en lui-même valeur de maxime universelle, lorsmême que constitutionnellement, elle ne pourrait valoir au delà du cas présent". Droit civil, Thémis, 1965- p. 17.

من الاعتراف للقاضى بحقه فى صنع قاعـــــدة الخصومة ليتدارك ما يشوب التشريع من نقص، ويستكمل ما يعتوره من قصور، ويكشف ما يحيطه من ابهام وغموض ٠

وقد اقر المشرع فى كل من مصر وليبيا بهذه الحقيقة ، ونصت المـادة الاولى من القانون المدنى فى كلا البلدين على حق القاضى فى استلهام قاعدة الخصومة من مبادىء القانون الطبيعى وقـــواعد العدالة ، اذا ما قصرت المصادر الرسمية عن مواجهة ما يعرض عليه من منازعات ٠

والامر على خلاف ذلك فى القانون الفرنسى ، ففضلا عن عدم وجود نص مثيل للنص العربى ، فقد مرت بفرنسا ظروف خاصة ادت تارة الى تضييـق الخناق على القضاء ، وقصر وظيفته عـــلى مجرد التطبيق الآلى للنصوص القائمة ، كما ادت تارة اخرى الى تقديس النصوص التشريعية والنظر اليهـا على انها جامعة وشاملة بصورة لا تترك معها للقاضى اى مجال للاضافة او التجديـد ٠

ورغم ان تلك الاعتبارات قد توارت مع الزمن الا ان قدرا من آثارها لا يزال ينعكس على النظرة العامة الى القضاء ، وعلى تقدير دوره وبيان الحدود الطبيعية لولايته (١) ٠

ولعل حسم المشكلة فى التشريـــع العربى وتعقيدها فى القانون الفرنسى يرخص لنا فى البدء بايضاح ما مرت به من صعاب فى فرنسا ، على ان نعقب ذلك بعرض الحل المقرر لها فى التشريع العربى ٠

---

(١) يكفى للدلالة على ذلك ان نشير الى اتجاه الرأى لدى كثير من الشراح المعاصرين الى انكار صفة السلطة (Pouvoir) على القضاء ، والقول بأنه مجرد هيئة (Autorité) وقد عزز المشرع الدستورى نفسه هذا الاتجاه بايراده النصوص المتعلقة بالقضاء فى دستور سنة ١٩٥٨ فى الباب الثامن منه تحت عنوان (L'autorité judiciaire) ، راجع فى تفصيل هذه المسألة مؤلف الدكتور محمـــد عصفور (استقلال السلطة القضائية) ص ٨ وما بعدها .

الفصل الأول

وضع المسألة في القانون الفرنسي

يمكن القول بان المفاهيم الخاصة بدور القاضى فى صنع قاعدة الخصومة قد مرت فى القانون الفرنسى بمرحلتين متميزتين ، المرحلة الاولى تبدأ بقيام الثورة الفرنسية ، وتمتد بعد صدور مجموعات نابليون وحتى نهاية القرن الماضى، والمرحلة الثانية تبدأ مع بداية القرن الحالى وتمتد حتى وقتنا الحاضر ٠

وتتميز المرحلة الاولى بالاتجاه الواضح نحو تضييق مجال السلطة الخلاقة للقاضى الى حد بعيد ، بينما تتسم المرحلة الثانية بالاعتراف للقاضى بقدر ملموس من الحرية ، رخص له فى تقرير الحلول المناسبة لكثير من المشاكل المستجدة التى عرضت عليه ولم تكن يد المشرع قد امتدت اليها وتناولتها بالتنظيم ٠

المبحث الأول

دور القاضى فى ظل تشريعات الثورة ومجموعات نابليون

تتميز هذه المرحلة كما ذكرنا بالحد من سلطة القضاء ومحاولة حصرها فى مجرد التطبيق الآلى للنصوص ، الا ان الاعتبارات التى اسهمت فى خلق هذا الوضع قد اختلفت فى الفترة منذ قيام الثورة حتىصدور مجموعات نابليون عنها فى الفترة التالية لصدور تلك المجموعات ٠ ففى الفترة الاولى جاء هذا الوضع من صنع المشرع وبنية واضحة وقصد صريح منه ، اما فى الفترة

الثانية فلم يكن هذا الوضع من صنع المشرع بقدر ما هو من صنعفقهاء ذلك العصر وصدى لكتاباتهم ، وانعكاسا لنظرتهم الى التشريع وتصويرهم لكماله وشمـوله ٠

المطلب الأول

دور القاضى فى اعقاب الثـورة الفرنسية

كانت المحاكم القضائية فى العهود السابقة على الثورة الفرنسية نموذجا للفوضى والفساد ، فرغم ان قضاتها كانوا يتولون مناصبهم بطريق الانتخاب، الا انهم استغلوا تلك المناصب اسوأ استغلال ، وجعلوا منها وسيلة للاثراء ، وحاولوا بشتى الطرق توطيد نفوذهم ، وتدعيم مراكزهم ، حتى اصبحت لهم الكلمة الاولى فى تسيير الامور كلها ، وبدلا من ان يعملوا على انقاذ فرنسا مما كانت تعانى منـــه من فساد وفوضى ، وقفوا حجر عثـــرة فى طريق كل دعوة للاصلاح٠ ويصدق هذا القول بصفة خاصة على محاكم البرلمانات التى كانت تتمتع بسلطات واسعة تجمع فيها بين القضاء والتشريع والتنفيذ ٠ فلم تكن تلك المحاكم تقتصر على مجرد الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وانمـــا كانت تتصدى لاصدار ما يسمى بالاحكام اللائحية" Arrêts de réglement " تضمنها تفسيرا عاما ومجردا للقواعد العرفية القائمة ، تلتزم المحاكم بتطبيقه على ما يعرض عليها مستقبلا من منازعات ٠

ومن ناحية اخرى كان النظام المتبع فى تلك العهود يقضى بارسال الاوامر الملكية للبرلمانات لتقوم بفحصها وتسجيلها ، وارسال نسخ معتمدة منهـا الى المحاكم الدنيا التابعة لها كى تطبقها وتعمل بمقتضاها ٠ وكان هـــذا الاجراء المسمى L'enregitrement لازما وضروريا ، لا يتسنى للاوامر اكتساب صفة القانون الا بعد استيفائه ٠ وكان من حق البرلمانات وقف تنفيـذ الاوامر

الملكية باصدار ما يسمى بالتحذير " Remontrance " للملوك والامراء · وكثيرا ما كانت محاكم البرلمانات تسىء استخدام سلطتها فى تسجيل الاوامر واصدار التحذيرات مما ترتب عليه شل اختصاص الملوك فى اصدار القوانين ·

كما دأبت تلك المحاكم على استدعاء رجال الادارة امامها واقامة الدعاوى عليهم والتدخل فى سلطات البوليس والادارة وكان لذلك اسوأ الاثر على سير المرافق العامة وعرقلة الجهاز الادارى وارباكه · وليس غريبا ازاء ذلك كله ان تأتى الثورة الفرنسية وهى تحمل مشاعر العداء والكراهية لجهاز القضاء وان تكون نظرتها اليه مفعمة بالشك والريبة ·

ومن ناحية اخرى فقد كان مبدأ فصل السلطات من المبادىء الاساسية التى اعتنقها رجال الثورة الفرنسية بعد ان صاغه فى براعة فلاسفة ذلك المعهد وعلى رأسهم منتسكيو وجان جاك روسو ، واوضحوا انه يمثل الضمان الاساسى للديمقراطية ، والسياج الحقيقى لحقوق الافراد وحرياتهم ضد عسف السلطة وتحكمها واستبدادها ·

وقد كان مفهوم رجال الثورة الفرنسية لهذا المبدأ يعنى الفصل المطلق بين السلطات على نحو لا يسمح لاى منها بالتدخل بأى صورة من الصور فى اعمال غيرها من السلطات · على ان الفكرة السيئة لرجال الثورة عن السلطة القضائية جعلتهم يركزون عنايتهم حول ابراز وتحديد ما يفرضه مبدأ فصل السلطات على جهاز القضاء بالذات من قيود والتزامات · وقد تجلى ذلك فى العديد من النصوص التى حرمت على القضاء ان يتدخل فى اعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية ·

ويعنينا من هذه النصوص بصفة خاصة ما يتصل بعلاقة القضاء بالسلطة التشريعية·وفى هذا المجال نصت المادة العاشرة من مرسوم ١٦-٢٤ اغسطس سنة ١٧٩٠ الخاص بالتنظم القضائى على انه ليس للمحاكم ان تشارك بطريق مباشر او غير مباشر فى ممارسة السلطة التشريعية ، كما انه ليس لها

ان تعوق او توقف تنفيذ المراسيم الصادرة من المشرع والا تعرضت لعقوبة الغدر (١) · كما نصت المادة ٣ من الباب الخامس من دستور سنة ١٧٩١ على انه : « ليس للمحاكم ان تتدخل فى ممارسة السلطة التشريعية او توقف تنفيذ القوانين (٢) · وفى دستور السنة الثالثة اعادت المادة ٢٠٣ النص على الحكم السابق (٣) · وجاءت بعد ذلك المادة الخامسة من القانون المدنى لتحرم على المحاكم اصدار الاحكام اللائحية (٤) ·

واخيرا تضمنت المادة ١٢٧ فقرة اولى من القانون الجنائى النص على عقوبة التجريد من الحقوق المدنية لكل من يخالف الالتزامات السابقة من رجال القضاء (٥) ·

وواضح من تلك النصوص جميعها انها تحظر بصورة مطلقة اى نوع من انواع التدخل فى اعمال السلطة التشريعية سواء بطريق مباشر او غير مباشر ·

على ان الامر لم يقف عند هذا الحد ، وانما تجاوزه الى حرمان القاضى من حقه فى تفسير النصوص التشريعية اذا ما احاطها غموض او ابهام يجعلها

Les tribunaux ne peuvent prendre directement ou indirectement (١)
aucune part a l'exercice du pouvoir législatif,ni empècher ou suspendre l'exécution des decrets du corps législatif à peine de forfaitre.)

(Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du (٢)
pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois).

(Les juges ne peuvent s'immscer dans l'exercice de pouvoir (٣)
législatif ni faire aucune réglement).

(Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition (٤)
générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises).

" Seront coupables de forfaiture et punis de la dègradation (٥)
civique les juges qui se seront immisces dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des réglements contenant des dispositions législatives, soit en arrètant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en deliberant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou executées....".

محلا لاختلاف وجهات النظر، وضرورة احالة الامر فى تلك الاحوال الى السلطة التشريعية « Référe législatif » لتتولى بنفسها اصدار ما تراه من تفسير للنصوص المتنازع عليها ٠

وقد اتخذ نظام الاحالة صورتين ، احالة اختيارية « Référe facultatif » نصت عليها المادة ١٢ من قانون ١٦ ـ ٢٤ اغسطس سنة ١٧٩٠ فى شأن التنظيم القضائى ، وبمقتضاها يحق للقاضى ان يلجأ الى المشرع يطلب تفسير القانون كلما رأى ضرورة لذلك (١) ٠

واحالة اجبارية « Référe obligatoire » نصت عليها المادة ٢١ من قانون ٢٧ نوفمبر واول ديسمبر سنة ١٧٩٠ الخاص بمحكمة النقض، وتتلخص فى انه اذا ما اصرت المحكمة التى تحال اليها المنازعة عند نقض الحكم للمرة الثانية على اتباع ذات الحل الذى سار عليه الحكمان السابقان اللذان تم الطعن عليهما ففى تلك الحالة يتعين على محكمة النقض ان تحيل الامر الى المشرع لاصدار تفسير تشريعى للنص المتنازع عليه (٢) ٠

---

(١) يرى بعض شراح القانون الفرنسى ان تلك المادة لم تكن تحول فحسب دون قيام المحاكم باصدار تفسير تشريعى عام للنصوص يسرى مستقبلا بطريقة آمرة، وانما كانت تحول كذلك دون حقها فى تفسير النصوص تفسيرا قضائيا خاصا ينطبق على المنازعة المعروضة دون غيرها من المنازعات ٠ راجع فى ذلك جينى فى مؤلفه القيم

"Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif"
L. G. D. J. 1954, EIN o 40, p. 77.

وكارى دى مالبرج فى مؤلفه بعنوان

"Contribution a la théorie générale de l'état, 1920, p. 744, no 227."

(٢) الواقع انه يبين من نصوص قانون ٢٧ نوفمبر واول ديسمبر سنة ١٧٩٠ م الخاص بانشاء محكمة النقض ، أن المشرع كان يستهدف بانشاء تلك المحكمة ان تكون بمثابة رقيب على المحاكم القضائية ، يضمن احترامها للتشريع والتزامها حدود ولايتها فى تطبيق القانون ، وعدم تجاوز تلك الحدود بما يتضمن عدوانا على اختصاص السلطة التشريعية ، فالمادة الاولى من القانون المذكور قضت بالحاق تلك المحكمة بالسلطة التشريعية كما نصت المادة الثالثة من القانون المذكور على ان الوظيفة الرئيسية لتلك المحكمة هى الغاء الاحكام =

ويبقى التساؤل عما اذا كان للمحاكم فى ظل تلك النصوص ان تقوم بوضع القاعدة التى تفصل على اساسها فى المنازعات المعروضة امامها اذا لم تسعف النصوص التشريعية فى حلها ، ام ان ذلك يعتبر من قبيل العمل التشريعى الذى يخرج عن ولاية القضاء ويتضمن اعتداء على اعمال السلطة التشريعية .

يذهب بعض رجال الفقه فى فرنسا الى القـــول بان قيام القاضى بوضع قاعدة الخصومة هو من قبيل العمل التشريعى . وتظهر هذه الافكار بصفـــة خاصة عند انصار المذهب الشكلى فى تمييز الاعمال القانونية ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسى كارى دى مالبرج ، والفقيه النمساوى هانز كلزن .

فبعد ان اوضح كارى دى مالبرج عدم صلاحية المعايير الموضوعية لتمييز العمل التشريعى عن غيره من الاعمال القانونية ، خلص الى ان المعيار الحقيقى الذى يصلح لاجراء هذا التمييز يتمثل فى سلطة الخلق والمبادأة التى يتمتع بها العمل التشريعى بالنظر الى جهة اصداره، فالمشرع هو وحده الذى يملك العمل بحرية واستقلال وعلى نحو مبتدأ ، والقدرة على الخلق والمبادأة هى السمة المميزة للعمل التشريعى «La puissance de statuer d'une façon initiale» وترتيبا على ذلك يرى كارى دى مالبرج ان كل انشاء وخلق لحكم قانونى سواء كان متضمنا قاعدة عامة او حكما خاصا ينظم حالة فردية هو من قبيل الاعمال المشرعة ، ويدخل بالتالى فى اختصاص السلطة التشريعية، وبذلك فان القاضى الذى يقوم بوضع قاعدة يحسم على اساسها المنازعة المعروضة عليـــه يمارس

= القضائية التى تتضمن مخالفة صريحة لنص من نصوص القانون . راجع فى ذلـك كارى دى مالبرج ، وقد اورد ما قاله كل من روبسبيير ولو شابلييه تعليقا على مشروع انشاء تلك المحكمة من انه طالما كان الغرض منها هو رقابة المحاكم فى احترامها للتشريع ، فانه لا بد وان تكون تلك المحكمة تابعة للسلطة التشريعية وليس للسلطة القضائية التى هـى موضوع الرقابة . المرجع السابق ص ٧٢٩ . وراجع أيضا فى كون الهـــدف من انشاء المحكمة هو ضمان احترام المحاكم للتشريع . ســـافتيه فى مقاله بد اللوز الاســـبوعى ١٩٦٧ م ـ ٢٠ ـ ١٩٥ بعنوان : (Le juge dans la cité Française).

عملا يتفق والعمل التشريعى فى طبيعته الخلاقة (١) ٠

ويخلص مالبرج من ذلك الى انه ينبغى فهـــم النصوص التى صدرت فى اعقاب الثورة الفرنسية على انها تحرم على القاضى وضع القواعد التى يفصل على اساسها فى النزاع المعروض عليه ، اذ ان القاضى فى تلك الحالة بتجاوز نطاق وظيفته ويقوم بعمل من صميم اختصاص السلطة التشريعية ٠

وقد تعرض هذا الراى للنقد تاسيسا عـــلى انه يحمل النصوص التى صدرت عن الثورة الفرنسية اكثر مما تحتمل ، فليس فى هذه النصوص مـــا يفضى صراحة بحرمان القاضى من وضع قاعدة الخصومة ٠ وما قرره مالبرج وشايعه فيه فريق من الشراح من ان قيام القاضى بوضع قاعدة الخصومة يعتبر ممارسة لعمل تشريعى هو من المفاهيم المستحدثة ، التى لم تكن معروفة لـدى رجال الثورة الفرنسية، ومن المستبعد ان يكون قصدهم من القوانين التى تحرم

---

(١) يستدرك كارى دى مالبرج قائلا : انه فى تلك الحالة يبقى الفارق بين العمل التشريعى والعمل القضائى متمثلا فى ان التشريع حينما ينشىء القانون يضعه فى صورة اوامر عامة ، أمـا الحكم القضائى فينشىء قانون الخصومة لكى يطبق على حالة فردية. راجع فى ذلك مؤلفه سالف الذكر ص ٤٤٧ رقم ٢٢٧ . ويقترب من ذلك قول كاربونيه ان القاضى فى تلـــك الحالة يتصرف كما لو كان يقوم بعمل تشريعى ، كل ما هنالك ان القاعـــدة التى يضعها تستنفد اغراضها بتطبيقها على الحالـة المعروضـة ولا يوجد ما يلزم المحاكم بتطبيقهـا مستقبلا ـ المرجع السابق ص ١٧ ٠

كما يرى هانز كلزن ان المحكمة تقوم بدور المشرع حينما تكون القاعدة التى تطبقها هى من خلق المحكمة ذاتها وليس مصدرها التشريع او العرف ـ راجع مؤلفه :

"Théorie pure du droit" ترجمة Eisemmann طبعة ١٩٦٢ ص ٣٣٥ ، ص ٣٣٦ ٠

تتردد هذه الافكار ايضا عند G. Ribert فهو يقرر ان سلطة التشريع وسلطة القضاء من طبيعة واحدة فالقاضى هو مشرع الحالات الفردية . راجع فى ذلك مؤلفه

"Les forces creatrices du droit, p. 119"

وراجع ايضا هذا المعنى فى مقال "Petritch" فى مجموعة الدراسات المهداة الى جينى ـ الجزء الثانى ص ٢٣٥ والمقال بعنوان

"Quelques observations sur le probléme des sources du droit et la formation de la loi".

على القاضى التدخل فى اعمال السلطة التشريعية قد انصرف اليه (١) .

على اننا نرى ان التفسير الذى يقول به مالبرج يتفق والروح التى كانت سائدة فى تلك الفترة ، والتى استهدفت تضييق الخناق على القضاء والحد من أختصاصه الى ابعد الحدود (٢) . ومن غير المنطقى ان يعمد المشرع الى حرمان القاضى من حق تفسير النصوص القانونية القائمة اذا ما شابها غموض او أبهام ، ويترك له الحق فى خلق قواعد جديدة خارج نطاق التشريع وبالاضافة اليـــه .

وبذلك يمكن القول ان النظرة الى الوظيفة القضائية فى تلك الفترة قـــد تحددت على انها وظيفة تنفيذية بحتة ، تقتصر سلطة القائمين بها على مجرد التطبيق الآلى للقانون على ما يعرض عليهم من منازعات ، دون ان يكون لهم خارج هذا النطاق المحدد اى دور انشائى يمكنهم من استكمال ما بالقانون من نقص ، او تفسير ما يشوبه من غموض وابهام .

---

(١)راجع فى هذا النقد O. Duperoux فى مقال بعنوان

"La jurisprudence source abusive de droit"

منشور فى "Mélanges Maury" الجزء الثانى ص ٣٥١ .

(٢) لقد ظهرت هذه الروح واضحة فى كلمات روبسبير امـــام الجمعية التاسيسية فى ١٨ فبراير سنة ١٧٩٠ وتذكر منها : ان كلمة القضاء لا بد ان تمحى من لغتنا ، ... انه اشـــد النظم مدعاة للبغض والكراهية :

"Ce mot de jurisprudence de tribunaux doit être effacé de notre langue,.....

la jurisprudence est la plus détestable des institutions"

المطلب الثاني

دور القاضى عند شراح المتون

لو سارت الامور فى مجراها الطبيعى لترتب على صدور مجموعات نابليون تحولات هامة بالنسبة للسلطة الخلاقة للقاضى من شأنها افساح المجال امامه فى هذا الصدد الى حد كبير · ذلك ان المشرع قد حرص فى تلك المجموعات على النص على الزام القاضى بالفصل فيما يعرض عليه من منازعات والا عد مرتكبا لجريمة انكار العدالة ·

فقد نصت المادة الرابعة من القانون المدنى الصادر سنة ١٨٠٤ على ان القاضى الذى يرفض الحكم بحجة سكوت او غموض او عدم كفاية التشريع يكون عرضة للمحاكمة لانكار العدالة (١) ·

كما نصت المادة ٥٠٤ فقرة ٤ من قانون المرافعات الصادر فى اول يناير سنة ١٨٠٧ على جواز مخاصمة القاضى اذا رفض الاجابة على عريضة قدمت اليه او اهمل الحكم فى قضية صالحة للحكم فيها ·

واخيرا نصت المادة ١٨٢ عقوبات المعمول به اعتبارا من اول يناير سنة ١٨١٤ على توقيع عقوبة الغرامة والحرمان من مباشرة الحقوق المدنية على كل قاض يمتنع عن الفصل فى الدعوى تحت اى حجة ولو كانت الادعاء بغموض او صمت التشريع (٢) ·

---

(1) "Le juge que refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi pour déni de justice".

(٢) Toute juge ou tribunal ..... qui sous quelque prétexte que ce soit même du silence ou de l'obscurité de la loi aura denié de rendre la justice =

ويستفاد منطقيا من هذه النصوص انـــــها تضمنت الغاء نظام الاحالة الاختيارى الذى كانت تنص عليه المادة ١٢ من قانون ١٦ ـ ٢٤ اغسطس سنة ١٧٩٠ وانها قد اقرت حق القاضى فى تقرير القاعدة التى يفصل على اساسها فى النزاع المعروض عليه اذا لم يجد بين المصادر الرسمية قاعدة تحكمه ، انه طالما بات محظورا على القاضى ان يحتج بنقص التشريع او غموضه للتحلل من التزامه بالفصل فى الدعوى ، فان المعنى الوحيد لذلك انـــه قد اصبح من سلطته ان يتصدى لتفسير النص الغامض حتى يستجلى معناه ، ويتسنى لـــه تطبيقه على الحالة المعروضة. وانه اذا مـــا اعيته الحيل فى الوصول الى قـــاعدة قانونية مقررة تحكم موضوع النزاع تعين عليـــه وفاء لالتزامـــه بالفصل فى الدعوى ان يستوحى تلك القاعدة من مقتضيات العدالة .

وبمعنى آخر لقد اراد المشرع بتلك النصوص ان يسهم القاضى من جانبه فى تدارك ما يشوب التشريع من نقص واستكمال ما يعتوره من قصور يقعد به عن مواجهة بعض الفروض الواقعية .

وقد ظهرت تلك المعانى التى تعبر عن حقيقة قصد المشرع من النصوص السابقة فى عبارات صريحة واضحـــة لبورتاليس " Portalis " وهو واحد من المع الذين ساهموا فى اعداد المجموعة المدنية (١) .

= qu'il doit aux parties après en avoir été requis et qui aura présrvé dans son déni après avertissement ou injonction de ses superieurs pourra être poursuivi et sera puni d'une amende ..... et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'a vingt."

(1) تلك مقتطفات من اقوال بورتاليس :

"C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonable, les détails trops variables et trops contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, c'est a l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons... =

على ان شراح مجموعات نابليون قد اعطوا للنصوص السابقة مفهوما مختلفا تمام الاختلاف ، اذ رأوا ان المشرع قد قدر كفاية التشريع القائم لمواجهة كل الفروض الواقعية بما لا يقبل معه تعلل القاضى بنقص التشريع ، او تذرعه بسكوته للافلات من واجب الفصل فى المنازعات المعروضة عليه، فعدم قبول دعوى القاضى بنقص التشريع مرجعه عند هؤلاء الشراح انه لا وجود لهذا النقص ولا مجال للقول به ٠

واصحاب هذه الافكار هم المسمون بشراح المتون، الذين ظهرت مدرستهم (l'Ecole de l'Exégèse) فى فرنسا فى اعقاب صدور مجموعة نابليون متأثرة بذلك الحدث التشريعى الكبير الذى يعتبر بحق من اعظم الانجازات الاجتماعية لذلك العصر (١) ٠

= Dans l'impossibilité de donner aux citoyens des lois sur tous les objets, l'Etat offre dans le magistrat, un arbitre éclairé et impartiel ..... Nous reconnaissons dans les juges l'autorité de statuer sur les choses qui ne sont pas determinées par les lois".

مجموعة (Fenet) للاعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى ـ الجزء الاول ص ٤٦٧ وما بعدها .

(١) لقد بدأت هذه الافكار تتضح مما كتبه "Blandeau" عميد كلية الحقوق بجامعة باريس فى دراسة مقدمة الى اكاديمية الدراسات الاخلاقية والسياسية سنة ١٨٤١ بعنوان :

"De quelles sources doivent découler aujourd'hui les décisions juridiques"

وقد جاء بها ما يلى "L'unique source d'ou doit découler toutes les décisions juridiquees, c'est la loi de son texte ou de son esprit, la loi seule doit suffire à toutes les exigences".

ثم تزايد انصار مدرسة الشرح على المتون ونذكر منهم :

Demente, Demalombe, Aubry et Rau, Laurent et Baudry-Lacantinerie.

ويلاحظ جينى أن الروح التى سادت فى أعقاب صدور مجموعات نابليون تعتبر نتيجة طبيعية تصحب عملية التقنين غالبا ، ويستشهد على هذا القول بما تضمنته مجموعة جوستنيان من النص على أن الامبراطور هو وحده الذى يملك تفسير النصوص . ونجد فى التقنينات الحديثة أيضا نصوصا مماثلة منها ما تضمنه تقنين جوزيف الثانى فى النمسا سنة ١٧٨٦ وتقنين ردريك الثانى فى بروسيا . المرجع السابق الجزء الاول رقم ٤٢ ص ٨٣ ٠

فقد وجد هؤلاء الشراح انفسهم ولاول مرة امام تقنين متكامل يشمل كل الفروع الاساسية للقانون ، ويضم بين جنباته شتات النصوص التـى كانت تتنازعها التشريعات الفرعيـــة المتعددة ، والاعراف القديمة ، والسوابق القضائية ـ فى صياغة محكمة ، وعبارة منضبطة ، وترتيب منطقى · لذلك فليس غريبا ان يفتنهم ذلك العمل وان يحظى منهم بكل تقدير واعجاب · الا ان المبالغة فى التقدير وصلت بهم الى حد تقديس تلك النصوص ، والنظر اليهـا على انها حوت من القواعد والمبادىء ما يكفـل تنظيم كل ما ينشأ داخل المجتمع من علاقات وروابط ، والقول بأنه باعمال وسائل التفسير المتاحة لتلك النصوص فسوف يتمكن القاضى فىمعظم الفروض ـ ان لم يكنفيها جميعا ـ من الاهتداء الى قاعدة تعبر عن ارادة المشرع الصريحة او الضمنية ، يمكنه ان يفصل فيما يعرض عليه من منازعات تطبيقا لها (١) ·

واذا فرض ـ وهـــذا امر نادر فى تقديرهم ـ ولـــم يتمكن القاضى من الاهتداء الى ارادة المشرع بالنسبة لخصومة معينة ، فليس له ان يستوحى من اعتبارات العدالة حكما يصفى النزاع على اساسه ، ويصبح من واجبه فى مثل تلك الفروض ان يقضى برفض الدعوى، اى رفض الادعاء الذى يستهدف تغيير الاوضاع الفعلية القائمة عند رفع الدعوى ويتعارض معها ، وذلك ازاء اخفاق المدعى فى ايجاد سند لهذا الادعاء من نص فى القانون (٢) ·

وبذلك يمكن القول بان التحول الوحيد الذى شهدته الفترة التى اعقبت صدور مجموعة نابليون يظهر فى اقرار حـــق القاضى فى تفســـير النصوص التشريعية ومحاولة الوصول الى ارادة المشرع الصريحة او الضمنيـة لحل

---

(١) لقد عبر نابليون عن اهمية المجموعة المدنية بقوله : "Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles, Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement,c'est mon Code Civil."

(٢) راجع فى ذلك "Blandeau" فى دراسة سالفة

Demolombe, cours de code Napoléon T. 1. No. 113. Huc, Commentaire du code civil. I. no 179.

Delisle, Traité dé l'interprétation juridique, 1849, T.I. p. 127-131.

النزاع على أساسها (١) ، وفيما عدا ذلك فقد ظل الفقه ينكر على القضاء حقه فى صنع قاعدة الخصومة وان استند فى ذلك الى حجة جديدة تتمثل فى القول بأن التشريع يكفى لمواجهة كل الفروض الواقعية التى تعرض على القاضى، بما لا تظهر معه الحاجة الى اى مصدر آخر يستقى منه القاضى حكمه ، ويستلهم منه قاعدة الخصومة ٠

المبحث الثانى

دور القاضى فى الفقـه الفرنسى المعاصر

نبدأ دراستنا فى هذا البحث ببيـــان العوامل التى مهدت لانهيار مدرسة الشرح على المتون واسهمت فى اخفاقها ، ثم نعرض لبعض المحاولات الفقهيـة المعاصرة التى استهدفت انكار السلطة الخلاقة للقاضى ونفى حقه فى صنـــع قاعدة الخصومة ، وما وجه لهذه المحاولات من نقد مرير ، لنخلص مـن ذلك الى بيان الوضع شبه المستقر لهذه المسألة فى الفقه المعاصر ٠

---

(١) فى سبيل الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية ، يرى انصار مدرســة الشرح على المتون امكان الاهتداء بحكمة التشريع ، والمصادر التاريخية التى استقيت منها احكامه والاعمال التحضيرية التى صاحبت اصـداره ، اما ارادة المشرع الضمنية فيمكن الاسـتعانة فى سبيل الوصـول اليها باعمال القياس وتطبيق قاعدة من باب اولى او الاسـتنتاج بطريق مفهوم المخالفة . وبالاضافة الى ذلك يرى هؤلاء الشراح انه يمكن ان تستخلص من نصوص التشريعات القائمة مجمـوعة من المبادىء العامـة ، تطبق بعد ذلك على كل ما يعـرض من فروض واقعية لا يوجد نص يحكمها .

المطلب الأول

اخفاق مدرسة الشرح على المتون

بينما كانت افكار مدرسة الشرح على المتون قد بلغت اوجها فى منتصف القرن التاسع عشر ، بدأ القضاء يلمس بمرور الزمن قدم العهد بمجموعات نابليون ، ويتكشف له عجزها عن مواجهة الكثير من المشكلات المستجدة، التى اسفرت عنها التطورات الاقتصادية والاجتماعية العامة التى شهدتها تلك الفترة واثرت على كل مظاهر الحياة فيها • فبالنسبة لعلاقات الاسرة اخذ العديد من المشاكل المالية التى لم يتعرض لها القانون فى التزايد وخاصة فيما يتعلق بالنظام المالى للدوطة ، ونظام الوصية •

كذلك كان من شأن تطور الصناعة والتجارة وما صاحب ذلك من الاندفاع فى المنافسة ان ظهرت الحاجة ملحة الى وضع سياج يحول دون تعسف اصحاب الحقوق فى استعمال حقوقهم ، سواء فى ذلك حق الملكية ، او حق اصحاب العمل فى مواجهة العمال •

كما ترتب على انتشار الآلة وتزايد الحوادث ، وتفاقم المخاطر الناجمة عنها ، ان بدت ضرورة حماية ضحايا الحوادث والتوسع فى تفسير قواعد المسؤولية التى اقامتها المادة ١٣٨٢ على اساس الخطأ •

كذلك فان كثيرا من المفاهيم الاجتماعية القديمة قد زالت عنها حدتها، مما اسهم فى تضاعف ظاهرة التفرقة الجسمانية ، وعودة نظام الطلاق ليثير امام القضاء العديد من المشاكل العامة لعل ادقها هو تحديد موقفه منه تيسيرا لطالبيه او تضييقا عليهم (١) •

---

(١) راجع فى عرض هذا التطور محاضرة "Julliot de la Morandiere" بعنوان Gény et la Jurisprudence فى مجموعة المحاضرات التى =

كل تلك المشاكل الملحة التى اخذت تواجه القضاء يوميا ما كانت تحتمل انتظار تدخل المشرع ، مما اضطر القضاء معه الى التصدى لوضع الحلول الملائمة لها ٠

الا انه من ناحية اخرى لم يكن من اليسير على القضاء ان يتخلى طفرة واحدة عن مفاهيم راسخة مكنت منها على مر السنين اقلام شراح عبدوا النصوص وقدسوها ٠ لذلك فقد التزم القضاء جانب الحذر فى اقراره للحلول العادلة لتلك المشاكل المستجدة ، وحرص على ان يظهر ان تلك الحلول انما تستند الى نصوص التشريع ، وانها ليست من خلقه وابتداعه ، وانتهج فى ذلك مناهج فى غاية البراعة مكنته من ان يبدو وكأنه يطبق النصوص ويحترمها بينما هو فى الحقيقة يتعداها ويتجاوز مقاصدها ويبتدع من الحلول مالا تحتمله تلك النصوص او تسعف فى القول به ٠

وبينما اخذ القضاء يتحلل شيئا فشيئا من ربقة النصوص ، ويسهم فى ابتداع الحلول للمشاكل اليومية المستحدثة ، ظل الفقه على ولائه القديم للتشريع وبدأ يظهر ما اسماه البعض بالفرقة بين مدارس الفقه وقصور العدالة٠
« Le divorce entre L'Ecole et le Palais »

وما كان لتلك الفرقة ان تستمر طويلا، وان يظل الفقه على موقفه متجاهلا التطورات الخطيرة التى طرأت على اتجاهات القضاء ، وبدأت بوادر التقارب بينهما تظهر فى حرص جانب من الشراح على الاستشهاد بأحكام القضاء ، والاشارة الى الحلول القضائية المبتكرة ٠

وفى نهاية القرن الماضى ظهر المؤلف الشهير للعلامة فرانسوا جينى

= القيت فى ٢٦ ، ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٦٢ بمناسبة الذكرى المئوية للعلامة جينى والمنشورة بعنوان :
"Le centenaire du Doyen François Geny. Dalloz. 1963. p. 67.
وتقديم "Saleille" لمؤلف جينى سالف الذكر .

(٢) جوليودى لامور نديير ـ المرجع السابق ص ٧٢

« Méthode d'interpretation et source en driot privé positif »

ليمثل نقطة تحول هام فى الفقه،فقد وجه جينى فى هذا المؤلف النقد لمدرسة الش
على المتون ، وعرض نظرية مستحدثة فى التفسير تقوم على اساس البحث العل
الحر ، واوضح عدم كفاية التشريع لمواجهة كل ما ينشأ داخل المجتمع
علاقات وروابط وضرورة الاعتراف بالعرف كمصدر للقاعدة القانونية، واق
حق القاضى فى استلهام قاعدة الخصومة من اعتبارات العدالة اذا لم يجد
التشريع أو العرف قاعدة يمكنه أن يفصل فى الخصومة على اساسها (١) ٠

وفى السنة نفسها التى ظهر فيها مؤلف جينى كتب بلانيول فى مقدمة مط
فى القانون المدنى موضحا ان القضاء اصبح جزءا لا يتجزأ من القان
المدنى ، وان المبادىء القضائية تعتبر بقوة الاشياء قانونا عرفيا فى صو
عصرية ، وانه يتعين دراسة تلك المبادىء باعتبارها قواعد مستقرة ٠

وفى العدد الاول من المجلة الفصلية للقانون المدنى الصادر سنة ٠٢
كتب A. Esmein مقالا بعنوان : « La jurisprudence et la doctrine »
دعا فيه المهتمين بالقانون الى دراسة ومتابعة أحكام القضاء وابدى اعج
الشديد بما حققه القضاء من تطور وما استحدثه من قواعد ، وحثه على م
من التحرر من عبودية النصوص ٠

وفى سنة ١٩٠٣ ظهر مؤلف « E. Lambert » بعنوان :
« Introduction á la fonction du droit Civil comparé »

---

(١) ظهرت الطبعة الاولى لهذا المؤلف سنة ١٨٩٩ بتقديم (Saleilles)
وظهرت الطبعة الثانية منه سنة ١٩١٩ ٠ والواقع انه قد سبق جينى فى ا
الدور الخلاق للقاضى الفقيه (Bartin) فى مؤلفه الصادر سنة ١٨٩٢
بعنوان "Etude sur le regime dotal" الا ان اهمية مؤلف جينى تظهر فى
موجه كلية لبحث مصادر القانون وطرق التفسير ، وانه اشاد نظرية مستحدثة ومتك
فى هذا الصدد ٠

تناول فيه بحث علاقة القضاء بالعرف وانتهى الى ان القاعـــــدة العرفية لا تكتسب قوتها الملزمة الا بتطبيق القضاء لها ، فمن خـلال السوابق القضائية تنشأ القواعد العرفية وتصبح لها صفة القاعدة القانونية ٠

وتتابعت المؤلفات والابحاث الفقهية ، تؤكد على الدور الخلاق للقاضى وتشيد به (١) ، وتوجه النقد المرير لآراء مدرسة الشرح على المتون ، مستندة الى ما كشفت عنه التطورات اللاحقة من خطأ الاعتقاد بكفاية التشريع وكماله ، واستحالة التسليم بصلاحيته لمواجهة ما يستجد من مشاكل (٢) ٠

ولقد اشار جينى الى مسألة هامة ، وهى ان شراح المتون قد تجاوزوا فى تقديرهم للمشرع ونظرتهم للتشريع آراء واضعى مجموعة نابليون انفسهم، فها هو بورتاليس يقرر فى وضوح ان مقتضيات الحياة الاجتماعية ، وعـلاقات الافراد ومصالحهم تتطور فى سرعة ونشاط ، وتتعقد وتتشعب بصورة يستحيل

---

(١) نذكر من هذه المراجع ايضـا رسـالة Mornet بعنوان
"Rôle et droit de la jurisprudence"

ومقـال "Perrleau" عن Technique de la jurispudence pour la transformation du droit privé.

منشور فى المجلة الفصليه للقانون المدنى ســـنة ١٩١٢ ص ٦٠٩
وسوف نوالى الاشارة الى المراجع الحديثة فى هذا الموضوع كل فى موضعه ٠

(٢) جينى ـ المرجع السابق الجزء الاول بند ٤٧ ص ٩٨ ، بند ٨٤ ص ٤٠٧ ، والجزء الثانى بند ١٤٦ ص ٧٣ ، وكارى دى مالبرج ـ المرجع السـابق رقم ٢٤٠ ص ٧١٨ ورقم ٢٤٤ ص ٧٣٣ ، و Roubier فى مقاله سالف الذكر ص ١٦ ، و Boulanger فى مقال بعنوان "Principes généraux du droit et droit positif" المنشـــور فى مجموعة الدراســات المهداة الى جورج ريبير ص ٦٣ ، وراجع ايضا مارتى ورينو فى مؤلفهما عن القانون المدنى الجزء الاول ١٩٥٦ ص ٢٠٣ وكولان وكابيتان فى مطول القانون المدنى الجزء الاول ص ١٧٢ بند ٢٩٧ ودابان فى محاضرة بعنوان (Gény le savant) فى مجموعة المحاضرات التى القيت بمناسبة الذكرى السنوية لجينى ـ د اللوز ـ ١٩٦٣ ص ١٧ وقد اشار دابان الى ان الافكار التى قال بها جينى عن عدم كفاية التشريع تتاكد سلامتها كل يوم ، وهى الان اكثر وضوحا من اى وقت مضى ٠

معها على اى مشرع ان يتنبأ بما ستصير اليـــه • وما من تقنين يصدر حتى تظهر امام القضاء آلاف المشاكل التى غابت عن المشرع ولـــم يتطرق اليها بالتنظيم، وانه من الخطأ ان نتصور تشريعا يتضمن تنظيما كاملا لكل الفروض الواقعية (١) •

كما عيب على شراح المتون قولهم بوجوب الحكم برفض الدعوى اذا لـم يجد القاضى نصا تشريعيا يحكم النزاع المعروض عليه ، اذ ان القاضى فى تلك الحالة يخالف ما تقضى به المادة الرابعة من القانون المدنى التى لا تجيز له ان يتخذ من سكوت التشريع ذريعـــة لعدم الفصل فى الدعوى • ورفـــض الدعوى بحجة عدم وجود نص يحكمها لا يختلف عن الامتناع عن الفصل فيها، اذ مؤداه ان تستمر الاوضاع الفعلية القائمة بين الخصوم على ما هى عليه، دون بحث جدى لمدى سلامتها ودون تصفية لمـا ثار بشأنها مـن نزاع (٢) •

ونتيجة للحملة العنيفة التى تعرضت لهـــا مدرسة الشرح عـــلى المتون اخذ انصارها فى التناقص بمرور الزمن ، الى ان قدر لها ان تختفى كلية فى الوقت الحـــاضر •

---

(١) هذه هى نص اقوال بورتاليس :

Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si etendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tont ... une code, quelque complete, qu'il puisse paraitre n'est pas plutot achévé, que mille questions inattendues viennent s'ocrir au magistrat ... une foule de choses sont donc nécessairement abandonnés a l'arbitrage des juges ... la prevoyance législateur est limitàe ... ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois, qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles .....

مجموعة فينى للاعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى ـ الجزء الاول ص ٤٦٧ وما بعدهـــا .

(٢) جينى ـ المرجـــع الســـابق ـ الجـــزء الاول ـ ص ٣٩ ، وكارى دى مالبرج ـ المرجـــع السابق ـ هامش ص ٧٩٣ ؛ ودى لامورانديير ـ المرجع السابق ص ٧٠ .

واذا كانت فكرة كمال التشريع وكفايته ، وانكار الدور الخلاق للقاضى قد توارت مع انزواء نظرية الشرح على المتون ، الا اننا عدنا نسمعها من جديد من بعض الاصوات التى لها وزن كبير فى الفقه الفرنسى ، وقد تعرضت تلك المحاولات الجديدة لنقد مرير ، ونظرا لمكانة اصحاب تلك الآراء وخطورة ما اثاروه نرى اهمية عرضها وبيان ما وجه اليها من نقد .

المطلب الثانى

محاولات جديدة لانكار الدور الخلاق للقاضى

ظهرت هذه المحاولات فى كتابات الفقيه الفرنسى جورج ريبير والفقيه المتساوى هانز كلزن ، وقد تصدى لنقدهما كل من بولانجيه ومارسل فالين .

اولا : رأى ريبير ونقده :

أشار ريبير الى فكرته فى انكار الدور الخلاق للقاضى فى مطوله للقانون المدنى ، ثم القى عليها مزيدا من الضوء فى مؤلفه الجديد : « القوى الخلاقة للقانون » (١) .

فقد اوضح ريبير ان المشرع يقوم بوضع القواعد العامة التى تنظم سلوك الافراد داخل المجتمع ، وتتحصل وظيفة القضاء فى تطبيق القواعد القانونية وتحديد مجال سريانها من حيث الزمان او المكان .

وقد الزم المشرع القاضى بالفصل فى جميع المنازعات التى تعرض عليه، ونص على عدم قبول عذره بنقص التشريع او غموضه او سكوته للتحلل من هذا الالتزام ، الا انه ينبغى الا يفهم من ذلك ان ثمة حالات لا يتناولها التشريع ولا ينطبق بشأنها ،فالتشريع موجود دائما وقابل للتطبيق على كل

(1) "Les forces créatrices du droit" L. G. D. J. 1955. p. 378.

الفروض ، فالى جـــوار القانون المدنى الذى يمثل القانون العام للعـــلاقات الخاصة يقوم مبدأالحرية الفردية باعتباره المبـــدأ الاساسى للقانون كله • وباعمال هذين المصدرين سوف يتمكن القاضى من الوقوف على القاعدة التى تحكم النزاع المعروض عليه ، فاذا ما عرض على القاضى عقد من العقود لا نظير له فى القانون المدنى وجب عليه ان يعمل احكامه ويحمى الالتزامات الناشئة عنه تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد ، واذا ما عرضت عليه واقعة او فعل لم يحرمه القانون وجب عليه ان يقضى بصحته وشرعيته، وبانتفاء مسؤولية من قام به •

وتطبيق القانون لا يكون ميسورا الا اذا كانت القواعد التى يتضمنها واضحة ومحددة ، أما اذا كـان النص غامضا ثارت مشكلة تفسيره وتحديد معناه •

ويعرض ريبير للتطور الذى مر به تفسير القانون فى فرنسا وكيف ان المشرع كان يحتفظ به لنفسه فى بادىء الامر ، وعندما احس بثقل هذا العبء تركه للقضاء •

واستعرض ريبير المذاهب الفقهية فى التفسير ، وما كانت تتجه اليـه فى بادىء الامر من محاولة الوصول الى ارادة المشرع الحقيقية او الضمنية بشتى الوسائل ، ويؤكد ريبير ان هذا هـــو الهدف السليم مـــن التفسير والمدلول الحقيقى له حتى لو اتسم بشىء من التوسع والجرأة طالما ان الامر ينسب فى النهاية الى ارادة المشرع ويعمل تلك الارادة ولو كانت مجازية •

ثم انتقد ريبير ما تتجه اليه المدارس المعاصرة فى التفسير ـ مشيرا الـــى مذهب جينى ـ من اتخاذ التفسير وسيلة للبحث عن قواعد خارج نطاق التشريع يستقى منها القاضى حكمه ، ويستطرد ريبير قائلا : ان هذا الفهـم الخاطىء للتفسير والانحراف به عن غايته مبعثه اعتقاد هؤلاء الشراح بوجـــود قواعد قانونية اخرىخلاف تلك التى تتضمنها التشريعاتيمكنللقاضى ان يهتدىاليها ويطبقها،وهو فهم يتعارض ومبدأ وضعية القانون Le Positivisme juridique الذى يقضى بعدم وجود قانون خلاف القانون الرسمى الـذى تضعه السلطة العامة فى الدولة فى صورة التشريع •

وسلطة القاضى فى التفسير لا بد وان تقف عند بيان مضمون النصوص الغامضة، اما وضع القواعد المستحدثة فهو اعتراف للقاضى بسلطة ليست له على الاطلاق وتتنافى مع الاوضاع الدستورية المقررة · ان وظيفـــة القاضى تقتصر على مجرد تطبيق القانون ، فالقانون بحسبانه يتضمن قواعد عـــامة ومجردة لا يصلح بذاته للتطبيق ولتحديد سلوك الافراد داخل المجتمع ، وانما لا بد من وجود سلطة تقوم على هذا التطبيق وهى السلطة القضائية، ويقتضى تطبيق القانون التحقق مما اذا كانت واقعة او تصرف معين يخضـــع لحكم قاعدة قانونية محددة وتتوافر بالنسبة له شروط تطبيقها · فتطبيق القانون يعنى اخضاع المراكز والتصرفات الفردية لحكم قاعدة قانونية قائمة وكلما اتسمت القاعدة بالعمومية كلما اتسع مجال سلطة القاضى فى تطبيقها·وتوسع القضاء فى تطبيق القانون هو الذى يضمن للقانون حيويته المستمرة · الا انه فى جميع الاحوال ليس للقاضى الخروج على أحكام التشريع ، ولا بد ان تستند احكامه الى اساس صلب من القانون القائم ·

وقد تصدى بولانجيه للرد على آراء ريبير (١)، وأول ما اخذه بولانجيه على هذه الآراء انها تعيد الى الاذهان الافكار التى نادت بها مدرسة الشرح على المتون والتى تتحصل فى كمال التشريع وكفايته لمواجهة كل الفروض الواقعيـة التى تعرض على القضاء ، والتى ثبت على نحو قاطع انها ابعد ما تكون عن الحقيقة ، ويكفى دلالة على ذلك تلك الحلول المستقرة التى وضعها القضـاء على امتداد قرن من الزمان للعديـــد من المشاكل التى لم يتناولهـا التشريع بالتنظيـم ·

ويستطرد بولانجيه قائلا: انه مما يثبت تمتع القاضى بسلطة تقديرية كبيرة فى بناء حكمه فى ظل النصوص القائمة انه حينما يصدر ذلك الحكم انما يجرى

---

(١) مقال منشور فى المجلة الفصلية للقانون المدنى بعنوان :
"Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile". 1961. p. 417.

خيارا بين رايين او اكثر يعرضهما الخصوم ، ويحاول كل منهما تدعيم رأيه وتأكيد صحته بالاستناد الى آراء الشراح ويضرب بولانجيه مثلا لذلك بنص المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى والتى قد يرى احد الخصوم انها تشمل التعويض عن الاضرار المعنوية ، بينما يتمسك الخصم الآخر بانها لا تسمح بذلك ، وتكون مهمة القاضى هى تغليب احد هذه الآراء على غيره . فرغم وجود النصوص لا بد من تدخل القاضى لاستجلاء كنهها وضبط احكامها . ويستشهد بولانجيه على ما للقضاء من قوة خلاقة ينكرها عليه ريبير بما هو ملاحظ من اختلاف كثير من الاتجاهات القضائية فى فرنسا عنها فى بلجيكا من مسائل يكون فيها نص القانون واحدا فى كلا البلدين .

ويشير بولانجيه الى ان المتتبع لاحكام القضاء يلمس مدى خطورة واهمية الدور الذى يقوم به فى بناء القواعد القانونية من انه كثيرا ما تطغى المعانى والمبادىء التى يستخلصها القضاء من نص قانونى معين على النص ذاته، بحيث يبدو البنيان القانونى للموضوع وكأنه من صنع القضاء وحده،ويتوارى الاصل التشريعى المتواضع وراء طوفان من الاحكام والمبادىء القضائية المستخلصة منه . وخير مثال على ذلك هو قواعد المسؤولية المدنية التى شادها القضاء مستندا الى نصوص تشريعية هزيلة لا تقارن بالمبادىء القضائية المستخلصة منها .

ثانيا : رأى كلزن ونقده :

الفقيه النمساوى هانز كلزن هو صاحب النظرية الشهيرة بنظرية الاصول القانونية Les normes juridiques وتتلخص هذه النظرية فى ان النظام القانونى فى الدولة يتكون من مجموعة من الاصول « Normes » تختلف فى طبيعتها من حيث العموم والتجريد ، وتتخذ فيما بينها شكلا هرميا، يقع فى قمته اكثر الاصول تجريدا وعمومية ، ومن هذا الاصل العام تتدرج الاصول الاخرى وتتسلسل على نحو اقل تجردا ، اذ يتضمن كل اصل فى ذلك

السلم الهرمى تحديدا وتنفيذا للاصل الادنى حتى نصل الى التطبيق الفـردى فى نهاية هذا التدرج ٠

وفى ضوء هذا التحليل يقسم كلزن وظائف الدولة الى وظيفتين، وظيفة تشريعية تتميز بانها تضع الاصول العامة Norme générale ووظيفة تنفيذية وقضائية وهما من طبيعة واحدة تتضمن تنفيذا وانشاء فى آن واحد ، فالعمل القضائى او التنفيذى يتضمن اولا التحقق من وجود الاصل العام، ثم بيان مدى انطباق هذا الاصل العام على الفروض الواقعية ٠

وتطبيق الاصل العام على الفرض الواقعى يتضمن انشاء ما يسميه كلزن: Norme individuelle وبمقتضى ذلك تتحول الوقائع المادية الى وقائع قانونية ، وهذا التحول ما كان ليتحقق لولا تدخل العضو الذى يعهـــد اليه القانون وفقا للاجراءات التى يحددها بهذه السلطة ، مما يظهر معه العنصر المنشىء فى عمل القاضى او رجل الادارة ٠

فالقاضى فى جميع الاحوال يقوم بتطبيق اصل عام مقرر سلفا ، فاذا ما طلب الى القاضى توقيع عقوبة جنائية او جزاء مدنى على شخص معين لارتكابه افعالا تتضمن مخالفة لاصل عام ، فالامر لا يخرج عن احد فرضين ، اما ان يثبت للقاضى وجود اصل عام يحرم تلك الافعال وبذلك يحكم القاضى بالعقوبة الجنائية او الجزاء المدنى بحسب الاحوال ، واما ان يتأكد له عدم وجود مثل هذا الاصل العام وبذلك يتعين على القاضى أن يحكم بالبراءة أو برفض الدعوى استنادا الى ان السلوك او التصرف غير ممنوع او محرم ، اذ طالمـــا ان النظام القانونى لا يفرض عى الافراد السلوك أو التصرف على نحو معين، فان معنى ذلك ان سلوكهم او تصرفهم على نحو مضاد لا تثريب عليه ٠ فالنظـام القانونى فى الدولة يحكم سلوك الافراد وينظمه بوسيلتين مختلفتين ، وسيـلة ايجابية تتحصل فى تحديد ما هو ممنوع ومحرم، ووسيلة سلبية بعدم النص على تحريم سلوك معين مما يستفاد منه اجازة هذا السلوك واقراره اذ كل ما ليس محظورا مباح ٠

ويخلص كلزن من ذلك الى ان المحاكم وهى تفصل فى المنازعات المعروضة امامها تطبق فى جميع الاحوال اصولا عامة مقررة تنظم سلوك الافراد اما بطريقة ايجابية صريحة،او بطريقة سلبية باباحتها ضمنا ما لم تحظره صراحة.

وعلى هذا النحو ينفى كلزن فكـــرة الفراغ التشريعى اى وجود مسائل لا يشملها التشريع بالتنظيم ، ويقرر انها فكرة خاطئة ، فالتشريع ان لم يواجه كل الفروض الواقعية بطريق ايجابية فانه ينظمها بطريقة سلبية . كل ما هناك ان تطبيق المبدأ الذى يقرر ان كل ما ليس محظورا مباح كثيرا ما يؤدى فى نظر القائمين علىتطبيق القانون الى نتائج غير منطقية ولا عادلة . مما يدفعهـــم الى استبعاد تطبيق هذا الاصل والقول بوجود فراغ فى التشريع حتى يتسنى لهم افراز ما يرونه من حلول عادلة . مع ان هذا الوضـــع لا يختلف اطلاقا عن الاحوال التى ينظم فيها التشريع بعض المسائل بحلول ايجابية تعتبر من وجهة نظر السياسة القضائية حلولا غير عادلة . فعدم وجود نص قانونى يحرم سرقة التيار الكهربائى ، وما يؤدى اليه من تبرئة من يتهم بهذا الفعل ، ليس اكثـر شذوذا من وجود نص تشريعى يعاقب على القتل ايا ما كان سواء كان بغـرض السرقة او بقصد تخليص اب مريض من آلام مرض لا يرجى البرء منه (١) .

وقد تصدى فالين لنقد آراء كلزن – وان لم يشر اليه صراحة (٢) – مقررا ان قاعدة ما ليس محظورا مباح وان كانت تجد مجـــالا للتطبيق فى القانون

---

(١) مؤلفه سالف الذكر – الجزء الاول ص ٣١٨ . ولقد سبق ان اشرنا الى ان من انصار مدرسة الشرح على المتون من يقول برأى مشابه محصله ضرورة رفض الدعوى اذا لم يجد القاضى نصا تشريعيا يحكمها ، واوضحنا ما وجهه كل من جينى وكارى دى مالبرج الى هذا الرأى من نقـد .

(٢) اورد فالين هذا النقد فى مقال بعنوان
"Le pouvoir normatif de la jurisprudence."

منشـــور فى
"La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G.Scelle T. II. P. 613. "

الفرنسى ، انه هى تلخيص للمبدأ الذى فصلته المادة الخامسة من اعلان حقوق الانسان (١) ، الا انه ينبغى ان يراعى ان تطبيق هذا المبدأ لا يجرى على وتيرة واحدة بالنسبة لجميع المجالات القانونية ، ففى نطاق القانون الجنائى ينطبق هذا المبدأ بلا صعوبة وتعبر عنه تلك القاعدة الشهيرة «لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون » Nullum Crimen, Nulla Poena sine lege والامر على خلاف ذلك بالنسبة للمسؤولية المدنية · اذ لو اقترن هذا المبدأ بالقاعدة المنصوص عليها فى المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى التى تقضى بأن المسؤولية لا تقوم الا بناء على خطأ او نص قانونى يقررها لكان معنى ذلك ان كل الجهود التى بذلها القضاء والفقه فى بناء قواعد المسؤولية هى مجرد تفسير لكلمة الخطأ الواردة فى القانون ·

واذا جاز هذا القول فى نطاق المسؤولية المدنية ، فانه فى مجال المسؤولية الادارية يتعارض كلية والحلول المقررة ، ويصطدم بما جرت به العبارات الصريحة لحكم بلانكو من استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية المدنية على مسؤولية الادارة ، ومن ناحية اخرى فان احكام القضاء الادارى مستقرة على اقامة المسؤولية الادارية فى بعض صورها خارج نطاق فكرة الخطأ ، وتأسيسا على مبدأ مساواة الافراد امام الاعباء العامة ، كما ان قضاء مجلس الدولة بالنسبة لمخاطر الجوار غير العادية ومخاطر المهنة قضاء خلاق لا يستند الى اى نص مكتوب · والتسليم بعدم وجود فراغ فى التشريع يعنى ان الاحكام التى اصدرها مجلس الدولة واقام فيها المسؤولية على اساس المخاطر هى جميعا احكام خاطئة وذلك امر لا يصح القول به ولا يجوز قبوله ·

ومن ناحية اخرى فان القول بعدم وجود فراغ فى التشريع تدحضه الحلول

---

(١) تنص هذه المادة على ما يلى :
"Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne puet être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu' elle n'ordonne pas".

القضائية التى قررها القضاء بالنسبة لنظرية الاثراء بـــلا سبب مستندا الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة · ولو اعمل القضاء فى هذا الصدد قاعدة كل ما ليس محظورا مباح لكان لزاما عليـــه ان يقضى برفض دعوى المسؤولية التى تقام ضد من اثرى على حساب غيره دون سبب مشروع ·

ويخلص فالين الى ان تطبيق قاعدة كل ما ليس محظورا مباح فى مجال المسؤولية المدنية من شأنه ان يعصف كلية بالكثير من النظريات والمبادىء التى ارساها القضاء ، والتى اصبحت جزءا لا يتجزأ من النظام القانونى للمسؤولية المدنية فى فرنسا (١) ·

والواقع ان نظرية كلزن تحمل ارادة المشرع اكثر مما تحتمل ، اذ انها تنسب اليه اجازته لكل التصرفات والاعمال التى لم يتناولها صراحة بالمنع او التحريم ، مع أن كثيرا من تلـــك الاعمال والتصرفات ما كانت تـــدور بخلد المشرع او تقع فى تصوره ·

فلكى تصح نظرية كلزن لا بد وان نفترض ان المشرع قد احاط علما بكل ما يمكن ان ينشأ داخل المجتمع من علاقات وما يتم فيه من وقائع ، وانه تخير من ذلك جانبا تصدى لتنظيمه صراحة ، وترك الجانب الآخر يخضع لحكـــم الاباحة · ويصطدم هذا القول بما هو ثابت من ان المشرع الوضعى مهمـــا بلغت دقته ونفذت بصيرته ، سيظل عاجزا عن تصور كل ما تفرزه الحيـــاة الاجتماعية فى تطورها السريع والمعقد من روابط وعلاقات · ولا يجوز أزاء ذلك ان تنسب الى المشرع اجازته لكل الاعمال او التصرفات التى لم يعرض لتنظيمهـــا صراحة والتى غالبا ما تكون بعيدة عن مجال تصوره ونطاق تقديره ·

ونخلص من ذلك الى ان محاولة كل من روبير وكلزن انكار وجود أى فراغ فى النظام القانونى تلقى اعتراضا مماثلا لما واجهته افكار مدرسة الشرح عـــلى المتون فى هذا الصدد ·

---

(١) مقاله سالف الاشارة المنشور فى مجموعة الدراسات المهداة لجورج سـل ·

المطلب الثالث

الرأى السائد حاليا فى الفقه

يكاد الرأى يكون مستقرا فى الفقه الفرنسى المعاصر على الاعتراف بالدور الخلاق للقاضى واقرار حقه فى صنع قاعدة الخصومة وذلك استنادا الى الاسباب الآتية :

اولا : ان تلك نتيجة حتمية لنقص التشريع وعدم كفايته لتنظيم كل ما ينشأ داخل المجتمع من علاقات وروابط، والتزام القاضى رغم ذلك بالفصل فيما يعرض عليه من منازعات وعدم قبول عذره بنقص التشريع أو عدم كفايته ٠

وفكرة نقص التشريع التى اوضحها جينى فى اسلوب خلاب (١) تكاد

---

(١) فى هذا يقرر جينى ان القانون شأنه شأن اى عمل يصدر عن الانسان لابد وان يأتى دون الكمال ، اذ مهما بلغت شفافية روح الانسان فسوف يظل عاجزا عن الاحاطة بكل مقتضيات الحياة الاجتماعية ومكوناتها وعناصرها ، والمشرع مهما ارتى من بصيرة نافذة واحاطة شاملة لن يتسنى له ان يتصور ويفترض ما يمكن ان ينشأ بين الناس من روابط ، وكل ما يثور بين مصالحهم او آمالهم من تعارض ، وان يضع لكل ذلك تنظيما قانونيا متكاملا يلبى حاجات عصره ويستجيب لما يمكن ان ينشأ مستقبلا من روابط وعلاقات قانونية (جينى ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ص ١١٧ بند ٥٧) كما يشير فالين الى ان فكرة كمال التشريع هى مجرد افتراض لا يتفق وما هو مشاهد عملا من نشأة العديد من المراكز والعلاقات التى يصعب القول بوجود نصوص قانونية تنظمها ، ويستشهد فالين على عدم واقعية هذا التصور بما كان سائدا فى الفقه الانجليزى من ان القضاء لايقوم بخلق المبادىء القانونية واستحداثها من العدم ، وانما يقتصر دوره على الكشف عن تلك المبادىء الكامنة اصلا فى القانون العام " Common law "
الى ان اثبت الفقه فى القرن العشرين خطأ هذا التصور ، واكد حقيقة قيام القضاء الانجليزى بخلق وانشاء العديد من القواعد القانونية التى لا تجد اى مصدر لها فى القانون العام ـ مقاله سالف الاشارة وراجع فى تفصيل هذه المسألة مقال الدكتور برهام عطاالله ـ فى قاعدة الزامية السابقة القضائية فى القانون الانجليزى ، مجلة =

تكون الآن محل اجماع الفقه ، فضلاً عن ان الواقع العملى يكشف عنهـا يوما بعد يوم • وتظهر هذه الفكرة بصفة خاصة كلما بعد العهد بالتشريع واتسعت الهوة بينه وبين متطلبات الواقع وحاجات الجماعة المتجددة • والواقع انه لولا الجهود الفائقة التى بذلها القضاء لمحاولة المواءمة بين التشريعات القائمة وبين مقتضيات التطور السريع والمعقد للحياة الاجتماعية لأصيب التشريع بالعجز والجمود •

ثانيا : ان قيام القاضى بصنع قاعدة الخصومة لا يتعارض مع مبدأ فصل السلطات ولا يتضمن خروجا على حدود ولايته الطبيعية •

رأينا كيف ان مبدأ فصل السلطات وفقا لمفهومه الحاد الـذ ىرسخ فى اذهان رجال الثورة الفرنسية وكشفت عنه التشريعات العديدة التى اصدرتها الثورة لتضيق بها الخناق على القضاء وتحصر وظيفته فى مجرد التطبيق الآلى للنصوص القائمة ـ هـــذا المفهوم كان يحول فعلا دون قيام القاضى بوضـــع قاعدة الخصومة •

الا ان هذا المفهوم قد طرأ عليه تطور كبير افصح عنـــه المشرع نفسه فى كثير من المجالات ، فقـــد الغى نظام الاحالة الاختيارى الى المشـــرع لتفسير النصوص الغامضة بمقتضى نص المادة الرابعة من القانون المدنى ، كما الغى نظام الاحالة الاجبارى نهائيا بموجب قانون اول ابريل سنة ١٨٢٧ الذى نص على انه اذا ما نقض الحكم للمرة الثانية التزمت المحكمة التى تحـــال اليها القضية باتباع التفسير الذى انتهت اليـــــه محكمة النقض بالنسبة للنصوص القانونية المتنازع عليها • وبذلك رد المشرع للقضاء ولايته فى تفسير النصوص الغامضة واستجلاء معانيها •

كما ان روح العداء للقضاء التى كانت سائدة فى اعقاب الثورة الفرنسية

= الحقوق سنة ١٩٧١ ص ١٢٧ وما بعدها • وراجع بالنسبة لتصور التشريع وعدم كفايته المراجع العديدة التى اشرنا اليها فى المطلب السابق عند بيان الانتقادات التى وجهت لمدرسة الشرح على المتون •

تحت تأثير اعتبارات تاريخية معينة ، هذه الروح لم تعد قائمة الآن ، ولم يعد ثمة مبرر لاستصحاب المعانى المتشددة التى املتها • ومن ناحية اخـــرى يستخلص الشراح من نص المادة الرابعة للقانون المدنى اقرار المشرع حـــق القاضى فى صنع قاعدة الخصومة ، وذلك استنادا الى ان فكرة كمال التشريع وكفايته لمواجهة كل الفروض الواقعية قد ثبت على وجه القطع عدم صحتها ، وقد سلم بذلك واضعو مجموعة نابليون انفسهم • واذ تقضى المادة الرابعـــة المشار اليها بالزام القاضى بالفصل فى جميع المنازعات التى تعرض عليه وعدم قبول عذره بنقص التشريع او سكوته فان المعنى الوحيد لذلك هو اقـــرار حق القاضى فى صـــنع قاعـــدة الخصومة عنـــد غياب النص الرســـمى الذى يحكمها (١) •

ولأجل ذلك كله يكاد الرأى مستقرا فى الفقه الفرنسى المعاصر على أن ما اصبح محظورا عـــلى القاضى طبقا لمبدأ فصل السلطات هـــو ان يقضى فى الخصومات بطريق لائحية ، وهو ما عبرت عنه فى صراحة المادة الخامسة من القانون المدنى ، اما قيام القاضى باستخلاص قاعدة معينة من مقتضيـــات العدالة يحسم على اساسها خصومة معروضة عليه ازاء تعذر الوصـــول الى

---

(١) راجع فى ذلك جينى ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ـ ص ٨٥ بند ٤٤ ، ص ١١٧ بنـد ٥٧ ، ص ٢١٥ بنـد ٨٦ ، وكارى دى مالبرج ـ المرجـع الســابق ص ٧٣٣ بند ٢٤٤ وفالين فى مقاله سالف الذكر المنشور فى مجموعة الدراسات المهداة الى جورج سل ـ الجزء الثانى ص ٦١٣ •

ومقال لورى بعنوان
"Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit".
فى مجموعة الدراسات المهداة الى جورج ريبير ص ٣٠ هامش ٤ • وماوتى ودينو فى مؤلفهما فى القانون المدنى ـ الجزء الاول سنة ١٩٥٦ ص ٢٠١ بند ١١٩ •
ومقـــال O. Dupyroux بعنوان "La jurisprudence source abusive de dorit"
منشـــور فى Melange Maury الجزء الثانى ص ٣٥٢ •

قاعدة رسمية تحكمها فامر يدخل فى نطاق ولايته الطبيعية ولا يتضمن اى عدوان على اختصاص السلطة التشريعية (٢) ٠

(٢) راجع فى ذلك جينى ـ الجزء الاول رقم ٨٥ ص ٢٠٨ ، ومقال ديبيرو سالف الذكر ص ٣٤٩ ، ومقال مورى سالف الذكر ص ٣٤٩ ، ومارتى ورينو فى مؤلفهما فى القانون المدنى ـ الجزء الاول ص ٢٠٣ ومقال بولانجيه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٦١ ص ٤١٧ ٠

الفصل الثانى

الوضع فى التشريع العربي

على خلاف الاتجاه الواضح نحو تقييد سلطة القاضى الذى كشفت عنه التشريعات الصادرة فى اعقاب الثورة الفرنسية ، والتى لا تزال تعكس أثرها على نظرة الفقه الفرنسى لدور القضاء وطبيعته ووظيفته ، على خلاف ذلك اتجه المشرع المصرى والليبى الى الاعتراف للقاضى بمزيد من السلطات تدعم دوره الايجابى وتؤكد فاعليته · وقد تجلى ذلك فى ثلاثة مظاهر رئيسية هى :

اولا : تقرير حق القاضى فى صنع قاعدة الخصومة عند غياب المصدر الرسمى·

تنص المادة الاولى من القانون المدنى المصرى على ان : «تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها وفحواها فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقهحكم القاضى بمقتضى العرف،فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » ·

ويقابلهذا الحكم نص المادة الاولى من القانون المدنى الليبى الذى يقضى بأن « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها وفحواها ، فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » وأول ما يلاحظ على هذين النصين انهما حسما الخلاف الذى ثار فى الفقه الفرنسى حول كفاية التشريع لمواجهة كل الفروض الواقعية ، اذ اقر المشرع صراحة امكان

وجود منازعات لا تسعف النصوص التشريعية فى حلها ، وقد احال المشرع القاضى فى مثل تلك الفروض الى مصادر اخرى يستقى منها القاعدة التى يحكم النزاع على اساسها (١) ، وان اختلف ترتيب تلك المصادر فى القانون المصرى عنه فى القانون الليبى ، اذ جاءت الشريعة الاسلامية سابقة عـــلى العرف فى التشريع الليبى ، ولاحقة له فى التشريع المصرى .

وتختلف سلطة القاضى بالنسبة لتطبيق مبـــادىء الشريعة الاسلامية وقواعد العرف عنها بالنسبة لمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

ففيما يتعلق بمبادىء الشريعة الاسلامية من المقرر ان الاحالة اليها انما تنصرف الى القواعد الكلية والمبادىء العامة دون غيرها من الاحكام التفصيلية والفرعيات والجزئيات التى تختلف بشأنها الآراء وتتباين المذاهب (٢) ، مما

---

(١) قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر ٦٢/١/١ بأنه يتعين عـــلى القاضى ان يسد النقص فى القواعد التشريعية والقواعد العرفية فلا يعيب حكمه اســتناده الى قواعـد المنطق والعدالة (مجموعة النقض الســنة ١٣ ص ٤ وبذات المعنى حكمها الصـــادر فى ٤٢/٥/٢٧ م . ن . م ١٥ ـ ١١٩ .

(٢) راجـع فى ذلك ـ المدخـــل الى القـانون للدكتـور حسن كيره ، ١٩٧١ ص ٣٩٩ . والمدخل للعلوم القانونية للدكتور سـليمان مرقص سـنة ١٩٦٧ ص ٣٤٤ ، والدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ـ نظرية القانون ص ١٧٨ ، ولقد كان المشروع المقدم ينص على الرجوع للمبادىء العامة للشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين ، وقد اعترض على هذا النص فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على اساس ان عدم التقيد بمذهب معين من شأنه ان يحدث اضطرابا بين الاحكام لاختلاف المذاهب واقترح احد الاعضاء حذف عبارة « الاكثر ملاءمة لنصـوص القانون دون تقيد بمذهب معين » لان جوهر مبادىء الشريعة الاسلامية لا خلاف فيه وتقريب هذه المبادىء من احكام القانون من اجتهاد القاضى ، واجاب الدكتور السنهورى على ذلك بان المادة تتكلم عن مبادىء الشريعة الاســلامية اى كلياتها وهى ليســت محل خلاف بين الفقهاء وطلب من اللجنة ابقاء الفقرة على اصلها لاحتمال ان تتعارض مبادىء الشريعة مع القانون فلا يؤخذ منها فى هذه الحالة الا ما كان اكثر ملاءمة للقانون فرد عليه عضو اخر قائلا انه لن يحدث هذا التعارض لان الشريعة ان تطبق الا حيث لا يوجد نص ولن تطبق منها الا المبادىء العامة دون الحلول التفصيلية ، وبعد مناقشة وافقت اللجنة على حذف العبارة المذكورة (مجموعة الاعمال التحضيرية ـ الجزء الاول ص ١٩٠) .

يترتب عليه تقييد حرية القاضى بالنسبة لهذا المصدر الى حد كبير ، اذ يكاد دوره ينحصر فى البحث عن تلك المبادىء من الادلة الاصلية المتفق عليهـا وهى الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، فاذا لم يتمكن القاضى من التوصل الى مبدأ يحكم الدعوى المنظورة امامه يجد سنده فى تلك الادلة ـ وذلك فرض نادر ـ ففى تقديرنا ان القاضى لا يملك ان يجتهد رأيه فى تلك الحالة ليتوصل الى حكم شرعى يحل على اساسه المنازعة المعروضة عليه ، ذلك انه يصعب القول بتوافر شروط الاجتهاد ـ كما حددها علماء الاصول ـ فى قضاتنا خاصة وان ثقافتهم الاصلية ليست ثقافة شرعية (١) ٠

ومن ناحية اخرى نرى انه ليس للقاضى ان يستمد حكمه من دليل مـن الادلة التى اختلف اصحاب المذاهب وعلماء الاصول حول الاعتماد عليها وهى المصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب وشرع من قبلنا ومذهب الصحابى، اذ انه وقد استقر الرأى على ان المبادىء الشرعيـــة التى يمكن للقاضى ان يطبقها هى تلك المبادىء الاساسية التى لا خلاف عليها من الشراح ، فان ذلك يقتضى ان يكون الدليل التى استقيت منه تلك المبادىء ليس اصلا محل خلاف ٠ فقيام الاختلاف حول الاعتماد على الدليل ذاتـــه يعنى بالضرورة ان المبدأ او القاعدة التى تستمد من هذا الدليل ليست قاعدة مستقرة ولا يمكن اعتبارها من المبادىء الاساسية التى لا خلاف عليها ٠

والقاضى فى تطبيقه لاحكام الشريعة ليس ملزما باتباع مذهب معين من المذاهب الا انه اذا كان الحكم محل خلاف كبير بين فقهاء المذاهب فان القاضى لا يملك الموازنة والترجيح بين هذه الآراء ليتخير منها الرأى يطبقه على المنازعة المعروضة عليه ، اذ طالما كان الحكم محل خلاف كبير امتنع عليه وصف المبـدأ المستقر ٠

هذا عن تطبيق القاضى لمبادىء الشريعة الاسلامية ، اما بالنسبة للعرف

---

(١) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار ـ مبادىء القانون ص ١٣٥ ٠

فقد اختلف الرأى بين الشراح حـــول دور القضاء فى انشاء القاعدة العرفية وتحديدها ، فمنهم من ذهب الى ان القاعدة العرفية لا تنشأ وتكتسب صفـــة القاعدة الملزمة الا بتطبيق القاضى لها ، ومن الشراح من ذهب الى ان العرف يتكون بركنيه المادى والمعنوى من قبل ان يتدخل القضاء لتطبيقه ، وان تطبيق القاضى للعرف انما هو تطبيق لقاعدة قانونية مقررة سلفا كما هـــو الشأن بالنسبة لتطبيق التشريع ، وان كان القضاء يسهـــم بدور ملموس فى تحديد القاعدة العرفية وبلورتها،وسوف نعود الى دراسة هذه المسألة تفصيلافى الباب الثانى ·وفى تقديرنا ان السلطةالخلاقة للقاضى تظهر فيما يتعلق باعمال مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، اذ ان احالته الى تلك المبادىء والقـواعد تفسح المجال امامه للاجتهاد وتمنحه قدرا كبيرا من حرية التقدير فى خلق قاعدة الخصومة على ان يأتى حكمه متوازنا ، فى استجابته لاعتبارات العدالة المجردة من جهة وفى تقديره لظروف الخصومة الخاصة ومقتضيات واقعها من جهـة اخرى،وذلك ما كشفت عنه فى صراحة المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الذى وضعته لجنة الاستاذ الكبير الدكتور السنهورى بقولها : « فاذا لم يجد القاضى فى التشريع او العرف حكمـا يمكن تطبيقه ، وجب ان يلجأ الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة وفقا لنص الشق الثانى من الفقرة الثانية ، وهذا الشق لا يستحدث جديدا وانما ينقل العبارة الواردة فى المادة ٥٢ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة · ولم يشأ المشرع ان يجارى التقنين المدنى السويسرى فيأذن للقاضى ان يطبق فى هذه الحالة ما كان يصنع هو من قواعد لو عهد اليه بأمر التشريع ··· ولم يشأ المشرع كذلك ان يحيل القاضى الى المبادىء العامة فى قانون الدولة (م ٣ من التقنين المدنى الايطالى الجديد) او الى مبادىء القانون العامـــة فحسب (م ١ من التقنين الصينى) · واذا كانت عبارة التقنينات الحديثة تفصل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليهما عادة من الابهام الا أن الواقع ان هـــذه العبارات جميعها لا ترد القاضى الى ضابط يقينى وانما تلزمه ان يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهـى تقتضيه فى اجتهاده هـــذا

ان يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خـــاص فتحيله الى مبادىء او قواعد كلية تنسبها تارة الى القانون الطبيعى وتارة الى العـدالة وتارة الى قانون الدولة او الى القانون بوجه عام دون بحث او تخصيص ٠

وازاء ذلك آثر المشروع ان يبقى على التعبير الذى استعمل فى نصـوص التشريع القائم **وييسر للقضاء اسبـاب الاجتهاد وفى ارحب نطاق** ٠ ففى كنف مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادىء العـــامة فى القانون المصرى ، واخذت بعـــض احكام الشريعة الاسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعـات اجنبية ، او معاهـــدات دولية بل وعمدت الى **استحداث احكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون ان يكون لها سند فى سوابق التشريع او العرف** ، وعلى هذا النحو لم يتقيـــد القضاء بضرورة التزام المبادىء العامة فى القانون المصـــرى فحسب ، وانما استعـــان بهذه المبادىء كما استعان بغيرها متوخيا اختيار اصلح القواعد واكثرها ملاءمـة لطبيعة الاوضاع التى قصر القانون عن تنظيمها (١) ٠

وواضح من ذلك ان احالة القاضى الى مبادىء القانون الطبيعى لا تعنى احالته الى قواعد محددة ومنضبطة يطبقها آليا على النـزاع ، وانما القصد منها أن يستلهم القاضى الحل العادل للنزاع وفقا لاجتهاده وطبقا لما يمليه عليه ضميره (٢) ٠

ولقد اتخذ القضاء من فكـــرة القانون الطبيعى ـ كمـــا تشير المذكرة الايضاحية ـ سنـــدا لارساء العديد من المبادىء القانونية التى مـــا كانت التشريعات القائمة تكفى لحلها أو تسعف فى القول بها ، من امثلة ذلك نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الاثراء بلا سبب ، ونظرية تحمل التبعة

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٨٨ ٠

(٢) راجع فى ذلك الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى مبـادىء القانون ص ١٨٠ والدكتـور توفيق حسن فرج ـ المدخل للعلوم القانونية ص ١٥٢ والدكتور انور سـلطان المبادىء القانونية العامة ص ٨٣ ٠

كما سيتضح لنا فى دراستنا فى الباب الثانى لمكان القاعدة القضائية بين مصادر القـانون ٠

ثانيا : الالتجاء الى المعايير المرنة :

يتمثل المظهر الثانى للدور الايجابى للقاضى فى عدول المشرع عن المعايير المجامدة التى كانت مقررة فى القانون المدنى السابق والتى كان من شأنها سلب القاضى الكثير من حرية التقدير والتجاؤه الى المعايير المرنة ، التى تتسع معها سلطة القاضى فى تكييف ظروف كل واقعة على حدة ، واختيار الحل الامثل لها٠ من ذلك معيار الغلط الجوهرى الذى نصت عليه المادة ١٢١ من القانون المدنى الجديد ، ومعيار التدليس الجسيم (م ١٢٥) ومعيار الرهبة القائمـة على أساس فيما يتعلق بالاكراه المبطل للعقد (م ١٢٧) ومعيار التأثير الدافع الى التعاقد بالنسبة للاستغلال (م ١٢٩) ومعيار العذر المقبول الذى يجيز طلب الرجوع فى الهبة (م ٥٠٠) ٠

ثالثا ـ منح القاضى سلطة تقديرية فى كثير من المسائل :

يتجلى المظهر الثالث لتأكيد الدور الايجابى للقاضى فى ظل القانون المدنى الجديد فى تفويض المشرع القاضى فى التدخل بارادته لاستكمال عناصر الحكم ، فالمشرع يضع الاطار العام للحكم ويترك للقاضى تحديده بما يستقيه من واقع الخصومة وفقا لتقديره الخاص وطبقا لما يمليه عليه ضميره وحسه القانونى ٠ ففى مجال التعويض منح المشرع القاضى حرية واسعة فى تحديد قدره (م١٦٦، ١٦٨ مدنى) وفى بيان طبيعته ونوعه (م ١٧١)، وفى مجال الوفاء بالالتزام رخص المشرع للقاضى فى تحديد الميعاد المناسب للوفاء اذا كان مشروطا عنـد المقدرة ، كما أعطاه الحق فى تقرير نظرة الميسرة (م ٣٤٦) ٠

ومن ناحية اخرى منح المشرع القاضى سلطة استكمـال ارادة الافراد فى العقود وغيرها من التصرفات القانونية ٠ من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٥ مـن انه اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظـا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق

عليها اعتبر العقد قد تم واذا قام خلاف فى المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تحكم فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥ مدنى) ٠

كما تنص المادة ١٢٩ مدنى على انه يجوز للقاضى فى الاستغلال ان ينقص التزامات الطرف المغبون ، وتجيز المادة ١٤٣ للقاضى ان ينقص من العقد اذا كان فى شق منه باطلا ، وتقضى المادة ١٤٤ بانه من حق القاضى أن يحول العقد الى عقد آخر توافرت اركانه اذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد ٠

وكذلك الشأن بالنسبة لقيام القاضى برد الالتزام المرهق الى الحد المعقول اذا ما طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها (م ١٤٧) وحقه فى تعديل الشروط التعسفية فى عقد الاذعان (م ١٤٩) وتخفيض التعويض المتفق عليه فى الشرط الجزائى (م ٢٢٤) ٠

ولقد استعرض استاذنا الدكتور السنهورى فى مقدمة الجزء الاول للوسيط كل هذه المسائل وعقب عليها قائلا «اذا كان التقنين المدنى الجديد لم يبلغ فى ذلك مدى ما بلغ التقنين المدنى السويسرى اذ جعل من القاضى مشرعا فيما لم يرد فيه نص، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، الا انه مع ذلك سار شوطا بعيدا فى سبيل ان يجعل احكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف ، فتكون احكام القانون بذلك أداة طيعة فى يد القاضى يطور بها القانون تطويرا مستمرا ويواجه بها ما يتغير من ملابسات واحوال (١) » ٠

---

(١) الوسيط جـ ١ الطبعة الثانية ص ١٠٢ وما بعدها ، ومقال للعلامة الجليل فى مجلة القضاء العراقية بعنوان : القانون المدنى العربى ـ العدد الاول والثانى سنة ١٩٦٢ ٠

هذا وتقضى المادة الخامسة من القانون المدنى السويسرى التى اشار اليها استاذنا الجليل بما يلى :

"... à défaut d'une disposition légale applicable le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut de coutume selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur".

...ة قاريـ... ...ية القانون - المكتبة

الباب الثانى

مكان القواعد القضائية بين مصادر القانون

اوضحنا فى الباب السابق كيف يقوم القضاء بخلق القواعد القضائية ليستكمل بها ما يشوب التشريع من نقص وما يعتوره من قصور ، واذا كان اتساع نطاق التشريع فى وقتنا الحاضر قد حد من سلطة القاضى فى صنع قواعد مستحدثة من كل الأوجه « Exnihilio » الا ان تلك السلطة الخلاقة لا تزال تعمل فى مجال تفسير النصوص القائمة ، اذ كثيرا ما يتخذ القاضى من التفسير ذريعة تمكنه من بناء قواعد مستحدثة لا تحتملها نصوص التشريع المدعى تفسيره ولا تسعف فى القول بها ، وان كان القضاء ينسبها الى المشرع استحياء وتجنبا لاتهامه بتجاوز حدود ولايته الطبيعية ٠

وقد اختلفت آراء الشراح حول قيمة ومصير القواعد التى يصنعها القضاء فى سبيل تكملة ما يشوب التشريع من نقص او بالتستر وراء تفسير ما يكتنفه من غموض، فذهب فريق من الشراح الى القول بأن القضاء لا يعد من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ٠ وبذلك فأنه مهما اطرد تطبيق القاعدة القضائية، وأيا ما كانت منزلة المحكمة الصادرة عنها فان قيمتها لا تعدو ان تكون قيمة ارشادية، يستعين بها القاضى على سبيل الاستئناس ، دون أن يكون ملزما بتطبيقها على الحالات المماثلة ، بينما ذهب فريق آخر الى القول بأن القواعد القضائية اذا ما تواتر تطبيقها، واستقرت عليها احكام القضاء ، فانها تكتسب صفة الالزام، وتندرج ضمن القواعد التى يتكون منها النظام القانونى فى الدولة ٠ ومما يعجل بتحقيق هذا الاثر ويؤكده ، صدور القاعدة من المحكمة العليا التى تتبوأ قمة التنظيم

القضائى فى الدولة • أى ان هؤلاء الشراح يرون ان القضاء يعتبر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية •

ونعرض فيما يلى هذه الآراء المختلفة ، مع بيان الحجج التى يستند اليها كل رأى ، ثم نختتم هذا العرض ببيان رأينا الخاص فى الموضوع •

الفصل الأول

الفقه المعارض لاعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون

يستند الشراح الذين ينكـــرون على القواعد القضائية صفة القواعـــد القانونية الملزمة الى حجج متعددة نجملها فيما يلى :

أولا ـ ان انشاء القضاء للقواعد الملزمة يتعارض مع مبدأ فصل السلطات :

اوضحنا فى الباب الاول كيف ان المفهوم المعاصر لمبدأ فصل السلطات لـم يعد يحول دون حق القضاء فى صنع قاعدة الخصومة عند غياب النص الرسمى الذى يحكمها ، والامر على خلاف ذلك بالنسبة لاقرار القوة الملزمـة للمبادىء القضائية ، واعتبار القضاء مصدرا رسميا للقاعدة القانونية ، اذ يرى فريـق من الشراح ان فى ذلك خروجا على مبدأ فصل السلطات وتدخـلا من القضاء فى اختصاصات السلطة التشريعية ٠

ولعل اول من ابرز هذه التفرقة فى الفقه الفرنسى هو جينى ، فقد اوضـح ان اصطلاح السلطة البريتورية للقاضى « Pouvoir Prétorien » **له مدلولان** مختلفان ، الاول : هو حق القاضى فى صنع قاعـــدة الخصومة ازاء قصور المصادر الرسمية عن بيان القاعدة التى تحكمها ٠ والثانى: هو ان يكون للحلول التى تقررها المحاكم قيمة تشريعية ، بمعنى أن يكون من شأن تعاقب الاحكـــام وتواترها على معنى واحد انشاء وخلق قاعدة قانونية تنطبـــق بصورة ملزمة على ما يعرض مستقبلا من منازعات ٠ وبين المعنيين فوارق جوهرية تحول دون

الخلط بينهما (١) • فالسلطة البريتورية بالمعنى الاول لا تعدو ان تكون مظهرا من مظاهر ممارسة القاضى حقه فى البحث العلمى الحر الذى يعتبـــر الوسيلة الاساسية التى تمكن القاضى من القيام بمهمتهفى اقرار العدالة وتطبيق القانون، وليس فى مبدأ فصل السلطات ما يحول دون مباشرة القاضى لتلك السلطة أو يتعارض معها ، طالما ان الحكم الذى يصدره القاضى اعمالا لها لن تتجـــاوز آثاره وقوته نطاق الخصومة التى صدر بشأنها •

وخلافا لذلك فان الاعتراف بالسلطة البريتورية للقاضى بمعناها الثـانى يصطدم باعتبارات دستورية تعتبر بمثابة حقائق اجتماعية لا يمكن تجاهلها •

وايضاحا لذلك عرض جينى للنصوص الدستورية التى صدرت فى اعقاب الثورة الفرنسية وحرمت على القضاء التدخل بطريق مباشر أو غير مباشر فى اعمال السلطة التشريعية، ولنص المادة الخامسة من القانون المدنى التى تمنع المحاكم من اصدار الاحكام اللائحية، وخلص من هذا العرض الى القول بأن كل تلك النصوص واضحة الدلالة على انه ليس لأى جهة قضائية كانت حق تقرير قواعد قانونية تنطبق بصورة ملزمةعلى ما يعرض على القضاء من منازعات •

ويتحفظ جينى قائلا ان ذلك كله لا ينفى ان المحـــاكم وهى بصدد الفصل فيما يعرض عليها من منازعات قد تكشف عنرأيها بالنسبة لمشكلة قانونية معينة بصورة مجردة تصلح كموجه لحل المشكلة مستقبلا ، الا ان كل تلك الآراء تظل مجردة من كل قـــوة ملزمة ، يستأنس بها القاضى فى تكوين عقيدته ولكنها لا تقيده (٢) •

والواقع ان معظم الشـــراح الذين ينكرون على القضاء صفتـــه كمصدر رسمى للقاعدة القانونية يستندون بصفة اساسية الى نص المادة الخامسة مـــن

---

(١) اشار جينى فى هامش ١) ص ٤٦ وهامش ٣ ص ٢٥٠ من الجزء الثانى من مؤلفه سالف الذكر الى العديد من المؤلفات التى وقعت فى هذا الخلط

(٢) المرجع السابق ـ الجزء الثانى رقم ١٤٦ ص ٢٣ ورقم ١٩٣ ص ٢٥٦

القانون المدنى الفرنسى ويرون فيه تعبيرا صريحا عن ارادة المشرع فى ألا تكون للقواعد القضائية قوة تلزم المحاكم باتباعها مستقبلا ، وترجمـــة صادقة لمبدأ فصل السلطات الذى لا يجيز للقضاء أن يتعدى حدود ولايتـه الطبيعية وهى الفصل فى المنازعـــات ليقوم باعمـــال هى من صميم اختصـــاص السلطة التشريعية (١) ٠

وقد حاول بعض الشراح الرد على هذا الاعتراض موضحين ان مبـــدأ فصل السلطات ليس مبدأ مطلقا لا يرد عليه أى قيد او استثناء ، وانمـا هو بلا شك يتقبل القيود التى تفرضها الضرورات الاجتماعية الملحة ٠ وليس أدل على مرونة المبدأ من ان الوظيفة التشريعية لم تعد حكرا علـى السلطة التشريعية ، وانما اصبحت تمارسها وعلى نطاق واسع السلطة التنفيذية ٠

ومن ناحية أخرى فان ما حرمته المادة الخامسة من القانون المدنى انمـا هو قيام القضاء بوضع الاحكام اللائحية ٠ وفرق كبير بينتلك الاحكام التى تمثل عملا تشريعيا حقيقيا بما تتضمنه من قواعد عامة مجردة، وبين اعتبار استقرار القضاء على مبدأ معين أو علىتفسير خاص مصدرا للقاعدة القانونية٠فالقاعدة فى الحالة الاولى تنشأ بعمل منفرد أما فى الحالة الثانية فأنها لا تنشأ الا بتواتر وتعدد الاحكام التى تطبقها (٢) ٠

---

(١) راجع فى ذلك كارى دى مالبرج ـ المرجـع الســابق رقم ٢٤٧ ص ٧٤٤ وما بعدهـا وجورج ريبير ـ القوى الخلاقة للقانون ص ٢٨٢ ، وكولان وكابيتان مطول القانون المدنى الجزء الاول ص ٢٣٩ رقم ٣٩٩ وكاربونيه القانون المدنى الجزء الاول ص ١١٥ ، ١١٦ ، وريبير وبولانجيه فى مطول القانون المدنى سنة ١٩٥٦ الجزء الاول ص ١٠٧ رقم ٢٣٧ وفراجستاس فى مقاله سالف الذكر المنشور فى مجموعة موري ص ١٤٤ وما بعدها ، والدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية القانون ص ١٩٢

(٢) راجـع فى ذلك اداورد لامبير ـ المرجع السابق ـ الجزء الاول ص ١١٦ ورســالة "Lebrun" بعنوان "La coutume" ـ باريس سنة ١٩٣٢ ص ٤٠٠ وما بعدها ، ومقال موري سالف الذكر ص ٣٠ ومقال أوليفيه ديبيرو ١٩٦١ ص ٤١٨ ومارتى ورينـو فى مؤلفهما القانون المدنى الجزء الاول رقم ١١٩ ص ٢٠١ وما بعـدها .

ولقد لقى هذا الرد اعتراضا من جانب البعض استنادا الى انه وان كان مبدأ فصل السلطـــات ليس مبدأ مطلقا من كل قيد اذ هـــو يقوم على المنطق والحكمة السياسية الا انه من ناحية أخرى ليس ثمة ضرورة اجتمـاعية تفرض الخروج عليه وتحتم اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقـانون ، وليس أدل على ذلك من وجود فريق كبير من الشراح ، يرفض قبول هذه الفكرة ، ويرى أنهـــا تحمل من العيوب والمساوىء أضعاف ما تحققه من المزايا والفوائد ٠

ومن ناحية أخرى فانه اذا ما كان مبدأ فصل السلطات منصوصا عليه فى الدستور فأن أى استثناء عليه ينبغى أن يكون بدوره منصوصا عليه صراحة أو ضمنا فى الدستور ، وليس فى الدستور ما يجيز القول باعتبـار القضاء مصدرا رسميا للقاعدة القانونية ٠

وأخيرا فأنه وان كانت هناك فروق جوهرية بين الاحكام اللائحية من ناحية واقرار القوة الملزمة للسوابق القضائية من ناحية أخرى تتمثل فى أن الاحكـــام اللائحية تعتبر عملا تشريعيا بحتا تقرره المحاكم بعيدا عن مجـال الخصومات المعروضة امامها،الا انه مع ذلك فثمة قاسم مشترك بين النظامين يتمثل فيما يسفر عنه كل منهما من قيام السلطة القضائية بوضع قواعـــد عامة تسرى بصورة ملزمة على ما يعرض على القضاء مستقبلا من منازعات (١) ٠

ثانيا : ان اقرار القوة الملزمة للمبـــادىء القضائية يتنافى ومقتضيـات الديمقراطية :

يرتبط هذا الاعتراض بالاعتراض السابق ، ويستند الى انه وفقا للمبادىء الديمقراطية يتعين أن يتم وضع القواعد الملزمة بواسطة الشعب اما بطريـــق مباشر ، أى بمعرفة مجموع افراد الشعب ، فان حالت دون ذلـــك اعتبارات

---

(١) راجع فى ذلك فراجستاس المقال السابق ص ١٤٦ وما بعدها

مادية فلا أقل من أن يكون ذلـــك عن طريق ممثلين يختارهم افـــراد الشعب ، ويملكون بما لهم من اتصال مباشر ومستمر بافراد الشعب تقدير احتياجاتـــه والتعرف على مصالحه · ولا يجوز بأى حال من الاحوال اهدار هـــذه الاسس والاعتراف للقضاء بسلطة وضع القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الافراد داخل المجتمع خاصة ازاء ما هو واضح من أنه لا سلطان للشعب على رجال القضاء ولا رقابة له على اعمالهم تخوله سحب الثقة منهـــم اذا ما اســاءوا استخدام سلطتهم فى وضع القواعد الملزمة، كما انه لا صفة لرجال القضاء فى تمثيل افراد الشعب والتعبير عن ارادتهم (١) ·

ثالثا ـ ان الحجيـــة النسبية للاحكام لا تسعف فى تقرير القـــوة الملزمة للمبادىء القضائية :

من المقرر فى التشريعين المصرى والفرنسى ان الاحكـــام القضائية تحوز حجية نسبية يقتصر اثرها على الخصوم فى الدعوى وعلى ذات النـــزاع الذى فصل فيه محلا وسببا(٢)فاذا ما تخلف أى من هذه الشروط فان الحكم السابق لا يقيد المحكمة ولا يعتبر حجة عليها ·

---

(١) وفى هذا يقرر اولفيه ديبيرو فى مقاله المنشور فى (Mélanges Maury) " ... il est pour le moins étannant que, dans un etat qui se réclame de la démocratie, l'autorité de quelques dizaines de fonctionnaires recrutés au sortir des amphithéâtres de la rue saint Jecques ou de la rue saint Guillaume et qui n'ont ensuite rien d'autre à redouter, quelques quarante ou cinquante ans plus tard que la rigueur du l'age supplant dans une très large mesure celle des élus du suffrage universal qui, eux, sont astreints tous les quatre au cinq ans à solliciter du peuple une nouvelle délégation de sa souveraienté" op. cit. p. 376.

(Andre Decencier) وراجع ايضا فى نفس المعنى مقال

"Essai critique sur la justice internationale Rev. gen. de droit international public, 1934, p. 162 et S."

(٢) تقضى المـــادة ١٠١ من القانون رقـم ٢٥ لسنـة ١٩٦٨ بشأن الاثبـات فى المـواد =

ومؤدى ذلك ان المبادىء والحلول التى تقررها المحكمة بالنسبة لخصومة معينة يقتصر أثرها على تلك الخصومة ، ولا تلتزم المحكمة باتباعها بالنسبة لما قد يعرض مستقبلا من منازعات أخرى • فاذا ما اصدرت المحكمة حكما يستند الى قاعدة معينة ثم عرضت على القضاء خصومة أخرى تثير ذات القاعـــدة وتستند اليها،فليس لأى من الخصوم ان يتمسك بحجية الحكم السابق ليتوصل الى الزام المحكمة بان تنزل على الخصومة الجديدة ذات القاعدة التى أعملتها بالنسبة للخصومة السابقة (١)

رابعا ـ ان نظام السوابق الملزمة غير معروف فى قانوننا :

ياخذ النظام الانجلو سكسونى بنظام السوابق الملزمة « Stare Decisis » ومؤدى هذا النظام أن المحاكم تكون ملزمة فى قضائها باتباع مـا سبق صدوره من احكام فى منازعات مماثلة • فاذا ما عرضت على القاضى منازعة ما وتبين له بعد تحديد وتكييف وقائعها ان ثمة منازعة مماثلة سبق ان صدر فيها حكم قضائى من ذات المحكمة او من محكمة اعلى تعين عليه اعمال ذات الحـل الذى

= والتجارية التى حلت محل المادة ٤٠٥ من القانون المدنى المصرى بأن الاحكام التى حازت قوة الامر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم انفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا » ويقابلها نص المادة ٣٩٢ من القانون المدنى الليبى . كمـا تقضى المادة ١٣٥١ من القـانون المدنى الفرنـسى بأنـه « لا تقوم حجية الامر المقضى الا بالنسبة الى موضوع الدعوى ، ويجب ان يكون الشىء المطلوب واحدا وان يكون الطلب مبنيا على السبب نفسه وقائما بين الخصوم انفسهم ومقاما منهم او عليهم بالصفة ذاتها » •

(١) راجع فى ذلك كاربونيه فى مؤلفه فى القانون المدنى ـ الجـزء الاول ص ١١٥ ؛ ١١٦ وقد اشار الى ان هذا القول ينطبق بالنسبة لاحكام محكمة النقض ودوائرها المجتمعة وجمعيتها العمومية اذ لاتمتـاز هذه الاحكام بأية حجية خاصـــة ـ كمـا اوضـــح كارى دى مالبرج ان الفارق الاساسى بين التشريع والقضاء يظهر فى ان التشريع ينشىء الحقوق وينظمها بطريقة عامة ومجردة ، اما الحكم القضائى ـ حتى فى الحالات التى ينشى فيها قاعدة الخصومة ـ فليست له الا قيمة نسـبية تقتصر على الخصـــومة المعروضة . المرجع السابق ص ٧٤٥ ، وراجع ايضا ريبير وبولانجيه ـ المرجع السابق ص ١٠٧ رقم ٢٢٧ والدكتور عبد الناصر العطار ـ مبادىء القانون ص ١٤٠

انتهى اليه الحكم السابق (١) ٠

وعلى خلاف ذلك ليس للسوابق القضائية فى القانونين المصرى والفرنسى أية قوة قانونية ملزمة للقاضى ، فالحكم الذى تصدره المحكمة فى منازعة معينة لا يقيدها ولا يلزمها باتباع ذات الحل اذا ما عرضت عليهـــا منازعة مماثلة لم تتوافر بشأنها شروط الحجية التى اشرنا اليها فيما سبق وهى وحدة الخصوم والموضوع والسبب ، وكذلك أيضا فانه مهما كانت منزلة المحكمة التى يصدرعنها الحكم ، فان قضاءها لا يقيد المحاكم الادنى منها درجة ولا يلزمها قانونا بأعمال المبادىء القانونية التى يقررها ذلـك القضاء (٢) ٠

فاحكام محكمة النقض ولو كانت صادرة من الجمعية العمومية لا تقيـــد المحاكم الادنى الا فى حالة واحدة نصت عليها المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات المصرى التى تقضى بأنه : « اذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة على الفصل فى مسألة الاختصاص ، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة التى يجب التداعى اليها باجراءات جديدة ٠ واذا كـــان الحكم قد نقض لغير ذلك من الاسباب تحيل القضية الى المحكمـة التى اصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم ، وفى هـــذه الحالة يتحتم على المحكمة التى احيلت اليها القضية ان تتبع حكممحكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها المحكمة ٠٠ »

اما فى القانون الفرنسى فان المحكمة التى تحال اليها الدعوى بعـد نقض

---

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع مقال الدكتور برهام عطا الله سالف الذكر ص ١٢٧ ٠

(٢) راجع فى هذا المعنى « كاربونيه » المرجع السابق ص ١٦ و « ريبير وبونجيه » المرجع السابق ص ١٠٧ رقم ٢٢٨ « ودى لاموراندير » المرجع السابق ص ٧٤ والدكتور سليمان مرقص المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦٧ ص ٣٨٥ واصول القانون للدكتور السنهورى والدكتور حشمت ابو ستيت سنة ١٩٥٠ ص ٣٨ واصول القانون للدكتور كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٠٢ واحمد صفوت فى مقدمة القانون ص ١٣٧ ؛ وعبد الناصر المطار ـ المرجع السابق ص ١٣٩

الحكم لاول مرة لا تلتزم قانونا باعمال وجهة نظر محكمة النقض فى الدعوى ، فاذا ما حدث واصدرت المحكمة التى احيلت اليها الدعوى حكما جديدا يطابق الحكم الاول ، وتم الطعن عليه بالنقض للمرة الثانية لذات الاسباب التى قام عليها الطعن الاول ، أحيل الطعن الثانى بقرار من رئيس المحكمة الى الجمعية العمومية ، فان رأت الجمعية العمومية نقض الحكم التزمت المحكمة التى تحال اليها الدعوى بعد ذلك باتباع المبادىء التى قررتها الجمعية العمومية (١) (المادتان ١٥ ، ١٦ من قانون ٣ يوليو سنة ١٩٦٧) ٠

ويظهر عدم التزام المحاكم الدنيا باتباع المبادىء التى تقررها المحاكم العليا فى حرص محكمة النقض على الا تستند فى نقضها لأى حكم على مجرد مخالفته للمبادىء التى تقررها ، وان كانت المحكمة تتوصل فى حقيقة الامر الى ذات النتيجة بتكييف العيب الذى يشوب الحكم فى تلك الحالة على أنه خطأ فى تفسير القانون (٢) ٠

كما قضت محكمة النقض بأنه اذا ما اكتفت المحكمة ـ وهى فى معرض تسبيب حكمها ـ باسناد ذلك الحكم الى قضاء سابق مستقر ، فان ذلك يعتبر قصورا فى التسبيب ويوجب نقض الحكم (٣) ٠

خامسا ـ ان القاعدة القضائية تنقصها الخصائص الفنية للقاعدة المشرعة :

تتميز القواعد التشريعية بأنها قواعد عامة ومجردة، تقوم على اعتبارات موضوعية وتتمتع بقدر كبير من الوضوح والتحديد والاستقرار ٠

---

(١) راجع مؤلف فانسان فى المرافعات المدنية طبعة سنة ١٩٦٩ ص ٦٨٢ ـ رقم ٦٨٣ حيث يرى فى ذلك اعتداء من السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية ولكنه اعتداء تفرضه الضرورة ٠

(٢) كاربونيه ـ المرجع السابق ص ١٢١ ، ومارتى ورينو ـ المرجع السابق ص ٢٠٤ ، وفالين ـ المرجع السابق رقم ١٧ ص ٦٢٥ وحكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ من ديسمبر سنة ١٨٩١ د اللوز العملى ١٨٩٢ ـ ١ ـ ٥٩٢

(٣) حكم محكمة النقض ـ مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ ـ د اللوز التحليلى ١٩٤١ ـ ١٩٤

وتختفى كل تلك الميزات او تتضاءل بالنسبة لنقواعد القضائية· فالقاعدة القضائية تستخلص من مجموع الحلول الفردية التى يقررها القضـاء بمناسبة الفصل فى المنازعات المعروضة عليه ، ومن المعروف أن القاضى فى اقراره لتلك الحلول غالبا ما يكون متأثرا بالظروف الخاصة التى تحيـط بالدعوى المنظورة امامه والتى تملى عليه اتجاها يحقق العدل بالنظر الى تلك الظروف ، الا أنه لا يصلح بذاته كحل مجرد ينطبق على دعاوى اخرى تحيط بهـا ظروف مختلفة · ويلمس المتتبع لاحكام القضاء ان لكل دعوى وقائعها وملابساتها التى نادرا ما تتحقق بالنسبة لغيرها من الدعاوى·وبذلك فانه من الخطأ انمحاول استخلاص قاعدة عامة مجردة من مجموع تلك الحلول الفردية التى تفرضها اعتبـارات خاصة (١) ·

وقد ذهب بعض الشراح الى حد القول بأن الاحكام القضائية تمليهـا الفطرة أكثر من اعتبارات المنطق القانونى المجرد ، ذلك أن وقوف القاضى على وقائع الدعوى غالبا ما يترك فى نفسه انطباعا أوليا عن أنسب الحلول وأكثرهـا عدالة ، ويلازمه هذا الانطباع وهو فى سبيل البحث عن القواعد القانونية التـى تحكم واقعات الدعوى ، فان تبين له أن الامر يحتاج الى موازنة وترجيح فغالبا ما يجنح الى ترجيح الحل الذى يؤكد انطباعه الأولى ويدعمه · ومـن الشراح من يسرف فى تصوير ذلك بالقول بأن القاضى يبدأ بالحل وينتهى بالبحث عـن النصوص ، والمسعى وراء التفسير الذى يقيم عليه هذا الحل ، بدلا من أن يبدأ بالنصوص ليستخلص منها الحل القانونى الذى تفرضه بعيدا عن الانطباعات المسبقة (٢) ·

---

(١) ريبير ـ القوى الخلاقة للقانون ص ٢٨٣

(٢) راجع فى عرض هذا الراى ونقده موري فى مقاله سالف الذكر ص ٣١ وما بعدها وفى تأكيده وايضاحه كاربونيه المرجع السابق ص ١٩ حيث يقول :

"Bien souvent, à l'inverse du syllogisme classique ou ils deveraient decendre de la règle de droit à la décision concrète ils commencent par paser la décision concréte qui leur paraite humainement désirable et s'efforcent de remonter ensuite jusque à une règle de droit".

وقد يستقر القضاء على اتجاه معين ثم لا يلبث ان يتحول عنه الى اتجاه آخر مختلف تمام الاختلاف ٠

وتحول القضاء عن اتجاه سابق مستقر يتضمن المساس بالحقوق المكتسبة لما يحمله من أثر رجعى يسرى على العلاقات والروابط التى تكونت فى ظل الاتجاه القديم ، ذلك ان احكام القضاء غالبا ما تصور القواعد التى تقررها على أنها تفسير للقانون القائم ، وبذلك فانها تطبق هذا التفسير على الدعاوى المنظورة امامها ولو كانت وقائعها قد تمت فى ظل تفسير سابق مغاير عدل عنه القضاء (١) ٠

وليست هناك وسيلة للحيلولة دون الأثر الرجعى للقواعد القضائية ، وقد سلم «روبير» ـ وهو من اكثر المتحمسين لاعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ـ بهذه الحقيقة ، مقررا أن الأثر الرجعى للقواعد القضائية من العيوب الجوهرية التى يصعب تلافيها وايجاد علاج حاسم لها على خلاف الوضع بالنسبة للقواعد التشريعية التى يمكن ضبط وتحديد المجال الزمنى لسريانها ، وضمان عدم رجعيتها (٢) ٠

وأخيرا فقد اشار كاربونيه الى مسألة هامة هى خطورة تكوين القواعد القانونية عن طريق القضاء ، موضحا فى ذلك أنه من الخطأ ان نتصور ان المنازعات التى تعرض على القضاء تمثل مشاكل المجتمع الحقيقية،وان القواعد التى يقررها فى هذا الصدد تستجيب للضرورات الاجتماعية وتصلح لتعميم حكمها على سائر العلاقات والروابط القانونية ٠ فالواقع ان المنازعات التى تعرض على القضاء لا تمثل سوى القدر اليسير من مشاكل الافراد داخل المجتمع ، ويبقى القدر الاكبر من تلك المشاكل غائبا عن أعين القضاء وبعيدا عن رؤيته ،

---

(١) مارتى ورينو ـ المرجع السابق ص ٢٠٤ ، رقم ١١٩ ، وروبير وبولانجيه ـ المرجع السابق ص ١١٠ رقم ٢٤٤ وكاربونيه ـ المرجع السابق ص ١٢٠ ، وادوارد لامبير فى مؤلفه "Etudes de droit commun" ـ الجزء الاول ص ٢٠

(٢) روبير فى مؤلفه "Le droit transitoire" طبعة سنة ١٩٦٠ رقم ٧ ص ٢٣

وبذلك فان القواعد القضائية تصدر عن جهة لا تتوافر لها شمولية النظـــرة وعمومية التقدير التى ينبغى تحققها بالنسبة لمن يتصدى لوضع القواعـد التى تنظم سلوك الافراد داخل المجتمع (١) ٠

تلك هى مجمل الاعتراضات التى تواجه فكرة اعتبـــار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، ننتقل بعدها الى بيان الاسانيد والحجج التى قـال بها الشراح الذين ينادون بالرأى المخالف ٠

(١) المرجع السابق ص ١٢٠

الفصل الثانى

الفقه المؤيد لاعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقانون

كما تعددت الحجج التى ساقهـــا الشراح المعارضون لاعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون تعددت أيضا النظريات التى قال بها شراح آخرون لتأكيد واثبات ان القضاء يندرج بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية ٠

ونعرض فيما يلى لأهم تلك النظريات وما وجه اليها من انتقادات :

المبحث الأول

نظرية ادوارد لامبير فى أن القضاء هو صـانع العـرف

أولا ـ عرض النظرية :

بدأت بوادر هـــذه النظرية تظهر منذ ســـنة ١٨٩٩ فى مؤلف بلانيـــول «Traité Elémentaire de droit civil» فقد اشار بلانيول الى أنه وان كانت جهات القضاء ليست ملزمة قانونا باتباع الحلول والمبادىء التى قررتها فى قضاء سابق ، الا ان الواقع العملى يكشف عن أن المحاكم غالبا ما تلتزم بهـــا وتحرص على احترامها ٠ وعندما تستقر احكـــام القضاء على مبادىء معينة ، تنزل تلك المبادىء من نفوس المواطنين منزلة التشريع الملزم ، اذ هـــم يحرصون

على احترامها ، وعدم الخروج عليها تقديرا منهم ان فى ذلك الضمان الاكيد لسلامة تصرفاتهم وعدم تعرضها للالغاء أو الابطال ٠

ويخلص بلانيول الى أن السوابق القضائية تشكل ـ بقوة الاشياء ـ قانونا عرفيا فى صورة مستحدثة Droit coutumiére de foramtion récente وهذه الافكار العابرة التى ساقها بلانيول فى عبارات عامة ظهرت كنظرية متكاملة فى دراسة مستفيضة قام بها الاستاذ ادوارد فى مؤلفه La fonction de droit civil comparé (١) فقد افرد لامبير حوالى السبعمائة من صحائف هذا المؤلف لدراسة العرف وعلاقته بالقضاء استهلها بنقد النظرية التقليدية فى العرف التى عرضها جينى فى مؤلفه « طرق التفسير » موضحا ان تلك النظرية تجد اصولها عند المحشين الاوائل والمحشين المتأخرين وشراح القانون الكنسى، لذلك فقد اسماها لامبير بالنظرية الرومانية الكنسية « Romano Canoniste » ويقرر لامبير ان افكار هؤلاء الشراح بالنسبة للعرف جاءت متأثرة بنظرتهم الى التشريع باعتباره المصدر الاساسى للقانون مما دفعهم الى محاولة تضييق نطاق القواعد العرفية والحد من فاعليتها ٠

ثم يبدأ لامبير فى مناقشة النظرية الرومانية الكنسية للعرف فى ذاتها ليبين انها تتعارض والمنطق السليم ، فبالنسبة للركن المعنوى فى العرف وهو الاعتقاد بالزامية العادة يتساءل لامبير عن المقصود به ، هل هو فكرة وعقيدة أم انه «عمل ارادى » ؟ وهل يقصد به ان الافراد يحترمون القاعدة العرفية لانهم يعتقدون انها ملزمة وانها تشكل جزءا من القانون الوضعى ، أم انهم يخضعون لها طواعية بهدف ادراجها ضمن قواعد القانون الوضعى ؟

يرى لامبير ان كلا المعنيين غير مقبول ، فالمعنى الاول يتعارض مع ما هو مستقر ومسلم به من أن العيب الاساسى للقاعدة العرفية هو ما يثور دائما من منازعات حول قيام تلك القاعدة وتفسيرها ، فكيف يتسنى القول بقبول ورضاء

---

(١) ظهر هذا المؤلف فى سنة ١٩٠٢

الجميع بالقاعدة العرفية مع صعوبة التحقق من وجود تلك القاعدة وتحديد مضمونها ٠

ومن ناحية أخرى فان القول بأن العنصر المعنوى فى القاعدة العرفية هو عمل أرادى يتمثل فى خضوع الافراد طواعية لحكم القاعدة ورغبتهم فى ادراجها ضمن قواعد القانون الوضعى ـ هذا القول مردود بأنه من غير المعقول أو المتصور أن يرتضى كل افراد المجتمع الخضوع بارادتهم الحرة لقاعدة لا تتحقق بها مصالح الجميع على قدم المساواة، فالملاحظ ان القاعدة التى ترضى مصالح فئة من فئات المجتمع غالبا ما تتعارض ومصالح فئة أخرى ، فما يحقق مصلحة العمال غالبا ما يكون على حساب مصلحة ارباب العمل ، ويصدق ذلك بالنسبة للدائنين والمدينين ، المؤجرين والمستأجرين ، والاولاد الشرعيين والاولاد الطبيعيين ، وكل ذوى المصالح المتعارضة ، فكيف يتسنى فض هذا التنازع ؟ هل يتم ذلك تلقائيا وبنوع من التصالح القائم على تنازلات متبادلة ، أو أن الامر يقتضى تدخلا من سلطة عليا تفرض حلا لهذا النزاع يخضع له الجميع ؟

الواقع انه اذا ما علقنا وجود القاعدة العرفية على رضاء الناس وقبولهم لها فلن نصل فى يوم من الايام الى مثل هذا الرضاء وبالتالى لن يكون للقاعدة العرفية وجود ٠ فوجود القاعدة العرفية يستلزم تدخل سلطة اجتماعية لتوحيد مفهومها وفرضها على الجميع ليقبلها طواعية واختيارا كل من تحقق القاعدة مصالحه،وليرضخ لها كرها وعلى مضض كل من تتعارض القاعدةومصالحه٠

كما اشار لامبير الى المشاكل التى اثارتها فكرة العادة باعتبارها تمثل الركن المادى للعرف ، وكيف اختلفت آراء الشراح حول تحديد الفترة اللازمة للقول باستقرارها٠وقد كان جينى اكثرهم حكمة اذ آثر القول بترك هذه المسألة لتقدير القاضى ٠ الا ان لامبير يأخذ على جينى من ناحية أخرى تعمده عدم ذكر الاحكام القضائية بين الاعمال المكونة للركن المادى للعرف ، ويفسر لامبير ذلك بأنه مظهر من مظاهر عداء جينى للقضاء ، فهو ينكر عليه ان يكون مصدرا مستقلا للقاعدة القانونية ، كما ينفى عنه صفته كمجرد ركن مادى للعرف

ويكتفى بأن يضعه فى مرتبة الفقه كمصدر غير مباشر للقاعدة القانونية ، مع ما هو ملاحظ من ان تأثير القضاء فى الحياة العملية وسلوك الافراد يفوق بكثير ما لآراء الشراح من أثر فى هذا المجال ، فغالبا ما يخضع اصحاب الشأن لما تمليه القواعد القضائية ولو كانت لا تتفق ومصالحهم وذلك حتى لا يعرضوا انفسهم لمنازعات قضائية خاسرة · ولا تتحقق استجابتهم لآراء الشراح بذات الدرجة بل انهم لا يعتقدون بتلك الآراء الا عند غياب القواعد القضائية ولا يحترمونها الا لانها تنبىء فى تصورهم عما سيكون عليه موقف القضاء ·

ويعرض لامبير للاسباب التى دعـــت جينى الى انكار كل صفة رسـمية للقواعد القضائية والتى سبق ان اشرنا اليها فى المبحث الاول ، ويحاول الـرد عليها مقررا ان القانون وان كان ينهى المحاكم عن التدخل فى اعمـــال السلطة التشريعية الا نه لا يمكن ان يصادر على طبيعة الاشياء ، ويقف حائـــلا دون الظواهر الاجتماعيـــة التى لا محيد عنها ، كمـــا هو الشأن بالنسبة للتكوين القضائى للقواعد العرفية،كما ان المادة الخامسة من القانون المدنى التىتحرم على المحاكم اصدار الاحكام اللائحية لا تصلح سندا لانكار حق المحاكم فىتكوين القاعدة العرفية، ذلك أن ثمة فارقا جوهريا بين القرار الذى ينشىء بذاته قاعدة ملزمة ، وبين استخلاص القاعدة من تواتر الاحكام عليها ، واذا كان جينى قـد وضع فى اعتباره وهو ينكر على القضاء حقه فى صنع القواعد القانونيةصعوبة تحديد الوقت الذى يمكن القول فيه باستقرار القضاء على اتجاه ، وما يترتب على ذلك من زعزعة واضطراب ، فان هذا العيب قائم بالنسبة لكل القواعد غير التشريعية بما فيها القواعد العرفية ·

ويكشف لامبير عن ان السبب الحقيقى الذى دفع جينى الى عدم الاعتراف بأن السوابق القضائية تمثل المصدر الحقيقى للعرف انما يرجع الى تحليل جينى للقاعدة العرفية ومحاولته التمييز بين الركن المادى والركن المعنوى لها · ذلك انه لو اعتبرت السوابق القضائية من بين الاعمال المكونة للركن المادى للعرف لكان معنى ذلك ان تصبح المحاكم هى القائمة على الركن المـادى بينمـا يستمر

الركن المعنوى خاصا بافراد المجتمع ، وتلك نتيجة شاذة تفقد معها القـــاعدة العرفية وحدة المصدر القائم عليها • وبعـــد تلك الحجج المستندة الى المنطق يحاول لامبير ان يستخلص من دراسة القانون المقارن حججا اخرى تثبت سلامة نظريته وتدحض النظرية التى نادى بها جينى • ويتخذ لامبير من القـــانون الانجليزى مجالا لتلك الدراسة ، محاولا اثبات فساد الرأى القائـــل بأن دور السوابق القضائية فى انجلترا يقتصر على الكشف عن القواعد الكامنـــة فى القانون العمومى « Common Law » وانه لا ينشىء أو يضيف أى قاعدة مستحدثة (١) ، ويرى لامبير ان هذا التصور معناه ان تلك القـــواعد العرفية المغرقة فى القدم قد توقعت سلفا كل ظروف الحياة الاجتماعية المعاصرة ومـــا سوف تثيره من مشاكل ووضعت لكل مشكلة حلها ، وانها قد صاغت تنظيمـــا شاملا للعلاقات والروابط الاجتماعية لا يعتريه اى نقص او يشوبه اى فراغ • وتلك كلها امور غير منطقية ولا معقولة • والحقيقة الثانية هى ان القانون العرفى يتطور ويتجدد وتتأكد حيويتـــه بفضل العمل اليومى الخلاق الذى يقـــوم به القضاء • ولعل السبب الحقيقى الذى يكمن وراء عدم اعتراف الفقهاء بذلك هو ادراكهم للروح المحافظة للشعب الانجليزى ، وتقديرهم أن نظرة هذا الشعب الى السوابق القضائية ستكون أكثر احتراما اذا ما صورت لهم تلك السوابق على أنها تطبيق للاعراف المغرقة فى القدم •

---

(١) يعتبر الفقيه الانجليزى الكبير "Blackstone" هو اول القائلين بتـلك النظـــرية ، وقـــد تبناها فقهاء القـانون فى انجلترا طوال القرن التاســـع عشر ثم بـــدأ الفقـــه الحديث يتخلى عنها بعد أن تعرض لها اوستن وسالمون بالنقد المرير الى ان كادت تلك النظرية تفقد كل انصارها فى الوقت الحاضر ، واصبح الرأى السائد فى الفقه يؤكد ان القضاء يقوم بخلق القواعد القانونية ولا يقتصر دوره على مجرد الكشف عنها من ثنايا الاعراف القديمة ـ راجع فى تفصيل ذلك مقال الدكتور برهام عطا الله بمجلة الحقوق سنة ١٩٧١ بعنوان قاعدة الزامية السـابقة القضـــائية ص ١٥٠ وما بعدها ومقـال "Van Ackere" بمجلة مصر المعاصرة بعنوان
"De l'action Novatrice de la jurisprudence 1921 p. 280 et S."

ويتساءل لامبير عما اذا كان القانون العمومى فى صورته المبدئية قد خضع فى تكوينه لفكرة العرف الرومانية الكنسية كما تصورها جينى أى بتوافر العنصرين المادى والمعنوى • يجيب لامبير على ذلك بالنفى مستشهدا بأفكار كل من " Maitland " و " Polloch " التى تتحصل فى انه بالرجوع الى الاصول التاريخية القديمة يتبين ان مصدر القانون العمومى وأساسه كامن فى القضاء الملكى او فى قضاء مجلس الملك •

ويعرج لامبير على دراسة النظم الاجتماعية فى صورتها الاولية محاولا الكشف عما كان للقضاء من منزلة فى نفوس الافراد وصلت بهم الى حد تقديس القضاء واعتباره بمثابة الوحى الذى يعمل كلمة الله فى الارض ، ومن تلك المنزلة الروحية السامية كان القضاء يستمد قوته الملزمة ، فاذا ما استقرت الاحكام على معنى معين اصبح المبدأ المستخلص منها بمثابة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق •

ويعمد لامبير الى دراسة شريعة موسى والشريعة المسيحية والشريعة الاسلامية والقانون اليونانى والقانون الرومانى والقانون الجرمانى وقوانين العصور الوسطى ليستخلص منها ما يؤكد نظريته فى العرف ودور القضاء فيه •

ويخلص لامبير من كل ذلك الى ان المنطق والتاريخ والواقع يكشف عن ان العرف لا يتكون من عادة يتبعها افراد الشعب ، وانما من استقرار احكام القضاء وتواترها • ففى اليوم الذى يتمكن فيه الافراد ـ بارشاد رجال القانون ـ من استخلاص المبدأ القانونى الذى تقوم عليه وتستند اليه السوابق القضائية فى مسألة معينة تنشأ القاعدة العرفية •

ومن الشراح الذين حاولوا اسناد القوة الملزمة للقاعدة القضائية الى فكرة العرف كل من Lebrien et Capitan و Hébraud و Colin فقد ذهب لوبرين الى القول بضرورة التفرقة بين الوقائع المنشئة للعرف وبين القاعدة العرفية ذاتها ، موضحا أن الوقائع المنشئة للقاعدة العرفية متعددة ومتباينة الطبيعة اذ نجد بينها العادات التى يسير عليها افراد المجتمع عامة ،والاحكام

القضائية وآراء الشراح · وما ان تتكون القاعدة العرفية من تلك المصادر التى تستقى منها مادتها وموضوعها حتى تستقل القاعدة بذاتها وتنفصل عن مصدرها وتخضع لنظام قانونى موحد لا يبدو فيه اى اثر لاختلاف المصادر المادية للقاعدة (١) ·

اما « Hébraud » فتستند نظريته الى الفكرة القائلة بأن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين ، عنصر السلطة أو الفاعلية وعنصر السلامة أو القبول والرضاء بالقاعدة ·

والعادة باعتبارها منهجا عاما للسلوك تظل غير محددة ، ومجردة من كل قيمة قانونية الى أن تتدخل احدى السلطات فى المجتمع لتحديد مضمونها واضفاء الصفة الملزمة عليها ، وبدون هذا التدخل لا يمكن ان تتولد عن العادة قاعدة قانونية · والسلطة المؤهلة ـ بحكم تكوينها وبالنظر لطبيعة وظيفتها ـ لهذا التدخل هى السلطة القضائية ·

ويخلص هبرود من ذلك الى أن القاعدة القانونية العرفية لا تنشأ الا بعد تدخل القضاء لتحديد مضمونها واضفاء القوة الملزمة عليها (٢) ·

ويرى كولان وكابيتان ان العادة لا تتحول الى قاعدة قانونية عرفية الا من الوقت الذى يشعر فيه الافراد بأن فى مقدورهم ان يستندوا اليها ويتمسكوا بها أمام القضاء سواء بتدخل السلطة صراحة أو ضمنا لحماية العادة وتقرير جزاء لها ، أو نتيجة لاحترام القضاء للعادة وتطبيقه لها ·

ولبيان الغرض الثانى يوضح كولان وكابيتان انه وان كان القاضى غير

---

(١) راجع فى ذلك رسالته سالفة الذكر ص ٢١٠ وما بعدها ، وفى نقد تلك الآراء مؤلف فالين L'individualisme et le droit p. 284 No. 159.

ومقال موري فى مجموعة ريبير سالف الذكر ص ٤٠ .

(٢) مؤلفه فى القانون المدنى طبعة١٩٤٩ ص٣٣ وما بعدها. وراجع فى نقد هذه الفكرة موري فى مقاله سالف الذكر ص ٤١ وما بعدها

ملزم باتباع ما سبقه من قضاء ، الا انه عندمـــا تستقر احكام القضاء علـى اعمال قاعدة معينة فان القاضى يجد نفسه مدفوعا الى احتـــرام تلك الاحكام والسير على منوالها ، خاصـــة اذا كانت من بينها احكام للمحكمة العليا · وتسهم فى تحقيق ذلك عوامل متعددة منها رغبـــة القضاء فى تحقيق نوع من الاستقرار للمتقاضين ، وميل الانسان بطبيعته الى التقليد · ومن هنا ينشأ الاحساس لدى المتقاضين ولدى القضاة انفسهم بضرورة القاعدة ولزومهـا وذلك ما يشكل العنصر المعنوى فى القاعدة العرفية L'opinio necessitatis وفى بعض الاحيان يكفى صدور حكم واحد لتحقيق هذا الاثر ، امـــا لاهمية وخطورة الدعوى التى صدر بشأنها وأمـــا لقوة ومنطقية الاسباب التى قام عليها ·

واذا كان تحول القضاء أمرا متوقعا الا انه نادرا ما يحدث ، واذا فرض وتحقق فانه يؤدى الى انهيار القاعدة العرفية التى اقرها القضاء السابق ، وليس ذلك بمستغرب فكثيرا ما يتغير ويتبدل التشريع ذاته (١) ·

ثانيا ـ الانتقادات التى وجهت الى النظرية :

لم يعن جينى بتعقب آراء لامبير وتفنيدها واكتفى بالرد عليها ردا موجزا محصله ان هذه الآراء من شأنها الحد من نطـــاق القواعد العرفية بطريقـة تحكمية ، اذ هى تشترط لقيام القاعدة العرفية ضرورة تطبيـــق القضاء لها ، وبدون خاتم القضاء لا يكون للقاعدة العرفية وجود أو أثر · وقد اثبت المهتمون بدراسة العرف خطأ هذا التصور وابرزوا الكثير من القواعد العرفية التى نشأت وتكاملت دون أن يكون للقضاء اى دور فى ذلك ·

ومن ناحية اخرى فانه من الخطورة بمكان ان نجعل من احكام القضاء مصدرا للقاعدة القانونية مع ما هو مشاهد من تقلب تلك الاحكام وتحولهـــا ، ومع ما يحمله ذلك من عدم استقرار القواعد القانونية ، وتعرضها للنزعات

---

(١) المرجع السابق ص ١١٣ ، ١١٤ رقم ١٨٢

الوقتية ، واخضاعها للرؤية غير المنضبطة لطائفة خاصة من افراد المجتمع هم رجال القضاء ، وتركهم يقدرون مصالح غيرهم من فوق ابراج عالية· ويضيف جينى الى ذلك ان القول بأن الاحكام القضائية من شأنها ان تخلق القـــواعد القانونية الملزمة فيه مصادرة على كل منطق اذ معناه امكان تحول الوقائـــع الى قواعد قانونية ·

كما ان هذا القول يعنى تقييد القاضى بما سبق ان قضى به ، واحالته الى ذات آرائه والنظر الى القضاء السابق عـــلى انه يحوى عناصر التطور المنتظر فى المستقبل ·

ويختتم جينى نقده لآراء لامبير مقررا ان تلـــك الآراء تعنى العودة الى افكار المجتمعات العتيقة التى كانت تنظر الى القضاء على انه نوع من الكهنوت وتحيطه بهالة تنسجها الاساطير والخرافات (١) ·

واذا كان جينى لم يتحمس للرد على انتقادات لامبير ، فقد جاء بعد ذلك فالين ليحمل لواء الدفاع عن آراء جينى ويسدد سهام النقد الى نظرية لامبير(٢)

وقد بدأ فالين بتفنيد الاعتراضات التى وجهها لامبير الى فكرة التمييز بين الركن المادى والركن المعنوى للقاعدة العرفية والتى سبق لنا ايضاحها، فقرر ان المقصود بالركن المعنوى " L'opinio juris " هو أن يسود الاعتقاد لدى افراد المجتمع بضرورة ولزوم القاعدة العرفية ، وهو على هذا النحو مسألة تتعلق بالعقيدة وليس عملا من اعمال الارادة ·

ويرى فالين انه لا وجـــه لما ذهب اليه لامبير من تعارض هـــذا المفهوم مع ما هو ملاحظ من قيـــام النزاع حول وجود القاعدة العـــرفية وتحديد مضمونها ـ لا وجه لذلك طالما انـــه لا يشترط للقول بتوافر الركن المعنوى

---

(١) المرجع السابق الجزء الثانى رقم ١٩٣ ص ٢٦٢ وما بعدها

(٢) راجع فى ذلك مؤلفه "L'individualisme et le droit" طبعة سنة ١٩٤٩ ص ٢٨٨ ومـا بعدها .

للقاعدة قبول كل افراد المجتمع بها فاذا ما نازعت قلة من الافراد فى قيـــام القاعدة ، بل وخرجت على حكمها فان ذلك لا ينفى وجود القاعدة ولا ينـزع عنها صفتها الملزمة ، فليس لاحد ان ينكر على نص قانون العقوبات الذى يحرم السرقة صفته كقاعدة قانونية لمجرد ان هناك من الافراد من يخالف حكم هذا النص ويرتكب تلك الجريمة ٠

ومن ناحية اخرى فان القاعدة العرفية لا تعرض للاستفتاء العـام ولا يشترط لقيامها ان توافق عليها اغلبيـــة عددية محددة ، مما يجعل موضوع تحديد الوقت الذى يمكن القول فيه بأن القـاعدة تحظى بالقبول العام مسألة وقائع يمكن ان تختلف بشأنها وجهات النظر ، فتظهر القاعدة فى تقدير البعض وكأنها حازت القبول واستقرت كقاعدة قانونية ، بينما يدعى البعض الآخر ـ وبصفة خاصة من تمس مصالحهم ـ خلاف ذلك ، ويصبح من الضرورى ان يتدخل القضاء لفض هذا النزاع والتحقق من توافر شرط الرضـــاء بالقاعدة وتقرير وجودها ٠

أما بالنسبة لما يثور من منازعات حول تحديد مضمون القاعدة العرفيـة وتفسيرها فذلك امر تفرضه الطبيعة الخاصة للقاعدة العرفية باعتبارها قاعدة غير مكتوبة ، واذا كان التشريع المكتوب كثيرا ما يثير النزاع حـول مضمون نصوصه فمن باب اولى ان يثور مثل هذا النزاع بالنسبة للقاعدة العرفية غير المكتوبـة ٠

ويخلص فالين من ذلـــك الى ان الصعوبات التى تحيط بتطبيق القاعدة العرفية ليس من شأنها ان تحول دون توافر الركن المعنوى لتلك القاعدة ، وكل ما لتلك الصعوبات من دلالة هو ان القاعدة العرفية لا تحقق الاستقرار الذى تحققه القاعدة المكتوبة ٠

هذا عن الرد على الاعتراضات التى أثارها لامبير بالنسبة للركن المعنوى للقاعدة العرفية ، اما بالنسبة للانتقادات التى وجهها لفكرة العـــادة والتى تتحصل فيما يواجه تحديد الفترة اللازمة لاستقرارها من صعوبات وما افضى

اليه من خلافات بين الشراح فـــيرد فالين على ذلك مقررا ان محـــاولة بعض الشراح القدامى تحديد مدد معينة لا تستقر العادة الا بانقضائها هى محاولات عقيمة وفاشلة ، ومن المحتم ان تنتهى باصحابها الى آراء متعارضة ، ذلك ان تلك المسألة تختلف من قاعدة الى اخرى ، فمن القواعد ما يكتب لها الاستقرار فى فترة قصيرة من الزمن ، ومنها ما لا يتوافر له ذلك الا بعـــد مضى وقت طويل • فالقاعدة العرفية التى تجيز للحكومة اصدار المراسيم بقوانين استقرت خلال فترة لا تجاوز بضع سنين ، بينما لم يفلح مرور خمسين عاما فى أن يكفل الاستقرار للقاعدة المزعومة التى تمنع اعادة انتخاب رئيس الدولة لفترة اخرى بعد انقضاء مدة رئاسته الاولى •

فمسألة استقرار القاعدة العرفية ليست مرتبطة بفترة محددة من الزمن وانما هى مسألة تخضع لعوامل متعددة وترتبط بالظروف الخاصة بكل قاعدة ، مما يتعين معه اعتبارها من الوقائع التى يستقل القاضى بتقديرها فى كل حالة على حدة ، وتجنب الالتجاء الى تحديد مواعيد صماء تخضع لها سلفا كـــل القواعد العرفية •

وينتقل فالين بعد ذلك الى الرد على الحجج التى استقاها لامبير من دراسة النظم التاريخية القديمة مقررا ان النتيجة التى حاول لامبير ان يستخلصها من دراسته الطويلة والعميقة للتاريخ تتحصل فى ان القواعد التى شاع الاعتقاد بأنها ترجع الى العرف هى فى حقيقة الامر ذات اصل قضائى ، ويرتب لامبير على ذلك رأيه القائل بضرورة الاندماج الكامل بين العرف والقضاء •

وبتواضع العلماء يقرر فالين ان الخبرة تنقصه لتنفيذ الوقائع التاريخية التى استشهد بها لامبير ، وان كانت الدراسات التاريخية المتقدمة قد اثبتت عدم صحة بعض جوانب هذه الوقائع مستشهدا فى ذلك بمـــا نقله لوبرين عن بعض المؤرخين المحدثين • وبفرض صحة كل ما ساقه لامبير فى هذا الصدد فهل يؤدى ذلك بالضرورة الى القول باستغراق القضاء للعرف ؟ يجيب فالين بالنفى موضحا ان كل ما يمكن ان يستخلص من تلك الشواهد التاريخية هو اثبات ان

قانون - المكتبة

للقضاء دورا فى تكوين القاعدة القانونية اكبر مما يتصور الشراح عادة،وان للعرف دورا أقل مما قدره الكثيرون • الا ان تلك الشواهد لا تؤدى بأى حال من الاحوال الى القطع بان القضاء يجب العرف ويستغرقه كلية ، والقول بأنه لا توجد أى قواعد عرفية خلاف تلك التى يقررها القضاء ، وبالتالى استبعاد العرف تماما من بين مصادر القانون ليبقى القضاء هو المصدر الوحيد الى جوار التشريع المكتوب •

ويؤكد فالين ان نظرية جينى ستظل سليمة طالما كانت هناك قواعد عرفية أستحال على لامبير ويستحيل على غيره ان يردها الى السوابق القضائية • والمثال على تلك القواعد يتضح اذا علمنا انه لكى يتسنى القول بوجود قضاء يستطيع اصدار احكام تنشىء بتواترها قواعد قضائية،لا بد وان يسبق ذلك وجود قاعدة تفرض احترام تلك الاحكام وتلزم الافراد بها • واذا كان لامبير قد اوضح ان احترام القضاء كانت تفرضه القواعد الدينية، فان هذا القول مردود بأن القواعد الدينية كانت مختلطة بالقواعد القانونية فى معظم المجتمعات القديمة •

ويضيف فالين قائلا ان القواعد العرفية السابقة على تدخل القضاء لا تقتصر على ما يتعلق بتنظيم القضاء واحترام احكامه ، وانما هناك العديد من القواعد العرفية الاخرى التى لا يمكن نسبتها الى الاحكام القضائية منها القواعد الدستورية الخاصة بنظام الحكم فى المملكة الفرنسية القديمة، كالقاعدة التى كانت تقضى بانتقال العرش الى اكبر الابناء الذكور ، وتلك التى تقضى باستبعاد الاناث من وراثة العرش ، والقاعدة التى تفرض اتخاذ اجراءات القداسة والرسامة للأبن الاكبر اثناء حياة والده •

ويخلص فالين الى انه يؤيد نظرية جينى فى العرف تأييدا كاملا ، ويرى أن جينى قد التزم المنطق العلمى السليم فى عرضه لنظريته ، وانه لم يكن متأثرا فى دراسته بفكرة مسبقة نحو تضييق مجال العرف اى توسعته خلافا لما تصوره لامبير • ولم يقف فالين عند تفنيد آراء لامبير ويكتفى بنقدها ، وانما استطرد

باحثا فيما اذا كان القضـــاء يمكن أن يعتبر صورة خاصة من صور القـواعد العرفية ومصدرا من مصادر تلك القاعدة ، ويرى فالين أن هذا البحث يقتضى تعقب المسيرة التى تمر بها القاعدة القضائية فى تكوينها ، وبيان ما اذا كانت القاعدة القضائية تطابق مسيرة القاعدة العرفية · وبعبارة اخرى بيان مـدى توافر الركن المادى والركن المعنوى فى القاعدة القضائية · وفى هـذا الصدد يلاحظ فالين ان الاحكام القضائية لا يتحقق لهـــا الاستقرار على حل معين بالنسبة لمشكلة من المشاكل الا بعد فترة من التردد والمقاومة من جانب بعض المحاكم الدنيا تتمثل فى اعتناقها حلولا متعارضة ، ويظل هذا الوضع قائما الى أن يلتئم شمل القضاء بحكم او عدد من الاحكام تصدرها المحكمة العليا ·

واستقرار احكام المحاكم الدنيا على تطبيق قاعدة معينة يمكن أن يشكل العنصر المادى للقاعدة العرفية ، ويبقى بيان مدى توافر العنصر المعنـــوى بالنسبة لتلك الاحكام · وللاجابة عن هـــذا التساؤل لا بد من الوقوف على الاسباب التى تدفع قضاة المحاكم الدنيـــا الى احترام القواعد التى تقررها المحاكم العليا، فاذا ماتبين أن هذا الاحترام مبعثه الاعتقاد بأن احكام المحكمة العليا ملزمة وضرورية ، امكن القول بتوافر الركن المعنوى للقاعدة العـرفية وبذلك تصبح القواعد القضائية صورة من صور القواعد العرفية ·

ويستطرد فالين موضحا انه فى ظل النظم التى لا تجعل لاحكام المحكمة العليا قوة ملزمة يصعب تحديد وحصر الاسباب التى تدفع القاضى الى اتبـاع احكام المحكمة العليا ، فقد يكون ذلك راجعا الى قناعة القاضى بسلامة مسلك المحكمة العليا ، وقد يكون – وهو الفرض الغالب – راجعا الى اعتقاد القاضى بعدم جدوى الخروج على احكام المحكمة العليا، طالما أن المحكوم عليه يستطيع ان يطعن امامها فى الحكم فتقضى بالغائه ، وتعمل قضاءها السابق ، وتصبح النتيجة هى اطالة أمد الخصومة وزيادة كلفتها دون مقتض · فضلا عن ما قد سمعة قضاة المحاكم الدنيا غالبا ما تتأذى بتوالى الغاء ونقض احكامهم ·

فحرص المحاكم الدنيا على اتباع الحلول التى تقررها المحكمة العليـا

يرجع الى التزامهم قانونا بتلك الحلول ، او اعتقادهم بضرورتها وبأنها أسلم الحلول وأكثرها عدالة ، وانما يرجع فى حقيقة الامر الى اسباب واقعية ، والى تقدير هؤلاء القضاة انه لا أمـــل فى ان تحيد المحكمة العليـــا عن موقفها أو تغير منه ٠

وبذلك فانه وان توافر للسوابق القضائية الصادرة من المحاكم الدنيـا الركن المادى للقاعدة العرفية ، الا انه يظـــل ينقصها الركن المعنوى وهو الاحساس بالزامية القاعدة وضرورتها ٠

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة لاحكام المحكمة العليا ، اذ تعمـــد تلك المحكمة فى غالب الامر الى اتباع الحـــلول التى تقررها فى قضائها السابق وتحرص على عدم الخروج عليهـــا أو مخالفتها ، وذلك تقديرا منها أن تلك الحلول هى اسلم الحلول واكثرها عدالة وملاءمة ،وانه ليس ثمة موجب للعدول عنها ، وهذا الاعتقاد يشكل فى ذاته الركن المعنوى للقاعدة العرفية ، ويبقى بعد ذلك البحث عن مدى توافر الركن المعنوى بالنسبة لتلك الاحكام ٠ وبيانا لهذه المسألة يشير فالين الى انه من المستقر عليه أن العادة التى تشكل الركن المادى للقـــاعدة العرفية لا بـــد وأن يتحقق لهـــا الدوام والاستقرار ، أى لا بد وأن يتكرر العمل بها لفترة من الزمن تطول أو تقصر بحسب الاحوال ، فالعرف لا ينشأ من عمل واحد كما يقولون une fois n'est pas coutume

وبعبارة أخرى فان سابقة قضائية واحدة لا يمكن أن تكون عرفا ٠ أمـــا قضاء المحكمة العليا فكثيرا ما يكفى للتعبير عنه حكم واحد تصدره المحكمة يتحدد به موقفها بالنسبة لمشكلة هامة أو مستحدثة ٠ وفى احكام القضاء العـــديد من الامثلة على تلك الاحكام التى اصطلح على تسميتها بأحكام المبادىء ، ويحتفظ أى حكم منها بأهميته وقوته وان ظل وحيدا لفترة طويلة مـــن الزمن ، وتبدى المحكمة حرصها الدائم على مراعاته واحترامه ٠

وبذلك يتضح أن تكوين القواعد القضائية بمقتضى احكام المحكمة العليا لا يتوافر بشأنه الركن المادى للعرف الذى يستلزم تكرار السوابق القضائية ٠

فالقاعدة القضائية سواء كانت مستخلصة من السوابق المتكررة للمحاكم الدنيا او كانت مقررة بمقتضى حكم من احكام المحكمة العليا، ينقصها دائما أحد العنصرين الاساسيين للقاعدة العرفية، ففى الفرض الاول ينقصها العنصر المعنوى ، وفى الفرض الثانى ينقصها العنصر المادى (١) .

ويختتم فالين بحثه بالقول بأن القضاء يشكل طريقا خاصا لتكوين القاعدة القانونية مستقلا بذاته عن العرف ، ومتميزا عنه .

ونعرض فيما يلى لنظرية فالين فى بيان اساس الالزام فى القاعدة القضائية:

---

(١) راجع ايضـــا فى أن العرف يفترض تعدد وتكرار التصرف وان حكما واحدا لمحكمة النقض قد يكفى لارساء القاعدة القضائية ـ كاربونيه المرجع السابق ص ١١٦ وموري المرجع السابق ص ٤٠ واسمان المرجع السابق ص ٢٠ . وفراجستاس المرجع السابق ص ١٥٠ . وقد اوضح فراجستاس ان تكرار التصرف لايكفى بذاته للقول بقيام القاعدة العرفية ، بل لابد وان يتوافر الاعتقاد والاحســـاس بعدالة تلك القاعدة وضرورتها ، وليس بشرط ان يســود هذا الاعتقاد لدى كل افراد المجتمع ، وانما يكفى تحققه فى محيط الفئة التى تعنيها القاعدة وتهمها .
وبذلك فانه لكى تتوافر للقاعدة القضـــائية اركان القاعدة العرفية لابد وان يتوافـــر تطبيقها من جانب المحاكم بما يحقق لها الركن المعنوى ، وان تستجيب تلك القاعـــدة لاحاسيس الشعب وتتفق ومشاعره ، حتى يتحقق لها الركن المعنوى .
ويرى فراجستاس انه وان شاع الاعتقاد فى بعض العصور القديمة ان القضاة اصحاب حق فى التعبير عن مشاعر الشـــعب واحاسيسه القانونية ، الا ان هذا الاعتقاد يقوم على مجرد افتراض نظرى بحت يتعارض مع الواقع ويتنافى ومبادىء الديمقراطية . فالشعب لم يمنح القضـــاة اى صفة تخولهم تمثيله فى صـــنع القواعد القانونية ، ووظيفة القضاء فى نظر الشعب هى تطبيق القانون وليس صـــنعه ، وما يصدق على الشعب كله يصدق ايضا على فئاته المعنية بالقواعد القضائية ، فالقضاة لايعبرون عن ارادة التجار او الصناع او العمال ولا يمثلونهم فى صنع القواعد القانونية . ويخلص فراجستاس من ذلك الى انه لايمكن تبرير القوة الخلاقة للقواعد القضائية استنادا الى فكرة العرف والقول بأن القضاة يمثلون ضمير الشعب او فئاته المعنية ويعبرون عنه ، فالاحكام القضائية لاتعبر فى حقيقة الامر الا عن افكار ومشاعر القضاة فحسب .

المبحث الثانى

نظرية فالين فى تقبل المشرع للقاعدة القضائية

اولا ـ عرض النظرية :

عرض فالين هذه النظرية فى مقاله المنشور فى مجموعة الدراسات المهداة الى العلامة جورج سل (١) • فبعد أن اثبت فالين فى هذا المقال وجود العديد من القواعد القانونية التى انشأها القضاء وارساها سواء فىمجال القانون المدنى أو فى مجال القانون الادارى، تساءل عن كيفية التوفيق بين هذه الظاهرة وبين نص المادة الخامسة من القانون المدنى التى تحرم على القضاء اصدار الاحكام اللائحية والمادة ١٣٥١ التى تقرر مبدأ الحجية النسبية للاحكام القضائية •

يجيب فالين على ذلك موضحا ان كلا من المشرع والقاضى لا يعيش فى عالم مستقل ومنعزل ، وانما يضمهم مجتمع واحد ، حيث تنشر الاحكام وتتاح للمشرع فرصة العلم بها ، وتزداد احتمالات علم المشرع بالحكم اذا كان من أحكام المبادىء ، اذ غالبا ما يعكس هذا الحكم اثرا بالنسبة لكل من يتوقع تطبيق المبدأ الذى قرره على حالته فى المستقبل لوجوده فى مركز قانونى مماثل لما فصل فيه الحكم •

وقد يتضاعف هذا الاثر ويتبلور فى مطالبة جماعية للحكومة أو البرلمان بأن تصدر قانونا يضع حدا للمبدأ الذى قرره الحكم • واذا كان الحكم يمس جهة الادارة فلا شك انها تكون فى وضع افضل يمكنها أن تطلب فى يسر استصدار مثل هذا التشريع • •

وليس فى الامر شذوذ أو غرابة فهناك العديد من الامثلة على التشريعات

---

(١) الجزء الثانى ص ٦١٣ وما بعدها وقد سبق ان اشرنا الى هذا المقال

التى صدرت لتقوض مبادىء قضائية لم يرض عنها المشرع ٠

ويرى فالين أن موقف المشرع بالنسبة للمبـــادىء التى تقررها جهات القضاء لا يخرج عن أحد الفروض الآتية :

١ ـ أن يصدر البرلمان تشريعا يقنن المبادىء التى قررها القضاء، وبذلك تتحول تلك المبادىء من مجرد قواعد قضائية الى قواعـــد تشريعية ، ويكون للقضاء فضل التبشير بتلك المبادىء وتحريك المشرع ودفعه الى اصدارها، وتنحصر المشكلةفى بيان قيمة تلك المبادىء فىالفترة ما بين اصدار الاحكام التى قررتها وتبنى المشرع لها ٠

ب ـ ان يصدر البرلمـــان تشريعا يهدر القـــاعدة القضائية ، ويجهـــز على محاولات تقريرها، وتبقى المشكلة الوحيدة هى بيان مدى انطباق القانون الجديد على المراكز التى تكونت قبل صدوره ، وتحل تلك المشكلة فى ضوء تكييف القضاء للقانون الجديد وتحـــديد ما اذا كان يتضمن تفسيرا لنصوص قائمة أو تقريرا لقواعد مستحدثة ٠

جـ ـ ان يقدم الىالبرلمان مشروع يدين القاعدة القضائية ، فيرفض البرلمان هذا المشروع ، ويرى فالين فى هذا الموقف تعبيرا عن قبول المشرع بالقاعدة ورضائه بها ، اذ أن الامر فى رأيه لا يحتمل اكثر من معنيين ، فاما أن يكون المشرع قد قدر سلامة التفسير الذى قال به القضاء ، ورأى انه لا معقب عليه ، واما انه مع تقديره خطأ هذا التفسير وتعارضه مـــع نية واضع النص يرى فيه استجابة لرغبة كامنـــة لديه فى تعديل التشريع القائم ، وتحقيقا لاصلاح تشريعى يقدر ضرورته ومناسبته ، مما يدفعه الى مباركة تفسير القضاء وتزكيته ، ورفض المشروع المقدم لادانته ٠

د ـ الا يتخذ المشرع أى موقف ايجابى بالنسبة للقاعدة القضائية ٠ وهذا هو الفرض الغالب ، ويرى فالين أن التفسير الوحيد لهذا الموقف السلبى من المشرع هو انه لا يرى غضاضة فى مسلك القضاء ، أى انه يوافق ضمنا على القاعدة القضائية ٠ فالمشرع يعلم بالقاعدة القضائية ، ويملـــك

اهدارها ، ومع ذلك لا بحرك ساكنا ، الامر الذى يؤكـــد رضاءه بها وقبوله لها ٠

وفى الفرضين الاول والثانى ليس هناك مجال للحديث عن انشاء القضاء للقواعد القانونية ، أما فى الفرضين الثالث والرابـــع فثمة قبول ضمنى من المشرع بالقاعدة القضائية ، مع ملاحظة أن هذا القبول ليس من شأنه أن يحول القاعدة القضائية الى قاعدة تشريعية ، وانما تظـــل تلك القاعدة ذات قيمة قضائية بحتة ٠

ثانيا ـ نقد النظرية :

أخذ مورى على نظرية فالين انها تقوم على افتراضين خاطئين ، الاول هو علم الحكومة أو البرلمان باتجاهات القضاء ، والثانى هـــو ان سكوت المشرع يعنى رضاءه بالقاعدة القضائية ٠ ويتساءل مورى كم من اعضاء البرلمان يعلم باتجاهات القضاء بالنسبة لنظرية الاثراء بلا سبب (١) ؟ وبفرض تحقق هذا العلم فى حالات استثنائية ، فان عدم اتخاذ المشرع موقفا ايجابيا حيال القاعدة لا يعنى اقراره لها كما افترض فالين ، فالانسان لا يرتضى كل ما يسكت عليه وكل ما يلزم الصمت حياله ٠ ويصدق هذا القول بصفة خاصة عـلى الهيئات البرلمانية حيث يصعب فى كثير من الاحيان تكوين الارادة الجماعية ، وبذلك يتضح أن فكـــرة القبول الضمنى بالقاعدة هى فكـــرة مجازية لا تتفق مع الواقـــع (٢) ٠

---

(١) راجع فى هذا النقد ايضا بولانجيه حيث يقول :
"Une Approbation ne peut resulter de l'ignorance" مقاله سالف الذكر ص ٤٢٨

(٢) راجع فى ذلك مقاله سالف الذكر المنشور فى مجموعة الدراسات المهداه الى جورج ريبير ص ٣٧ وما بعدها ، وراجع ايضا فى نقد نظرية فالين مؤلف جورج ريبير القوى الخلاقة حيث يقول ان القاعدة القانونية لايمكن ان تصدر عن ارادة غير صريحة من جانب المشرع او تنسب اليها ـ ص٢٨٢، وذى بيرو فى مقاله سالف الاشارة المنشور فى مجموعة مورى ص ٣٥٥ ومارتى ورينو فى مؤلفهما فى القانون المدنى ص ٢٠٥ . وبولانجيه فى مقاله سالف الذكر ص ٤٢٨

ويضيف موري أن نظرية فالين تنطوى أيضا على قدر من التناقض، ذلك ان تقبل المشرع للقاعدة القضائية يفترض وجود هذه القاعدة وقيامها،فالتقبل لا يرد على أمر غير موجود ، وبعبارة أخرى يفترض هذا التقبل وجود نوع من التفويض للقضاء فى صنع القواعد القانونية ، هذا التفويض بدوره يجعل فكرة التقبل غير ذات موضوع (١) ، (٢) •

---

(١) ويخلص موري من ذلك قائلا :

"Cette réception suppose pour que ne soit pas attribueé à la jurisprudence valeur de droit légal, qu'un pouvoir normatif propre soit reconnu à la première, elle ramene à une idée de délegation qui la rend sans object." op. cit. p. 39.

(٢) راجع فى نقد فكرة التفويض التى يستخلصها البعض من نظرية فالين ـ مطول بلانيول ـ المرجع السابق ـ ص ١٠٩ رقم ٢٤٢ ، وفرجستاس المرجع السابق ص ١٤٩ حيث ايضح أنه اذا كان مبدأ فصل السلطات منصوصا عليه فى الدستور فان تفويض المشرع للقضاء فى صنع القواعد القانونية لابد وان يكون منصوصا عليه فى الدستور ايضا ، ومن ناحية اخرى فانه يفرض امكان تفويض السلطة القضائية فى صنع القواعد القانونية بمقتضى قانون عادى قياسا على تفويض السلطة التنفيذية ، فانه من المبادىء الدستورية المقررة ان التفويض فى السلطة لايمكن ان يكون مطلقا وعاما ، وانما لابد وان يرد على موضوعات محددة ، وبذلك لا يملك المشرع بأى حال من الاحوال ان يفوض القضاء تفويضا عاما فى وضع القواعد القانونية .

المبحث الثالث

نظرية موري وعنصرا السلطة والقبول

فى القاعدة القضائية

بعد أن وجه موري النقد الى نظرية فالين ، حاول عرض نظرية جديدة فى بيان اساس القوة الملزمة للقاعدة القضائية ، موضحا أن تلك القوة تتحقق نتيجة اجتماع عنصرين ، قرار صادر من السلطة وقبول من اصحاب الشأن بهذا القرار " Le Consensus des intéressés " (١) .

وبالنسبة للعنصر الاول يقرر موري أن مفهوم السلطة لا يعنى فى تقديره وجود عضو يخوله القانون اختصاصا محـــددا يتصرف فى نطاقه ، وانما المقصود به وجود سلطة اجتماعية ، سلطة قائمة بالفعل لها وزنها وكيانها فى المجتمع . وينطبق هذا الوصف على القاضى،فهو من جهة يشغل وظيفة تسند اليه بمقتضى القانون ويخضع فى مباشرته لها لقواعد محددة ، وهو من ناحية أخرى وبحكم شغله لتلك الوظيفة ، وبمناسبة مباشرته لاختصاصها ، يتمتـــع بسلطة ذاتية تمكنه فى بعض الاحيان من تجاوز نطاق اختصاصه المحدد (٢) . وفى جميع الاحوال ينطبق على القـــــرار الصادر من القاضى وصف القرار الصادر من سلطة اجتماعية ، الا أن مثل هذا القرار لا يكتسب قوته الا اذا اضيف اليه عنصر آخر هو قبول اصحاب الشأن به ، وليس المقصود باصحاب الشأن هو جمهور الافراد ، وانما يقصد به القضاة انفسهم باعتبارهم ممثلين

---

(١) راجع فى عرض هذه النظرية مقاله المنشور فى مجموعة الدراسات المهداة الى ريبير ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) لم يفصح موري عما يقصده بخروج القاضى عن حدود ولايته ، الا انه من سيـــــاق الموضوع يفهم منه انه يعنى بذلك قيام القاضى بصنع القواعد القانونية متجاوزا حدود ولايته الاصلية فى تطبيق القانون القائم .

لهذا الجمهور ، الذى يخضع بالضرورة وحكم الواقع لما يقدرونه ويقررونه ٠

وفى غالب الامر يتحقق هذا القبول مباشرة وبلا عناء ، ويتم ذلك بصفة خاصة عندما يجىء الحل القضائى تتويجا لتطورات سابقة تؤذن به وتهيىء الذهن لقبوله ، كما هو الشأن بالنسبة لقضـــاء محكمة النقض الفرنسية فى المساواة بين المواطنين والاجانب فى التمتع بالحقوق المدنية الذى جـــاء متفقا وآراء الكثيرين من الشراح ومتمشيا مع اتجاه المشرع ذاته الذى كشف عنه فى العديد من التشريعات ٠

كذلك ايضا فان القبول الفورى بالقاعدة يفسره ميـل رجال القضاء الى التسليم والرضاء بقضاء المحكمة العليا مهما كانت لديهم من اسباب تسـوغ الاعتراض عليه ، ويرى مورى عدم المبالغة فى هذا القول ، فاذا كانت اغلبيـة رجال القضاء والفقه ينظرون الى الاحكام والمبادىء التى تقررها المحكمة العليا نظرة تبجيل واحترام ، الا أن ذلك لا ينفى تشيع البعض منهم للقديـم ووقوفهم فى وجه كل مستحدث وجديد ، مما يدفعهم الى الاعتراض على تلك الاحكام ، وعدم الامتثال لها ، وبذلك لا يتحقق لها الاستقرار الا بمشقة وعنـاء وبعـد مضى فترة طويلة من الزمن ٠ ويضرب مورى امثلة من القضاء الفرنسى خرجت فيها محاكم الاستئناف على احكام محكمة النقض ، واتخذت اتجاها مضادا لها ، ويستدرك مورى قائلا أنه وان لقيت المبادىء التى تقررها المحكمة العليا شيئا من المقاومة فى البداية ، الا أن الامر غالبا ما ينتهى بتقبل تلك المبـادىء واحترامها سواء طالت فترة المقاومة أم قصرت ٠

ويخلص مورى الى القول بأن المقصود بقبول القاعدة والموافقة عليها ان يسود الاعتقاد بسلامتها وصحتها وينعكس اثر ذلـــك فى الخضوع لاحكامـها والاعتقاد بالزاميتها ٠

وهذا القبول وتلك الموافقة قد يختفيان يوما من الايام او يزولان ،وذلك فرض وارد وان كان نادرا ما يتحقق ، وهو فى تحققه يأتى نتيجة لتغير الظـروف

الاجتماعية وما يصحبه من تغير المفاهيم والافكار ٠

ويترتب على انقضاء احد عناصر القاعدة القضائية اختفاء تلك القاعدة، وذلك ما يعبر عنه بتحول القضاء او تغيره ٠ وتنطبق بالنسبة لهذا التحول فكرة العمل المقابل أى انه لا بد وأن يتم من قبل الجهـــة مصدرة القاعدة ، فاذا ما كانت القاعدة قد نشأت عن احكام المحاكم الدنيا ـ وذلك أمر نادر ـ فان فى استطاعة تلك المحاكم ان تعدل عنها،أما اذا كانت القاعدة قد قررتها احكام المحكمة العليا ، فلا بد من تدخل تلك المحكمة لتغيير القاعدة أو العدول عنها ٠

وقد دافع كل من مارتى ورينو عن نظرية مورى باعتبارها تقدم التأصيل السليم للقوة الملزمة للمبادىء القضائية ، كما أشار اليها مطول بلانيول فى معرض الحديث عما تتمتع به أحكام القضاء من قوة خاصة (١) ٠

ولعل الانتقاد الوحيد الذى وجه الى تلك النظرية هو ما ذكره ديبيرو من انها تؤدى بالضرورة الى ازدواجية النظام القانونى مع ما فى ذلك من مجافاة للمنطق ـ حسبما يرى انصار وحدة النظام القانونى ـ وهو ما ادركه مورى وأشار اليه فى ختام عرضه لنظريته (٢) ٠

---

(١) مارتى ورينو ـ المرجع الســـابق رقم ١٢٠ ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ ومطول القانون المدنى ـ بلانيول ـ ريبير ، بولانجيه ـ ص ١٠٩ رقم ٢٤٢

(٢) وفى هذا يقرر مورى :

"Une telle thése conduit, il est vrai à une conception pluraliste du monde de droit et celle-ci sans doute ne satisfait pas la logique, seule, elle nous semble, a tort peut-être traduire exactement la realite" op. cit. p. 50.

المبحث الرابع

نظرية روبير فى الاساس الاجتماعى وعنصر السلطة فى القاعدة القضائية

أشار روبير فى مؤلفه « النظرية العامة للقانون » الى رأيه فى أن القضاء يعتبر مصدرا رسميا للقانون مقررا أن القواعد القضائية لها فى النظام القانونى أهمية تعادل ما للقواعد التشريعية ، ويرجع ذلك الى أن القضاة وهم ملزمون بالفصل فيما يعرض عليهم من منازعات كثيرا ما لا تسعفهم النصوص التشريعية القائمة فى حل تلك المنازعات مما يضطرهم الى البحث عن قاعدة تحكمها ٠

وثمة اتجاه ملموس لدى رجال القضاء عموما نحو اتباع واحترام الحلول التى تقررت سلفا فى قضايا مماثلة ٠ ويعزز هذا الاتجاه ويدعمه الرغبة فى تحقيق نوع من الاستقرار للمتقاضين على غرار ما تحققه القواعد التشريعية ٠

وتسهم هذه العوامل فى نشأة العديد من القواعد القضائية واستقرارها (١) وقد عاد روبير الى تأصيل هذه الفكرة فى بحث له عن النظام القانونى ونظرية مصادر القانون (٢) اشار فى بدايته الى ضرورة التفرقة بين النظام القانونى والنظام الاجتماعى والنظام الاخلاقى موضحا أن النظام القانونى يتكون من مجموعة القواعد الملزمة التى تفرض على الافراد من قبل السلطات العامة، اما النظام الاجتماعى فيشمل القواعد التى تنشأ وتتكون تلقائيا فى المجتمع ويحترمها الافراد بلا اكراه من جانب السلطة ، اما النظام الاخلاقى فيضم مجموعة

---

(١) النظرية العامة للقانون ـ الطبعة الثانية ص ٩ وما بعدها .

(٢) البحث منشور فى مجموعة الدراسات المهداه الى جورج ريبير حـ ١ ص ٩ وقد سبقت الاشارة اليه .

القواعد المثالية التى تعبر عن افضـل ما يمكن أن تكون عليه علاقات الافـراد فيما بينهم ٠

واستطرد روبير قائلا ان واضعى النظام القانونى لا يكتفون بتسجيل ما هو قائم فى علاقات الافراد، أى بتقنين قواعد النظام الاجتماعى، وانما يحاولون الوصول بالنظام القانونى الى اسمى وضع له، والاقتراب به قدر المستطاع من النظام الاخلاقى ٠ الا انه مما يحول دون التطابق بين القواعد القانونيةوالقواعد الخلقية ، ان الاخلاق مسألة تتعلق اساسا بالفرد وتستهدف بلوغـــه درجة الكمال والمثالية ٠ بخلاف القانون الذى ينصرف الى المجتمع ويسعى لتنظيـم علاقاتالافراد فيما بينهم ، ولا يمكن للقانون تجاوز الواقع أو تجاهله ومحاولة الوصول بتلك العلاقات الى المستوى المثالى الذى تسعى اليه القواعد الخلقية ، فالقواعد الخلقية تصلح لتحقيق كمال الفرد اكثر مما تصلح لتسيير علاقات الجماعة ٠

لذلك نجد القانون يمثل مركزا وسطا بين الواقع والمثال، بين ما هو كائن وما ينبغى أن يكون ٠

ويرى روبير أن القواعد المستمـــدة من المصادر الرسمية للقانون وهى التشريع والقضاء قواعد مقررة سلفا وتتصف بالثبـــات والاستقرار ، بينما المجتمع يتطور تطورا سريعا مما يقتضى وجود معين تستقى منه القواعد التى توائم هذا التطور وتواكبه ، هذا المعين هو ما يسمى بالمصادر غير الرسمية ٠ ولتلك المصادر غير الرسمية أهمية كبيرة اذ هى تمثل الصورة الاولية لقـواعد النظام القانونى قبل أن تتدخل السلطة العامة وتضفى عليها صفة القـواعد الرسمية ٠ فكل القواعد الرسمية كانت فى الاصل غير رسمية ٠ والمصادر غير الرسمية على نوعين : النوع الاول قواعد تستند الى التجربة والخبرة، وتتمثل فى القواعد التى يسير عليها الافراد تلقائيا فى الواقع العملى ، كتلك التى يعمد رجال الاعمال والموثقون وشركات التامين والناشرون الى ادراجهـا فى العقود التى يبرمونها ٠

وعن هذا الطريق تنشأ وتتكون القواعد المستحدثة التى تتهيا لحكم علاقات الافراد ، وتنشأ هذه القواعد دون أى تفويض من جانب السلطة، وانما هى تستند فقط الى ما تفرضه الخبرة والتجربة ٠

والنوع الثانى من القواعد التى تتكون منها المصادر غير الرسمية، تستند الى اعتبارات المنطق والعقل ، وهذه القواعد يصوغها رجال الفقه وتصورها وتبلورها اقلام شراح القانون ، الذين يسعون دائما الى تحقيق المثل الاعلى للعدل ، ويحاولون عن طريق البحث المجرد استخلاص مجموعة من القواعد والاصول القانونية العامة ، كثيرا ما يتم التمسك بها أمام القضاء ٠

ويقتصر عمل السلطات العامة ـ المشرع والقضاء ـ وهى فى سبيل بناء النظام القانونى على البحث فى المصادر غير الرسمية عن افضل القواعد واكثرها صلاحية لتضفى عليها عنصر الجزاء وترفعها الى مصاف القواعد الرسمية ، وقد تستمد القاعدة من المصدر المستند الى الخبرة وما يجرى فى الواقع والعمل، وقد تستمد من المصدر المستند الى العقل والمنطق ، أى من آراء الشراح وهى تجنح دائما نحو المثالية وتحاول الاقتراب منها ، مما يتضح معه أن النظام القانونى فى نشأته وتطوره يتخذ دائما موقفا وسطا بين القواعد الاجتماعية التى تصور الواقع والقواعد الخلقية التى ترنو الى المثال ٠

ويتساءل روبير عن اساس ما للقواعد القضائية من قوة ملزمة موضحا فى اجابته ان تلك القواعد تستند اساسا الى الخبرة وتستمد من واقع الحياة الاجتماعية ، كما هو الشأن بالنسبة للقواعد العرفية القديمة ،مما دفع البعض الى القول بأن تلك القواعد تعتبر نوعا من القواعد العرفية ، تنشأ نتيجة اضطراد وسلوك المحاكم مسلكا متماثلا ازاء مشكلة معينة،وكل ما بين القاعدة القضائية والقاعدة العرفية من فوارق يتمثل فى أن ركن العادة فى القاعدة القضائية يصدر من طبقة خاصة فى المجتمع هى طبقة القضاء ، مما يضفى على تكوينها طابعا علميا ويصبغها بصبغة فنية خاصة ٠

ويعترض روبير على هذا التفسير مقررا انه لا يضع فى الاعتبار العدد

الهام الذى تقوم به محكمـــة النقض ودوائرها المجتمعة فى ارســـاء القواعد القضائية ، وكيف أن كثيرا من تلك القواعد لا ينطبق عليـــه وصف القواعد العرفيـة ٠

ويخلص روبير الى أن القواعد القضائية لا تستمد قوتها من كونها مستقاة اصلا من واقع الحياة الاجتماعية ومن مقتضيات التجربة والخبرة ، على مـا سلف البيان ،وانمـــا تستند قوتها بصفة اساسية من صدورها عن سلطة من السلطات العامة التى تملك فرضها وتقرير جزاء عليها وهى السلطة القضائية ٠

تلك هى أهم النظريات التى قال بها رجال الفقه فى فرنسا لتأصيل القواعد القضائية وبيان أساس الالتزام فيها ، والى جوار تلك النظريات الاساسية ثمة آراء متفرقة تؤكد القوة الملزمة للمبادىء القضائية وتعترف بالقضاء كمصـــدر رسمى للقاعدة القضائية نرى استكمالا للبحث أن نشير اليها جملة فى المبحث التـالى :

المبحث الخامس

آراء متفرقـــة

أولا ـ رأى هنرى وليون وجان مازو (١) :

يقرر هؤلاء الشراح أن القضاء أصبح يشكل فى فرنسا مصدرا اساسيا من مصادر القانون ، ويرجع ذلك الى اسباب متعددة منها ان المادة الرابعةمن القانون المدنى تنص على أن القاضى الذى يمتنع عن الفصل فى الدعوى بحجة سكوت أو غموض أو عدم كفاية التشريع يكون عرضة للمحاكمة ، فاذا مـــا رفعت الى القاضى منازعة لم يقف على نص تشريعى يحكمها او كان النص

---

(1) "Leçons de droit civil T. I. P. 124.

غامضا ، فان ذلك لا يعفيه من الالتزام بالفصل فيها ويتعين عليه البحث عن
قاعدة تحكم المنازعة ،وغالبا ما يعمد القاضى الى البحث فى السوابق القضائية
ليتعرف على موقف القضاء بالنسبة للمنازعات المماثلة ، ويستخلص القاعدة
التى طبقت فى شأنها ، ويعمل حكمها على النزاع المعروض عليه ، وبذلك تنشأ
القواعد القضائية وتستقر وتكتسب طابع العمومية ٠

ومن ناحية أخرى يسهم نظـــام الطعن فى الاحكام فى استقرار القواعد
القضائية٠ فاذا كانت القاعدة صادرة من محاكم الاستئناف، فانها غالبا ما
تكون محل احترام محاكم الدرجة الاولى ، ذلك أنه اذا ما خرجت تلك المحاكم
على هذه القواعد وخالفتها ، أمكن التوصل الى الغاء احكامها واعمال حكم
القاعدة عن طريق الطعن بالاستئناف ٠ وكذلك الشأن بالنسبة للمبادىء التى
تقررها محكمة النقض ، اذ تحرص كل المحاكم على اتباعها حتى لا تتعرض
أحكامها للنقض ٠

وقد يرد على ذلك بأن المحاكم عموما بما فيها محكمة النقض قد تعدل
عن رأيها وتتحول عن قضائها ، الا أن هذا القول يدحضه ان تحول القضاء
أمر نادر ، وهو ان تحقق فانما يتم نتيجـــة تغير الظروف التى تقررت فى ظلها
المبادىء السابقة ، ومن ناحية أخرى فـــان تغير القضاء لا يصلح بذاته سببا
يحول دون اعتباره مصدرا من مصادر القانون،ذلك ان التشريع ذاته كثيرا ما
تمتد اليه يد المشرع بالتغيير والتبديل ، ولم يقل أحد ان التشريع لا يعتبر لهذا
السبب مصدرا من مصادر القانون ٠

كذلك فانه مما يسهم فى نشأة القواعد القضائية صعوبة مواجهة التشريع
لكل المشاكل العملية التى تعرض عـــلى القضاء ، ويظهر ذلك بصفة خاصة
بالنسبة للقانون المدنى الذى اصبحت نصوصه لا تلائم التطورات والظروف
المستحدثة مما أدى بالقضاء الى محاولة تفسير هذه النصوص تفسيرا واسعا
وخلاقا مكنه من بناء الكثير من القواعد وخاصة فى مجال المسؤولية عن الاشياء
والتعسف فى استعمال السلطة ، والاثراء بـــلا سبب ، وحماية اموال الحدائق
المنقولة ٠

واخيرا فان المشرع كثيرا ما يتبنى الحلول القضائية ويقننها وبذلك تتحول القاعدة القضائية الى نصوص تشريعية، مما يشجع القضاء على الخلق ويزكى جهوده فى الانشاء والابتكار ٠

ثانيا ـ راى بولانجيه (١) :

يقرر بولانجيه أن الحكم القضائى لا يقف اثره عند تصفية النـــزاع الذى صدر بشأنه الحكم ، وانما تمتد آثار الحكم وانعكاساته خارج هذا النطـاق الضيق ، اذ كثيرا ما يتخلف عن الحكم القضائى انطباع فى نفوس رجـــال القانون بأنه يمثل التعبير عن رأى القضـــاء واتجاهه بالنسبة للمشاكل التى أثارتها المنازعة التى فصل فيها ، وانه اذا ما عرضت مثـل تلك المشاكل على القضاء مرة أخرى فسوف يطبق بشأنها ذات الحل الذى افصح عنه فى قضائه ، ويتزايد هذا الاحساس بالنسبة لاحكام المبادىء التى يظهر فيها الجهد العلمى والفكرى للقاضى ، فمثل تلك الاحكام تسهم فى اضافة عناصر جديدة الى النظام القانونى القائم ٠

وضرب بولانجيه مثلا لذلك بدعاوى المسؤولية التى يثور بشأنها البحث حول تحديد معنى الخطأ وما اذا كان ينطبق على المواقف السلبية البحتة أم انه يتطلب عملا ايجابيا ، او تحديد نطاق الضرر الذى يشمله التعويض ، وما اذا كان يقتصر على الاضرار المادية أم انه يمتد ليشمل الاضرار الادبية ٠ فلا شك فى أن ما يقرره الحكم القضائى بالنسبة لتلك المسائل الدقيقة والهامة يكون له أثره على الاحكام التى تتعرض لها مستقبلا ٠

وتسهم الاحكام القضائية فى اثراء النظام القانونى ، اذ يندمج التفسير الذى تقرره بالنص التشريعى ويلتحم به ويصبح جزءا لا يتجزأ منه ، ويظهر النص مقترنا دائما بالتفسير القضائى له ٠ وبذلك يستقر فى اذهان الجميع أن

---

(١) راجع فى ذلك مقاله المنشور فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سالف الذكر ص ٤١٩ ، ومـا بعدها .

النظام القانونى لا يقتصر على النصوص التشريعية ، وانما يتضمن الى جوا
ذلك ـ وبنفس الاهمية ـ التفسير الذى يعطيه القضاء لتلك النصوص .

ويستشهد بولانجيه على صحة هذا القول بما هو مقرر الآن وسائد ف
القانون الفرنسى من أن نظام المسئولية المدنية تحكمه نصوص القانون المدنى
مفسرة ومكملة بالقواعد التى قررها القضاء فى هذا الشأن .

ويشبه بولانجيه الجهد الجماعى الذى يسهم به القضاء الى جوا
التشريع فى بناء النظام القانونى بالاعمال المعمارية الضخمة التى تتم اقامتها
بالمجهد المشترك للعمال تحت اشراف المهندس الذى يقوم بوضع هيكلها
وتصميماتها الاولية .

ثالثا ـ راى دييرو :

بعد أن أوضح دييرو عدم امكان التسليم بالافكار التى قال بها كل من
فالين وموري فى تأصيل القواعد القضائية ، أشار الى انه وان كانت جميع
الآراء التى قال بها الشراح لا تسلم فى مجموعها من النقد ، الا أن ذلك لا ينفى
حقيقة واضحة تفرض نفسها ، وهى أن القاعدة القضائية قائمة وموجودة وكل
محاولة لانكارها لا تتفق والواقع الملموس (١) .

وكما ينبغى أن تكون النظرة الى وجود القاعدة القضائية متسمة بالواقعية
يتعين أيضا أن يكون تقدير وتبرير ما لها من قوة ملزمة قائما على اساس
الواقع ومستندا الى الحقائق القائمة .

ويكشف الواقع عن أن قوة القاعدة القضائية تقترب الى حد كبير من قوة
القاعدة التشريعية ، ويرجع ذلك الى أن القاعدة القضائية تستعير وتستمد
قوتها من القاعدة التشريعية . وتصدق تلك الملاحظة بوجه خاص بالنسبة للقضاء
المدنى ، اذ ان المحاكم المدنية لا تفصح اطلاقا عن أن القاعدة القضائية حيث

---

(١) راجع فى عرض هذا الراى مقاله سالف الذكر المنشور فى مجموعة موري ص ٢٩ وما بعدها .

من صنعها ، وانما تظهرها دائما على أنهـا مجرد تفسير للقواعد التشريعية القائمة ، ونتيجة هذا التصوير تتخذ القاعدة القضائية مظهر وقوة القـاعدة التشريعية ٠

ويظهر اثر ذلك واضحا بالنسبة للمتقاضين، اذ تنزل القاعدة القضائية لديهم منزلة القاعدة التشريعية ، ولا يقتصر الامر فى تصورهم على مجرد قيام تشابه بين هذين النوعين من القواعد وانما يصل الى حد الخلط الكامـل وعدم اقامة أى تفرقة أو تمييز بينهما ٠

اما عن قوة القاعدة القضائية فى مواجهة المحاكم المختلفة فيشير ديبيرو الى ما ذهب اليه البعض من أن القاعدة القضائية لا تلزم ولا تقيد القضاة ، فهم صانعو القاعدة ويملكون تبعا لذلك العدول عنها ، ويرى ديبيرو أن هـذا القول لا يتفق وما يشهد به الواقع من أنه عندما تتدخل المحكمة العليا وتقرر مبدأ معينا ، فان حرية المحاكم الدنيا ازاء هذا المبدأ تصبح مقيدة الى حـد بعيد ، اذ يندر أن نصادف قضاء للمحاكم الدنيا يخرج على المبـادىء التى تقررها المحكمة العليا أو يناقضها ، مما يمكن معه القول بأن القاعدة القضائية تتمتع فى مواجهة المحاكم بقوة مماثلة لتلك التى تتمتع بها فى مواجهة الافراد٠

ويستطرد ديبيرو قائلا انه بالاضافة الى أن القاعدة تستعير قوتهـا من القاعدة التشريعية ، فانها تستعير منها مادتها وموضوعها ، اذ انها تتناول علاقات ومراكز قانونية من نوع ما يتناوله المشرع بالتنظيم ، فما يصلح مادة للقاعدة القضائية يصلح ان يكون مجالا للتشريع ٠

ويظهر التماثل بين القواعد التشريعية والقواعد القضائية فى تنوع وتعدد الموضوعات التى تتناولها كل منهما ، ويشير ديبيرو الى ما ذكره بلانيول من أن مجموعات احكام محكمة النقض تحوى من المبادىء والقواعد اكثر مما هو منصوص عليه فى المجموعات القانونية المختلفة ٠

وأخيرا تتماثل القاعدة القضائية مع القاعدة التشريعيةفى عموميتها،وتلك

الحقيقة هى وحدها التى تجعل القاعدة القضائية صالحـــة لان تكون قاعدة قانـونية ٠

وتتضح تلك الحقيقة اذا ما راعينا انه لا مجـــال للحديث عن القاعدة القضائية ما لم تكن المراكز القانونية التى تقررت بشأنها تلك القاعدة قابلة لان تتكرر مستقبلا ويطرد عرضها أمام القضاء وتطبق عليها ذات القاعدة،فعمومية القاعدة القضائية تستمد من عمومية المراكز التى تقررت بشأنها تلك القاعدة ٠

الفصل الثالث

رأينا الخاص في الموضوع

نبادر بالقول باننا من انصار الرأى القائل بضرورة الاعتراف بالقضاء كمصدر رسمى للقواعد القانونية يلى التشريع فى الاهمية والمكانة،وللتدليل على سلامة هذا الرأى ـ فى تصورنا ـ نبدأ بالرد على الحجج التى يستند اليها الشراح المعارضون لهذا الرأى ، ثم نعرض الاسباب التى تدفعنا الى اقراره ٠

المبحث الأول

فى الرد على الفقه المعارض لاعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون

اشرنا فى الفصل الاول من هذا الباب الى الحجج التى يستند اليها الشراح فى القول بأن القضاء لا يعتبر من المصادر الرسمية للقانون، وأوضحنا أن أهم تلك الحجج وأولها هو ما يقضى به مبدأ فصل السلطات من ضرورة قصر وظيفة القضاء على الفصل فى المنازعات التى تنشا داخل المجتمع ، وعدم تجاوز حدود تلك السلطة والقيام بانشاء القواعد القانونية ، لما يحمله ذلك من عدوان على الاختصاص الاصيل للسلطة التشريعية ، ورأينا كيف حاول بعض الشراح الرد على هذه الحجة بالقول بأن مبدأ فصل السلطات لم يعد مبدأ مطلقا من كل قيد، وانه قد فقد حدته التى كان يتصف بها فى اعقاب الثورة

الفرنسية ، وخضع بمرور الزمن للعديد من الاستثناءات والقيود التى لم يكن يتقبلها اطلاقا فى بادىء نشأته ٠

ونضيف من جانبنا أن مبدأ فصل السلطات لم يعد فحسب يتقبل الاستثناء عليه ، بل انه فى حقيقة الامر قد تعرض لهزات عنيفة كادت تذهب بمعالمه الاولية وحدوده الاساسية ٠

وقد حدث ذلك فى فرنسا بمقتضى دستور سنة ١٩٥٨ الذى حدد فى المادة ٣٤ منه مجالا معينا للقانون ، وموضوعات خاصة يقتصر عليها ، ونص فى المادة ٣٧ على أن كل ما عدا ذلك من موضوعات تتولى السلطة التنفيذية تنظيمه عن طريق اللوائح ٠ أى أن السلطة التشريعية لم تعـــد هى صاحبة الولاية الاصلية فى اصدار القواعد القانونية الملزمة وانما اصبحت تلك الولاية معقودة اصلا للسلطة التنفيذية ٠

وازاء هذا التحول الهام لا يجوز القول بأن الاعتراف بالقضاء كمصدر رسمى للقانون من شأنه المساس أو الاعتداء على الولاية الطبيعية للسلطة التشريعية فى صنع القواعد الملزمة ٠

وقد يرد على ذلك بأنه وان كان دستور سنة١٩٥٨ قد هز الحدود التقليدية لمبدأ فصل السلطات ، وقضى على احتكار السلطة التشريعية لولايـــة اصدار القواعد الملزمة، الا انه لم يتضمن أى مساس بنص المادة الخامسة من القانون المدنى ، فلا يزال هذا النص قائما يحول بين المحاكم ، وبين اصدار الاحكام اللائحيـــة ٠

وفى تقديرنا ان نص المادة الخامسة من القانون المدنى لا يصلح كسبب كسند للقول بأن القضاء لا يعتبر مصدرا رسميا للقانون ، فكل ما كان يعنى المشرع بهذه المادة هو وضع حد لما كانت تسير عليه المحاكم فى العهد القديم من اصدار الاحكام اللائحية ، وفرق بين اصدار تلك الاحكام التى تعمد فيها المحاكم الى وضع القواعد العامة الملزمة ، وبين نشأة القواعد القانونية نتيجة استقرار الاحكام القضائية وتواترها ، كما اشار الى ذلك الكثير من الشـــراح

ومن ناحية أخرى وبفرض التسليم بما يذهب اليه البعض من أن المشرع يهدف بهذا النص الى منع السلطة القضائية من انشاء القواعد القانونية بأى صورة كانت ، فهل يصلح هذا النص لتحقيق تلك الغاية ؟ وهل فى احترام القضاء له ما يحول دون نشأة القواعد القضائية ؟

الواقع انه منذ صدور هذا النص والمحاكم الفرنسية حريصة كل الحرص على الالتزام به ، اذ تقتصر احكامها على الفصل فيما يعرض عليهـــا من منازعات ، ولا تتصدى اطلاقا لوضع نصوص لائحية أو قواعد عامة ، ورغم كل ذلك تنشأ القواعد القضائية وتستقر وتفرض احترامها عـــلى الجميع مما يؤكد أن نشأة تلك القواعد امر لا تمليه المحاكم أو تفرضه أو تعمد اليه حتى يمكن لنص تشريعى أن يحول بينها وبينه ، وانما هو يتحقق تلقائيا وبقـوة الاشياء وليس فى مقدور المشرع أن يمنعه أو يوقفه ٠

هذا عن الوضع فى فرنسا ، أما عن الوضع فى مصر فنود قبل أن نعرض له أن نشير الى مسألة سبق لنا ايضاحها وهى أن المحاكم فى انشائها للقواعد القانونية تستحى دائمـــا من أن تنسبها الى نفسها ، وتعمد الى اظهـار تلك القواعد على انها مجرد تفسير للنصوص التشريعية القائمة ، فهل يحول مفهوم المشرع المصرى لمبدأ فصل السلطات دون الاعتراف بالقوة الملزمة لتلك القواعد المفسرة التى تقررها جهات القضاء ؟

لا نعتقد ذلك اطلاقا اذ ان هذا المبدأ لم يقف حائلا دون تقرير اختصاص المحكمة العليا باصدار التفسير الملزم للقواعد القانونية التى تستدعى التفسير بسبب طبيعتها أو اهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القانونى (م ٤ فقرة ٢ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩) ٠

وقد يرد على ذلك بأن ثمة فارقا بين قيام المحكمة العليا باصدار تفسير للنصوص القانونية بعيدا عن مجال الخصومات القضائية وبناء عـــلى طلب وزير العدل وبين قيام جهات القضاء بتفسير النصوص القانونية بمناسبة الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وما يترتب على التوسع فى هذا التفسير من نشأة قواعد مستحدثة ٠

ومع تسليمنا بهذا الفارق الا اننا نرى أنه فارق فى الوسيلة فحسب ، وتبقى النتيجة والمحصلة النهائية فى الحالتين واحـــدة ، وهى قيام السلطة القضائية باصدار القواعد المفسرة ، وعـــدم وجود تعارض بين اقرار القوة الملزمة لتلك القواعد وبين مقتضيات الفصل بين السلطات ٠

ونخلص مما سبق الى أن الحجة المستندة الى مبدأ فصل السلطات لم تعد مقبولة فى ظل الاوضاع الدستورية الحالية فى فرنسا ، كما أنه لا محـل أيضا للتمسك بها فى مصر ٠

ويصدق هذا القول على الحجة الثانية التى ترتبط بالحجة الاولى والتى تتحصل فى أن قيـــام القضاء بوضع القواعد القانونيـــة يتنـافى ومقتضيات الديمقراطية ٠ اذ لو صحت هذه الحجة بالنسبة للقضاء لصحت من باب اولى بالنسبة للسلطة التنفيذية التى اصبح لهـا الاختصاص العام فى اصدار القواعد الملزمة فى القانون الفرنسى ٠ ومن ناحية أخرى فان مقتضيات الديمقراطية لم تحل دون اعتبار القضاء مصدرا للقانون فى اكثر البلاد تمسكا بالديمقراطية كانجلترا ٠

ويأتى بعد ذلك ما ذكره الشراح من أن مبدأ الحجيـــة النسبية للاحكام القضائية يحول دون اعتبار القضاء مصدرا من مصادر القانون ٠ وفى تقديرنا أن هذا القول غير مقنع ، وانه يحمل فكرة الحجية النسبية اكثر مما تحتمل ، فالغاية الاساسية من تشريع الحجية هى وضع حد للخصومات ومنع تأبيد المنازعات ، وترتبط فكرة الحجية النسبية بنظام الاثبات المقيد ، وما يفرضه على القاضى من حيدة لا تمكنه من توجيه الخصومة، واستظهار أدلة الاثبات فيها ، فالامر كله متروك للخصوم يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به لاثبات ما يدعيه ، مما لا يجوز معه أن يكون للحكم الذى يصدر فى هذا الجو المحاط حجة على آخرين لم يدخلوا فى الدعوى ولم يتمكنوا من تقديـــم ما لديهم من وسائل اثبات (١) ٠

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع مؤلفنا اثار حكم الالغاء ص ٤٥ وما بعدها .

وحجية الامر المقضى لا ترد الا على المنطوق ولا تتناول الاسباب الا ما كان منها مرتبطا ارتباطا وثيقا بالمنطوق بحيث لا يمكن فصله عنها

واذا كانت تلك هى فكرة الحجية فى غاياتها واسانيدها ونطاقها فما شأن كل ذلك باعتبار القضاء مصدرا للقانون !

ان الذى يتمسك بقاعدة قضائية قررتها المحكمة العليا ويطالب بتطبيقها على دعوى مماثلة لا يثير اطلاقا فكرة حجية الحكم ولا يستند اليها فيما يطلبه.

القول بأن الحجية النسبية من شانها ان تحول دون اعتبار القضاء مصدرا للقانون يعنى بمفهوم المخالفة انه لو كانت القاعدة المقررة هى حجية الاحكام فى مواجهة الكافة ، لادى ذلك بالضرورة الى أن يصبح القضاء مصدرا للقانون ، وتلك نتيجة خاطئة ، فاحكام الحالة المدنية والاحكام الصادرة فى دعاوى الالغاء تحوز حجية فى مواجهة الكافة وليس معنى ذلك أن تلك الاحكام فى ذاتها تعتبر بحكم سريانها فى مواجهة الكافة مصادر رسمية للقانون. ان كل ما تعنيه الحجية فى مواجهة الكافة أن ما قضى به الحكم فى منطوقه ، والمراكز القانونية التى انشاها أو الغاها تنتج اثرها فى مواجهة الكافة ، ولا يمكن القول اطلاقا بأن الحجية فى مواجهة الكافة تعنى انه اذا ما قام للحكم على قاعدة معينة ، فان هذه القاعدة تسرى فى مواجهة الكافة ويعمل بها بالنسبة لكل الدعاوى تطبيقا لحجية الحكم .

وبالنسبة لما ذهب اليه البعض من أن القضاء لا يعتبر من مصادر القانون لان النظام القائم فى فرنسا ومصر لا يعرف ولا يطبق فكرة السوابق القضائية، هذا القول لا يقدم فى تقديرنا حجة شافية ، ويتضمن مصادرة على المطلوب ، ذلك أن مثار البحث وموضوعه الاساسى هو محاولة الكشف فى ضوء التحليل القانونى السليم عما اذا كان نظامنا القانونى يعرف ويطبق فعلا فكرة القواعد القضائية الملزمة ، وبذلك يقترب من حيث الواقع من النظام الانجلو سكسونى وان اختلف عنه فى الظاهر ، أم انه لا وجود لدينا للقواعد القضائية الملزمة ، وبذلك يظل الاختلاف قائما بين نظامنا والنظام الانجلو سكسونى . ولا يكفى

ان تأتى الاجابة على هذا التساؤل بالنفى او الايجاب ، بطريقة مبتسرة وبغ
دليل علمى تستند اليـه ، والا لما كان هناك محل لطرح هذا الموضوع اصـ
للبحث ٠

وبالنسبة لما قيل عن افتقار القاعدة القضائية لخصائص القاعدة القانون
وهى العموم والتجريد فمع تسليمنا بأنه قول له نصيب من الصحة الا اننـ
نشير من ناحية أخرى الى ما سبق أن اوضحه ديبيرو من أن القاعدة القضائ
التى تصلح لان تكون قاعدة قانونية هى تلك التى تقرر بشأن مراكز قانـون
قابلة لان تتكرر ويطرد عرضها أمام القضاء ، وبذلك تستمد القاعدة القضائ
عموميتها من عمومية المراكز التى تقررت بشأنها ٠

وفضلا عن ذلك فانه مع اختلاف ظروف وملابسات كل دعوى ، الا انـ
يبقى رغم ذلك قاسم مشترك يجمع بين الدعاوى المتعلقة بموضوع واحد ، يسم
بتطبيق القاعدة القضائية التىتقررت بشأن احدى هذه الدعاوى على غيرها
الدعاوى المشابهة ٠ فالقاعدة التى قررها القضاء فى فرنسا والتى تقضـى با
التعويض يشمل الاضرار المعنوية فضلا عن الاضرار المادية ، هذه القاعـ
تصلح للتطبيق بالنسبة لكل دعاوى المسؤولية ، فما من دعوى من تلك الدعاو
الا ويثار بشأنها البحث فى عناصر التعويض وبيـان ما اذا كان يقتصر عل
الاضرار المادية م انه يجبر أيضا الاضرار المعنوية ٠

ويسهم الفقه بدور كبير فى استخلاص القواعد القانونيـة من الاحكـ
القضائية ومحاولة بلورة تلك القواعد وضبطها وتحديدها بعد أن يقوم بتجريد
من الظروف والملابسات الخاصة التى تكون قد أثرت عـلى تطبيقها حالنس
لدعاوى معينة ٠

اما بالنسبة لما قيل عن المزايا التى تتوافر للقاعدة التشريعية دون القاعـ
القضائية وأهمها الاستقرار والثبات ، فقد تساءل ريفرو بحق عن مدى صـ
هذا القول فى ظل التشريعات المتقلبة ، ذات الطابع الشخصى، سيئة الصيا

التى نشهدها كل يوم (١) ٠

وأخيرا فانه لا صحة فى رأينا ـ لما ذكره كاربونيه من أن القضاء فى تقريره للقواعد القضائية انما ينظر الى المجتمع من موقع لا يسمح له بتقدير ظروفه تقديرا كاملا وشاملا ، وأن المنازعات القضائية لا تعطى صورة صادقة عن مشاكل المجتمع ولا تكفى بذاتها لاحاطة القاضى بواقع الحياة ٠

فالقاضى يعيش كل يوم واقع المشاكل الاجتماعية ، والمنازعات التى تعرض عليه هى وحدها التى تصور ما يدور فى الحياة ويجرى فيها من تنازع وتعارض بين المصالح ، وليس لاحد ان ينكر ان ساحات القضاء هى المختبر الحقيقى لحياة الافراد ، والمصب النهائى لكل مشاكلهم ٠

وكثيرا ما كان القضاء سباقا فى الكشف عما تحتاجه الحياة الاجتماعية من قواعد تكفل وضع حد لمشاكلها المستجدة والملحة التى تغفل عنها عين المشرع، وكم من التشريعات تصدر مترسمة خطى القضاء ومتبنية لما يقرره من قواعد ، ومقننة لما يضعه من مبادىء ٠

---

(1) وفى هذا يقرر ريفرو :

"La loi mouvante, la loi particulière, la loi malfaite des annêes que nous vivons, la loi decevante qui est trops souvent la notre ne suffit plus à creér la stabilité et la certiude que la vie sociale attend du dorit". Le juge administratif français un juge qui gouverne? D. Ch. 1950 p. 21 et S.

المبحث الثانى

فى الاسباب التى تبرر اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون

نود قبل ان نعرض للاسباب التى تبرر فى نظرنا اعتبار القضاء مص
رسميا للقانون ان نشير الى مسألة هامة،هى ان القواعد القضائيةلا تتكو
معظم الاحوال ويكتب لها الاستقرار الا بعد تدخل محكمة النقض ، سواء بق
قاعدة استنتها المحاكم الدنيا ، أو باقرار القاعدة القضائية ابتداء • و
النادر أن نجد قاعدة قضائية مستقرة ومحددة لا يكون للمحكمة العليا قدر
الفضل فى تكوينها(١)•فقضاء المحاكم الجزئية ليس له من القوة والتراب
يسمح له بارساء القواعد القضائية ، وقضاء المحاكم الاستئنافية لا يمك
يطرد ويتواتر بعيدا عن رقابة محكمة النقض وأن يظل دوما بمنأى عن كل م
ما لم يكن قضاء هزيل القيمة ، ضعيف الاثر لا يستحق ان يقدم أى محكوم
على الطعن فيه ، ومثل هذا القضاء لا يكون جديرا بارساء قواعـــد قض
هـامة •

لذلك فنحن حينما نتحدث عن القضاء كمصدر رسمى للقانون انما
بالدرجة الاولى قضاء محكمة النقض •

وبغض النظر عما قيل بشأن سلامة النظريات الفقهية التى ساقها
من انشراح لمحاولة ايجاد اساس نظرى لاقرار القوة الملزمة للقواعد القض
بغض النظر عن ذلك فثمـــة اعتبارات قانونية وعملية تدفعنـــا الى الا
بالقضاء كمصدر رسمى للقواعد القانونية، وتتلخص هذه الاعتبارات فيم

---

(١) راجع فى هذا المعنى موري ـ المرجع السابق ص ٤٩ ، وفالين فى مؤلفه سالف
ص ٢٩٩ وديبيرو فى مقاله سالف الاشارة ص ٣٦٠ .

اولا ـ أن اقرار القوة الملزمة للقواعد القضائية يحقق المساواة الفعلية للافراد امام القانون ٠

عرضنا فى الباب الاول من هذا البحث لحق القضاء فى صنـــع قاعدة الخصومة سواء لاستكمال ما يشوب التشريع من نقص أو بمناسبة تفسير مـا يكتنف نصوصه من غموض ، وأوضحنا أن هذا الحق مقرر بنص صريـح فى القانون المصرى ، ويكاد يكون مجمعا عليه فى الفقه الفرنسى ٠

فاذا ما قررت محكمة النقض قاعدة معينة استكمالا للتشريع القائـم أو تفسيرا له فان مبدأ مساواة الافراد أمام القانون يقضى بضرورة التزام ذات القاعدة واعمال حكمها على كل المنازعات التى تعرض مستقبلا وتتوافر بشأنها شروط تطبيق تلك القاعدة ٠

فمبدأ المساواة أمام القانون لا يقتصر على مجرد المساواة أمام النصوص التشريعية، وانما هو يعنى أيضا وبذات الدرجة المساواة امام القواعد المكملة للتشريع والتى تصدر من السلطة العامة وتصلح للتطبيق مستقبلا على حالات مماثلة ٠ ويصدق ذلك على القواعد التى تقررها محكمة النقض لسد النقص فى المصادر القائمة ، اذ طالما ان الحـالة التى عرضت وتقررت بشأنها القاعدة قابلة لان تتكرر مستقبلا وأن يطرد عرضها على القضاء ، فليس ثمة أى مسوغ يجيز ان يتقرر لها فى كل مناسبة قاعدة مختلفة ، وان تتنوع بشأنها الحلول وتتغاير ٠

ومن ناحية أخرى فان مبدأ المساواة امام القانون يتجرد من كل قيمـة عملية له ما لم يكن يعنى المساواة فى تطبيق القانون واعماله، فليست المساواة قولا ونظرا ، وانما هى قبل ذلك فعلا وعملا ٠ وتطبيق القانون يتم فى كثير مـن الاحيان من خلال تفسيره ، وبقدر اختلاف التفسير بقدر مـا يختلف تطبيق القانون،وبذلك فانه ما لم تلتزم المحاكم بالقواعد التى تقررها محكمة النقض تفسيرا للقانون فسوف يؤدى ذلك فى النهاية الى الاختـلال الكامل فى تطبيق القانون ، والى تعارض صور هذا التطبيق وتضاربها بالنسبـة لذوى المراكز

القانونية الواحدة (١) .

ثانيا ـ ان الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد القضائية يقر واقعا عمليا قائم

قد يقال ان ما ذكر فى البند أولا يعبر عما يجب أن يكون اكثـــر من تعبي
عما هو كائن فعلا وان تحقيقه يتطلب وجود نص صريح يقضى بالزام المحاك
باحترام واعمال المبادىء التى تقررها محكمة النقض، وطالما ان مثل هذا الن
غير موجود فلا مجال للقول بان القضاء يعتبر مصدرا رسميا للقانون .

ونحن نرى انه رغم عدم وجود نص صريح يلزم المحاكم باتباع قضاء محك
النقض الا ان هذا الالتزام قائم فعلا ، ويحرص القضاء على تنفيذه . ولا ص
فى تقديرنا للاعتقاد الشائع بأنه مجرد التزام أدبى ، فالالتزام الادبى لا يحمي
جزاء قانونى ، ويكشف الواقع ويؤكد ان قضاء المحاكم الدنيا الذى يخرج ع
المبادىء التى تقررها محكمة النقض يكون مصيره الالغاء . ووجود هذا الجز
الفعال ينفى عن الالتزام صفته كمجرد التزام أدبى ، ويضطرنا الى الاعترا
بأنه التزام قانونى وان لم يكن ثمة نص يكشف عنه صراحة . فليس هناك فا
عملى بين مصير الحكم الذى يخالف نصا صريحـــا فى القانون والحكم الذ
يخالف مبدأ من المبادىء التى تقررها محكمة النقض، اذ ان مثل هذا الحكم
ان ينقضى عليه مواعيد الطعن فيتحصن واما ان يطعن عليـــه فيكون مصي
الالغاء سواء تمثل العيب الذى شابه فى مخالفة نص صريـــح فى القانون او

---

(١) لنا ان نتساءل عن مصير مبدأ مساواة الافراد امام الاعباء العامة اذا ما جاءت محكمة النق
وفسرت القانون الضريبى على أنه يشمل انواعا معينة من الدخول كبدلات التمثيل ،
أتت احكام المحاكم الدنيا بعضها يحترم قضاء محكمة النقض وبعضها يخرج عليه وبت
تفسيرا للقانون الضريبى يخرج تلك الدخول عن نطاق تطبيقه ، وبذلك تخضـــع طائفة
اصحاب تلك الدخول للضريبة بينما لا تخضع لها طائفة أخرى . وليس هذا الا نموذ
لالاف الحالات التى تعرض يوميا على القضاء ، ويكون من شأن عدم التزام القض
بتفسير موحد بشأنها الاخلال الصارخ بمبدأ مساواة الافراد امام القانون سواء ف
يقرره من حقوق او يفرضه من واجبات .

الخروج على قضاء محكمة النقض (١) ٠

وقد يقال ردا على ذلك ان محكمة النقض ذاتها ليست ملزمة باتبـــاع مبادئها السابقة،وان من حقها ان تعدل عنها ، مما يجعل الغاء الحكم المطعون فيه لمخالفته للمبادىء السابقة لمحكمة النقض أمرا غير مؤكد٠وهذا الاعتراض فى تقديرنا غير مقنع، فمحكمة النقض لا تقر اليوم مبدأ لتعدل عنه فى الغد خاصة وهى تدرك ان المبادىء التى تقررها لا يقتصر اثرها على الطعـون التى صدرت بشأنها ، وان المحاكم تحرص على اتباع تلك المبادىء والعمـل بمقتضاها فيما يعرض عليها من منازعات مما يجعل محكمة النقض لا تقدم على العدول عـن قضائها الا اضطرارا ولاسباب جوهرية تبرر هذا العدول وتفرضه ، وأهـم تلك الاسباب تغير الظروف والمفـــاهيم الاجتماعية التى صدر فى ظلهـــا القضاء

---

(١)جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون انشاء محكمة النقض رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ تعليقا على النص الذى جعـل من مخالفة القانون او الخطأ فى تطبيقه وتأويله اول وجـه للطعن بالنقض ما يلى :

« اما ما يجب ان يفهم من كلمـة القانون فان المشرع اهمله عمدا حتى تتولى محكمـة النقض نفسها تحديد المعنى المقصود من هذه الكلمة هنا . ومن الواضح ان هذه الكلمة لا تشير الى القـوانين التى يتسق لها هـــذا الوصف وحدها اى الاوامـر الصادرة من السلطة التشريعية ، بل الى كل امر يصدر من السلطة المختصة وتنشأ عنه حقوق »

وقد أشار الاستاذ حامد فهمى والدكتور محمد حامد فهمى فى مؤلفهما «النقض فى المواد المدنية» الى ان كلمة القانون تتناول اعمال التشريع من القوانين وما جرى مجراها، كما تتناول الشريعة الاســـلامية والعـرف وجوامع الكلم الفقهية وآراء الفقهاء وقضـاء المحاكم .. ـ ص ٨٧ وما بعدها وراجع ايضا فى هذا المعنى اصول المرافعات للعشماوى الجزء الثانى ص ٩٩٠ والتعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد للدكتور ابو الوفا الجزء الاول ص ٥٥٨

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ما يخالف الرأى الذى استقر عليه قضاء المحكمة فأنه يكون قد خالف القانون ومن ثم يتعين نقضه طعن رقم ٤٢ لسنة ٦٧ فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٨ مجلسـة التشريع والقضاء السنة الاولى ص ٦٢ رقـم ٤٥ ومجـلة المحاماة السنة التاسعـة والعشرون العددان الاول والثـانى ص ١١٢ وما بعدهـا ٠

السابق (١) ٠

ومن ناحية أخرى وكما لاحظ مازو بحق فان التشريع ذاته كثيرا ما يخ
عليه التعديل و التغيير ، ولا يطعن ذلك فى الزامية التشريـــع واعتباره المص
الاول للقانون ٠ فليست الابدية من خصائص المصادر الوضعية للقانون ٠ ك
أن النظم القانونية التى تأخذ بالزامية السوابق القضائية لا تقيد المحكمة بصو
مطلقة بتلك السوابق وانما تجيز لها التحلل منها فى حدود وبشروط معينة (٢)

ثالثا ـ ان الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد القضائية يحقق الغـاية من انش
محكمة النقض على وجـه أكمل :

رأينا فى الباب الاول كيف ان محكمة النقض الفرنسية ألحقت عند انش
بالسلطة التشريعية ، وان وظيفتها الاساسية كانت تتحصـــل فى ضمان الق
المحاكم القضائية حدود القانون فى مباشرتها لوظيفتها وعدم قيامها بأى عم
يتضمن اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية ٠

وقد جاءت كل تلك الاوضاع نتيجة المفهوم القديم لمبدأ فصل السلطات، وبم
الزمن اخذ هذا المفهوم فى التحول ، وبدأت تزول عنه حدته وعكس ذلك اثره
وضع محكمة النقض ووظيفتها، فالحقت بالسلطة القضائية، واصبحت فى ا
من النظام القضائى الفرنسى ، وتحددت مهمتها فى العمـــل على وحدة تف
القانون وتطبيقه لدى كل المحاكم القضائية ٠ وقد اخذ المشرع المصرى بهذا ال

---

(١) تقديرا لاهمية وخطورة عدول محكمة النقض عن قضائها السابق يحرص المشرع
تقرير اجراءات خاصة يتعين مراعاتها اذا ماعن لاحدى دوائر المحكمة ان يخالف
سابقا لدائرة أخرى ، فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢
السلطة القضائية على أنه اذا رأت احدى الدوائر العدول عن مبدأ قررته احكام
صادرة من دوائر اخرى احالت الدعويين الى الهيئتين مجتمعتين (هيئة المواد الم
وهيئة المواد الجنائية) فيهما ٠ وتصدر الاحكام فى هـذه الحالة باغلبيـة اربع
مضوا على الاقل ٠

(٢) راجع فى تفصيل هذه المسألة مقال الدكتور برهام عطا الله « قاعدة ا لزامية ال
القضائية وأصولها فى القانون الانجليزى » مجلة الحقوق سنة ١٩٧١ ص ١٥٧ وما

وأنشئت محكمة النقض المصرية بمقتضى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ لتقوم بذات الوظيفة التى تقوم بها محكمة النقض الفرنسية ٠

ومن ناحية أخرى وتحقيقا لذات الهدف الذى انشئت من اجله محكمة النقض وهو العمل على وحدة تفسير القانون وتطبيقه ، استحدث قانون المرافعات المصرى الجديد فى المادة ٢٥٠ منه نظام الطعن من النائب العام لمصلحة القانون ، فقد نصت تلك المادة على انه « للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون فى الاحكام الانتهائية أيا كانت المحكمة التى اصدرتها اذا كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله وذلك فى الاحوال الآتية :

(١) الاحكام التى لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها ٠
(٢) الاحكام التى فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن ٠

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام ، وتنظر المحكمة الطعن فى غرفة المشورة ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن (١) » ٠

---

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية تعليقا على هذا النص انه قد وضع « لمواجهة صعوبات تعرض فى العمل وتؤدى الى تعارض احكام القضاء فى المسألة الواحدة ويحسن لمصلحة القانون والعدالة ان تعرض هذه المسائل على المحكمة العليا لتقول فيها كلمتها فتضع حدا لتضارب الاحكام ، ولهذه الفكرة نظير فى كثير من التشريعات الاجنبية كالتشريع الفرنسى والايطالى والبلجيكى . وقد رأى المشروع تعميم هذا النوع من الطعن بما يحقق الفائدة منه على نحو أكمل فلم يقصره على حالة تفويت الخصوم لميعاد الطعن أو نزولهم عن الطعن حيث يكون الطعن جائزا وانما بسطها ايضا على الحالة التى يمنع المشروع الطعن فيها سواء أكان المنع من الطعن بصفة عامة او كان المنع من الطعن بالنقض وسواء ورد هذا المنع فى قانون المرافعات ام فى قوانين خاصة لان المنع من الطعن فى هذه الحالات انما ينصرف الى الخصوم وحدهم حتى تستقر الحقوق المحكوم بها ولكن ذلك لايمنع من استهداف مصلحة عليا هى مصلحة القانون التى يحققها الطعن المرفوع من النائب العام لارساء المبادىء القانونية الصحيحة على اساس سليم كيما تتوحد احكام القضاء فيها »

تلك أهم الحجج التى نرى انها تبرر الاعتراف بالقضـــاء كمصدر رسـ
للقانون · ونود ان نشير فى النهاية الى مسألة هامة هى أن معظم شراح القان
القضاء لا يعتبر مصدرا من مصادر القانون،والواقع ان هذا القول وان ص
بالنسة للفقه التقليدى ، الا انه قد لا يكون صعبرا عما عليه الحال فى الفق
المعاصر·ولقد اوضحنا فيما سبق ان آراء الفقهاء القدامى فى هذا الموض
قد جاءت متأثرة بالظروف التاريخيةوالسياسية الخاصة التى مرت بها فر
والتى تمخضت عنمجموعة من النصوص الدستورية والقانونية ضيقت الخ
على القضاء، وقيدت من سلطاته الى حد بعيد،وما ان تباعدت تلك الاعتبا
حتى بدأت الاصوات تنادىباقرار الواقعىوالاعتراف بالدور الخلاق الذى
به لقضاء ، وظهرت بشائر تلك الدعوة فىاوائل هذا القرن عند كل من بلان
واديمار اسمان،ثم جاء ادوارد لامبير ليقدمدراسة مستفيضة يحاول بها اق
دور القضاء فى صنع القواعد غير التشريعية ، ولعل الذى دفع بلامبير الى
الجهد المضنى فى تلـــك الدراسة يرجع الى تقديره انه بتلك الدراسة انم
يحاول اقتلاع مفاهيم رسخت فى اذهان رجال الفقه على مر سنين طويلة،وم
منها نصوص عتيقة عمدت الى الحجر على السلطة القضائية وتكبيلها بقي
صور الوهم أنها من فرائض مبدأ فصل السلطات · ومهما قيل عن نظرية ل
وأيا ما وجه اليها من نقد ، فان جهوده فيها لم تضع سدى ، فقد كانت فات
عهد جديدة اخذت تنزوى فيه تلك النظـــرة التقليدية الى القضاء على أن
صماء لتطبيق القانون القائم ، وبدأت الانظار تلتفت الى أهميـــة الدور
يقوم به القضاء فى بناء القواعد القانونية ، وتزايـــد انصار الرأى المن
باعتبار القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون· ولعلنا لا نجاوز ا
اذا ما قررنا ان هذا الرأى اصبح يضم تحت لوائه معظم اعلام الفقه فى فر
وان الذين ظلوا على ولائهم للنظرة القديمة هم قلـة ، ويكفى ان نذكر م
انصار الرأى المستحدث على سبيل المثال لا الحصر روبير، هنرى، وليون
مازو ، مارتى ورينو ، بولاتميه ، بول اسمان ، فالين ، ريبيرو · والى ح
كولان وكابيتان ·

وحتى الذين ينكرون على القضاء صفته كمصدر رسمى يعترفون بما له من منزلة وقوة فعلية ونجد ذلك واضحا فى كتابات كاربونيه وروبير ·

واذا كان هذا هو الوضع فى فرنسا التى مر فيها القضاء بعهود كئيبة وعانى من نظرة التوجس والخيفة التى خلفها تاريخ عاثر مظلم ، فلماذا يصر الفقه المصرى على التمسك بمفاهيم تقليدية جاءت وليدة تلك الظروف التى لا نظير لها عندنا ! واذا كان الفقه الفرنسى نفسه بدأ يغير نظرته الى القضاء ، بل ولقد غيرها فعلا ، وظهر ذلك واضحا فيما عرضنا من نظريات وآراء حاول بها اصحابها اثبات ما للقواعد القضائية من قوة ملزمة،فلماذا لا نعيد بدورنا النظر فى هذا الموضوع ، وخاصة ان الاعتراف بتلك القوة الملزمة من شأنه فى رأينا ان يحقق المساواة امام القانون وانه لا يعدو ان يكون تسليما بأمر واقع· وأخيرا فمن حقنا أن نتساءل: اذا كانت وحدة تفسير القانون وتطبيقه تمثل رغبة عزيزة لدى المشرع فلماذا نغفل الوسيلة المثلى لتحقيقها ، وهى اقرار القوة الملزمة للمبادىء التى تقررها محكمة النقض ، وخاصة اذا كان المنطق القانونى لا يأبى ذلك او يرفضه ، وكان مبدأ فصل السلطات لا يقف حائلا دونه !

وحتى الذين ينكرون على القضاء صفته كمصدر رسمى يعترفون بما له من منزلة وقوة فعلية ونجد ذلك واضحا فى كتابات كاربونيه وروبير ٠

واذا كان هذا هو الوضع فى فرنسا التى مر فيها القضاء بعهود كئيبة وعانى من نظرة التوجس والخيفة التى خلفها تاريخ عاثر مظلم ، فلماذا يصر الفقه المصرى على التمسك بمفاهيم تقليدية جاءت وليدة تلك الظروف التى لا نظير لها عندنا ! واذا كان الفقه الفرنسى نفسه بدأ يغير نظرته الى القضاء ، بل ولقد غيرها فعلا ، وظهر ذلك واضحا فيما عرضنا من نظريات وآراء حاول بها اصحابها اثبات ما للقواعد القضائية من قوة ملزمة،فلماذا لا نعيد بدورنا النظر فى هذا الموضوع ، وخاصة ان الاعتراف بتلك القوة الملزمة من شأنه فى رأينا ان يحقق المساواة امام القانون وانه لا يعدو ان يكون تسليما بأمر واقع٠ وأخيرا فمن حقنا أن نتساءل: اذا كانت وحدة تفسير القانون وتطبيقه تمثل رغبة عزيزة لدى المشرع فلماذا نغفل الوسيلة المثلى لتحقيقها ، وهى اقرار القوة الملزمة للمبادىء التى تقررها محكمة النقض ، وخاصة اذا كان المنطق القانونى لا يأبى ذلك او يرفضه ، وكان مبدأ فصل السلطات لا يقف حائلا دونه !

محل السرقة الموجبة للقطع في التشريع الليبي

للدكتور

عوض محمد عوض

استاذ القانون الجنائى بجامعتى بنغازى والاسكندرية

الشروط الواجب توافرها فى المسروق :

بينت المادة الاولى من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ (١) **شروط المسروق** فنصت فى فقرتها الثالثة على انه يشترط للقطع أن يكون المسروق منقولا متمولا **محترما مملوكا للغير فى حرز مثله وألا تقل قيمته عن عشرة دينارات ليبية وقت** حدوث السرقة · ويتضح من هذا النص أن شروط المسروق هى :

اولا ـ المالية :

يشترط فى المسروق أن يكون مالا ، فان لم يثبت له هذا الوصف فلا قطع فيه · وقد تحدث الشارع الاسلامى عن المال فى مواطن كثيرة ، ولكنه لم يحدد له معنى خاصا · ويقال انه استغنى عن تعريف المال لوضوحه · ولذلك نرى بعض المعاجم اللغوية يكتفى فى بيانه بقوله : المال معروف· ومن المعاجم ما يبين معناه ، ويؤخذ منها أن المال فى لغة العرب هو الشىء الذى يحوزه الانسان بالفعل بحيث ينفرد به عمن سواه · أما الفقهاء فقد ورد عنهم فى تعريف المال عبارات كثيرة مختلفة فى الفاظها متقاربة فى مفهومها ومعناها · وأقرب هذه التعاريف وأحسنها ما قيل فيه ان المال هو ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعا معتادا · وهذا التعريف يفيد أن مالية الشىء تثبت بمجموع أمرين : أولهما امكان الحيازة ، وثانيهما امكان الانتفاع المعتاد به · فاذا فقد أحد الامرين أو كلاهما انتفت المالية (٢) · فما تمتنع حيازته لا يعد مالا وان أمكن الانتفاع به كالريح وضوء القمر ، ومثله مالا ينتفع به أصلا وان كانت حيازته ممكنة كالطعام المسموم ، وكذلك ما ينتفع به انتفاعا غير عادى كلحم الميتة وحبة القمح وقطرة الماء ·

---

(١) صدر هذا القانون فى ٤ رمضان سنة ١٣٩٢ هـ الموافق ١١ اكتوبر سنة ١٩٧٢ م ، ونشر فى العدد رقم ٦٠ من الجريدة الرسمية الصادر فى ١٨ من ذى القعدة سنة ١٣٩٢ هـ الموافق ٢٣ من اكتوبر سنة ١٩٧٢ م ·

(٢) انظر فى ذلك : المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه للشيخ محمد مصطفى شلبى ط ١٩٦٢ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦ ·

وقد يبدو للوهلة الاولى أن هذا التعريف يسمح باعتبار الانسان مالا على أساس أن الاستيلاء عليه ممكن وكذلك الانتفاع به · وقد يعزز هـذا التصور أن فقهاء الشريعة عالجوا أحكام الرق وأجروا على الرقيق أحكاما يستدل منها على أنه مال · بيد أن هذا التصور غير صحيح ، فالاحتياز والانتفاع ـ وهما المناط فى اعتبار الشىء مالا ـ عملان يصدران عن الانسان ، وذلـــك يعنى أن وصف المال يثبت من أجله أو بسببه ، فلا يمكن أن ينبسط هذا الوصف عليه · أمـــا الرق فليس نظاما استحدثته الشريعة الاسلامية وان كانت قد نظمت أحكامه · وليس مما يقتضيه هذا البحث أن نتحرى الاسباب التى دعت الشريعة الى عدم الغاء الرق جملة ، وانما يعنينا أن نقرر هنا أن الرقيق فى فقه الشريعة لا يعتبر مالا حقيقيا ، وانما كان يعتبر كذلك حكما · وقـــد صرح بعض الفقهاء بهذا المعنى ، جاء فى البحر عن الحاوى : المال اسم لغير الآدمى خلق لمصالح الآدمى وأمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار · والعبد وان كـان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله واهلاكه (١) ·

ويترتب على ذلك أن الانسان لا يصلح محلا للسرقة فلا يقطـــع سارقه · وخالف المالكية فى ذلك جمهور الفقهاء فأوجبوا القطع اذا وقع فعل السرقة على انسان لا يعقل سواء لصغره أو لجنونه (٢) · واحتجوا بأن السارق لا يقطع فى

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤ · بل ان الظاهرية وبعض الحنابلة يقولون بقتل المالك بعبده لقوله صـلى الله عليه وسـلم : من قتـل عبده قتلناه ومن جدعه جدعنـــاه ولو كان العبد مالا من كل الوجوه ما عوقب به على هذا النحو. وذهب ابو يوسف الى عـدم القطع فى سرقة العبد لانه ليس بمال محض ؛ بل هو مال من وجـه ؛ آدمى من وجه ، فكان محل السرقة من وجه دون وجه . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٢) وليس مبنى رأيهم أن الانســان مال ؛ وانما هـم يجعلون للسرقة الموجبة للقطع محلين على سبيل البدل ، هما الانسان الذى لا يعقل ، والمال . ولذلك يعرف بعض المالكيـ السرقة بأنها أخـذ مكلف حرا لا يعقل أو مالا محترما لغيره . انظـر الخرشى على خليـ ج ٨ ص ١١٠ ، الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ١٢٥ ، البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٣٥٩ . وقد نسب بعض الباحثين الى المالكية انهم متفقون على ان السرقة لا تقع الا عـ مال . انظر احكام السرقة فى الشريعة الاسـلامية والقانون . احمد الكبيسى . بغـــداد ١٩٧١ ص ١٣٦ . وهذه النسبة غير صحيحة كما رأينا .

المال لعينه ، وانما لتعلق النفوس به، واذا كانت سرقة العبد موجبة للقطع عند الجمهور ، فأولى عندهم ان يقطع بسرقة الحر (١) • والقانون فى هذا الشأن على مذهب الجمهور (م /٣) ، وقد صرحت المذكرة الايضاحية بأنه لا قطع فى الطفل الصغير لأنه ليس بمال ، وانما يعاقب على خطف الاطفال باعتباره جناية عقوبتها التعزير وفقا للمادة ٢٤٨ من قانون العقوبات •

وتأخذ اجزاء جسم الآدمى حكم الانسان ذاته • فثمة اجـزاء من الجسم يمكن فصلها عنه ، كالشعر والاسنان والدم • والرأى عند رجـــال القانون أن هذه الاجزاء لا تعتبر مالا ما دامت متصلة بصاحبها ، فاذا انفصلت عنـه أمكن اعتبارها مالا وجاز ان تقع عليها السرقة(٢) • أما فى فقه الشريعة فالمسألة تبدو دقيقة • وقد قررت لجنة الفتوى بالازهر بأن نقل قلب الميت أو أى جزء منه الى غيره من الاحياء جائز شرعا ، لأن الانسان لم يخلق لنفسه فقط ، بـــل لنفسه ومجتمعه ، وأن أخذ جزء من الميت لينتفع به الحى أيسر عملا وأهم شأنا مـــن التضحية بالنفس فى باب المنفعة العامة (٣) • وهذا يعنى ان القلب وما هو من قبيله كالكلية والدم والعين أشياء يمكن فصلها ويجوز الانتفاع بها • وقد يقال – تفريعا على ذلك – انها أموال يجب القطع بسرقتها اذا اكتملت الشروط الاخرى • غير أن الأصول الشرعية فى اعتقادنا لا تؤدى الى ذلك ، لان شرط اعتبار الشىء

---

(١) تفسـير القرطبى جـ ٦ ص ١٦٨ ، التاج والاكليـل جـ ٦ ص ٣٠٦ ،الشرح الصـغير للدردير جـ ٥ ص ١٢٥ ، الخرشى على خليـل جـ ٨ ص ١١٠ ، البهجـة فـى شـرح التحفة للتسـولى جـ ٢ ص ٣٥٩ . أما الحنابلة فظاهر المذهـب عندهم انه لا يقطـع بسرقة الحر الصـغير ، وعن أحمد رواية ثانية انه يقطع بها . ونال بالقطع ايضـا الحسن البصرى والشعبى واسحاق بن راهويه . أما الشافعى وأبو حنيفة وسـفيان وأبو ثـور وابن المنذر فيرون عـدم القطـع . انظـر المغنى جـ ١٠ ص ٢٤٥ ، والشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٤٤ ، والمحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٣٣٦ و٣٣٧ •

(٢) انظر فى ذلك : عوض محمد ـ جرائم الاشخاص والاموال ص ٢٥١ ، نجيب حسنى ـ جرائم الاعتداء على الاموال فى قانون العقوبات اللبنانى ص ٣٣ •

(٣) راجع هذه الفتوى فى مجلة الهدى الاسلامى التى تصدرها الهيئة العامة للاوقاف فى الجمهورية العربية الليبية ـ السنة ١٢ العدد ٢ الصادر فى جمادى الآخرة ١٣٩٣ ـ يوليو ١٩٧٣ ص ٧٨ •

مالا أن يكون الانتفاع به مألوفا أو معتادا ، وهذا الشرط غير قائم فى الحالـــ
المعروضـــة ، لان الحاجة الى اعضاء الغير لا تكون الا عند الضرورة · وقـــ
حرصت لجنة الفتوى على تقييد الاجازة بهذا القيد،فقد صرحت بأن استئصال
القلب بأخذه من جسم انسان غير جائز ابتداء ومحظور الا اذا دعت الضرور
الى غير ذلك ، فيجـــوز العدول عن هـــذا الاساس وبالقدر الـــذى تقتضي
الضرورة (١) · واذا كانت الضرورات تبيـــح المحظورات ، فالاحكام لا تبنى
عليها · ولذلك فان ما يباح للضرورة يعود لاصله فى حـــال السعة والاختيا
ويلزمه من الاحكام ما يوافق هذا الاصل · ويترتب على ذلـــك أن اجزاء جس
الانسان ـــ سواء فصلت منه فى حياته أو بعد مماته ـ لا تعتبر فى فقـــه الشريع
مالا ولايقطع بسرقتها فى أى حال ، حتى ولو وقعت عليها السرقة فى لحظة مـ
اللحظات التى تدعو الضرورة فيها الى فصلها من انسان توطئـــه لنقلها الى
انسان آخر ، ذلك بأن الضرورة اذا كانت تبيح فصلها ونقلهـــا فانها لا تسب
عليها وصف المال · ولا يحول هذا النظر دون التعزير على سرقتهـــا بمقتض
النصوص الاخرى المقررة فى قانون العقوبات .

أما الاطراف والاعضاء الصناعية التى يستخدمهـــا الانسان بدلا م
اطرافه واعضائه الطبيعية فعلى الرغم من انها تؤدى وظائف الاعضاء الطبيعي
الا انها لا تعد جزءا من الانسان ، ولذلك فانها تظـل معتبرة على أصلهـا م
الاموال مهما تكن درجة اتصالها به (٢) · ويترتب على ذلك انها تصلح مح
للسرقة ويتعين القطع فيها اذا اكتملت سائر شروط القطع .

واذا كان الانسان لا يعتبر مالا فى حياته، فان حكمه لا يختلف بعد صـات
ولذلك لا يقطع بسرقة اجساد الموتى (٣) .

---

(١) المرجـــع الســـابق .

(٢) عوض محمد ـ المرجع السابق ص ٢٥١ و٢٥٢ .

(٣) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٤٠ ، حاشية العدوى بهامش الخرشى جـ ٨ ص ٦٩ و
وامتناع القطع فى سرقة جثث الموتى مطلق ، سواء كانت الجثة لانسان مات حديثا

أما الحيوان فانه يعتبر مالا ، غير أنه اذا نفق فلا قطع فى سرقته لأن لحم الميتة ليس بمال ، اذ لا ينتفع به عادة · أما جلد الميتة فمختلف فى سرقته (١)، على أن الخلاف لا ينصب فى الحقيقة على ماليته ، فهو فى اعتقادنا مال، اذ تمكن حيازته والانتفاع به ، وانما ينصب الخلاف على احترامه أو تقومه ·

المالية والتمول :

صيغت المادة الاولى من القانون بعبارة تستوقف النظر ، فقد اشترطت لايجاب القطع « أن يكون **المال** المسروق منقولا **متمولا** ··· » · وظاهر النص يحمل على الاعتقاد بأن واضع القانون يعتبر التمول شرطا قائما بذاته لا يغنى عنه شرط المالية · ومؤدى هذا الاعتقاد أن المال فى تقدير واضع القانون ينقسم الى متمول وغير متمول · ولم اجد بين فقهاء الشريعة من قسم المال على هذا النحو، بل انهم يعتبرون المالية والتمول مرادفين ، فما لا يمكن تموله لا يعد فى نظرهم مالا على الاطلاق · يقول ابن عابدين فى حاشيته : المال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم والتقوم يثبت بها وباباحة الانتفاع بها شرعا · فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يتمول بلا اباحة انتفاع لا يكون متقوما كالخمر · واذا عدم

= لانسان مات من قرون ، وسواء كانت الجثة عند السرقة مدفونة فى قبر او مودعة فى متحف ، لان تعاقب الزمان واختلاف المكان لا يغيران وجه الحكم . بيد أن امتناع القطع لا يحول دون التعزير فى الحالات التى يقرر فقهاء القانون اعتبار الفعل فيها سرقة .

(١) ومذهب الحنفية ألا تطع فى سرقته لانه ليس بمال . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ · اما المالكية فيوجبون القطع فيه اذا سرق بعد دبغه وكان الدبغ قد زاده على قيمة أصله بما يساوى نصابا . الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ١٢٧ . أما أهل الظاهر فيرون القطع لان جلد الميتة ـ على خلاف لحمها وشحمها ـ يبقى على ملك صاحبها ، ومثله شعرها وصوفها ووبرها ، فلا يخرج شىء من ذلك عن ملكه الا باباحته لانسان بعينه أو لمن أخذه ، ويعلم ذلك بطرحه الجميع وتبريه منه ، فهو ما لم يطرحه مالك لذلك ، فان سرقه سارق تعين قطعه . المحلى ج ١١ ص ٣٣٥،٣٣٦ . ورأى الظاهرية اقرب الآراء الى الفكر القانونى المعاصر ، غير ان ما ينبغى العمل به هو مذهب الامام مالك وذلك نزولا على حكم المادة ٢٣ من القانون التى توجب العمل بالمشهور فى هذا المذهب فيما لم يرد به نص .

الامران لم يثبت واحد منهما كالدم (١) · ومن قبل ذلك قال ابن نجيم هذا القول فى البحر الرائق (٢) · ولذلك فنحن نستبعد أن يكون واضـــع القانون قد قصد بالتمول شرطا آخر تلزم اضافته غير المالية · ولا يعدو الامـــر فى اعتقادنا أن يكون عدم دقة فى الصياغة ، وكانت عبارة النص تستقيم لو أن واضع القانون اشترط « أن يكون المسروق مالا محترما منقولا مملوكا للغير ··· الخ » ·

هل يعتبر كمال المالية شرطا فى المسروق ؟

يتميز مذهب أبى حنيفة بالاحتياط البالغ لدرء الحد · ومن مظاهر ذلك أن فقهاءه لا يكتفون فى ايجاب القطع بمجرد كون المسروق مالا ، وانما يشترطون فوق ذلك ان يكون كامل المالية· فاذا كان المال غير مطلق او كانت ماليته مشوبة بالقصور فلا قطع عندهم ولو جاوزت قيمة المسروق منه نصابا· والمال المطلق عندهم هو ما جرت عادة الناس بتموله وادخاره لوقت الحاجة،وغير المطلق مـ ليس كذلك وان تموله الناس احيانا وتعاملوا فيه بالبيع والشراء · وحجة الحنفية فى ذلك ان قصور المالية يورث نقصانا ، وفى النقصان شبهة العدم والحدود تدرؤها الشبهات ·

ومن الاموال غير المطلقة عندهم الاموال التافهة · والمراد بالتفاهة هنـ نفاهة الجنس لا تفاهة المقدار او القيمة، حتى انه ليمتنع القطع فيها ولو جاوزت قيمة المسروق منها نصاب القطع · ومما يعتبر تافها بهذا المعنى التراب و الطين

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣ و ٤ · غير ان فى الحاشية مع ذلك ذلك اســـتطرادا قد يوهم بصـــحة مذهـب القانون ، اذ يقول ابن عابدين معقبـا : وحاصلـه ـ اى ما تقدم ـ ان المال أعم من المتمول ، لان المال ما يمكن ادخاره ولو غير مبـــاح كالخمر والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الاباحة ، والخمر مال لا متقوم . ولا يعنى صـــدر هـذا التعقيب أن بين المالية والتمول اختلافـا ، ولعلها زلة قلم من ابن عـابدين ، بل هى كذلك فى الواقع بدليل بقية عبارته . فهو لم يقصد المقارنة بين الماليـــة والتمـول ، وانما قصد المقارنة بين المالية والتقوم . ولمن شاء أن يعيد قراءة عبارته .

(٢) البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٧٧ . ويلاحـظ ان عبـــارة ابن عابدين هى ذات عبـــارة ابن نجيم ، ولا تختلف عنها الا فى التعقيب الذى استطرد اليه ابن عابدين .

والآجر والفخار والتبن والحشيش والحطب · واستدل الحنفية بحديث لعائشة رضى الله عنها ، قالت : كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه ، أى الحقير · وصرفوا التفاهة الواردة فى الحديث الى تفاهة الجنس ، وعللوا ذلك بأن الناس لا يتمولون هذه الاشياء ولا يضنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها ، بل يعدون الضنة بها من باب الخساسة (١) ·

ومن الاموال غير المطلقة كذلك ما يوجد جنسه مباحا فى الاصل بصورته، كالماء والسمك والملح والحجارة والطيور والوحوش · وحجة الحنفية أن هذه الاشياء تقل فيها الرغبات ولا تضن بها الطباع ، فقلما تؤخـــذ على كره من المالك ·وما كان كذلك لا يحتاج فيه الى شرع الزاجر، فأشبهت سرقتها سرقة ما دون النصاب من الاموال المطلقة · ويضيف الحنفية الى ذلك حجة أخرى ، وهى ان الشركة العامة التى كانت فى هذه الاشياء وهى على اصلها من الاباحة تورث الشبهة ، والحد يندرىء بها (٢) ·

ومن الاموال غير المطلقة أيضا ما يتسارع اليها الفساد ، كاللحم واللبن والخبز والفاكهة الرطبة والبقول والرياحين والزرع الذى لـــم يحصد وعصير العنب ونقيع الزبيب ونبيذ التمر ·ويعتمد الحنفية على احاديث رويت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، منها قوله : لا قطع فى الطعام ، وقوله : لا قطـــع فى ثمر ولا كثر (٣) · فما آواه الجرين ففيه القطع · ويقول السرخسى: ان سرق الثمر من رؤوس النخل ولو فى بستان محرز،أو سرق حنطة فى سنابلها لم تحصد فلا قطع عليه ، لان الثمار ما دامت فى رؤوس الاشجار فانـــه يتسارع اليها الفساد · الا ترى انها لو تركـــت كذلك فسدت ، وما كان كذلـــك كان تافها

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٨ ، المبسوط جـ٩ ص ١٥٥ ·

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٦ و٢٢٧ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٥٤ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص٦٨ ·

(٣) الكثر بفتحتين جمار النخل وقيل طلعها . مختار الصحاح .

جنسا (١) . ويقول الكاسانى: لو سرق تمرا من نخل أو شجر آخر معلقا فيه فلا قطع عليه ، لانه ما دام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع اليه الفساد ، أما اذا جذ الثمر وجعل فى جرين ثم سرق ، فان كان قد استحكم جفافه قطع ، لانه صار مالا مطلقا قابلا للادخار (٢) . ولهذا أجاز الحنفية القطع فى الحنطة والسكر لان الفساد لا يتسارع اليهما (٣) .

ويرى الحنفية كذلك الا قطع فى سرقة المصحف وكتب الشريعة وغيرها من كتب اللغة . ومن حججهم أن السارق يسرقها لا لورقها أو ما قد يكون عليها من حلى ، وانما يسرقها لما فيها ، وما فيها ليس بمال ، اذ لا يجوز أخذ العوض عنه . ولا اعتبار عندهم بالورق ولا الغلاف ولا الحلية، فهذه الاشياء توابع ، ولا اعتداد بالتبع ، وانما يعتد بالاصل . واختلف فقهاء الحنفية فيما عدا ذلك من الكتب غير المحرمة، فمنهم من أوجب القطع فى سرقتها ومنهم من منعه (٤) .

هذا هو رأى الحنفية بوجه عام : لا قطع عندهم الا اذا كان المسروق مالا مطلقا لا قصور فى ماليته . أما الائمة الثلاثة فيختلفون معهم ولا يذهبون مذهبهم فى اشتراط كمال المالية ، ويكفى لديهم أن يكون المسروق مما يجوز بيعه وشراؤه (٥) .

ويعنيننا فى هذا المقام أن نبرز بوجه خاص رأى المالكية نظرا لاهميته القانونية . ومذهبهم أن القطع واجب فى كل ما بلغت قيمته نصابا ، سواء كان تافه الجنس أو مباح الاصل أو مما يسرع اليه الفساد ، حتى الماء يقطع

---

(١) المبسوط جـ ٩ ص ١٥٥ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٧ .

(٣) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٧ .

(٤) انظر فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٩ ـ ٢٣١ .

(٥) ويلاحظ أن رأى أبى يوسف فى هذا الشأن كرأى الجمهور ، فهو يرى القطع فى كل شئ الا الطين والتراب والسرقين . انظر فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٧ والمبسوط جـ ٩ ص ١٥٣ ويرى القطع كذلك فى سرقة المصحف والكتب النافعة المباحة . فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٩ .

فيه اذا أخذ للوضوء او للشرب (١) · ويقرر الخرشى ان من أخذ مـاء او حطبا أو غير ذلك مما هو مباح فى الاصل ويملك بوضع اليد عليه وأخرج من حرز مثله ما يساوى نصابا فانه يقطع لعموم الآية ، وكذلك لو كان المسروق فاكهة رطبة او غيرها مما يتسارع اليه الفساد (٢) · ويقطع كذلك فى سرقـة المصحف وغيره من الكتب الشرعية وكتب اللغة وسائر الكتب النافعة (٣) ·

ويلفت النظر مع ذلك عبارة وردت فى المذكرة الايضاحية للقانون جاء بها أنه لا قطع فى غير ما يتمول ، كالاشياء التافهة الحقيرة · وليس فى هـذه العبارة معنى العدول صراحة عن مذهب مالـك والانحياز الى مذهب أبى حنيفة ، فهى تقرر أصلا متفقا عليه ، وهو أنه لا قطع فيما ليس بمال · واذا كانت المذكرة الايضاحية قد مثلت لذلك بالاشياء التافهة الحقيرة ، فانها لـم ترم بذلك الى اشتراط كمال المالية ، بل رمت فحسب الى ضرورة ثبوت أصل المالية فى المسروق (٤) ·

ثانيا ـ احترام المال أو تقومه :

الشرط الثانى من شروط المسروق أن يكون مالا محترما · وهذا الوصف

---

(١) التاج والاكليل جـ ٦ ص ٣٠٦ ·

(٢) الخرشى جـ ٨ ص ١١٣ ، وانظر كذلك الشرح الصغير للدردير جـ ٥ ص ١٢٦ ، وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٣٤ ·

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ٢ ص ٤٥١ ·

(٤) عكس ذلك عبد العزيز عامر : احكام حد السرقة ـ مجلة كلية اللغة العربية والدراسات الاسلامية ـ السنة الاولى ، العدد الاول ص ٤٨٧ ـ ٤٨٨ · ولو صح جدلا ان واضعى المذكرة الايضاحية ارادوا بالتفاهة هنا تفاهة الجنس لا تفاهة المقدار ، فانه يتعين اطراح هذا التفسير ، لانه من الاصول المقررة لدى فقهاء القانون أن المذكرة الايضاحية للتشريع يؤخذ بها على سبيل الاستئناس لا الالزام ؛ لانها لا تعتبر تفسيرا تشريعيا . فاذا تعارض رأى جاءت به المذكرة الايضـاحية مع نص فى القانون وجـب اغفال رأيها . وعندنا أن التعارض قائم بين عبارة المذكرة الايضاحية ـ اذا اولت على ذلك الوجـه ـ وبين نص المادة ٢٣ التى تحيل فيما لا نص فيه على المشهور فى مذهب الامام مالك .

أكثر شيوعا فى اصطلاح الشرعيين فى باب السرقة ، وبه أخذ المشرع الوضعى عند صياغة نصوص السرقة · ومن فقهاء الشريعة من يعبر عن المال المحترم بالمال المتقوم ·

والمال المحترم أو المتقوم هو ما يحل تملكه وبيعه ، وبعبارة أدق هو ما يباح الانتفاع به شرعا · ويلاحظ فى هذا الصدد أن صلاحية الشىء للانتفاع به شرط فى ماليته من جهة ، وفى احترامه أو تقومه من جهة أخرى · فاما الانتفاع الذى تثبت به المالية فيقصد به القدرة الفعلية على ذلك ، وأما الانتفاع الذى يكتسب المال به وصف التقوم أو الاحترام فيراد به الانتفاع المباح شرعا دون ما عداه من صور الانتفاع الممكنة · فما يمكن الانتفاع به من الاشياء المحازة يعتبر مالا ، ولكنه قد لا يكون محترما بالضرورة ، وانما يكون كذلك حين يبيح الشرع لصاحبه الانتفاع به · ومن هذا يتضح أن فكرة المال فى اساسها فكرة واقعية ، أما احترامه أو تقومه ففكرة شرعية ·

والاباحة التى تكسب المال وصف التقوم أو الاحترام هى الاباحة العادية، لا الطارئة أو الاستثنائية · فمن الاموال ما تحرم الشريعة الانتفاع به بحسب الاصل ، ولكنها تبيحه عند الضرورة · وما يباح للضرورة لا يكون متقوما، وانما يبقى على حكمه الاصلى الذى ثبت له فى حال السعة والاختيار ·

وللمال المحترم أو المتقوم فى فقه الشريعة مقابل فى اصطلاح القانون الوضعى ، وهو المال الذى يجوز التعامل فيه · فالقانون الوضعى ـ كالشريعة ـ ينص على اخراج طائفة من الاموال من دائرة التعامل ، ومن هذه الاموال ما يصح اعتباره غير محترم أو غير متقوم · غير ان نطاق الحظر فى كل من الشريعة والقانون الوضعى مختلف ، فمن الاموال ما يعتبر محترما فى القانون وغير محترم فى نظر الشريعة · والرأى عندنا أنه فى حالة التعارض يجب الاعتداد بنظرة الشريعة لا بنظرة القانون· وفى هذا الصدد نقرر قاعدة عامة نلتزمها فى الاحوال المماثلة · وخلاصة هذه القاعدة أنه كلما استعمل تشريع السرقة والحرابة مصطلحا له مفهوم قانونى وآخر شرعى ، فالغلبة

عند التعارض تكون للمفهوم الشرعى، وعلى وجه التحديد للمشهور فى مذهب الامام مالك · وهذا الرأى يؤيده أمران : الاول أن تشريع السرقة والحرابة تشريع اسلامى خالص ، سواء فيما يتصل بشروط انطباقه أو بنوع العقوبة المقررة فيه· وهذا الاعتبار يفرض على من يتصدى لتفسيره الحذر فى استخدام المفاهيم القانونية حتى لا يؤدى اقحام بعضها عليه الى ايقاع الحد فى حالات لا يستقيم فيها ايقاعه شرعا · ومن هذا القبيل ما نحن بصدده · فليس من المقبول أن يقطع فى سرقة مال لا احترام له فى نظر الشريعة ، والا انتهينا الى ايجاب الحد حيث لا يجب · فما دام القطع عقوبة مقررة شرعا فانه يتعين أن يكون المسروق محترما شرعا · والامر الثانى أن المـــادة ٢٣ من تشريع السرقة والحرابة أوجبت الرجوع الى المشهور فى مذهب الامام مالك فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا التشريع·واذا كان صحيحا أن تحديد معانى المصطلحات لا يعتبر بالمعنى الدقيق سدا لفراغ تشريعى، الا انه مع ذلك وثيق الصلة به، وينبغى ان يهتدى فيه بنفس الضابط ، وعلى الاخص حين يكون للمصطلح مفهوم شرعى متداول يؤدى العدول عنه والاخذ بدلا منه بمفهوم قانونى مخالف الى اهدار المقاصد أو المصالح الشرعية التى دعت الى شرع الحد ·

والنتيجة المنطقية لذلك هى امتناع تطبيق الحد على سرقة الاموال غير المحترمة فى نظر الشريعة لاختلال أحد الاركان ، ولو كانت هذه الاموال محترمة فى نظر القانون · وليس هناك ما يحول قانونا دون العقاب على سرقة هـذه الاموال بمقتضى قانون العقوبات اذا توافرت أركانها ·

المال المحترم فى فقه المالكية :

المال المحترم عند المالكية هو ما يجوز تملكه وبيعه (١)، وبعبارة أخرى هو ما يجوز التعامل فيه ·

وتدل اقوال فقهاء المالكية على أنه يشترط للقطع أن يكون المال محترما

---

(١) حاشية الدسوقى والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٦ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٤٥١ ·

باطلاق · فاذا كان محترما بالنسبة الى قوم دون قوم ، أو فى حال دون حال، فلا قطع فيه على الاطلاق ·

ويتضح ذلك مما قرروه فى سرقة الخمر والخنزير· فمذهبهم ان الخمر والخنزير محرمان على المسلمين دون الذميين ، ولذلك فان كليهما يعتبر مالا غير محترم بالنسبة للأولين ومحترما بالنسبة للآخرين · فاذا اغتصب شخص من ذمى خمرا وجب عليه رد عينها أو دفع قيمتها ، ولكنهم مع ذلك لا يقطعون بسرقتها ، سواء كانت مملوكـــة لمسلم أو لذمى ، وكذلـك الشأن فى سرقة الخنزير (١)· ويصرح فقهاء المالكية فى هذا الصدد بأن من سرق خمرا لذمى لا يقطع مع انها مال محترم (٢) · ولا ينفرد المالكية بهذا الرأى ، وانما يتفق معهم فى نتيجته الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية (٣) ·

---

(١) وفى الفقه الاسلامى من يعتبر الخمر والخنزير مالا غير محترم اطلاقا ، سواء بالنسبة للمسلمين أو للذميين · وحجته أن العمدة فى ذلك هو حكم الاسلام ، والاسلام لم يحل لاحد شرب الخمر ولا بيعها ، بل حرم ذلك على المسلم والكافر جميعا . قال تعالى : يا أيها الناس انى رسول الله اليكم جميعا ، وقال عليه الصلاة والسلام : كل مسكر حرام · وهذا رأى الشافعية والحنابلة والظاهرية . انظر مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٠ ؛ والمغنى جـ ١٠ ص ٢٨٢ ؛ والشرح الكبير لابن قدامة جـ ١٠ ص ٢٤٧ ، والمحلى جـ ١١ ص ٣٣٥ .

أما الحنفية فمذهبهم عدم القطع كالمالكية . قال الكاسانى : يشترط أن يكون المال متقوما مطلقا ، فلا يقطع فى سرقة الخمر من مسلم ، مسلما كان السارق أو ذميا ، لانه لا قيمة للخمر فى حق المسلم ، وكذا الذمى اذا سرق من ذمى خمرا أو خنزيرا لا يقطع ؛ لانه وان كان متقوما عندهم فليس عندنا ؛ فلم يكن متقوما على الاطلاق . بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٠ – ٧١ .

(٢) الخرشى جـ ٨ ص ١١١ و ١١٦ ، حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٣٦ ، البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٦١ ، الشرح الصغير جـ ٥ ص ١٢٧ .

(٣) فتح القدير جـ٤ ص ٢٢٨ ؛ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٠ – ٧١ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٠ ، الام جـ ٦ ص ١٢٤ ، المغنى جـ ١٠ ص ٢٨٢ ، الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٤٧ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ١٣١ ، المحلى جـ ١١ ص ٣٣٥ .

ومن فقهاء الشريعة من أوجب القطع فى سرقة خمر الذمى وخنزيره لانهما حلال فى دينه · ويروى ذلك عن عطاء . انظر المحلى جـ ١١ ص ٣٣٤ .

أما التبغ فقد افتى المالكية بأنه متقوم ، سواء كان مما يدخن أو يستنشق لانه =

ويتضح مذهب المالكية أيضا ممـــا قرروه فى شأن سرقة الاموال التى يجوز تملكها أو هبتها دون بيعها · من ذلك سرقة الكلب المأذون فى اتخاذه ، سواء للصيد او للحراسة (١) ، فقد روى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه·والرأى عند المالكية انه لا يقطع بسرقته بالرغم من ثبوت ملكيته(٢)· ومن ذلك أيضا سرقة الاضحية ، فهى ان سرقت بعد ذبحها وقبل التصدق بها على فقير او اهدائها لغنى فلا قطع فيها لامتناع بيعها (٣) ·

اما اذا كان المال مما يجوز اتخاذ أصله وبيعه فصنع منه ما لا يجوز استعماله كآلات اللهو والاصنام والصلبان ، فالرأى عند المالكية أن ينظر اليها مجردة من منفعتها المحرمة ، فان بلغت على هذا النحو نصابا ففيهـا القطع ، والا فلا · وفى هذا الصدد يقول الدسوقى فى حاشيته : لا قطع على سارق آلات اللهو الا ان تساوى بعد كسرها نصابا · وليس المقصود كسرها فعلا لاتمام التقدير ، بل يكفى فى اعتبار قيمة الآلة تقدير كسرها وان لم تكسر بالفعل (٤) · أما الصلبان المصنوعة من الذهب او الفضة فيقوم ما فيها من

= طاهر فيه منفعة شرعية لمن اختلت طبيعته نتيجة لاستعماله . فهو عندهم كسائر العقاقير التى يتداوى بها من العلل . ولما كانت هذه العقاقير متقومة بلا خلاف ، فكذلك التبغ . انظر فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك ج ٢ ص ١٨١ .

(١) أما غير المأذون فيه فلا خلاف عليه ، ومن ثم لا قطع فى سرقته باتفاق .انظر بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٦ .

(٢) والمسألة مع ذلك محل خلاف فى الفقه المالكى . فابن القاسم يرى عدم القطع فى سرقة الكلب مطلقا ، أما أشهب فيفرق بين المأذون باتخاذه والمنهى عن اتخاذه ، ويرى وجوب القطع فى الاول دون الثانى . والرأى الاول مذهب المدونة وعليه جمهور فقهاء المالكية . انظر المدونة ج ١٦ ص ٢٧٩ ، الشرح الصغير ج ٥ ص ١٢٧ ، التاج والاكليل ج ٦ ص ٣٠٧ ، البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٣٦١ ، الخرشى ج٨ ص ١١٦ ، حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٢٦؛وانظر كذلك فى عرض الخلاف : تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٦٨ .

(٣) حاشيـــة الدســـوقى ج ٤ ص ٣٢٦ ، الشرح الصغـــير ج ٥ ص ١٢٧ ؛ القرطبـى ج ٦ ص ١٦٨ .

(٤) انظر المراجع الثلاثة السابقة والمواضع المشار اليها فيها . ويلاحظ أن المسألة مختلف عليها فى الفقه الاسلامى . فالحنفية يرون عدم القطع فى آلات اللهو اطلاقا لعدم تقومها =

ا لمعدن دون صنعه ، فان بلغ نصابا ففيه القطع (١) .

واما اذا كان المال ممـــا يستخدم فى العادة لاغراض مشروعة ولك
صاحبه انحرف به فصرفه الى غرض محرم ، فالرأى عند المالكية وجوب القط
ان ا بلغ نصابا دون اعتداد بعدم مشروعية الغرض، ومثال ذلك أوعية الخم
سى اء كانت فارغة او مملوءة (٢) .

سرقة الاموال التى يحظر القانون التعامل فيها أو يقيده :

من الاموال طائفة يحظر القانون على الناس تملكها الا بشروط معينة

= عندهم . ولذلك فهم لا يوجبون الضمان على متلفها . وعند أبى حنيفة ان متلفها
ضمنها لغير اللهو فأنه يتسأول أخذها ، وهذا شبهة تدرأ الحد . فتح القدير ج
ص ٢٢٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٢ . ويرى الحنابلة كذلك عدم القطع فيها و
بلغت قيمتها بغير تأليف نصابا ، لانها آلة للمعصية فأشبهت الخمر ، ولان لآخذها حق
فى أخذها لكسرها، فكان ذلك شبهة مانعة من القطع. الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٧ ،المغ
ج ١٠ ص ٢٨٢ ، كشاف القناع ج ٦ ص ١٣٠ - ١٣١ . وفى المذهب الشافعى قولان
أحدهما يوافق قول الحنفية والحنابلة ، والثانى كرأى المالكية . ويرى ا لخطيب
ا لثانى اصح عند الاكثرين ونص عليه فى الام . مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ وانظر كذا
ا لوجيز للغزالى ج ٢ ص ١٧٢ ، وقارن الام ج ٦ ص ١٣٤ .

(١) ا لقرطبى ج ٦ ص ١٦٨ .ويرى الشافعية رأى المالكية. انظر مغنى المحتاج ج٤ ص١٦٠.
اما الحنفية فلا يرون القطع اطلاقا لانه يتاول اخذها لكسرها . انظر بدائع الصنائع ج
ص ٧٢ . وفى مذهب الامام أحمد قولان ، انظر المغنى ج ١٠ ص ٢٨٣ ، الشرح الك
ج ١٠ ص ٢٤٨ .

(٢) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٦ ، الخرشى ج ٨ ص ١١٦ . وفى المذهب ا لشافع
قولان ، أحدهما يقطع بسرقة الاناء ولو كان فيه خمر لانه يقطع به ولو كان فيه يحول
والآخر لا يقطع اذا كان فيه خمر لان ما فيه مستحق الاراقة فيكون شبهة . انظـــر مغ
المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ . وفى مذهب أحمد قولان ايضا ، أحدهما يوجب القطع ولو ك
فى الاناء خمر لانه كمن سرقه ولا شىء فيه ، والاخر لا يقطع اذا كان فى الاناء خم
لا تصاله بما لا يقطع فيه . المغنى ج ١٠ ص ٢٨٢ و ٢٨٣ ، والشرح الكبير ج
ص ٢٤٧ و ٢٤٨ . فأما ان كان الاناء فارغا فلا خلاف فى وجوب القطع لان الاناء لا تحر
فيه وانما تحرم على صاحبه نيته ؛ فأشبه مالو سرق سكينا معدة للذبح الخنازير او سي
معدا لقطع الطريق . الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٩ .

ومن قبيلها المواد المخدرة والاسلحة والنقد الاجنبى · والراجح فى فقـــه القانون الوضعى أن سرقة هذه الاموال لا تنطبق عليها أحكام السرقة المعاقب عليها تعزيرا الا فى الحالة التى يعترف فيها القانون بصحة الملكية (١) ·

غير ان التفرقة فى شأن هذه الاموال بين الملكية المعتبرة والملكية غـــير المعتبرة لا تستقيم فى اعتقادنا عند تطبيق أحكام السرقة المعاقب عليها حدا ، ذلك ان المالكية كما رأينا لا يقنعون بحرمة عين المال المسروق ، بل يشترطون كذلك أن يكون جنسه محترما باطلاق · ولما كان الاصل فى بعض الاموال هـو حظر التملك والاستثناء جوازه ، فان هذه الاموال ـ بالنظر الى جنسها ـ لا تعتبر محترمة باطلاق · ويؤدى أصل المالكية الى امتناع القطع فيها تماما ولو انصبت السرقة على ما يبلغ منها نصابا مأذونا فى تملكه وفقـا لاحكام القانون · على أن امتناع القطع لا يحول بطبيعة الحال دون عقاب السارق تعزيرا اذا اكتملت شروط السرقة الموجبة للتعزير ، لانه لا تلازم بالضرورة بين امتناع الحد وامتناع التعزير ·

وقد يتوهم أن فى هذا الرأى نقضا لمبدأ قررناه من قبل ، وهو أن احترام المال أو تقومه فى تطبيق تشريع السرقة والحرابة مناطه حكم الشريعة لا حكم القانون · وعند التأمل يتضح أنه لا تعارض مطلقا بين ما قررناه من قبل وما نقرره هنا · ذلـك أن احترام المال فى القـانون الوضعى لا يعنى بالضرورة اعتباره كذلك فى الشريعة الاسلامية · ويشهد على ذلك الواقع التشريعى فى عديد من البلاد الاسلامية المعاصرة · فالخمر والخنزير فى تشريع بعض هذه البلاد أموال محترمة يصح التعامل فيها قانونا ، سواء كان مالكها ذميا أو مسلما ، فى حين أن علماء الشريعة متفقون على أنها غير محترمة بالنسبـة للمسلم ومختلفون عليها بالنسبة للذمى · ومن هنـــا وجب الاعتداد بحكم

---

(١) انظر جرائم الاشخاص والاموال ـ عوض محمد ص ٢٦١ وما بعدها . ولكن جمهور الفقهاء واحكام القضاء فى مصر على غير ذلك . انظر المراجع والاحكام المشار اليها فى مؤلفنا المذكور .

الشريعة ، فلا يقطع بسرقة الخمر والخنزير لان كلا منهما غير محترم باطلاق · أما الصورة العكسية فمختلفة ، لانه اذا حرم التشريع الوضعى التعامل فى بعض الاموال ولم نجد فى احكام الشريعة نصا صريحا بالتحريم ، فذلك لا يعنى بالضرورة أن هذه الاموال محترمة شرعا · فمن المعلوم أن المالكيـــة يجعلون الاستصلاح طريقا شرعيا لا ستنباط الحكم فيمـــا لا نص فيه ولا اجماع · وعندهم انه اذا طرأت واقعة ليس فى الشريعة حكم لها من نص أو قياس وكان من المناسب تشريع حكم لها يدفع ضررا أو يحقق نفعا ، فان هذا الحكم يصح شرعا ويكون أساسه المصلحة المرسلة · ووجه اعتبارها مرسلة ـ أى مطلقة ـ أنه لا يوجد فى الشريعة ما يدل على اعتبارها أو الغائها (١)· ومؤدى ذلك أنه اذا حظر القانون الوضعى التعامل فى أموال معينة دفعا لضرر عام أو جلبا لمنفعة عامة ، فان هذه الاموال تصبح غير محترمة قانونا وشرعا، وبالتالى يمتنع القطع فى سرقتها ، لان المحظور شرعا كالمعدوم حسا ·

ثالثا ـ صفة المنقول :

لا تقع السرقة بحسب تنظيمها الشرعى الا على منقول · ففعلها يتمثل فى اخراج المال من حرزه ، وهذا لا يتأتى الا اذا كان المسروق منقولا · أما العقار فيأبى بطبيعته أن يكون محلا للسرقة · وقد يتصور ان يقوم احـــد الملاك بنقل الحد الفاصل بين عقاره وعقار جاره ويتمكن بذلك من الاستيلاء على جزء من أرضه ، ومع ذلك ففعله لا يعتبر سرقة ، لانه لم ينصب فى واقع الامر على المال ذاته ، بل على حده · فالجار لم ينقل المال من مكانه ، وانما زحزح الحد عن موضعه ·

---

(١) مصادر التشريع الاسلامى فيما لا نص فيه ـ عبد الوهاب خلاف ـ دار القلم ـ الكويت ١٣٩٠ ـ ١٩٧٠ ص ٨٨ ـ ٨٩ · ويشترط الاصوليون لبناء الحكم على المصلحة المرسلة شروطا ثلاثة : أولها أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية ، وثانيها أن تكون مصلحة عامة ، وثالثها ألا يعارضها نص ولا اجماع · المرجع السابق ص ٩٩ ـ ١٠٠ · وانظر فى الموضوع أيضا : الجريمة فى الفقه الاسلامى ـ محمد أبو زهرة دار الفكر العربى · القاهـــرة ص ٢٣٧ ـ ٢٣٩ ·

واذا كان فقهاء الشريعة لم ينصوا فى باب السرقة على شرط المنقـــول استقلالا ، فلانهشرط مفهوم بالضرورة ، يشف عنه المعنى اللغوى للفظ السرقة من جهة ، كما تمليه طبيعة الفعل المكون للسرقة من جهة اخرى · وليس فى الامثلة التى ضربها فقهاء الشريعة ــ على كثرتها ــ ما يلقى ظلا من الشك فى أن صفة المنقول شرط لازم · ولكن هذه الصفة لفرط لزومها أغنت الفقهاء عن ذكرها · أما قانون السرقة والحرابة فقد نص عليها صراحة ، وجاء بالمذكرة الايضاحية أنه لا قطع فى غير المنقول من العقارات ونحوها ، وذلك لعـــدم امكان نقلها واخراجها من الحرز الذى هو أساسى لاقامة حد السرقة ·

فكرة المنقول فى تطبيق أحكام السرقة :

المنقول فى النظر القانونى اما منقول بطبيعته أو منقول بحسب المآل · فاما المنقول بالطبيعة فهو كل شىء يمكن نقله من مكانه دون تلف (م ١/٨٢ مدنى) ·وأما المنقول بحسب المآل فهـــو عقار فى ذاته ، ولكنه يحمل اسم المنقول تجوزا ويستعير أحكامه على أساس أنه سينقلب منقولا فى زمن قريب · ومن قبيله الاشجار المعدة للقطع ، والمبـــانى المهيأة للهدم ، والمحصولات الزراعية التى مآلها الحصاد أو الجنى ، والاحجار والمعادن المعدة للقطع أو الاستخراج من المحاجر والمناجم ·

ويطلق لفظ المنقول كذلك على طائفة من الاشياء المعنوية ، كحق المؤلف والمحل التجارى والاسم التجـــارى وأسماء الاشخاص الطبيعيين والمعنويين والعلامات والبيانات والاختراعات القابلة للاستغلال الصناعى (م ٢/٨٣ مدنى) · وعلى الرغم من أن تقسيم الاموال الى عقار ومنقول مبنى على مدى ما تتمتع به من ثبات أو قابلية للحركة ، الا أن القانون المدنى يعتبر هـــذه المعنويات من قبيل المنقول ، استنادا الى أن كل ما ليس عقارا فهو منقول ·

أما العقار فى النظر القانونى فهو كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيـــه لا يمكن نقله منه دون تلف (م ١/٨٢ مدنى) · ويطلق لفظ العقار مع ذلك على طائفة من الاموال لو أخذت بمعيار القابلية للحركة والنقل ما كانت الا منقولا ·

فهناك العقار بالاتصال ، وهو منقول بطبيعته اتصل بالعقار اتصالا ماديا فحمل اسمه وأخذ حكمه · ومن أمثلته أبواب المنازل ونوافذها ، والاحجار والمعادن فوق ظهر الارض أو فى باطنها · وهناك العقار بالتخصيص ، وهو منقول بطبيعته اتصل بالعقار اتصال الخادم بالمخدوم فحمل اسمه وأخذ حكمه· ومن أمثلته دواب الزراعة وآلاتها ، وأدوات المصانع ونحوها (م ٢/٨٢ مدنى) ·

ويتفق هذا التقسيم فى خطوطه العامة مع ما هو مقرر فى مذهب الامام مالك · فالمنقول فى فقه المالكية هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع الاحتفاظ بهيئته وشكله،والعقار عندهم ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر مع بقاء هيئته وشكله · ويشمل العقار عند المالكية الارض والبناء والشجر ، لان الارض لا يمكن نقلها ، ولان البناء والشجر متصلان بها اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع احتفاظهما بشكلهما ، وانما بالنقل يصبح الشجر حطبا والبناء انقاضا (١) ·

ولدينا أن التزام المفهوم التقليدى للمنقـــول والعقار فى تطبيق أحكام السرقة لا يستقيم ، لانه يسفر عن نتائج يتوقف الباحث عن قبولها · من ذلك أنه لا يعد سارقا من ينزع أبواب منزل أو نوافذه بنية تملكها ، كما لا يعـد كذلك من يأخذ فى الخفاء دابة من دواب الزراعة أو بعض آلاتها ، بدعوى أن هذه الاشياء تعتبر من العقارات · وقد عرضت المذكرة الايضاحية لقـــانون السرقة والحرابة لهذه المشكلة وحرصت عـــلى تفادى تلك النتيجة الشاذة فصرحت بامكان وقوع السرقة على انواع معينة من العقارات ، ولكنها عللت ذلك تعليلا لا يصمد أمام المنطق القانونى السليم ، فقد جاء بها أنه اذا استل الجانى أخشاب منزل أو اقتلع بابا أو شباكا منه صارت منقولة وطبقت عليها

---

(١) انظر : المدخل الى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الاسلامى ـ مصطفى الزرقا جـ ٢ ص ١٦٨ ـ ١٦٩ ط ١٣٧٧ ـ ١٩٥٨ ، والمدخل لمحمد مصطفى شلبى ؛ ص ٢٩١ ـ ٢٩٢، والمدخل للفقه الاسلامى ـ محمد سلام مدكور ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤ ط ١٣٨٠ ـ ١٩٦٠ .

أحكام السرقة لتمام الشروط وكمال الاركان حينذاك (١)· وهذا التعليل يعتمد أساسا على التزام المفهوم التقليدى لكل من العقار والمنقول · غير ان الانطلاق من هذا المنطلق يفضى حتما الى غير ما انتهت اليه المذكرة الايضاحية، ذلك بأنه اذا كانت أخشاب المنزل وأبوابه ونوافذه لا تكتسب وصف المنقول الا بعد استلالها من مواضعها فانه يمتنع القطع فيها حتما، لانها لحظة أخذها كانت عقارا ولا قطع فى سرقة العقار ، وهى حين اصبحت منقولا لم تعد محرزة ولا قطع فى سرقة غير المحرز ·

والصحيح أن مفهوم المنقول فى تطبيق أحكام السرقة يختلف عن مفهومه فى نظرية الاموال · وهذا الاختلاف محل اجماع لدى فقهاء القانون الجنائى الوضعى ، فالرأى عندهم أن العقار بالاتصال تجوز سرقته ، ومثله العقار بالتخصيص (٢) · وتأصيلا لهذا الاجماع يمكن تعريف المنقول فى السرقة بأنه كل مال يمكن نقله من مكانه على أى وجه ، سواء تغيرت بهذا النقل هيئته وأصابه التلف ، أو بقى على حاله بغير تغيير أو تلف ، أو هو بعبارة أخرى كل شىء لا يستحيل نقله من مكانه · وينطبق هذا التعريف تمام الانطباق على حد السرقة · وعلى ذلك يقطع بسرقة أبواب المنازل ونوافذها، ودواب الزراعة وآلاتها ،وأتربة الارض وأحجارها ومعادنها ، باعتبار هذه الاموال فى تطبيق أحكام السرقة منقولات لا عقارات ·

وقد يعترض على ذلك بأن توسيع دائرة المنقول على هذا النحو يتجافى مع المشهور فى مذهب مالك · غير أنـــه يلاحظ فى هذا الصدد أن المالكية لم يشترطوا صراحة فى المسروق أن يكون منقولا ، وانما هذا الشرط اجتهاد من واضع القانون خلص اليه باعتباره من لوازم الفعل المكون للسرقة ، وهـــو

---

(١) انظر فى هذا المعنى ايضا : عبد القادر عودة ـ التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى جـ ٢ ص ٥٤٢ ، وانظر كذلك عبد العزيز عامر ـ أحكام حد السرقة ـ مجلة كلية اللغة العربية والدراسات الاسلامية ص ٤٧٩ ـ ٤٨٠ ·

(٢) انظر : عوض محمد ـ المرجع السابق ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠ والمراجع المشار اليها فيه ·

إخراج المال خفية من حرزه · ولعل واضع القانون عندما نص على هذا الشرط كان متأثرا بالطريقة التى صيغت بها نصوص السرقة المعاقب عليها تعزيرا فى قانون العقوبات· أما المالكية وغيرهم من فقهاء الشريعة فلم يعرضوا لهذا الشرط استقلالا · ويمكن القول بأن المالكية لم يجعل بخاطرهم قصر السرقة الموجبة للحد على المنقول بمفهومه الضيق الذى حدده فقهاؤهم فى نظرية المال·بل اننا نجد فى كتبهم ما يثبت امكان وقوع السرقة على أنواع من الاموال تعتبر فى التصور القانونى وفى تصور المالكية عقارات·فالمذهب عندهم قطع من سرق باب المسجد أو الدار أو سرق سقفه أو بلاطة أو قناديله أو حصره (١) · وفى نصوص القانون ذاته ما ينفى اتجاه قصد واضعه الى صرف معنى المنقول فيه ذلك المنصرف الذى انتقدناه · فالمادة الثالثة تدرأ الحد للشبهة « اذا كان المسروق ثمارا على الشجر أو ما يشابهها كالنبات غير المحصود وأكلها الجانى من غير أن يخرج بها » (م ٣ بند ٤) · ويستفاد من هذا النص بمفهوم المخالفة أن القطع يتعين اذا كان المسروق ثمارا على الشجر او نباتا غير محصود ، وأخرج الجانى منه ما يساوى نصابا · ولا خلاف فى أن الثمر على شجره والنبات فى أرضه عقار بمفهوم المالكية ·

ونخلص من كل ما سبق الى الملاحظات الآتية :

أولا : ان المالكية وغيرهم من فقهاء المذاهب الثلاثة لم يشترطوا صراحة فى المسروق أن يكون منقولا ، وانما يستفاد من جملة أقوالهم أنه يلزم أن يكون المحل صالحا لوقوع الفعل عليه ·

ثانيا : ان المالكية يقطعون فى سرقة طائفة من الاموال تعتبر فى التصور القانونى عقارات ·

ثالثا : أن نصوص القانون ذاته تسمح بالقطع فى سرقة أموال يعدها المالكية عقارات ·

---

(١) الخرشى ج ٨ص ١١٩ ؛ حاشية الدسوقى والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٤١ ·

رابعا : أن المذكرة الايضاحية صرحت بالقطع فى سرقة أموال تعد من العقار وان كانت قد احتالت لاسباغ وصف المنقول بمعناه الضيق عليها ٠

ومؤدى هذه الملاحظات جميعا أن لفظ المنقول فى تطبيق حد السرقة لا يقتصر فحسب على ما عدا الارض والبناء والشجر ، بل ينصرف الى كل ما يمكن نقله من مكانه ، سواء بقى سالما أو تعرض للتلف ٠ وبهذا المعنى يشمل المنقول ما فى بطن الارض أو على سطحها أو ما رصد لخدمتها من الآلات والدواب ، كما يشمل اجزاء البناء (١) والثمار والشجر ٠

المنقول المادى هو وحده محل السرقة :

يقتضى تعريف السرقة وتنظيمها الشرعى أن يكون المنقول المادى وحده ، أو الاعيان بلغة الشرعيين ، هو موضوعها ، لان هذا المنقول دون غيره هو ما يمكن احرازه وأخراجه من حرزه ٠ والرأى متفق فى الفقه الجنائى على أن ما عدا المنقول المادى من أموال معنوية كالحقوق والابتكارات على اختلاف صورها لا تصلح محلا للسرقة ٠ على أن هذه الاموال اذا اتخذت مظهرا ماديا تمثل فى وثيقة أو محرر ، فهذه الوثائق والمحررات تكون عندئذ منقولات مادية يصح ان ترد عليها السرقة ٠ ولهذا يمكن وقوع الجريمة على الاصول التى دونت فيها المؤلفات والاختراعات ، وعلى العقود والايصالات والسندات والصكوك والاسهم والحوالات ٠

والشىء المادى هو ما يشغل حيزا من فراغ الكون ويمكن ادراكه بحواس الانسان ٠ ويعرف أيضا بأنه كل ما له كيان ذاتى مستقل فى العالم الخارجى ٠ وقد يكون الشىء المادى جسما صلبا أو سائلا أوغازيا ٠ أما المواد الصلبة

---

(١) يرى الحنابلة والشافعية القطع فى سرقة أبواب الدور ونوافذها وجدرانها وأسقفها . انظر المغنى جـ ١٠ ص ٢٥٥ ؛ كشاف القناع جـ ٦ ص ١٣٩ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٥ . أما الحنفية فلا يوجبون القطع لعلة تتصل بشرط الحرز كما سنرى ولا شأن لها بما نحن بصدده .

فهى فى غنى عن التمثيل لها لانهـــا أكثر المواد شيوعا · ولا تختلف المواد السائلة عنها ايضا، ومن قبيلها النفط والزيت والخل والكحول والمداد وسائر المشروبات المباحة وعلى رأسها الماء · والغازات بدورها تأخذ حكم الجوامد والسوائل ، ولو أنها ـ عدا الملون منها ـ لا ترى بالعين المجردة · غير أنها على اختلاف انواعها يمكن ادراكها بالحس ، سواء تم ذلك مباشرة أو عن طريق الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة · ومن أمثلة هذه الغازات : غاز الاستصباح والاكسيجين والبوتاجاز والكلور ·

حكم الطاقات والقوى الطبيعية :

شغل الفقه والقضاء المقارنان بتحديد الطبيعة القانونية للطاقات وقوى الطبيعة ، وطال الجدل فيهما حول الكهرباء على وجه الخصوص · وذهب البعض الى أن الكهرباء مادة لانها قابلة للنقل من مكان الى آخر ، وانها ـ كما أثبتت الكشوف العلميـــة ـ تتكون من ذرات صغيرة تنتقـــل فى الفضاء وفى الاسلاك ، ولهذا تمكن سرقتها كغيرها من الاشياء المادية ، وذهب آخرون الى أن الكهرباء ليست مادة ، وانما هى قوة طبيعية لم يهتد العلماء بيقين الى معرفة كنهها ، او هى حالة خاصة تعترى المادة فى ظروف معينـــة ، فالاسلاك تطرأ عليها فى هذه الظروف تموجات كهربائية من غير أن يمر بها شىء، وحيث « لا شىء » فلا سرقة ·

والحق أن الكهرباء فى المعنى القانونى مادة ، ولا يمكن أن تكون شيئا معنويا كالآراء والافكار · وليس يعنينا البحث عن كنـــه الكهرباء : أهى موجات تسرى ، أم تيار ينساب ، أم ذرات تهتز وتختلج ، وحسبنا التحقق من وجودها المادى · وهذا الوجود حقيقة لا تقبـــل الانكار · فالكهرباء يمكن تعبئتها ونقلها وقياسها وحبسها واطلاقها · ولا يمكن أن يكون الشىء الذى يخضع لهذا الحشد من ضروب السيطرة شيئا معنويا ، فمن المحال أن يتحكم الانسان فى شىء معنوى وأن يسخره لارادته على هذا النحو المتقن الدقيق ·

وعلى أى حال فالبحث فى هذا الموضوع لم يعد يثير لدى رجال القـــانون

اهتماما كبيرا ، فقد اتفقت آراء الفقهاء واستقرت احكـام القضاء فى معظم الدول على أن الكهرباء تصلح محلا للسرقة · أما الدول التى رفض قضاؤها اقرار هذه القاعدة فلم يتوان المشرع فيها عن التدخل بالنص الصريح ليحمل القضاء على اعتبار الكهرباء منقولا ماديا تجرى عليه أحكام السرقة· وأكدت تشريعات اخرى هذه القاعدة ، اما حسما للخلاف أو احترازا منه ، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الليبى ، فقد صرحت المادة ٢/٢٤٤ منـه بأنه يعد من الاموال المنقولة فى حكم قانون العقوبات الطاقـة الكهربائية وجميع أنواع الطاقة ذات القيمة الاقتصادية · وليس فى هذا النص ما يخالف أصـلا شرعيا ، ولذلك فان حكمه لا يقتصر على السرقة المعاقب عليها تعزيرا ، بل يسرى كذلك على السرقة المعاقب عليها حدا ، لان الطبيعة القانونية للطاقة لا تختلف باختلاف عقوبة السرقة · وعلى ذلك فالحد واجب الاقامة عـلى سارق الكهرباء وغيرها من الطاقات اذا اكتملت سائر الشروط التى يتوقف الحد على ثبوتها (١) ·

رابعا ـ ثبوت الملكية للغير :

لا يكفى لوقوع جريمة السرقة أن يستولى الشخص على مال غير مملوك له ، وانما يلزم أن يقع الاستيلاء على مال مملوك لغيره ، لان العقاب عـلى السرقة ليس مقصودا به حماية « مالية » الشىء ، وانما المقصود به حماية « ملكية » الغير له · وهذا الشرط لا يقتضى عناء فى أستخلاصه ، فحكمـة التشريع توجبه ، والفقه مجمع عليه ، ولهذا فقد نص القانون عليه صراحة ·

وتنقسم الاموال من حيث ملكيتها أقساما ثلاثة : فهى اما أموال لا مالك لها ، أو مملوكة لمن استولى عليها ، أو مملوكة لغيره · ولا تقع السرقة اذا

---

(١) ولا يجوز القطع مع ذلك على سرقة الكهرباء فى ليبيا ، لعلة أخرى . فالمادة الثالثة من تشريع السرقة والحرابة تنص على عدم تطبيق الحد ـ للشبهة ـ اذا كان المسروق مملوكا لبيت المال ، أى اذا كان مالا عاما . ومرفق الكهرباء فى ليبيا مرفق عام تملكه الدولـة وتديره فلا يقطع فى سرقة ماله .

ا مستولى الشخص على مال من القسمين الاولين ، ولكنها تقع اذا استولى على حـ ال من القسم الثالث · غير أن الامر مع ذلك يقتضى شيئا من التفصيل ·

١ ـ الاستيلاء على مال لا مالك له :

يكون المال غير مملوك لاحد فى حالات ثلاث : الاولى ألا يكون قد نشـ عليـه حق ملكية بعد، والثانية ان يكون حق الملكية قد ثبت عليه زمنا ثم زال و الثالثة أن يكون محظورا على الناس تملكـــه ، سواء كان المصدر المباشر للحظر هو الشريعة أو القانون · وفى الحالة الاولى يكون المال مباحا ، وفى الثانية يكون متروكا أو يعود مباحا ، وفى الثالثة يكون محظورا ·

وقد عرضنا من قبل للمال المحظور وخلصنا الى عدم القطع فى سرقته ويختلف المال المحظور عن المال المباح والمال المتروك من وجهين : الاول أنه غير متقوم ، أى غير محترم بسبب حظر التعامل فيه ، ولذلك فهو غير قابل للتملك الا فى الحدود وبالقيود التى يضعها القانون · والثانى أن القطع فيـــه ممتنع اطلاقا ، ولو كان ما سرق منه مأذونا فيه قانونا ، لان الاصل عند المالكية أن القطع قيما ليس محترما باطلاق · ولهذا السبب رأيناهم يمنعون القطع فى سرقة خمر الذمى وخنزيره رغم تسليمهم بأن هذا المال محترم · وآية احترام الخمر والخنزير عندهم أنهم وان رفعوا عن السارق الحد فقد أوجبوا عليه الرد فان تعذر الرد فعليه الضمان · والذى يعنينا تقريره فى هذا المقام أن امتنـاع القطع فى سرقة المال المحظور لا يرجع أساسا الى أنه غير مملوك لاحد ، وانمـا يرجع ابتداء الى أنه غير محترم أصلا أو غير محترم باطلاق · ولهذا فسوف نقتصر هنا على المال المباح والمال المتروك ، لان امتناع القطع فيهما يرجع الى اختلال شرط الملكية ·

أ ـ المال المباح :

لا يعد سارقا من يستولى على مال مباح ، بل ان الاستيلاء عليـــه سبب من أسباب كسب ملكيته لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق الى ما لم يسبقـ

اليه مسلم فهو له ، وقوله : الصيد لمن أخذه · وقد اعتمد القانون الوضعى هذه القاعدة فنصت المادة ٨٧٤ من القانون المدنى على ان « من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه » · والمال المباح هو كل ما خلقه الله لينتفع به الناس على وجه مألوف وليس فى حيازة أحد وان أمكن حيازته · فالماء فى الانهار ، والكلأ فى الصحراء ، والسمك فى الماء ، والطير فى الهواء والحيوان فى الغابات والفلوات ، والاحجار فوق ظهر الارض أو فى بطنها ، كل هذا وما هو من قبيله مال مباح اذا سبقت اليه يد انسان فحازه ملكه ، واذا سرقه منه آخر بعد ذلك حد اذا توافرت الشروط الاخرى ·

وقضى بأن الماء وان كان فى الحقيقة مالا مباحا عام المنفعة وهو فى فراش بحره ونهره ، الا انه متى فصل منه ووضع فى حرز كالمواسير والقرب والاناء بحيث يمكن شموله بحق الملكية ، يصير كغيره من الاشياء المماثلة له ملكا عند وضع اليد ، فاذا اختلس المال بعد ذلك كان اختلاسه سرقة (١) ·

والكلأ الذى ينبت فى الصحراء أو على شطئان المجارى العامة وغيرها من الاراضى التى لا يملكها أحد يعتبر مالا مباحا لا يمنع الناس من رعيه، ولا يرمى بالسرقة من يجمع منه ما شاء لدوابه ·

والاسماك الموجودة فى المحيطات والبحار والانهار والبحيرات العامة أموال مباحة ، لكل انسان أن يمتلكها بواسطة صيدها ووضع اليد عليها · ولا يعد الاستيلاء عليها سرقة ولو تم صيدها من منطقة منحت الدولة امتياز الصيد فيها لشخص معين ، لان الدولة لم تنقل اليه بهذا الامتياز ملكية ما بالمنطقة من سمك ، ولكنها جعلت له وحده حق الصيد فيها ، فلا تكون له ملكية الا على ما يصطاده فعلا من هذا السمك · واذا زاحم الغير صاحب الامتياز فى الصيد من منطقته التى رخص له بالصيد فيها ، ففعل هذا الغير لا يعد سرقة ، وانما يجوز الرجوع عليه بالتعويض المدنى · أما أحواض السمك

---

(١) استئناف مصر ٢٨ / ٨ / ١٨٩٤ القضاء س ٢ ص ٣١١ ·

والبحيرات الخاصة فحكمها مختلف ، اذ يعتبر الصيـــد فيها سرقـة ، لان أسماكها لا تعد أموالا مباحة ، بل هى أموال مملوكة لاصحاب تلك الاحواض والبحيرات (١) ٠

ويعتبر الصائد مالكا للسمك المباح بمجرد انحباسه فى شبكته او ابتلاعه شصه ولو لم يتم اخراجه بعد من مياه البحر أو النهـــر أو البحيرة ٠ ولكن السمك يعود مالا مباحا اذا استطاع الافلات من الشبكة أو الشص قبـل أن تصل اليه يد الصائد ، فاذا استولى عليه انسان بعد ذلك بالصيد ففعـــله لا يعد سرقة ، لانه لم يستول على مال مملوك لغيره ٠ ٠

وتأخذ الطيور والحيوانات التى لا مالك لهـا والتى تمتنع على الناس لطيرها أو فرارها حكم السمك ٠ فالصائد يمتلك ما يصيده منها ، ولا يعـــد سارقا حتى ولو دخل فى سبيل الاستيلاء عليها ملك غيره ٠ فاذا وقع الصيد فى يده دخل ملكه، واذا استولى عليه بعد ذلك احد كان سارقا ٠ اما اذا انطلقت الطيور أو الحيوانات من محابسها واستردت من جديـــد حريتها ولم يتبعها الصائد فورا أو كف عن تعقبها ، فانها تعود مالا مباحا يحق لاى انسان أن يصطادها ويتملكها ٠

ولكن الطيور المستأنسة والحيوانات الاليفة لا يسرى عليها هذاالحكم ، فهى لا تعتبر مالا مباحـــا ولو خرجت من يد صاحبها ، لان حـــق الملكية يلازمها (٢) ٠

وتعتبر الاراضى الحرة بدورها وكذلك الجبال والصحارى التى لـــم يتملكها الافراد ولم تضع الدولة يدها عليها بطريقة ما أموالا مباحة يجـوز تملكها بوضع اليد عليها ، فلا يعد سرقة اخذ الاحجار والمعادن والرمال من تلك الجبال والصحارى ٠ واذا كان القانون المدنى ينص على أنالاراضى غير

---

(١) نقض مصرى ١٦ / ١ / ١٨٩٧ القضاء س ٤ص ١٣٣ ٠

(٢) ومع ذلك لا يقطع من يستولى عليها ، لانه اذا كانت ملكيتها للغير باقية فانها بخروجها من يده تصبح غير محرزة ٠

المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة (م ٨٧٨) ، فان هذا النص مع ذلك لا ينفى كونها اموالا مباحة · فملكية الدولة لهذه الاراضى ليست من قبيل الملكية العامة ولا الخاصة ، وانما هى ملكية من نوع خاص ، وهى ملكيـة ضعيفة يجوز الاستيلاء عليها · وقد جرى قضاء محكمة النقض فى مصر على أن أخذ الاحجار من الجبال من غـــير المناطق المخصصة للمحاجر لا يعتبر سرقة ، لان تلك الاموال مباحة ، وملكية الحكومة لهـا هى من قبيل الملكية السياسية العليا لا الملكية المدنية التى يعد اختلاسها سرقة (١) · واذا امتنع العقاب على هذه السرقة تعزيرا ، فأولى ـ للسبب عينه ـ الا يعاقب عليها حـدا ·

أما الكنز فقد نظم القانون المدنى أحكامه وحدد مالكه ، وبين ذلـك فى المادة ٨٧٦ ونص فيها على ما يلى :

١ ـ الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته ·

٢ ـ والكنز الذى يعثر عليـه فى عين موقوفـة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته ·

٣ ـ واذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كنز فى مال مملوك للغير اقتسمه مع المالك مناصفة ·

ب ـ المال المتروك :

يصبح المنقول بغير مالك اذا تخلى عنه صاحبه بقصد النزول عن ملكيته (م ٨٧٥/١ مدنى) · ومن أمثلته الثياب الخلقـة ، والصحف القديمة ، والسيارات المستهلكة ، وفضلات الطعام التى يتخلص منها أصحابها بالقائها

---

(١) نقض مصرى ١٩١٢/١٢/٢٤ المجموعة الرسمية س ١٤ رقم ١٦ ، ونقض ١٩١٤/١/١٠ الشرائع س ١ ، ص ١٤١ و ١٩٢٧/٦/٤ المحاماة س ٧ رقم ٤٩٣ ص ٨٦٦ و ١٩٣٢/٢/١٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٣٥ ص ٤٨٢ ·

فى الماء أو فى الطرق العامة أو فى الاماكن الخربة · ولا يعد الاستيلاء على المال المتروك سرقة ، لانه مال بغير مالك ، ولانه فضلا عن ذلك يكون غير محرز فى الغالب · وقد حكم القضاء فى مصر بأنه لا يعد سارقا فى تطبيق أحكام قانون العقوبات من أخذ جزءا من كناسة الشوارع ، لانها من المهملات التى يجوز لكل انسان تملكها ، وأنه لا يغير من ذلك وجود اتفاق بين المجلس البلدى وأحد الافراد على بيع كناسة شوارع المدينة ، لان المجلس البلدى والمشترى منه لا يملكان مثل هذه الاشياء بمجرد وجودها فى الطريق ، وانما بوضع اليد عليها فعلا · فاذا صدرت لائحة تمنع الغير من أخذ تلك الاشياء فالاستيلاء عليها يعد مخالفة للائحة لا سرقة (١) ·

واذا كان المألوف أن المرء لا يتخلى عن شىء الا اذا كان تافه القيمة فليس هناك مع ذلك ما يحول قانونا بينه وبين التخلى عن مال كبير القيمة بشرط أن يكون أهلا للتصرف فى هذا المال · والفيصل فى ذلك دائما هو قصد المالك ولهذا يجب تحريه فى كل حالة على حدة · وتطبيقا لذلك قضى بأنه اذا تراهن شخصان بسبب نزاع بينهما على القاء نقود فى البحر ، ثم ألقى كل منهما بالفعل ورقة من فئة العشرة دنانير ، فانه يكون قد تنازل عن ملكيتها بمحض اختياره ، وتعتبر ملكا لاول واضع يد عليها ، فاذا التقطها شخص آخر ولم يردها لصاحبها الاصلى فلا يكون سارقا (٢) ·

وثار الجدل بين الشرعيين حول سرقة أكفان الموتى ، فذهبت طائفة الى امتناع القطع، منهم أبو حنيفة ومحمد والثورى والاوزاعى ومكحول والزهرى، وهو رأى بعض الصحابة منهم ابن عباس ، وذهب آخرون وهم الكثرة الى وجوب القطع، منهم الائمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، ومنهم أبو يوسف وأبو ثور والحسن والشعبى والنخعى وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز واسحاق وابن المنذر، وهو مذهب جماعة من الصحابة منهم عمر وعائشة وابن

---

(١) أسيوط الابتدائية ١٩٢٥/٥/٥ المجموعة الرسمية س ٢٦ رقم ٦٥ .

(٢) نقض ١٩٢٠/١٢/١٦ المحاماة س ٦ ص ٤٨ رقم ٣٥ .

مسعود وابن الزبير رضى الله عنهم (١) .

(١) وللقائلين بامتناع القطع والقائلين بوجوبه حجج متعددة تتصل بفعل السرقة ومحلها ، وعلى وجه التحديد بشروط المالية والملكية والحرزية . ونؤثر فى هذا المقام أن ننقل عن كتاب المبسوط للسرخسى وبعبارته حجج الفريقين ، فهى صورة رائعة للجدل الفقهى الرفيع . قال السرخسى : « فأما من أوجب القطع استدل بقوله صلى الله عليه وسلم : من نبش قطعناه ، والمعنى فيه أنه سرق مالا كامل المقدار من حرز لا شبهة فيه فيقطع ، كما لو سرق لباس الحى ، وهذا لان الادمى محترم حيا وميتا . وبيان هذه الاوصاف : فأما السرقة فهو أخذ المال على وجه الخفية ، وذلك يتحقق من النباش . وهذا الثوب كان مالا قبل أن يلبسه الميت فلا تختل صفة المالية فيه بلبس الميت . أما الحرز فلان الناس تعارفوا منذ ولدوا احراز الاكفان بالقبور ، ولا يحرزونه بأحصن من هذا الموضع ، فكان حرزا متعينا له باتفاق جميع الناس ، ولا يبقى فى احرازه شبهة لما كان لا يحرز بأحصن منه عادة . والدليل عليه أنه ليس بمضيع ، حتى لا يضمن الاب والوصى اذا كفنا الصبى من مال الصبى ، وما لا يكون محرزا يكون مضيعا . وحجة القائلين بعدم القطع قوله صلى الله عليه وسلم : لا تطع على المختفى ، وهو النباش بلغة أهل المدينة .. وان وجوب القطع انما هو بسرقة مال محرز مملوك ، وجميع هذه الاوصاف اختلت فى الكفن . فأما السرقة فهو اسم أخذ المال على وجه يسارق عين صاحبه ، ولا تتصور مسارقة عين الميت ، وانما يختفى النباش باعتبار انه يرتكب الكبيرة كالزانى وشارب الخمر .. فأما المالية فانها عبارة عن التمول والادخار لوقت الحاجة ، وهذا المقصود يفوت فى الكفن ، فان الكفن مع الميت يوضع فى القبر للبلى ، ولهذا يوضع فى أترب الاماكن من البلاء . فأما انعدام صفة المملوكية فلان المملوك لا يكون الا لمالك ، والكفن ليس بملك لاحد ، لانه مقدم على حق الوارث ولا يصير مملوكا له . ألا ترى أن القدر المشغول بحاجة الميت بعد الكفن وهو الدين لا يصير ملكا للوارث ، فالكفن أولى . وليس بملك للميت لان الموت مناف للمالكية ، فان المالكية عبارة عن القدرة ، وأدنى درجاته باعتبار صفة الحياة ، فعرفنا ان الوصف مختل أيضا . والميت لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ! والمكان حفرة فى الصحراء فلا يكون حرزا ، ألا ترى أنه لا يجعل حرزا لثوب آخر من جنس الكفن ، ومن ضرورة كونه حرزا لثوب ان يكون حرزا لثوب آخر من جنسه . وكذلك لا يكون حرزا قبل وضع الميت فيه . وقوله ان الناس تعارفوا احراز الكفن فى القبر فليس كذلك ؛ بل انما يدفنون الميت للمواراة عن أعين الناس ! وما يخاف عليه من السباع لا للاحراز . ألا ترى أن الدفن يكون فى ملا من الناس ! ومن دفن مالا على قصد الاحراز فانه يخفيه عن الناس ، واذا فعله على ملأ منهم على قصد الاحراز ينسب الى الجنون . ولا نقول انه مضيع ، لكنه مصروف الى حاجته ، وصرف الشىء الى الحاجة لا يكون تضييعا ولا احرازا ، كتناول الطعام والقاء البذور فى الارض لا يكون تضييعا ولا احرازا » . المبسوط ج ٩ ص ١٦٠ .

واختلف القائلون بوجوب القطع فى صفة الكفن الذى يقطع بسرقته . فأما الحنفية فيرون أن الكفن الذى يقطـــع به ما كان مشروعا ، فلا يقطع فى الزائد على كفن السنة ، ولا فيما ترك مع الميت من طيب أو مال ، ذهب أو غيره ، لانه تضييع وسفه فليس محرزا (١) . وهـــذا رأى الحنابلة أيضا . فالكفن المشروع هو وحده ما يقطع به عندهم،فان كفن الرجل فى اكثر من ثلاث لفائف ، أو المرأة فى أكثر من خمس ، فسرق الزائد عن ذلك ، أو ترك معـــه طيب أو ذهب أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخذ شىء من ذلك ، لانـــه ليس بكفن مشروع ، فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزا ولا يقطع سارقه(٢) .

وأما المالكية فبينهم خلاف ، فظاهر المدونة والرسالة والجلاب والتلقين أنه لا يشترط للقطع أن يكون الكفن مأذونا فيه شرعا . وقيد بعضهم الكفن بهذا الشرط . فمن سرق من كفن شخص كفن بعشرة أثواب ما زاد على الشرعى يقطع على الاول لا على الثانى (٣) .

وعلى ذلك فان سرقة الكفن فى تطبيق القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٤ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٨١ و٢٨٢ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٦٩ و ٢٧٠ .

(٣) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٤٠ ، الخرشى ج ٨ ص ١١٩ . والراجح فى فقه القانون الوضعى أن أكفان الموتى وسائر ما يودع معهم فى قبورهم لا تعتبر أموالا متروكة ، لان مناط الترك هو انصراف نية المالك الى التخلى عن ملكه وفقدان اهتمامه بمصيره بحيث يستوى لديه أن يبقى المال حيث هو أو أن تمتد اليه يـد الغير لتأخذه . ولا شك أن الامرين لا يستويان عند أهل الموتى ، فهم لم يقصدوا الى التخلى عما تركوه مع ذويهم ، بل وضعوه معهم لغرض خاص لا يستقيم مع استيلاء الغير عليه . وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض فى مصر ، فقد قضت بأن الاكفان والملابس والحلى وغيرها من الاشـــياء التى اعتاد الناس ايداعها القبور مع الموتى انما هى مملوكة لورثة هؤلاء ، وقد خصصوها لتبقى مع جثث أهليهم لما وقر فى نفوســهم واســتقر فى ضــمائرهم من وجــوب اكرامهم فى أجداثهم على هذا النحو الذى رأوه ، موقنين بألا حق لاحد فى العبث بشىء مما أودع ، ولذا فان هذه الاشياء لايمكن بحال ما عدها من قبيل المال المباح الذى يسوغ لكل شخص تملكه بالاستيلاء عليه . نقض ١٩٣٦/٤/٦ مجموعـــة القواعد القـــانونية ج ٣ ص ٥٩٢ رقـم ٤٥٧ .

موجبة للحد · ولا يشترط للقطع طبقا للمشهور من مذهب الامام مالك أن يكون الكفن شرعيا ، بل يتعين القطع ولو كان ما سرق زائدا على الكفن الشرعى · أما ما عدا الكفن من أموال ، كالحلى والاسنان الذهبية وغيرها مما اعتاد الناس ايداعه مع موتاهم فى قبورهم فلا قطع فيه· وليس مرجع ذلك الى اختلال شرط الملكية ، وانما مرجعه الى اختلال شرط آخـر وهو الحرزية · ولذلك فامتناع القطع فى هـــذه الاشياء لا يحول دون التعزير فيها وفقـــا لنصوص السرقة العامة فى قانون العقوبات

٢ ـ الاستيلاء على مال مملوك لمن استولى عليه :

اذا استولى الشخص على منقول يملكه معتقدا انه مال غيره ، فانه لا يكون سارقا له ، لان السرقة اعتداء على الملكية ، ولا يستقيم عقلا ولا شرعا أن تنسب سرقة الشىء الى مالكه · وهذا الامر لا خلاف فيه ، وعليه نصت المادة ٣/١ من قانون السرقة والحرابة · ولا اعتداد فى هذه الاحوال بسوء القصد ، لان سوء القصد لا يغنى عن ثبوت ملكية المال للغير ·

ولا يعتبر الفعل سرقة ولو اخذ المالك ماله ممن تعلق له حق به · فلا يقطع من استرد خفية مالـــه من مستأجر او مستعير او مستودع او مرتهن ولو ان لهم حقا فى الانتفاع بالمال أو حبسه (١) · ولا يعتبر الفعل سرقة ـ من باب أولى ـ اذا استرد الشخص ماله ممن غصبه ولا من غيره ولو كان المال قد آل الى الغير بحسن نية ، لان اغتصاب المال لا يسقط ملكية صاحبه ، ولا ينشىء لغيره عليه ملكية معتبرة ، فاذا أخذ المالك متاعه المغصوب فانه لا يعتدى على مال مملوك لغيره ·

---

(١) انظر الخرشى ج ٨ ص ١١٥ ، حاشية الدسـوقى ج ٤ ص ٣٣٦ ، الشرح الصـغير ج٥ ص ١٢٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦١ ، الوجيز للغزالى ج ٢ ص ١٧٢ .غير أن امتناع القطع لا يحول دون التعزير على هذا الفعل اذا اكتملت الشروط المبينة فى المادة ٤٤٥ من قانون العقوبات ، وهى تنص على أن يعاقـب بالحبس كل من اختلس شيئا من أمواله الخاصـة المثقلة بحق انتفـاع أو تأمـين عينى أو بحـق حبس ·

والملكية التى تنفى عن الفعل وصف السرقة هى الملكية الثابتة للشخص وقت اخراجه المال من حرزه · أما اذا كانت الملكية قد ثبتت له فترة من الزمن ثم زالت عنه وآلت الى غيره ، فان المالك الاول يعتبر سارقا اذا أخذ المال خفية ممن انتقلت اليه ملكيته · وكان الاصل ألا يختلف الحكم اذا كان من أخذ المال لا يملكه لحظة اخراجه من حرزه ولو آلت اليه ملكيته بعد ذلك بهبة أو مقايضة أو شراء او وصية · غير أن القانون خرج على هذا الاصل واعتبر الملكية الطارئة شبهة تدرأ الحد (١) ·

واذا أخذ الشخص مالا ينازعه الغير فى ملكيته وجب الفصل ابتداء فى موضوع الملكية· فاذا ثبتت الملكية لمن اخذ المال فلا وجه لمساءلته عن سرقته، اما اذا ثبتت لخصمه فان الركن المادى لجريمة السرقة يكون متوافرا ، ولا يحول دون اكتمال الجريمة الا تخلف القصد ، وذلك يقتضى بحثا ليس المقام هنا مقامه (٢) · ·

٣ ـ الاستيلاء على مال مملوك للغير :

اذا كان المال المستولى عليه غير مباح ولا مملوك لمن أخذه ، بل كان مملوكا لغيره تعين اقامة الحد · ويكفى لايجاب القطع ان تكون الملكية ثابتة للغير ، فلا يحول دون وقوع السرقة أن يكون للجانى حق متصل بالمال المسروق · فاذا أجر شخص لغيره منقولا او اتفق معه على رهنه فأقدم المستأجر او المرتهن على سرقة المال من حرزه قبل قبضه وجب قطعه (٣) ·

---

(١) ويلحظ ان المالكية لا يفرقون فى الحكم بين ملكية زالت قبل الاخراج من الحرز وملكية طرأت بعده ، بل يوجبون القطع فى الحالتين بجامع انعدام الملك وقت الاخذ . وقد عدل القانون عن المذهب المالكى وأخذ من باب التيسير فى الحالة الثانية بمذهب الحنفية فجعل الملكية الطارئة أو اللاحقة شبهة تدرأ الحد .

(٢) ويرى بعض الفقهاء أن ادعاء السارق ملكية المال المسروق يعتبر بمجرده شبهة تدرأ الحد عنه ولو لم يقم على صحة دعواه بينة .

(٣) حاشية الدسوقى والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٦ ؛ الخرشى ج ٨ ص ١١٥ ، والعدوى فى هامش الخرشى .

بل ان السرقة تقع ولو كان للسارق حق التصرف فيما سرق ، فهذا الحق فى ذاته لا يغنى عن حق الملكية ، لان ثبوته لشخص لا يتنافى مع ثبوت الملكية لغيره • ولهذا يقول الخرشى : وشمل القطع سرقة من له التصرف فى مال من ذلك المال حيث لم يكن بيده ، كالولى والوكيل يسرقان من مال لهما فيه التصرف وهو بيد مودع أو مرتهن ونحوه ، وكذا الوصى اذا سرق من مال المحجور وهو بيد مرتهن (٢) •

سرقة المال المسروق :

سرقة المال من صاحبه ليست سببا مسقطا لملكيته بالرغم من أن السرقة تقصى المال عن يده ، ولذلك يبقى المال حتى بعد سرقته مملوكا لصاحبه • والرأى عند رجال القانون انه اذا سرق شخص مالا فسرقه منه آخر عوقب كلاهما بعقوبة السرقة (٣) • وهذا الرأى مطابق لرأى المالكية • فعندهم ان من سرق نصابا ثم سرقه منه آخر فكلاهما يقطع ، لان الاول سرق المال فاستحق القطع ، والآخر سرقه بدوره فاستحق القطع ، وكذا لو سرقه ثالث، وهكذا (٣)• وفى المذهب الشافعى قولان، احدهما يوجب القطع والآخر يمنعه،

---

(١) الخرشى جـ ٨ ص ١١٥ . ولا يكتفى المالكية وسائر الفقهاء فى القطع بمطلق الملكية ، بل يشترطون كذلك أن يكون المسروق تام الملك لغير السارق . وقد أخذ قانون السرقة والحرابة بما اتفقت عليه كلمة الفقهاء بوجه عام ، فقضى بعدم قطع الشريك اذا سرق من مال الشركة . غير أن التأصيل القانونى يدعونا مع ذلك الى عدم اعتبار تمام الملك عنصرا من عناصر السرقة وان كان تمامه شرطا لوجوب القطع ، ذلك بأن شروط القطع تستغرق شروط السرقة وتربو عليها . ولهذا فاننا نعتبر عدم تمام الملك مجرد شبهة تدرأ الحد ؛ ولا نعتبره شرطا لوقوع السرقة وذلك هو مذهب القانون أيضا ، فقد تحدث عن سرقة الشريك للمال المشترك فى النص الخاص بالشبهات ـ وهو نص المادة الثالثة ـ لا فى النص الخاص بشروط السرقة ـ وهو نص المادة الاولى ـ ، ولذلك فان سرقة المال المشترك محلها موضوع الشبهة لا موضوعنا الذى نعالجه فى هذا البحث .

(٢) انظر عوض محمد ـ المرجع السابق ص ٢٦٤ و ٢٦٥ .

(٣) الخرشى جـ ٨ ص ١١١ و ١١٥ . وسئل ابن القاسم : أرأيت ان سرق رجل متاعا فسرقه منه سارق آخر ثم سرق من ذلك السارق ذلك المتاع سارق اخر ، أتقطعهم جميعا فى قول مالك ؟ قال : نعم ولو كانوا سبعين قطعوا كلهم ، كذلك قال مالك . المدونة الكبرى جـ ١٦ ص ٢٦٩ .

والقول الثانى هو الاظهر عندهم (١) · اما الحنفيـــة والحنابلة فيرون عـدم القطع (٢) · وحجة القائلين بعدم القطع ان السارق الثانى يسرق من يد غير معتبرة ومن غير حرز، فيد السارق ليست يدا صحيحة، فهى ليست يد ملك ولا يد امانة ولا يد ضمان ، فكان الاخذ منه اشبه بأخذ المال الضائع· ويعترض المالكية على ذلك بأن حرمة الملك على السارق الثانى لم تزل باقية ، والمـــال يعتبر فى ضمان السارق الاول ، واذا كان الملك باقيا والحرز قائما فلا وجه لامتناع القطع (٣) · والذى يعنينا تقريره فى هـــذا المقام ان المال المسروق ـ باتفاق الائمة ـ يظل ملكا لصاحبه رغم سرقته ، اما الخلاف بينهم فيـدور على شروط الحرز لا على ثبوت الملكية · ولنا عودة الى هذا الموضوع عندما نعالج شروط الحرز ·

دين المالك لا عبرة به :

تبسط الشريعة حمايتها على اموال كل المقيمين فى دار الاسلام ، سواء فى ذلك المسلمون والذميون (٤) ، وكذلك الملاحدة والمرتدون على الارجح (٥) ·

---

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص١٧١ ، المهذب ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٢) انظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٠ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٥٧ و ٢٥٨ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٧٤ و ٢٧٥ .

(٣) القرطبى ج ٦ ص ١٦٦ ، البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٣٥٩ ؛ حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٦ .

(٤) قطع المسلم بسرقة مال الذمى والذمى بسرقة مال المسلم يكاد يكون محل اجمـاع الائمة ، وهذا الرأى هو المشهور عند الشافعية ، ومع ذلك ففى مذهبهم قول بعدم قطع المسلم اذا سرق مالا لذمى ، لانه لما كان المسلم عندهم لا يقتل بالذمى فكذلك لا يقطع بسرقة ماله . مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ .

(٥) وفى سرقة مال المرتد مع ذلك تفصيل . فالرأى عند الملكية ان مال المرتد يوقف بمجرد ردته حتى يعلم حاله ، ولا يمكن من التصرف فيه مدة الاستتابة . وينحصر الخلاف بين المالكية فى مصير مال المرتد اذ اتاب : هـل يرجع اليه أو يكون فيئا مطلقا كالمأخوذ مـن مال الحربى . والاول هو المشهور وهو مذهب المدونة ، والثانى لسحنون . انظر المدونة ج ٨ ص ٢٨٨ ، حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٠٤ و٣٠٦ ، والخرشى ج ٨ ص ٨٠ ، وحاشية العدوى على الخرشى ج ٨ ص ٨٠ . واذا مات المرتد أو قتل دون ان يتوب =

أما المحاربون فالاصل أن مالهم غير معصوم ، ويطلق الشرعيون على هـذا المال اسم « المملوك المباح » · غير أنه اذا اعطى المحاربون عهدا أو أمانا ففى سرقة مالهم خلاف · والراجح لدى الجمهور انه يتعين القطـع ، لان مال المستأمن أصبح معصوما بأمانه ، فاذا اهدر كان ذلك غدرا وخيانة يأباهما الاسلام · وهذا مذهب مالك والشافعى وأحمد ، وهو رأى ابى يوسف أيضا · اما سائر الحنفية فيرون عدم القطع لشبهة الاباحة · ويقول الكاسانى: لا قطع على من سرق مال الحربى المستأمن فى دار الاسلام ، والقياس ان يقطع وجه القياس أنه سرق مالا معصوما ، لان الحربى استفاد العصمة بالامان بمنزلة الذمى ، ولهذا كان ماله مضمونا بالاتلاف كمال الذمى · والاستحسان عـدم القطع ، لان هذا مال فيه شبهة الاباحة ، لان الحربى المستأمن من أهل دار الحرب ، وانما دخل دار الاسلام ليقضى بعض حوائجه ثم يعود عن قريب · فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الاباحة فى ماله · ويعلل الفرق بين سرقة ماله وسرقة مال الذمى بأن الذمى من اهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة

= كان ماله فيئا محله بيت المال ليس لورثته منه شىء . المدونة ، المرجع السابق ، حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٠٤ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٠٤ ، الخرشى ج ٨ ص ٧٩ ، العدوى على الخرشى ج ٨ ص ٧٩ ·

ومقتضى رأى المالكية أن سرقة مال المرتد موجبة للقطع بحسب الاصل ، ولا يندرىء القطع الا فى الحالة التى يصبح مال المرتد فيها ملكا لبيت المال ، لان سرقة الاموال المملوكة لبيت المال يمتنع القطع فيها للشبهة بصريح النص (٣/٩) ·

وللفقهاء فى بيان حكم مال المرتد أقوال مختلفة اجملها اسـتاذنا المرحوم محمـد أبو زهرة فى ثلاثة أقوال :الاول أن مال المرتد يبقى على ملكه الى أن يموت أو يتوب ، فان تاب استمرت ملكيته ، وان مات أو قتل مرتدا كان ميراثا أو فيئا للمسـلمين على الخلاف فى ذلك · وهذا هو رأى جمهور الفقهاء ورأى الصاحبين من الحنفية · والثانى أن ملكيته تزول ويصبح ماله فى حكم الفىء ؛ فان تاب استرده كاملا ، وهذا رأى أبى بكر الخلال من الحنابلة . والثالث أن ماله فى مدة الردة يكون موقوفا ، فلا تزول عنه الملكية زوالا تاما ، بل تزول زوالا موقوفا . فان تاب بقيت الملكية ، وان مات أو قتـل زالت . وفى خلال مدة الوقف تكون كل تصرفات المرتد فيما يملك موقوفة ، فان قتل أو مات مرتدا بطلت ، وان تاب نفذت ، وهـذا رأى أبى حنيفة وأحد قولى الشـافعى . انظر : العقوبة للشيخ محمد أبى زهرة ص ١٩٧ و ١٩٨ ·

بأمان مؤبد فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الاباحة(١) · والرأى الاول اكثر اتفاقا مع مبادىء القانون الدولى ، وهو الواجب الاتباع قانونا لانه موافق للمشهور فى مذهب الامام مالك (م ٢٣) (٢) ·

خامسا ـ احراز المال فى حرز مثله :

يشترط جمهور الفقهاء فى السرقة المعاقب عليها حدا ان يكون المال حين السرقة فى حرز مثله · وهذا الشرط غريب على الفكر القانونى المعاصر · فالتشريعات الوضعية لا تعرفه ، وانما هى تعاقب على السرقة سواء كان المال محرزا بالمعنى الشرعى أو غير محرز · وقد لمس فقهاء الشريعة منذ البداية ما فى حد السرقة من صرامة ، فاجتهدوا بحس اسلامى دقيق فى تحرى شروطها واحاطة حدها بالضمانات التى تتكافأ مع شدته ، وانتهوا الى ان السرقة الموجبة للحد ليست مجرد استيلاء شخص على مال غيره ، ولكنها الاستيلاء عليه رغم احتياط صاحبه فى صيانته والمحافظة عليه ، وهذا ما عبروا عنه بشرط الحرز · وقد لحظ الفقهاء أن المال وان كان جديرا بالحماية لذاته حيثما كان ، الا أن التفريط فى صونه يغرى ضعاف النفوس باغتياله، ولما كان القطع عقوبة محضة فانه يستوجب جناية محضة ، فكان الحرز لازما ليتحقق التناسب بين فحش الجرم وغلظة الحد · وفى ذلك يقول القرطبى : ان الاموال خلقت مهيأة للانتفاع بها للخلق أجمعين ، ثم الحكمة الاولية حكمت فيها بالاختصاص الذى هو الملك شرعا ، وبقيت الاطماع متعلقة بها والآمال محومة عليها،فتكفها المروءة والديانةفى أقل الخلق،ويكفها الصون والحرزعند أكثرهم · فاذا أحرزها مالكها فقد اجتمع فيها الصون والحرز الذى هو غاية الامكان للانسان ، فاذا هتكا فحشت الجريمة فعظمت العقوبة · واذا هتك أحد الصونين وهو الملك ـ اى حيث لا حرز ـ وجب الضمانوالادب دون الحد(٣) · وقال ابن العربى : ان المالك لا يمكنه بعد الحرز من الصون شىء ، فلما كان

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧١ .
(٢) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٥١ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٣٣٦ .
(٣) القرطبى جـ ٦ ص ١٦٣ ، وانظر كذلك مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٤ .

غاية الامكان رتب عليه الشرع غاية العقوبة(١)·وعلل الكاسانى شرط الحرز تعليلا آخر بقوله : **ان القطع وجب لصيانة الاموال على أربابها قطعا لاطماع** السراق عن أموال الناس ، **والناس تميل الى ماله خطـــر فى القلوب** ، وغير المحرز لا خطر له فىالقلوب عادة فلا تميل الاطماعاليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع ، ولهذا السبب لم يقطع فيما دون النصاب وما ليس بمال متقوم محتمل الادخار (٢) · وهذا التعليل ليس فى قوة سابقه ، ولو صح لكان شرط الحرز فضلة زائدة ، اذ كانت تغنى عنه حينئذ شروط المالية والتقوم والنصاب ·

السند الشرعى للحرز :

فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع(٣) ·وهناك اقوال غير مؤكدة تحكى عن بعض الصحابة حاصلها ان الحرز شرط غير لازم (٤) · اما أشد الناس خصومة لشرط الحرز **فهم اهل الظاهر** ، وحجتهم ـ كما بسطها ابن حزم ـ أنه لا مدخل للحرز فيما اقتضاه اسم السرقة ، فقد ورد هذا اللفظ فى الكتاب والسنة عاما ، والنـــاس تدرى بالضرورة الحسية وباللغة ان من سرق منحرز او غير حرز فهو سارق، **ولو اراد الله عز وجل ألا يقطع السارق حتى يسرق من حرز ويخرجه منه لما** اغفل ذلك ولا أهمله ولا أعنتنا بأن يكلفنا علم شريعة لم يطلعنا عليه ، ولبينه **على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، امـــا فى الوحى واما فى النقل** المنقول · **فاذ لم يفعل الله تعالى ذلك ولا رسوله فان اشتراط الحرز فى السرقة**

---

(١) تفسير ابن العربى ج ٢ ص ٦٠٧ ·

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ·

(٣) انظر ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٩ ·

(٤) يروى عن عائشة وابن الزبير وسعيد بن المسيب وعبد الله بن عبيد الله والحسن البصرى وابراهيم النخعى أن القطع على من سرق وان لم يخرج به من الحرز · المغنى ج ١٠ ص ٢٥٠ · غير أن الظاهر من كلام ابن قدامة ان اختلاف هؤلاء لا يتعلق بشرط الحرز ذاته ، بل هو اختلاف على فعل السرقة . فالاخذ عندهم على ما يظهر يتحقق بمجرد أخذ المال من حرزه وان لم يخرج به السارق منه ·

يكون باطلا بيقين لا شك فيه (١) ٠

أما اسانيد الجمهور فثلاثة ، سند من العقل ، وسند من النقل ، وثالث من الاجماع ٠ فأما السند العقلى فيعتمد على طبيعة السرقة ، فهى عند أهل اللغة تفيد الاخذ خفية او على وجه الاستتار ٠ وليس بالسارق حاجة الى التخفى أو التستر اذا كان المال سائبا أو مضيعا أو غير محرز بلحاظ حافظ ولا بمكان حصين ٠ وفى هذا المعنى يقول الكمال بن الهمام : الحرز لا بد منه، لان الاستسرار لا يتحقق دونه ، لانه اذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ فلا تتحقق السرقة ٠ وعلى هذا يكون قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » موجبا بنفسه الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاخفاء ، ولا يتحقق الاخفاء دون الحافظ فيخفى الاخذ منه أو المكان فيخفى دخوله (٢) ٠

واما السند النقلى فقوامه احاديث معتمدة لدى الجمهور ، منها قوله صلى الله عليه وسلم : لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل ، فاذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما يبلغ ثمن المجن (٣) ٠ ولا يرجع امتناع القطع الى علة تخص ذات الثمر ولا حريسة الجبل ، وانما المعنى أنه لا قطع فى اى منها حتى يضمه الجرين او المراح٠ والجرين حرز الثمر والمراح حرز الماشية

---

(١) المحلى جـ ١١ ص ٢٣٦ و ٢٣٧ ٠

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٠ ٠

(٣) المقصود الثمر المعلق بالنخل والشجر قبل أن يجد ويحرز ٠ وقال ابن الاثير فى حريسة الجبل : ليس فيما يحرس بالجبل اذا سرق قطع لانه ليس بحرزه وحريسة فعيلة بمعنى مفعولة ، أى أن لها من يحرسها ويحفظها ٠ ومنهم من يجعل الحريسة السرقة نفسها ، أى ليس فيما يسرق من الماشية بالجبل قطع ٠ والمراح بضم الميم موضع مبيت الغنم ، والجرين الموضع الذى تجفف فيه الثمار ٠ شرح الزرقانى جـ ٤ ص ١٧ ٠ اما المجن بكسر الميم وتشديد النون فهو الترس ، وهو من آلة الحرب ، والمراد بثمن المجن نصاب السرقة كما سنرى ٠
وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن رجلا من مزينة سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن الثمار فقال : ما أخذ فى غير أكمامه فاحتمل ففيه قيمته ومثله معه ، وما كان فى الخزائن ففيه القطع اذا بلغ ثمن المجن ٠ رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ٠

فكأنما المقصود بالحديث تقرير قاعدة عامة ، هى أنه لا قطع فى غير المحرز من الأموال ٠

وأما السند الثالث فهو أن الائمـــة المشهود لهم بالفتوى متفقـون على لزوم الحـــرز ٠ بهذا قال عطاء والشعبى وأبو الاسود الدؤلى وعمر بن عبد العزيز والزهرى وعمرو بن دينار والثورى ومالك وأبو حنيفـــة والشافعى وأحمد ٠ وعرض ابن قدامة للاقوال المخالفة المنسوبة الى بعـض الصحابة فوصفها بأنها أقوال شاذة غير ثابتة عمن نقلت عنه ٠ وقال ابن المنذر : ليس فى ذلك خبر ثابت ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرناه ، فهو كالاجماع، والاجماع حجة على من خالفه (١) ٠

وقد أخذ القانون بما اتفقت عليه كلمـــة الجمهور فاشترط فى السرقة الموجبة للحد أن يكون المال فى حرز مثله (م ١/٣) ٠

مفهوم الحرز وضابطه :

من القواعد المقررة لدى الفقهاء أن كل ما ورد به الشرع مطلقـــا ولا ضابط له فيه ولا فى اللغة فالمرجع فيه الى العرف (٢) ٠ وقال ابن قدامة: الحرز ما عد حرزا فى العرف ، فانه لما ثبت اعتباره فى الشرع مـن غير تنصيص على بيانه ، علم أنه رد ذلك الى طريق العرف ، لانه لا طريق الى معرفتـــه الا من جهته فيرجع اليه (٣) ٠

وللفقهاء فى تعريف الحرز أقوال متعددة تنتظمهـــا فكرة واحدة وان اختلفت عبارتهم ٠ ويمكن تعريف الحرز بأنه كل ما جرت العادة بحفظ المـال به أو فيه (٤) ٠ ولما كان الحـــرز مداره على العرف فانه يختلف باختلاف

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠ ، الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩ ٠
(٢) الاشـباه والنظائر فى الفروع للسيوطى ص ٨٨ و ٨٩ ٠
(٣) المغنى جـ ١٠ ص ٢٥٠ ، الشرح الكبـير جـ ١٠ ص ٢٦٢ و ٢٦٣ ، وانظـر فتح القـدير جـ ٤ ص ٢٣٨ ٠
(٤) من تعريفات الحرز عند الفقهاء انه ما من شأنه أن تحفظ به الاموال كى يعسر اخذها ٠

الاموال والاحوال والاوقات، فقد يكون الشيء حرزا فى وقت دون وقت بحسب صلاح أحوال الناس وفسادها ، وقـــوة السلطان وضعفه (١) · وقـــال الماوردى : الاحـــراز تختلف من خمســـة أوجـــه : باختلاف نفاســـة المال وخسته ، وباختلاف سعة البلد وكثرة دعاره وعكسه ، وباختلاف الوقت أمنا وعكسه ، وباختـــلاف السلطان عدلا وغلظـــة على المفسدين وعكسه ، وباختلاف الليل والنهار ، واحراز الليل اغلظ (٢) ·

ومن الاحراز التى عنى قدامـــى الشرعيين بذكرها تفصيلا : مرابـــط الدواب ومراسى السفن ومخازن الغلال· وكانت عنايتهم بها استجابة لظروف عصرهم ، فقد كانت هذه الاشيـــاء ـ فضلا عن الدور ـ هى أهـــم الاحراز حينذاك · وما فصلوه فى هذا الشأن يكشف بوضوح عن مدى سلطان العرف فى تحديد ما يعتبر حرزا وما لا يعتبر · من ذلك ما قرره فقهـــاء المالكية : لو كان للدواب مرابط معروفة فى السكة فمن سرقها من مرابطها قطع ، لان ذلـــك حرزها (٣)· ويقطع من سرق دابة من موقفها الذى اوقفت فيه للبيع ، سواء

= بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٩ · وقريب من هذا المعنى تعريف السرقة بأنها أخذ المال من موضع ممنوع الوصول اليه · شرح الـزرقانى ج ٤ ص ٢٤ · أما الغزالى فيعرف المـال المحرز بأنه ما على سارقه خطر لكونه ملحوظا غير مضـيع ، اما بلحاظ دائم ان لم يكن الموضع حصينا كالمتاع الموضوع فى صحراء ، أو بلحاظ معتاد ان كان فى الموضع حصانة كالحوانيت والدور ، والمحكم فيه العرف · الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٣ · ويعـرف بعض الفقهاء الحرز بأنه كل شيء جرت العادة بحفظ المال فيه · الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٦٢ ·وشبيه بهذا التعريف قول القرطبى : الحـرز هو ما نصب عادة لحفظ أمـوال الناس ، وهو يختلف فى كل شيء بحسب حاله · تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٦٣ · أمـــا التعريف الشائع لدى الفقهاء فهو أن الحرز مالا يعد الواضع فيه مضيعا · الخـرشي ج ٨ ص ١١٧ ، البهجـة فى شرح التحفـة ج ٢ ص ٣٥٩ ، التـاج والاكليـل ج ٦ ص ٣٠٨ ، فتح القـدير ج ٤ ص ٢٣٨ ·

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ ، الخرشى ج ٨ ص ١١٧ ؛ الشرح الكبير ج١٠ص٢٦٢ ، فتح القـدير ج ٤ ص ٢٣٨ ·

(٢) مشار اليه فى مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ ·

(٣) التاج والاكليـل ج ٦ ص ٣٠٩ ·

كانت مربوطة أم لا ، وســـواء كان معها صاحبها أم لا · وكذلـــك اذا كانت مربوطة فى الزقاق دائما ثم سرقها من موقفها لان ذلك حرزها · وكذلك يقطـع من سرق من غلال المطامير التى يخزن فيها القمح بشـــرط أن يكون المطمور قريبا من المسكن بحيث يكون حس ربه عليه ، فلو بعد فلا قطع لانـه لم يحرز طعامه بحال · وكذلك يقطع من سرق من القطار ، وهو الابل المربوطة بعضها فى بعض ، سواء كانت سائرة أو نازلة · فاذا حل السارق واحدا منها وأخذه قطع ولو لم يبن به · ومثل القطار الابل أو الدواب المسوقـــة الى المرعى غير مربوطة ، أى غير مقطورة (١) · والسفينة ان كانت فى المرسى على اوتادها أو بين السفن أو بموضع هو لها حرز فعلى سارقها القطع حتى وان لم يكن معها أحد · وان كانت مخلاة أو أفلتت ولا أحد معها فلا قطع فيها الا ان يكون معها احد · وان كان مسافرون فأرسوها فى مرسى وربطوها ونزلوا كلهم وتركوها فقال ابن القاسم : يقطع من سرقها (٢) ·

وثمة أحراز أخرى عنى بها الفقهاء تفصيلا على النحو السابق ، وانما اجتزأنا بما قدمناه كنموذج لبيان أهمية العرف بوصفه ضابطا يحتكم اليه فى مسألة الحرز · ولذلك فانه يتعين على القاضى عند الفصل فى هذه المسألة أن يجعل العرف السائد فى وقته عمدته ، سواء وافق رأيه أقوال الفقهاء القدامى أو خالفهم، فهؤلاء الفقهاء عندما عرضوا لانواع الاحراز وفصلوها لميقصدوا من وراء ذلك تقرير أحكام مطلقة ، ولكنهم احتكموا فحسب الى اعرافهـــم السائدة ، فأثبتوا وصف الحرز بناء عليها أو نفوه · ويمكننا اليوم أن نعرض بهذا المنطق للسيارات كمثـــال · فقد جرى العرف فى كل البـــلاد على ترك السيارات فى الطرق العامة أثناء النهار ، سواء كانت فى حفـــظ حارس أو لم تكن ، فوجب اعتبار الطريق حرزا للسيارة · أما فى الليل فيختلف العـــرف باختلاف البلاد · فليس من المتعارف عليه فى مصر ترك السيارات طوال الليل بالطرق العامة ، وانما تعد لمبيتها حظائر خاصة او مشتركة · أما فى ليبيـا

---

(١) الخرشى جـ ٨ ص ١١٩ ؛ المدونة جـ ١٦ ص ٢٧٤ و ٢٧٩ ·

(٢) التاج والاكليـل جـ ٦ ص ٢٠١ ·

فالعرف يجرى فى مدنها على ترك السيارات فى الطرق العامة طـوال ساعات الليل باعتبارها مكانا معتادا لمبيتها ، فكانت الطرق العامة حرزا للسيارات فى ليبيا فى النهار وفى الليل ، ولم تكن حرزا لها فى مصر الا فى النهار وشطرا من الليل ٠

وجدير بالذكر أن المراد بالعرف ما جرت به عادة الناس لاعـــادة رب المال ٠ فالفرد الواحد مهما اطرد سلوكه لا ينشىء عرفا ، وانمـــا العرف ما تعارف عليه جمهور الناس والتزموه ٠ فاذا اعتـــاد شخص على ترك ماله فى العراء مخالفا بذلك مسلك عامة الناس فانه يكون مفرطـــا ويكون ماله غير محرز ٠ فلا يقطع سارقه وانما يعاقب تعزيرا فحسب ٠

الغاية من الحرز :

عرفنا الحرز قبلا بأنه كل ما جرى العرف بحفظ المال به أو فيه، وفضلنا هذا التعريف على تعريف اكثر شيوعا يحد الحرز بأنه مالا يعد الواضع فيه مضيعا ٠ ورغم ما يبدو من تقارب بين التعريفين فان بينهما فارقا دقيقا تبنى عليه نتائج هامة ٠ فحفظ المال فكرة ايجابية محددة ، أما عدم اضاعته ففكرة سلبية تتسع للفكرة الاولى وتتسع لغيرها ٠ وعلى سبيل المثال فـان من يلقى الحب فى الارض لا يتهـــم بأنه وضع ماله بأرض مضيعة ، لان كـــل زارع يفعل فعله ، ولكنه مع ذلك لا يوصف بأنه وضع ماله فى هذا الموضع ليصونه ، فليس بذر الحب فى الارض عملا مقصودا به حفظ المال، وانما يوضع المال هذا الموضع للنماء لا للحفظ (١) ٠ ولو أننا أقمنا تعريف الحرز على فكرة عـــدم الاضاعة لوجب الحد فى سرقة الثمار والمحاصيل مـن الارض الزراعية لتمام شرط الحرز، أما لو أقمناها على فكرة الحفظ فالقطع ممتنع لان الارض ليست بحرز ٠ والاجماع يكاد ينعقد بين فقهاء الشريعة الذين يشترطون الحرز علـى

---

(١) وفى المذهب الشافعى فى هذا الشأن خلاف . جاء فى مغنى المحتاج أن الارض حـرز للبذر والزرع للعادة ، وقيل ليست حـرزا الا بحـارس . وقال الاذرعى : وقد يختلف ذلك باختلاف عرف النواحى ، فيكون محرزا فى ناحية بحارس وفى غيرها مطلقا ، ويقول الخطيب : وهذا أوجه . مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٥ .

انه لا قطع فى هذه الحالة لان الارض لا تعد حرزا ، وذلـــك لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل ، فاذا آواهـــا المراح أو الجرين ففيما يبلغ ثمن المجن ، فهذا الحديث قاطع فى الدلالة على أن الارض ليست حرزا للثمر ـ ولا للشجر أيضا ـ وانمـــا الجرين هو الحرز المألوف للثمار ٠

من اجل هذا فانه لا يكفى للقول بتوافر شروط الحـــرز ان يثبت ان صاحبه لم يكن مضيعا حين وضعه حيث وضعه ، بل يجب أن يكون قد وضعه موضعا جرى العرف باعتباره سبيلا مألوفا لحفظه ٠ ويرى المالكية أن القبـر حرز للكفن ، وهذا حق ، لان المقصود بوضعه فيه أن يبقى محفوظا مع الميت لا ينزع عنه ٠ ولهذا يجب القطع عندهم بسرقة الكفن من القبر ، سواء كان القبر قريبا من العمران ام بعيدا ٠ والبحر عند المالكية كالقبر اذا مات الشخص فى البحر فكفن ثم طرح فيه (١) ٠ أما الغريق فلا يعتبر البحر حرزا لملابسه فـلا قطع على سارقها (٢) ٠

نظرية الحرز فى فقه الشريعة ونظرية الحيازة فى فقه القانون الوضعى :

قد يتصور البعض أن نظرية الحرز هى الصيغة الشرعية لنظرية الحيازة التى اهتدى اليها أخيرا فقهاء القانون الجنائى الوضعى فأعانتهم على ضبط جريمة السرقة وتذليل كثير من مشاكلها الدقيقة٠ وهذا التصور فيه بعد،لان لكل نظرية مجالا يختلف تماما عن مجال الاخرى بحيث يمكن القول ـ لهـــذا السبب ـ بأن العلاقة بينهما غير قائمة ٠ وليس يرفع قدر الفقـــه الشرعى أو يغض منه أن نثبت التطابق أو التباين بينه وبين ما وصل اليه الفكر المعاصر ، فهذا الوهم عقدة يجب على مفكرى المسلمين أن يبرأوا منها ٠

فالاحراز عند فقهاء الشريعة معناه حفظ المال على نحو ما يجرى بـــه

---

(١) الخرشى جـ ٨ ص ١١٩ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٣٠٩ ٠

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٣٩٠ ٠

العرف · وهذا الشرط عنصر أساسى فى المال الذى يقطع فى سرقته، وهو شرط مستقل بذاته لا يغنى عنه شرط الملكية · أما الحيازة عند رجال القانون فليست فى حقيقة أمرها من عناصر محل السرقة ، وانما هى من عناصر الفعل المكون لها · فالسرقة فعل ينشىء به الجانى حيازة مبتدأة على منقول مملوك لغيره بنية تملكه ، سواء كان هذا المنقول محازا من قبل أو غير محاز · غير أنه لما كان الاصل ان كل مملوك محاز ، فقد اختلط الامر على بعض فقهاء القانون فبدا لهم أن انشاء حيازة جديدة علىمال معين يقتضى بالضرورة انهاء حيازة قائمة عليه ، ومن ثم فانه يشترط على وفق منطقهم أن يكون المسروق وقت ارتكاب السرقة فى حيازة شخص غير الجانى · وهذا الظن يصدق غالبا ولكنه لا يصح دائما · وهو على فرض صحته لا يفيد بحكم اللزوم أن الحيازة فى القانون والاحراز فى الشريعة أمران متماثلان ·

أما أنه ليس صحيحا أن من شروط السرقة المعاقب عليها تعزيرا أن يكون المال المسروق فى حيازة شخص غير الجانى فيؤكده أن المال الضائعيمكن أن ترد عليه السرقة قانونا ، وذلك متى استولى عليه من التقطه بنية تملكه · فهذا الاستيلاء ينشىء للجانى حيازة جديدة على مال لا يحوزه أحد · ذلك أن صاحب المال تنقضى حيازته لماله بضياعه ولا يبقى له عليه غير حق الملكية · ولهذا فالراجح قانونا أن ملكية المنقول للغير شرط كاف بذاته لوقوع السرقة ولا حاجة معه الى اشتراط حيازة الغير لهذا المنقول ، وان الاستيلاء المكون للسرقة يكتمل متى انشأ الجانى حيازة على المنقول ، سواء كان هذا الانشاء مقترنا أو غير مقترن بانهاء حيازة قائمة ·

وحتى مع التسليم جدلا باشتراط حيازة الغير للمنقول عند سرقته ، فذلك ليس من شأنه اعتبار الحيازة فى القانون صنوا للاحراز فى الشريعة، لان مفهوم كل منهما مختلف · فالاحراز فى مفهومه الشرعى هو حفظ المال وفقا للعرف السائد ، أما الحيازة فى فقه القانون الوضعى فهى سيطرة شخص على مال معين سيطرة فعلية · وهذا المعنى يفيض عن معنى الاحراز ويتسع لغيره ، فحفظ المال يقتضى السيطرة عليه ، أما السيطرة على المال فلا تهدف دائما

الى حفظه، بل انها قد تهدف الى نقله أو تغيير صورته أو اهلاكه· ولهذا يصح القول بأن كل احراز حيازة ، وليست كل حيازة احرازا · فلو ترك شخص باب بيته مفتوحا وخرج منه فدخل لص فسرق بعض متاعه فلا قطع عليه وان وجب تعزيره (١) · أما امتناع القطع فلاختلال الحرز ، وأما وجوب التعزير فلثبوت الملدية للغير أساسا ، ولازالة حيازة هـذا الغير عند من يعتد بشرط الحيازة ايضا ·

نوعا الحرز :

اتفق الفقهاء على أن الحرز نوعان : حرز بالمكان وحـــــرز بالحافظ ، واختلفوا مع ذلك فى بعض شروطهما التفصيلية على نحو ما سنبينه ·

أولا : الحرز بالمكان :

ويطلق الفقهاء عليه كذلك اسم الحرز الحقيقى أو الحرز بنفسه· ويمكن تعريفه بأنه كل مكان جرى العرف بحفظ المال فيه،ومن قبيله الدور والحوانيت والحظائر · والاصل فى هذا النوع ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شأن الثمر وحريسة الجبل · ويلمس الباحث مع ذلك خلافـــا بين الفقهاء حول شروط هذا الحرز · ولا يرجع الخلاف بينهم الى اختلافهم فى مفهـــوم الحرز أو ضابطه ، وانما يرجع فى اعتقادنـــا الى اختلاف العـــرف أو الى اختلاف الفقهاء فى تحريه وتحديد ما يقضى به· ومما اختلفوا فيه شكل المكان، وموقعه من العمران ، ومدى مناعته ·

فمن الفقهاء من يشترط فى الحرز البناء ، على أساس أن ذلك هو الامارة الظاهرة التى تجعل المكان حرزا لما يوضع فيه ، وأولئك هم الحنفية · غير أنهم من جهة أخرى يتوسعون فى معنى البناء ، فليس من اللازم عندهم أن يكون من طوب أو حجر ، وانما المعتبر فيه عوائد الناس ، فيستوى مع الحجر الخشب والقصب والحطب · ويكفى لاعتبار المكان حرزا أن يحاط بسياج يمنع مـــن

---

(١) ويرى الحنفية قطع السارق فى هذه الحالة ، لان البناء بمجرده يكفى عندهم للاحراز ، سواء أغلق بابه أو لم يغلق كما سنرى فى الفقرة التالية.

الدخول فيه الا باذن (١) · ويستوى عند الحنفية كذلك أن يغلق بابه أو يترك مفتوحا ، بل انهم لا يشترطون أصلا أن يكون للبناء باب (٢) · أما المالكية فلا يشترطون فى الحرز البناء ، وانما يعتبر المكان عندهم حرزا بمجرد اعداده لحفظ المال أو بالاعتياد على حفظه فيه دون حاجة لاحاطته ببناء (٣) ، ولهذا اعتبروا القبر والبحر حرزا للكفن اذا ألقى الميت فى هذا أو دفن فى ذاك (٤)·

ومن الفقهاء من يشترط فى الحرز بالمكان أن يكون قريبا من العمران ، واولئك هم الشافعية والحنابلة · فان بعدت الدار عن العمران لم تكن حرزا بنفسها حتى وان غلقت أبوابها · ويصرح الغزالى ـ وهو من أئمة الشافعية ـ بأن المحفوظ فى قلعة محكمة اذا لم يكن ملحوظا فليس بمحرز (٥) · ويعلل ابن قدامة ـ وهو من فقهاء الحنابلة ـ هذا الشرط بقوله : ان من ترك متاعه فى مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظا له وان اغلق عليه (٦) · اما المالكية فلا يعتدون بهذا الشرط،لان الحرز مداره على العرف، فكل ما جرى العرف باعتباره حرزا لمال فهو حرز له ، سواء كان قريبا من العمران أو بعيدا عنه · وطبق المالكية هذه القاعدة فى سرقة الكفن ، جاء فى حاشية الدسوقى : اعلم أن القبر سواء كان قريبا من العمران أو بعيدا عنه حرز للكفن ولو فنى الميت وبقى الكفن (٧) · وطبقوا القاعدة ايضا فى سرقة

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٣ ، فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٠ ـ ٢٤٦ .

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤١ .

(٣) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٨ ـ ١٠٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٥ ، التاج والاكليل جـ ٦ ص ٣٠٩ .

(٤) حاشية الدسوقى والشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٣٤٠ .

(٥) الوجيز للغزالى جـ ٢ ص ١٧٤ ، وانظر كذلك مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٤ وجاء فيه نقلا عن الرافعى : الدار البعيدة لا تكون حرزا وان تناهت فى الحصانة .

(٦) المغنى جـ ١٠ ص٢٥٦ .

(٧) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٤٠ . أما الشافعية فلا يقطعون فى سرقة الكفن الا اذا كان فى قبر ببيت محرز ، اما سرقة الاكفان من مقابر البلاد ففيها وجهان . انظر مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٩ ، والوجيز للغزالى جـ ٢ ص ١٧٤ .

الحب ، قال الدسوقى فى حاشيته : اذا جمع الحب فى جرين فذلك حرزه سواء كان قريبا من العمران او بعيدا منه (١) ٠

ويشترط عامة الفقهاء أن يكون الحرز بالمكان على درجة من المنعة والحصانة تمنع الخارج من الدخول ٠ ويكفى لاعتباره كذلك أن يكون عليه جدار أو خيام أو زرب أو قصب أو بيت شعر٠ ويوجب البعض ان يكون للحرز باب والا ما كان حرزا بنفسه(٢)٠ويشترط معظم الفقهاء ان يكون باب الحرز حين السرقة مغلقا ٠ فان كان بابه مفتوحا أو لم يكن له باب أو كان حائطه مهدما أو به نقب فانه لا يعتبر حرزا بنفسه ٠ وهذه الاجتهادات مقبولة فى جملتها بوجه عام ، غير أنه لا ينبغى النظر اليها باعتبارها شروطا مطلقة ، لان التسليم بذلك ينطوى على نقض لاصل مجمع عليه ، وهو أن المحكم فى موضوع الحرز هو العرف ٠ واذا أقررنا للعرف بهذا الدور فليس من المنطق أن نضع سلفا قائمة عامة بما ينبغى توافره فى كل حرز من شروط ، لان ذلك انما يكون مصادرة على المطلوب ٠ ولهذا فانه يتعين النظر فى كل حالة على حدة ، فقد يوجب العرف من الشروط فى حرز مالا يوجبه فى غيره ولو كان من جنسه ٠ ويلاحظ أنه لا يشترط لاعتبار المكان حرزا أن يكون معدا فى أصله لحفظ المال، فقد يكون غير معد لذلك ابتداء ولكن جريان عرف الناس على حفظ مالهم فيه يجعله حرزا ، وعندئذ يصير حرزا بالاعتياد وان لم يكن كذلك بالاعداد ٠ ولهذا يقطع المالكية بسرقة السفينة من مرساها، سواء كان مكان وقوفها معدا للرسو أو غير معد له ، وهم يقطعون كما رأينا بسرقة الكفن من البحر ولو ان البحر ليس معدا لدفن الموتى ٠

سرقة الحرز ذاته :

تدق المسألة عندما ينصب الأخذ على ذات الحرز لا على ما فيه ٠ فالدار

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٣٩ ٠

(٢) وهذا رأى الشيعة الزيدية ؛ راجع شرح الازهار جـ ٤ ص ٣٧٠ ٠

حرز بالنسبة الى ما فيها،فهل هى كذلك بالنسبة الى أبوابها ونوافذها وسقفها وحوائطها ؟

مذهب أبى حنيفة أنه لا قطع على سارق الحرز أو بعضـــه ، لان السرقة تقتضى الاخراج من الحرز ، ونفس الحرز ليس فى الحرز فلا يتحقق الاخراج ، فمن سرق باب دار أو حجارة من حائطها لا يقطع لانه لم يسرق من حرز وان كان قد سرق نفس الحرز · ومن سرق فسطاطا مضروبا ـ أى خيمة ـ لا يقطع لذات العلة (١) ·

أما الائمة الثلاثة فيوجبون القطع · وحجتهم أن ما كان حرزا لغيره فهو حرز لنفسه · فمن سرق الخباء أو ما فيه قطع ، لان الخباء حرز لنفسه ولمـا فيه (٢) · ومن أخذ من اجزاء الحائط أو خشبه نصابا قطع ، لان الحائط حرز لغيره فيكون حرزا لنفسه(٣)· ويبدو من أقوالهم ان اعتبار الحرز محرزا ليس قياسا بالاولى فحسب ، ولكنه أثر مباشر لاكتمال شروط الحرز أيضا · فنفس الحرز يعتبر محرزا باقامته ، فالخباء يحرز بنصبه ، وحائط الدار يحـــرز ببنائه ، وأبوابها ونوافذها تحرز بتثبيتها فى مواضعها ، وسقفها يحرز بوضعه فوق حوائطها (٤) · ومن هنا جاء قولهم: ما كان حرزا لغيره فهو حرز لنفسه·

ولعل رأى أبى حنيفة بالمنطق الدقيق ارجح ، فالسرقة ركنها الاخراج ، والاخراج يقتضى الظرفية ، بمعنى أنه يتعين لوقوع السرقة أن يكون المسروق « فى » حرز لكى يرد عليه « الاخراج » · والظرفيـــة تقتضى بالضرورة تميز المسروق عن حرزه، والا وقع الخلط بين المال المسروق وهو محل الجريمة وبين

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦ .

(٢) الخرشى ج ٨ ص ١١٨ ، حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٤٠ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٩ ، المدونة ج ١٦ ص ٢٧٩ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٥ ، كشاف القناع ج ٦ ص ١٣٩ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٥ .

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٥ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٥٥ .

الحرز وهو شرط فيه مختلف عنه ، وكلا الامرين لازم فى السرقة الموجبة للحد• ولو وقف الفعل عند أخذ بعض الحرز فهو لا يعدو أن يكون هتكا له ، والسرقة لا تتم بهتك الحرز ، ولكن باخراج المسروق منه •

ويبدو أن الائمة الثلاثة اشفقوا مما قدروا أنه شذوذ فى النتيجة يفضى اليه الاخذ برأى أبى حنيفة ، فاحتالوا لدرئه بايجاب القطع فى سرقة الحرز أو بعضه • غير أنهم اعتمدوا لذلك منطقا لا يخلو من ضعف فى بعض حلقاته • ولنقرأ فى هذا الصدد بعض ما كتبه ابن قدامة ، قال : ان أخذ من أجزاء الحائط أو خشبه نصابا وجب قطعه ، لان الحائط حرز لغيره فيكون حرزا لنفسه • فان كانت الدار بحيث لا تكون حرزا لما فيها كدار فى الصحراء لا حافظ فيها فلا قطع على من أخذ شيئا من حائطها ، لانها لم تكنحرزا لما فيها فلنفسها أولى • وأما باب الدار فان كان منصوبا فى مكانه فهو محرز ، سواء كان مغلقا او مفتوحا لانه هكذا يحفظ ، وعلى سارقه القطع ان كانت الدار محرزة بما ذكرنا (١) • ولو صح أن باب الدار يحفظ بنصبه لوجب القطع فيه اطلاقا ، سواء اعتبرت الدار حرزا لما فيها او لم تعتبر ، لان نصبه فى الحالين قائم ، وهو المناط فى اعتباره محرزا • ولا يمكننا تبرير قصر القطع على حال دون حال رغم توافر سببه الا أن نكون بصدد حيلة قصد بها الوصول الى نتيجة وتفادى نتيجة •

ورغم رجحان رأى ابى حنيفة عندنا فالعمل فى ظل تشريع السرقةالجديد يجب ان يكون على مذهب الجمهور ، لانه يوافق المشهور فى مذهب الامام مالك •

ثانيا : الحرز بالحافظ :

ويطلق عليه كذلك الحرز بغيره • والاصل فيه حديث صفوان ، فقد روى عبدالله بن صفوان عن ابيه أنه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء له من برد(٢)

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٢٥ •

(٢) البردة كساء أسود مربع فيه صغر تلبسه الاعراب ، والجمع برد بفتح الراء • مختار الصحاح •

فوضعه تحت رأسه فنام فأتاه لص فاستله من تحت رأسه فأخذه ، فاتى بـــه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ان هذا سرق ردائى ، فقال له النبى (ص) : سرقت رداء هذا ؟ قال : نعم ، قال : اذهبا به فاقطعا يده · ولما كان المسجد لا يعد حرزا بنفسه فقد أستنتج الفقهاء من قطع السارق ان الثوب كان محرزا بصاحبه ·

شروط الحافظ :

اختلف الائمة فى صفة الحافظ ، وفى مدى العلاقة التى يجب ان تقوم بينه وبين المال ، وذلك على تفصيل نبينه ·

١ ـ صفة الحافظ :

يذهب الحنابلة والحنفية الى اعتبار المال محرزا بالحافظ كلما قام على حفظه انسان ، كبيرا كان أو صغيرا ، قويا كان أو ضعيفا (١) ·

اما الشافعية فيشترطون فى الحافظ القدرة على منع السارق من الاخذ لو انه اطلع عليه · وتثبت القدرة عندهم بقوة الحافظ او باستغاثته · فان كان ضعيفا لا يبالى السارق به لقوته ، وكان الموضع بعيدا عن الغوث فانه لا يعتبر حرزا لما بين يديه (٢) ·

أما المالكية فيكتفون بأن يكون الحافظ حيا مميزا · فان كان ميتا فانه لا يعتبر حافظا للمال وان كان بجواره ، لان الموت ينهى وجوده · وغير المميز لا يصلح بدوره أن يكون حافظا ، فلا قطع على سرقة ما على الصبى غير المميز من حلى وثياب أو ما معه الا أن يكون معه حافظ يحرسه أو ان يكون فى حرز مثله كالدار · والمجنون كالصبى غير المميز ، ومثلهما السكران ان كان سكره بحلال ، فان كان سكره بحرام وقع فيه دون أن يفطن اليه ففيه قولان (٣) · أما

---

(١) كشاف القنـاع جـ ٤ ص ٢٨١ ، الاقنـاع جـ ١٠ ص ٢٥١ ، فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٦ .

(٢) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٤ ، الوجيز للغزالى جـ ٢ ص ١٧٣ .

(٣) انظر حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٤٠ ، الشرح الـكبير للدردير جـ ٤ ص ٣٤٢ ، الخرشى جـ ٨ ص ١٢١ ، العدوى جـ ٨ ص ١١٩ .

قوة الحافظ او امكان غوثه لو استغاث فلا اعتبار لهما عند المالكية · ورأى المالكية هو الواجب الاتباع قانونا ·

٢ ـ صلة الحافظ بالمال :

جمهور الفقهاء على أنه يشترط فى الحافظ ان يكون قريبا من المال ، فلو وضعه بعيدا عنه كان فعله تضييعا لا احرازا · غير أنهم اختلفوا مع ذلك فى مسائل فرعية لا تمس أصل الحكم ، ولكنها تتعلق بتطبيقه · ويبدى الشافعية والحنابلة بوجه عام تشددا اكثر من المالكية والحنفية ، اذ يلزمون الحافظ بدرجة أكبر من اليقظة والا اختل حرزه (١) ·

ومن الامور التى اختلفوا فيها نوم الحافظ، فالشافعية والحنابلة يوجبون على الحافظ أن يديم الملاحظة، ولا يغفرون له نومه الا اذا كان المال ثوبا يلبسه أو يتوسده أو يفترشه أو يلتف به او يتكىء عليه · فان كان مالا لا ينام عنه صاحبه فنام عنه الحافظ اختل حرزه فلا يقطع سارقه(٢) ·أما الحنفيةوالمالكية فيستوى عندهم أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده وهو بحيث يراه ، لأن النائم عند متاعه وبحضرته كيفما نام ـ مضطجعا أو لا ـ

---

(١) يقول الخطيب فى مغنى المحتاج: يشترط مع الملاحظة أمران : أحدهما ألا يكون فىالوضع ازدحام للطارقين . نعم ان كثر الملاحظون عادل كثرة الطارقين . والثانى أن يكون الملاحظ فى موضع بحيث يراه السارق حتى يمتنع من السرقة الا بتغفله . فان كان فى موضع لا يراه فلا قطع ؛ اذ لا حرز يظهر للسارق حتى يمتنع من السرقة . مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ ·

(٢) يقول الشافعية : لو توسد الحافظ شيئا لا يعد التوسد حرزا له ، كما لو توسد كيسا فيه نقد أو جوهر ونام فليس بمحرز حتى يشده فى وسطه . ولو انقلب فى نومه فزال عن ثوب توسده أو انترشه فلا يكون حينئذ محرزا ، أما وهو نائم عليه فمحرز . ولو قلبه السارق عن الثوب ثم أخذه ففيه خلاف . ولو ضع شخص متاعا بقربه فى صحراء أو شارع أو مسجد ان لاحظه بنظره فهو محرز لقضاء العرف بذلك ، وان لم يلاحظه بان نام أو ولاه ظهره أو ذهل عنه فلا يكون محرزا . مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٥ ـ ١٦٦ . وقول الحنابلة ذلك كقول الشافعية . المغنى ج ١٠ ص ٢٥١ ·

يعتبر حافظا له فى العادة (١) فالمعبتر عندهم هو الحفـظ المعتاد ، والجلوس عند الشىء والنوم عليه يعد حفظا له فى العادة ، وكذلك النوم بقرب منه(٢)٠ ويقرر المالكية أن وجود الشخص بالقرب من ماله يعتبر حفظا له، لان الحضرة تقتضى الشعور ولو حكما ، كالنائم لسرعة انتباهه (٣) ٠

ولما كانت نظرية الحرز بأكملها محكومة بالعرف ، فانـه يتعين الوقوف عنده والنزول على حكمه ٠ ومن المسلم به أن ما يلتزم به الحافظ من يقظـة وحرص فى حراسة المال يتحـدد مداه تبعا لنوع المـال ، وموضعه ، وزمن الحراسة ليلا أو نهارا ، وحالة الامن اضطرابا أو استقرارا وكثرة المارة او قلتهم ، وغير ذلك من الاعتبارات ٠ وقـد حفلت كتب الفقه بكثير من الامثلة تباينت فيها حلول الفقهاء ، ولكنها لا تعتبر أحكاما قاطعة فى الحـالات التى وردت فى شأنها نظرا لكثرة المتغيرات وتداخل العوامل التى تبين مـدى التزام الحافظ وتحدد متى يعتبـر مفرطا فيختل حرزه ومتى لا يعتبـر كذلك فيسلم حـرزه ٠

اجتماع الحرزين على مال واحد ممتنع ولكن تعاقبهما جائز :

يذهب فقهاء الحنفية الى أن الحرز بالمكان والحرز بالحافظ لا يجتمعان على مال واحد ٠ فالحرز بالمكان لا يقتضى وجود حافظ ، ولو وجد فلا عبـرة لوجوده ، بل وجوده والعدم سواء ٠ وعندهم أن الحرز بالمكـان هو الاصل والحرز بالحافظ فرع ، ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل(٤)٠ويذهب المالكية

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص٢٤٧ .

(٣) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٤٠ .

(٤) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ . وجاء فى فتح القـدير : لا قطع على من سرق من بيت مأذون للناس فى دخـوله ولو كان صاحب المتـاع عنده يحفظه . ويدخل فى ذلك الخانات والحوانيت ، فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا ، فان التاجر يفتح حانوته نهارا فى السوق ويأذن للناس فى الدخول ليشتروا منه ، فاذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع ، وكذا الخانات . فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ .

فى ذلك مذهب الحنفية ، فالحرز بالحافظ عندهم انما يعتبر عند فقد الحرز بالمكان · ويرتب المالكية على ذلك نتيجة هامة ، هى أنه اذا كان المال فى حفظ حافظ ، وكان المال والحافظ فى داخل حرز مكانى ، فان سارق المال لا يقطع بمجرد أخذه والابتعاد به عن الحافظ ، وانما يلزم لقطعه أن يخرج به من الحرز تماما متجاوزا حدود المكانية (١) ·

على أن فقهاء المذهبين مع ذلك يختلفون فى مسألة جوهرية ، فالمال قد يكون محرزا بالمكان ومعه حافظ ، ثم يختل حرز المكان لعارض ، فهل يمتد حينئذ بالحافظ فيصير المال محرزا به ، أو يظل وجود الحافظ مهدورا بعد اختلال حرز المكان كما كان مهدورا قبله ؟

ظاهر المذهب الحنفى أنه اذا كان الحرز المكانى صالحا فى نفسه لصيانة الاموال فلا عبرة لوجود الحافظ ، سواء بقى الحرز على حاله أو عرض له ما يخل به · ولذلك منعوا القطع عمن يسرق من الحمام وقت الاذن بدخوله ولو كان بجوار المسروق حافظ (٢) · وقالوا ايضا : لو اذن لانسان بالدخول فى داره فسرق المأذون له بالدخول شيئا منها لم يقطع وان كان فيها حافظ أو كان صاحب المنزل نائما عليه ، لان الدار حرز بنفسها لا بالحافظ ، وقد خرجت من أن تكون حرزا بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ ، ولانه لما أذن له بالدخول فقد صار فى حكم اهل الدار ، فاذا اخذ شيئا فهو خائن ، ولا قطع على خائن (٣) · ولهذا السبب قيد الحنفية الحرز بالحافظ بقيد انفردوا به ، فهم يعرفونه بأنه كل مكان غير معد للاحراز يدخله الناس بلا اذن ولا يمنع منه ، كالمساجد والطرق والصحراء ، وأخرجوا الدور والحوانيت والحظائر فلم يجعلوا ما

---

(١) حاشية الدسوقى جـ٤ ص ٣٤٠ ·

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤١ · وجاء فيه : نقل عن أبى حنيفة غير ذلك ، قال : يقطع السارق من الحمام وقت الاذن ، أى فى وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ · وقال أبو يوسف ومحمد لا يقطع ، وبه اخذ الليث والصدر والشهيد وفى الكافى ، وعليه الفتوى ، وهو ظاهر المذهب ·

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٣ و ٧٤ ·

فيها محرزا بالحافظ ، لانها معدة للاحراز ببنائها ٠

أما المالكية فعلى الرغـــم من انهم يغفلون الحافظ عنـــد توافر الحرز بالمكان ، الا أنهم على خلاف الحنفية يعتدون بالحافظ عند اختلال هذا الحرز ، فيجعلون المال محرزا به ويوجبون القطع فى سرقة ما يحفظه ٠ فالاذن بدخول الدار عندهم يخرجها من أن تكون حرزا بنفسها ، ولكنها تكون حرزا بالحافظ أن وجد حافظ (١) ٠ وهذا هو مذهب الشافعى ورواية عن احمد ٠ قال ابن قدامة : واذا سرق من الحمام ولا حافظ فيه فلا قطع عليه فى قول عامتهم ، وان كان ثم حافظ قال القاضى : فيه رواية بالقطع ، وهو قول مالـــك والشافعى واسحاق وأبى ثور وابن المنذر لانه متاع له حافظ فيجب قطع سارقه كمـا لو كان فى بيت (٢) ٠

وينتقد بعض المحدثين رأى الحنفية لانه مترتب على اعتبار الحرز حرزا لذاته ، فى حين أن اعتباره حرزا انما هو لأن المال محرز به ، وحكمة اشتراطه هى تحقق حفظ المال فيه ٠ لذا فان ما كان المال محرزا به فهو حرز أيا كـــان نوعه ٠ ويؤخذ على الحنفية أيضا أن رأيهم مخـــالف لاصل من أصولهم ، فالعرف عندهم أصل فى الحرز ، والعرف يقضى بأن المال فى الحرز المختـــل يكون محرزا بالحافظ ان وجد (٣) ٠

وهذا النقد فى محله ، وهو يردنا الى العرف وهو المحكم فى باب الحرز ٠ والعرف لا يأبى حفظ المال بالحارس عندما يختل حرز المكان برضا المالـك أو برغمه ٠ ويتضح ذلك فى العمل فى كثير من الحالات، فالمحال التجارية مثلا تفتح

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠١ ـ ١٠٤ ، الخرشى جـ ٨ ص ٩٨ ٠

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٢٥٣ ٠ والرواية الاخرى عن أحمد تمنع القطع الا أن يكون على المتاع قاعد مثل ما صنع بصفوان ٠ ويرجح ابن قدامة هذه الرواية ، ويرى أن عـدم القطع أصح ٠ وانظر فى المذهب الشافعى : مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٤ ، أسـنى المطالـب جـ ١٤٢ ـ ١٤٧ ٠

(٣) احكام السرقة للدكتور أحمد الكبيسى ص ١٨٥ ـ ١٨٦ ٠

ابوابها للراغبين فى الشراء فيختل حرز المكان بالاذن ، ولكن عيون اصحابها تظل معلقة بسلعهم تلحظها وتحرسها ، فيكون من التجنى اغفال الحافظ فى هذه الحال واعتبار المال سائبا غير محرز ، لان فى هذا القول اهدارا للعرف • ومن جهة أخرى فان حرز المكان اذا اختل فأقصى ما يترتب على ذلك اعتباره فى حكم العدم ، فيصبح المال وكأنه موجود فى العراء ، والمال فى العراء يمكن احرازه بالحافظ • فاذا وجد حافظ فى الحرز المختل فلا وجه لاهدار وجوده ، واعتبار المال سائبا • وما نظن شيئا من هذا النقد قد غاب عن فطنة الحنفية ، ولكنها خطة التزموها واجتهدوا فى تطبيقها كلما واتتهم الفرصة ، وهى درء الحد بالشبهة •

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور فنص فى المادة الثالثة على عدم انطباق الحد اذا حصلت السرقة من الاماكن العامة أثناء العمل فيها أو أى مكان آخر مأذون للجانى فى دخوله ولم يكن المسروق محرزا (م٣بند ١)• وجاء فى المذكرة الايضاحية بيانا لذلك ما يؤكد بوضوح انحياز واضع القانون الى رأى الجمهور (١) •

حرز المثل :

لا يكتفى الفقهاء لايجاب القطع بأن يكون المال فى مطلق حرز ، وانما يشترطون أن يكون محرزا بما يحرز به مثله فى العادة ، وذلك ما يعرف بحرز المثل • وعامة الفقهاء على هذا الرأى • فالمالكية يصرحون بأن حرز كل شىء بحسبه (٢) ، ويقولون : معنى الحرز ان يكون المال فى مكان هو حرز لمثله فى

---

(١) صرحت المذكرة الايضاحية بأن القانون نص « على عدم القطع اذا كان المكان عاما مفتوحا للجمهور ولا حافظ (حارس) للمال أو مكانا خاصا وأذن بالدخول فيه والمال غير محرز عن الجانى ، وذلك لعدم كمال أركان السرقة بفقدها لتمام الحرز . فاذا أحرز المال وجب القطع لتمام وكمال أركان الجريمة . ومعنى ذلك أن اختلال حرز المكان بالاذن لا يحول دون قطع السارق اذا كان ثم حافظ يحفظ المال » .

(٢) الخرشى ج ٨ ص ١١٧ •

العادة والعرف ، وذلك يختلف باختلاف عادات الناس فى احراز أموالهم (١) ٠

ويرى الشافعية هذا الرأى أيضا ، فالاحراز عندهم تختلف باختلاف الاموال اعتبارا بالعرف فيها ، فيخف الحرز فيما قلت قيمته ، ويغلظ ويشتد فيما كثرت قيمته ، فلا يجعل حرز الحطب حرزا للفضة والذهب ، فيقطع سارق الحطب منه ولا يقطع سارق الذهب والفضة منه (٢) ٠ والاصطبل حرز للدواب لا للثياب ، وعرصة الدار حرز للأوانى وثياب البذلة ـ أى الحرفة ـ لا للنقود والحلى (٣) ولو توسد شيئا لا يعد التوسد حرزا له كما لو توسد كيسا فيه نقد أو جوهر ونام فليس بمحرز حتى يشده بوسطه تحت ثيابه ٠ أما الثوب فيعتبر محرزا بتوسده أو افتراشه ٠ وقيد الشافعية القطع فى سرقة الخاتم من يد النائم بألا يكون مخلخلا فى اصبعه أو موضوعا فى الأنملة العليا (٤) ٠

ويقرر الحنابلة بأن حرز الذهب والفضة والجواهر الصناديق تحت الأغلاق والاقفال الوثيقة فى العمران ، وحرز الثياب وما خف كالنحاس والرصاص فى الدكاكين والبيوت (٥) ٠

ومن الحنابلة مع ذلك من يخالف عن اشتراط حرز المثل ٠ وقد أشار ابن قدامة الى هذا الرأى وفنده ٠ قال ابو بكر : ما كان حرزا لمال فهو حرز لمال آخر قياسا لاحدهما على الآخر ٠ وقال ابن قدامة ردا عليه : الصحيح خلاف ذلك ، لانا انما رجعنا فى الحرز الى العرف ، والعادة أن الجواهر والدراهم والدنانير لا تحرز فى الصبر والحظائر ، ومن أحرزها أو نحوها فى ذلك عد مفرطا ، فكان العمل بالمعروف اولى (٦) ٠

---

(١) التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٩ و ٤٥٠ ٠

(٢) الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢٧ ٠

(٣) الوجيز للغزالى ج ٢ ص ١٧٣ ٠

(٤) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٦ ، وانظر كذلك ص ١٦٤ و ١٦٥ ٠

(٥) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٠ ٠

(٦) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٧٤ ٠

وفى المذهب الحنفى ذكر الطحاوى أن حرز كل شىء معتبر بحرز مثله ، حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ، ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع (١) · ومع ذلك يذهب ابن الهمام ـ مقتفيا أثر الكرخى ـ الى ان ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الانواع ، حتى لو سرق لؤلؤة من اصطبل أو حظيرة غنم قطع (٢) ·

ورأى الجمهور هو الاصح بغير شك لانه يرد الامر الى العرف وهو الحكم ، ولا معتبر بما ساقه ابو بكر الحنبلى من قياس ، لأنه لا وجه للقياس مع وجود عرف · وقد أخذ تشريع السرقة والحرابة برأى الجمهور فاشترط أن يكون المال فى حرز مثله (م ١ بند ٣) ·

تمام الاحراز شرط لازم :

يشترط لاعتبار المال محرزا أن يكون كذلك بأكمله · فان كان المال واحدا غير مجزأ وكان بعضه داخل الحرز والبعض خارجه ، فانه يعتبر فى باب السرقة غير محرز فلا يقطع سارقه · ولا يختلف الحكم ولو سرق الجانى المال كله ، ما كان منه خارج الحرز وما كان داخله ، حتى ولو بلغ ما بداخله نصابا أو جاوزه · وهذا الرأى متفق عليه بين فقهاء المالكية ، ففى المدونة : من جر ثوبا منشورا على حائط ، بعضه فى الدار وبعضه خارج عنها الى الطريق لم يقطع (٣) · وجاء فى شرح الزرقانى : لو وجد المسروق على هذا الوجه فأخرجه فلا قطع عليه ، لان المسروق بهذا الوجه لا يعتبر محرزا ، ولأنه كما يقال انه فى الحرز يقال انه خارج الحرز (٤) ·

---

(١) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٤ ·

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ ·

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٢٧٤ وانظر كذلك : التاج والاكليل ج ٦ ص ٣١٠ ، الخرشى ج ٨ ص ١٢٢ ، حاشية العدوى ج ٨ ص ١٢١ ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٣ و ٣٤٤ ·

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٥ ·

اختلال الحرز :

السرقة الموجبة للحد هى التى تقع على المال وهو فى حرز معتبر· فاذا عرض للحرز ما يبطله فلا قطع على السارق لتخلف شرط من شروط المحل ، وهو كون المال محرزا · والحرز يختل لاسباب عدة ، منها ما هو مختلف فيه، ومنها ما هو متفق عليه · فأما الاسباب التى اختلف فيها فهى المتصلة بشروط الحرز · فقد رأينا بعض المذاهب يشترط فى الحرز بنوعيه مالا يشترطه البعض الآخر · من ذلك أن الحرز بالمكان على سبيل المثال يختل عند بعض الائمة بترك بابه مفتوحا ولا يختل بذلك عند غيرهم · والحرز بالحافظ يختل بفقد التمييز عند البعض ، ويختل بالانشغال عن الملاحظة عند البعض الآخر · وأما الاسباب التى اتفق عليها فترجع فى جملتها اما الى ثبوت الحق فى دخول الحرز ، أو الى انهتاكه بسبب لا شأن للسارق به ·

ويلاحظ أن أسباب الاختلال ليست وقفا على الحرز بالمكان دون الحرز بالحافظ ، فكلا الحرزين عرضة لان يختل · غير أن المشاكل تعرض أكثر ما تعرض بالنسبة الى النوع الاول · وسوف نعالج أسباب الاختلال التى تعرض لهذا الحرز ، ولكننا فى الوقت نفسه سنعرج على الحرز بالحافظ حين تقتضى المناسبة التعريج عليه ·

أولا ـ الحق فى دخول الحرز :

يثبت الحق فى دخول الحرز لفئتين من الناس : أما الفئة الاولى فهم أصحاب الحق فى الانتفاع بالعين ، سواء كانت الملكية ثابتة لهم أو لغيرهم ، لان الانتفاع بمكان يقتضى دخوله ، وأما الفئة الثانية فهم الذين يؤذن لهم بدخول الحرز لامر عارض · وعلى ذلك فالفئتان هما : فئة المنتفعين وفئة المأذونين ·

(١) المنتفعون بالحرز : المنتفع بالحرز اما أن يكون مالكه أو غيره ٠

أ ـ مالك الحرز :

مالك الحرز هو صاحب الحق الاصلى فى الانتفاع به ، لان الانتفاع من عناصر الملكية ٠ والاصل أن المكان لا يكون حرزا فى مواجهة صاحبه ، بل فى مواجهة الآخرين ، لانه ما جعل حرزا الا لصون متاعه ٠ ويترتب على ذلك أن صاحب الحرز لا يقطع اذا استؤمن على مال فأخذه أو جحده ، لانه لا يعتبر سارقا ، اذ لم يسرق من حرز ، بل يعتبر خائنا ، ولا قطع على خائن٠ ومن المالكية من يقيد السرقة بهذا القيد صراحة فيعرفها بأنها اخذ مال الغير مستتر! من غير أن يؤتمن عليه (١) ٠ ويعلل الحنفيـــة امتناع قطع الامين بقصور الحرز ، لان المال وقت اغتياله كان فى يد الخائن وحرزه ، لا حـرز مالكه على الخلوص (٢) ٠ والشافعيـــة والحنابلة بدورهم عـــلى أن جاحد الوديعة والعارية لا يقطع (٣) ٠

أما الظاهرية فيوجبون قطع الخائن ، لانهم يخالفون الجمهور فى أساس الحرز فلا يشترطونه أصلا ٠ وسندهم فى وجوب القطع ما روى عن عائشة رضى الله عنها ، قالت : كانت امرأة تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها ، فأتى أهلها أسامة فكلموه فكلم النبى (ص) فقال النبى : ألا أراك تكلمنـــى فى حد من حـــدود الله ؟ ثم قـــام النبى خطيبـا فقال : انما أهلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٥ . وانظر كذلك البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٥٩ ، وقد عرف التسولى السرقة فى هذا المؤلف نقلا عن شيوخه بأنها اخذ مال أو غيره من حرز خفية لم يؤتمـن ٠

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٣٣ و ٢٣٤ ٠

(٣) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٧١ ، الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢٧ ، المغنى جـ ١٠ ص ٢٤٠ و ٢٤١ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ١٢٩ ، وعن الامام أحمد رواية أخرى أن جاحد العارية يقطـع ٠

سرق فيهم الضعيف قطعوه،والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها . ويرى ابن حزم ان المرأة قطعت لجحود العارية باعتباره سرقة ، ولم تقطع بفعل آخر ـ غير الجحود ـ مما يصدق عليه وصف السرقة فى رأى الجمهور (١) .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٦٢ . وجاء فى صحيح سنن السجستانى ما يؤيد ابن حزم ، فقد روى فى باب « القطع فى العارية اذا جحدت » أن امرأة مخزومية كانت تستعير المتاع فتجحده ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بها فقطعت يدها . وروى عن عائشة قالت : استعارت امرأة ـ تعنى حليا ـ على لسنة اناس يعرفون ولا تعرف هى فباعته ، فأخذت فأتى بها النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بقطع يدها ، وهى التى شفع فيها أسامة بن زيد وقال فيها رسول الله (ص) ما قال . وعن عائشة بسند آخر قالت : كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى (ص) بقطع يدها . السجستانى على هامش الزرقانى ج ٤ ص ١١٣ و ١١٤ . ولهذا السبب قال أحمد بن حنبل فى احدى روايتين عنه : لا أعرف شيئا يدفع القطع .

ولكن الجمهور يدفع القطع عن جاحد العارية كما قدمنا . يقول ابن قدامة : لا قطع عليه لقوله (ص) : « لا قطع على الخائن » ، ولان الواجب قطع السارق ، والخائن ليس بسارق ، فأشبه جاحد الوديعة . ويرد على الحجة المستمدة من قطع المخزومية بقوله : فأما المرأة التى كانت تستعير المتاع فانما قطعت لسرقتها لا لجحدها ، ألا تسمع قوله : اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، وفى حديث أن المرأة سرقت قطيفة فروى الاثرم باسناده عن مسعود بن الاسود قال : لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله (ص) أعظمنا ذلك ، وكانت امرأة من قريش ، فجئنا الى النبى صلى الله عليه وسلم فقلنا نحن نفديها بأربعين أوقية ، فقال : تطهر خير لها . فلما سمعنا لين كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم أتينا أسامة فقلنا : كلم لنا رسول الله ، وذكر الحديث بنحو سياق حديث عائشة . ويرى ابن قدامة أن هذا الحديث يظهر أن القصة واحدة وأن المرأة سرقت فتقطع لسرقتها ، وانما عرفتها عائشة بجحدها للعارية لكونها مشهورة بذلك ، ولا يلزم أن يكون ذلك سببا للقطع كما لو عرفتها بصفة من صفاتها . المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٠ و ٢٤١ . ويذهب الحنفية فى تأويل الحديث مذهب الحنابلة ، جاء فى فتح القدير أن هناك احتمالين لقطع القرشية : الاول أنها قطعت عن سرقة وقعت منها بعد أن كانت متصفة أيضا بجحد العارية فعرفتها عائشة بوصفها المشهور ، والثانى هو أن امرأة قطعت بجحد العارية ثم نسخ القطع بالعارية . فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٣ و ٢٣٤ . وجاء فى الموطأ : قال مالك فى =

وخلاصة ما تقدم أن صاحب الحرز ـ فى رأى الجمهور ـ لا يقطع اذا أخذ من حرزه مالا مملوكا لغيره موجودا لديه على وجه الامانة ، سواء وجد المال فى حرزه بناء على عقد عارية أو وديعة أو وكالة أو ايجار أو نقـــل أو استصناع أو غير ذلك · غير أنه لا يكفى لامتناع القطـــع مجرد ثبوت ملكية الحرز ، بل يجب كذلك ألا يكون المالك قد تخلى عن حقه فى الانتفاع بالعين لغيره كما سنرى ·

اغتصاب الحرز لا يخل بحق صاحبه فى دخوله :

يترتب على ما تقدم أيضا أنه اذا اغتصب شخص بيتا فأحرز فيـــه مالا ثم دخله صاحب البيت وأخذ ما فيه فانه لا يقطع ، لان فعل الغاصب لا يسلب صاحب البيت حقه فى الدخول اليـــه متى شاء ، فلا ينقلب البيت حـــرزا فى مواجهته · وهذا الحكم غير مختلف فيه ، جاء فى مغنى المحتاج للخطيب : لو غصب حرزا لم يقطع مالكه بسرقة ما أحرزه الغاصب فيه جزما ، لان لـــه الدخول والهجوم عليه فلا يكون محرزا عنه ، وصاحب المتاع ظالم (١)· وجاء فى المغنى لابن قدامة : ان غصب بيتا فأحرز فيه ماله فسرقه منه المغصوب منه فلا قطع عليه ، لانه لا حكم بحرزه اذ كان معتديا به ظالما فيه (٢) ·

غير ان الامر يدق بالنسبة الى الاجنبى اذا سرق مال الغاصب من الحرز الذى اغتصبه ، فهل يعامل الاجنبى معاملة صاحب الحرز فلا يقطع ، عـــلى أساس أن الحرز لا يصلح حرزا لمال الغاصب على الاطلاق ، أو يصح الحرز

= الذى يستعير العارية فيجحدها انه ليس عليه قطع ، وانما مثل ذلك مثل رجل كان له على رجل دين فجحده ذلك فليس عليـــه فيما جحده قطع . موطأ الامام مالك وشرحه تنوير الحوالك . ط البابى الحلبى ١٣٧٠ ـ ١٩٥١ جـ٢ ص ١٧٧ . وقـــال ابن رشد : رد الجمهور حديث عائشة لانه مخالف للاصول ، وقالوا : وفى الحديث حذف وهو أنها سرقت مع انها جحدت . ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : انما أهلك من كان قبلكم الخ . وروى هذا الحديث عن الليث بن سعد ، وفيه أن المخزومية سرقت ، وهذا يدل على أنها فعلت الامرين جميعا : الجحد والسرقة . بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٦ .

(١) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٧٠ ، الوجيز للغزالى جـ ٢ ص ١٧٤ .

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٢٥٧ ، الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٧٥ .

بالنسبة لمن عدا صاحبه الشرعى فيقطع السارق منه ؟ مذهب الحنابلة أن حكم الاجنبى فى هذه الحالة كحكم المغصوب منه ، لانه لا يعتد بحرز الغاصب أصلا لتعديه وظلمه (١) · وفى المذهب الشافعى قولان أصحهما عدم القطع · قال الخطيب : لا يقطع الاجنبى فى الاصح ، لان الاحراز من المنافع ، والغاصب لا يستحقها ، والرأى الثـــانى يقطع ، اذ لا حق للاجنبى فيـــه وليس له الدخول (٢) ·

وعرض الشرعيون لفرض آخر لا يبلغ الامر فيه بصاحب المال حـــد اغتصاب الحرز جهرا أو علانية ، ولكنه مع ذلك يضع ماله فيه دون عـــلم صاحبه أو بغير رضاه · ولا يختلف حكم هذه الحالة عن حكم الحالة السابقة، لان الفعل فى الحالين اغتصاب ، ولهذا سوى الفقهاء فى الحكم بينهما (٣) ·

ب ـ المنتفع بالحرز وليس مالكه :

اذا آلت منفعة الحرز بطريق معتبر الى غير مالكه أصبح الحرز حرزا فى حق غير المنتفع ومنهم المالك نفسه ، فليس له الحق فى دخول الحرز بوصفه مالكا ، لان الاحراز ليس من توابع الملكية ذاتها ، وانما الاحراز من المنافع ، فحيث تثبت المنفعة لشخص يثبت الحرز له · ويقول فقهاء المالكية فى ذلـــك : غير الساكن اجنبى ولو شريكا فى الذات ـ أى ذات الحرز ـ اذا كان لا يدخل الا باذن ، فاذا سرق من الحرز قطع (٤) ·

---

(١) المرجعان والموضعان السابقان .

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٠ ، الوجيز للغزالى ج ٢ ص ١٧٤ .

(٣) جاء فى مغنى المحتاج للخطيب الشافعى: لو وضع متاعه بدار غيره من غير علمه ورضاه، هل يقطع سارقه ؟ قيل لا يقطع ، لان الموضع لا يكون حرزا فى حقه وان كان فى نفســه حرزا . وقيل يقطع ، لان الحرز يرجع الى صون المتاع وهو موجود هنا . وقال الحناطى فى فتاويه : والثانى ـ يريد القطع ـ اشبه بالحق عندى . غير أن الخطيب يرجح الوجه الاول لانه داخل فى قول النووى : لو غصب حرزا لم يقطع مالكه ولا الاجنبى بسرقة ما فيه . مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٧١ .

(٤) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٩ .

وعلى ذلكيقطع المالك اذا أجر داره ثم سرق منها مال المستأجر ، لان المنافع بعقد الايجار تستحق للمستأجر ، والاحراز من المنافع ، وقد هتك المؤجر حرزا وسرق منه نصابا فأشبه ما لو سرق من ملك المستأجر · وهذا رأى الشافعية والحنابلة ، وبه قال ابو حنيفة، وخالفه صاحباه فقالا: لا قطع عليه ، لان المنفعة تحدث فى ملك المؤجر ثم تنتقل الى المستأجر (١) · ويشترط الشافعية لقطع المؤجر أن يكون عقد الايجار صحيحا ، وأن تقع السرقة فى فترة سريانه ، وأن يكون المستأجر ملتزما شروطه · فان كان العقد باطلا أو وقعت السرقة بعد انقضاء مدته ، أو كان المستأجر قد وضع فى العين مالا يجوز له وضعه فيها بمقتضى الاتفاق أو العرف ، فلا قطع على المؤجر اذا سرق مما فيها (٢) ·

وحكم المعير قريب من حكم المؤجر · فمن اعار لغيره دارا ثم سرق منها مال المستعير قطع · وهذا رأى الحنابلة · وقال ابو حنيفة : لا قطع عليه ، لان المنفعة ملك له ، فما هتك حرز غيره ، ولان له الرجوع متى شاء ، وهذا يكون رجوعا · ويرى الحنابلة ان هذا غير صحيح ، فالعين بالاعارة صارت حرزا لمال الغير ، فلا يجوز للمعير الدخول اليها بغير اذن ، وانما يجوز له الرجوع فى العارية والمطالبة بالرد (٣) · وفى المذهب الشافعى قولان: أحدهما كقول الحنابلة ، سواء كانت العارية لازمة أو جائزة (٤) · غير ان الشافعية يشترطون للقطع ألا تكون مدة العارية قد انقضت ان كانت لازمة ، وألا يكون

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٨٢ ، المغنى ج ١٠ ، ص ٢٥٦ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٨٤ و ٢٨٥ ، المبسوط ج ٩ ص ١٧٩ — ١٨٠ ·

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٠ ·

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٦ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٨٤ و ٢٨٥ ·

(٤) تكون العارية لازمة اذا اتفق العاقدان على تحديد مدة لها او اذا أمكن تحديد هذه المدة بالنظر الى الغرض الذى يقصده العاقدان ، وفى هذه الحالة تنقضى المدة بانتهاء استعمال الشىء فيما أعير من أجله . وتكون جائزة اذا لم تحدد لها مدة وتعذر تحديد مدتها على النحو المتقدم . انظر المادتين ٦٣٥ و ٦٤٢ من القانون المدنى ·

المعير قد رجع بالقول وامتنع المستعير من الرد بعد التمكن ان كانت جائزة · والقول الثانى يقتصر على العارية الجائزة ، وفيها يمتنع القطع ولو لم يتقدم السرقة رجوع عن العارية · وهذا القول شبيه بقول الحنفية (١) ·

ولم يقصر فقهاء الشريعة الاحكام المتقدمة على الحرز بنفسه ، بل طبقوها كذلك على الحافظ وعلى ما يعتبر حرزا بالحافظ · ولهذا فالقطع بمنطقهم واجب على من أعار خادمه لحفظ مال غيره أو لرعى غنمه ثم سرق نصابا مما يحفظه الخادم·والقطع واجب كذلك علىمن أعار غيره ثوبا فارتداه ووضع فيه مالا فطر المعير جيب الثوب وأخذ المال (٢) ·

جـ ـ تعدد المنتفعين بالمكان :

لا فرق فى باب السرقة بين أن يكون المنتفعون مالكين أو غير مالكين أو خليطا من هؤلاء وهؤلاء · وفى سرقة بعضهم مال البعض تفصيل :

فان كانوا شركاء ينتفعون بالعين على السواء ولا يختص كل منهم بجزء منها ، فلا قطع عليهم اذا سرق بعضهم مال بعض من حرزهم المشترك ، لان لكل منهم حق الدخول الى كل جزء فى المكان ، فلا يكون المكان حرزا فى حقه· ومن قبيل ذلك المساكن المشتركة التى يستأجرها العمال والطلبة ، وثكنات الجنود، والغرف المشتركة فىالفنادق والسفن وأجنحة المرضى فى المستشفيات·

وان كانوا شركاء فى الانتفاع بالعين وكان لكل منهم فيها جزء مفرز يستقل به ويغلق عليه ، كان هذا الجزء حرزا فى حق الاجانب وحق الشركاء على السواء ، فأيهم سرق منه مالا لصاحبه قطع · ومن قبيل ذلك المنازل التى تقسم وحدات سكنية ـ أى شققا ـ وتؤجر لاشخاص مختلفين، فكل وحدة منها تعتبر حرزا فى ذاتها · والمسكن الواحد نفسه ـ أعنى الشقة ـ يمكن أن ينحل الى مجموعة أحراز ، وذلك اذا وزعت غرفه على أشخاص متعددين لكل منهم

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٦٠ ، الوجيز للغزالى جـ ٢ ص ١٧٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٨٢ .
(٢) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٧٠ .

غرفة خاصة · بل ان الغرفة الواحدة يمكن أن تشتمل على عدة أحراز اذا شغلها جملة أفراد وكان لكل منهم فيها صوان ذو غلق يحفظ فيـــه متاعه ، كالنازلين فى غرفة واحدة بفندق ، والرفقاء فى مقصورة واحـــدة بسفينة · ويتفق هذا الرأى مع مذهب الامام مالك ، فالقطع فيه واجب اذا سرق الشريك فى المسكن أو الزوج مالا لشريكه أو زوجة من محل محجور عليه (١) ·

غير انه يلاحظ فى هذا الصدد أمران : الاول أن انقسام الحرز الواحد الى جملة أحراز فرعية انما يكون بالنظر الى جماعـــة المنتفعين بالمكان دون غيرهم من عامة الناس · ولهذه الملاحظة أهمية خاصة تظهر عند البحث فى لحظة تمام الجريمة · فصاحب الحرز الفرعى يقطع بسرقة مال غيره بمجرد اخراجه المال من حرزه ولو كان لم يخرج المال بعد من حرزه العام أو لـــم يدخله فى حرزه الخاص · أما الاجنبى فلا يقطع حتى يخرج المال من الحرز العام كله (٢)· والأمر الثانى ان انقسام الحرز الواحد الى أحراز فرعية قد تتخلف عنه أجزاء مشتركة كحديقة الدار او ساحتها وسطحها· وهذه الاجزاء لا تكون حرزا فى حق المنتفعين ، ولكنها تبقى حرزا فى حق غيرهم · فاذا سرق بعض المنتفعين مالا مملوكا لغيره موضوعا فيها لم يقطع ، لانه أخذ المال من موضع له الحق فى دخوله ، أما اذا سرقه أجنبى فقطعه واجب ، لانه سرق مالا لغيره من حرز معتبر فى حقه (٣) ·

---

(١) انظر بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٩ و ٤٥١ ، والخرشى ج ٨ ص ١١٨ و ١١٩ وحاشيه العدوى عليه، انظر كذلك حاشية الدسوقى ج٤ ص ٣٣٩ و ٣٤٠ والشرح الكبير للدردير فى هامش الدسوقى. ويحدد الدردير معنى الحجر ـ ضبطا للمسألة ـ فيقول: والحجر انما يعتبر بغلق لا بمجرد منع بكلام، فلو سرق مما يحجر عنه ـ بهذا المعنى ـ لم يقطع لانه خائن لا ســارق ·

(٢) والمسألة مع ذلك محل خلاف فى الفقه ، فالشافعية ورأى عند المالكية على انه لايقطع حتى يخرج المال من حرزه العام ، والحنفية ورأى عند المالكية على انه يقطع اذا أخرج المال من حرزه الخاص ولو لم يتجاوز به حدود الحرز العام . مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٤ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ ·

(٣) موطأ الامـــام مالك وشرحه تنوير الحـــوالك ج ٢ ص ١٧٥ ، تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٧٠ التاج والاكليل ج ٦ ص ٣٠٨ ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٣٣٩ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ ·

حجة على واضعى القانون لا حجة لهم، وهو لا يستقيم مع التعليل الاول بحال، لأن «عدم كمال اركان السرقة»لا يعتبر شبهة مانعة من القطع، ولكنه خلل فى أركانها يمنع من قيامها أصلا · وليس صحيحا ما قررته المذكرة الايضاحية من ان الجانى «يعفى» من القطع «لسقوطه» عنه ، لان «العفو» يعنى ان الجانى كان جديرا بالعقاب ، و «السقوط» بدوره يفترض سبق ثبوت الحد ، وكـــلا الامرين غير صحيح فى حالة الاذن ، فالسرقة الموجبـــة للحد لم تقع أصلا ، والقطع لم يجب ابتداء ·

شكل الاذن :

لا يختلف جوهر الاذن باختلاف شكله ، ولهذا يصح الاذن سواء كان صريحا أو ضمنيا · والاذن الصريح دعوة مباشرة ـ بالقول أو بالفعل ـ أو هو تصريح مباشر للغير بدخول الحرز · أما الاذن الضمنى فيستنتج من أى واقعة يسوغ معها القول بقيامه عقلا · من ذلك تخصيص المكان ـ سواء كان مملوكا ملكية عامة أو خاصة ـ لغرض معين لا يمكن تحقيقه الا بالسماح للغير بدخوله ، كالجامعات والمدارس والمستشفيات والمساجد والمعارض ودور القضاء ومحال التجارة · فهذا التخصيص واقعة تفيد ضمنا وبحكم اللـزوم العقلى الاذن للغير بدخول المكان · ويستنتج الاذن الضمنى كذلك مـن وجود علاقة وثيقة بين صاحب الحـــرز وغيره ، كعلاقة الابوة والبنـــوة والاخوة والمصاهرة والصداقة الوطيدة · فقد جرى العرف على أن الاقارب الادنين والاصدقاء الحميمين يدخلون بيوت بعضهم من غير اذن ، ولا يمنعون من ذلك الا بالنسبة لاجزاء معينة من البيت أو فى أحوال معينة · فكأن الاذن بينهـــم مفترض ضمنا والاستثناء اشتراطه ·

صفة الآذن :

الاصل ان الاذن بدخول الحرز منوط بصاحبه ، لأن حرمـــة المنزل او المكان عموما انما تقررت من اجله · ولا يختلف الحكم ولو كان ما فى الحرز مملوكا لغيره · فالمدين الذى يأذن لغيره بأخذ مالـــه المرهون من حرز دائنه

المرتهن ، أى ماله المحجوز بأمر القضاء من حرز من نصب حارسا عليه ، لا يعتبر ذا صفة تخوله الاذن لهذا الغير بدخول المكان • واذا كان من أخذ المال لا يقطع فى هذه الحالة فما ذلك لخلل فى ذات الحرز ، بل لاعتبار آخر يتمثل فى رضا المالك (١) • ويثبت الحق فى الاذن بالدخول كذلك لمن يقيم مع صاحب الحرز وبخاصة أهله ، كالزوجة والابناء والابوين والاخوة ، وذلك فى حدود ما يجيزه العرف •

وقد يتدخل القانون نفسه فى بعض الاحوال فيأذن أو يفرض على فئات معينة من الناس دخول بعض الاماكن بغير اذن من أصحابها ، بل ورغم اعتراضهم الصريح ، وذلك لاعتبارات يقدر واضع القانون أنها أجدر بالرعاية من حقوق أصحاب تلك الاماكن • ومن هذا القبيل دخول المنازل فى فترات الاوبئة لعزل المرضى أو لتطعيم السكان جبرا عنهم أو لتنفيذ حكم قضائى أو للقبض على شخص داخل المنزل أو للتفتيش •

وقد تقوم الضرورة نفسها بمنح الاذن للغير بالدخول ، فتعمل عمل صاحب الحرز أو نص القانون ، لان الضرورات تبيح المحظورات • ويقع ذلك فى حالات كثيرة كالحريق والغرق والفرار من خطر داهم • وقد نصت المادة ٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه لا يجوز لرجال السلطة الدخول فى أى محل مسكون الا فى الاحوال المبينة فى القانون أو فى حالة طلب المساعدة من الداخل ، أو فى حالة الحريق أو الغرق أو ما شابه ذلك • ولا يقتصر امتناع القطع على الحالة التى يكون فيها الاذن صادرا عن صاحب الحرز وحده ، فهذا التخصيص ليس له ما يبرره ، لأن العبرة بصحة الاذن لا بصفة من أصدره • فالاذن يعنى الترخيص للغير بفعل أمر محظور ، وهذا المعنى يلازم الاذن ولا ينفك عنه مهما كانت صفة الآذن • وليس فى أقوال فقهاء الشريعة ولا فى عبارة القانون ما يعارض هذا الرأى ، بل ان صيغة البند الاول من المادة

---

(١) ولهذا يقطع الداخل لو سرق متاعا آخر غير المتاع الذى أذن له صاحبه فى أخذه لان دخوله الحرز كان بغير اذن فكان هتكا له .

الثالثة من القانون تعززه ، فهى تقرر عدم تطبيق الحد اذا حصلت السرقة من الاماكن العامة أثناء العمل فيها ـ وهذا اذن قانونى ـ أو من أى مكان آخر مأذون للجانى فى دخوله · ويلاحظ أن كلمة «مأذون» جاءت فى صيغة اسم المفعول ، وهو اشتقاق من البناء للمجهول · و «المأذون» لغة هو كل من يحمل اذنا بالدخول بغير تفريق بين آذن وآذن ·

وينبنى على ما تقدم أنه اذا دخل شخص حرزا فى حال من الاحوال الثلاثة المذكورة ثم سرق منه نصابا فانه لا يقطع ، لانه سرق المال من محل مأذون له فى دخوله (١) ·

نطاق الاذن :

للاذن حدان ، أحدهما شخصى والآخر عينى · ويراد بالحد الشخصى دائرة من يشملهم الاذن ، أما الحد العينى فيقصد به المجال المكانى الذى يشمله الاذن فى داخل الحرز · ولما كان الاذن لا يعمل عمله الا فى حدود نطاقه، فان بيان هذا النطاق يبدو أمرا بالغ الاهمية ، لانه يحدد المعالم الفاصلة بين سرقة توجب الحد وسرقة لا توجبه ·

أولا ـ الحد الشخصى :

يقتصر اثر الاذن على من يباح له دخول المكان دون سواه ، اذ يبقى

---

(١) ولا يقتصر الاذن على الحرز بنفسه ، ولكنه يرد كذلك على الحرز بالحافظ ، فقد يأذن الحافظ للغير بتفتيشه ، وقد يكون ذلك تطوعا من جانبه أو التزاما يفرضه عليه عقد من العقود ، أو عبئا يحمله به القانون . فقد تنص بعض العقود على التزام العاملين فى اماكن معينة بالخضوع للتفتيش الشخصى عند الدخول أو الخروج . ومن القوانين ما يوجب تفتيش أشخاص وأمتعة الراغبين فى تحقيق نتيجة معينة ، كالمسافرين من البلاد والقادمين اليها ، وكزوار السجون . وقد يفرض التفتيش على الشخص دون أن يسعى الى موجبه ، كما هو الشأن فى الاحوال التى تأمر فيها النيابة بتفتيش الشخص أو تفتيش أمتعته . ويسرى على السرقة فى كل ما تقدم ـ وهى سرقة من حرز بالحافظ ـ ما يسرى على السرقة من الحرز المكانى ، فلا قطع على السارق فى هذه ولا فى تلك لاختلال الحرز .

الحرز حرزا فى مواجهة غيره ، ويلزمه القطع اذا سرق منه نصابا · ويختلف نطاق الاذن سعة وضيقا بحسب الاحوال · ومن هذه الزاوية ينقسم الاذن الى عام وخاص ·

ويكون الاذن عاما حين تنبسط دائرته فتشمل الكافة دون تمييز · وذلك هو الشأن فى كثير من الاماكن العامة وفى الاماكن المفتوحة للجمهور ، ومن امثلتها مكاتب البريد والبرق ودور القضاء ومعاهد التعليم والاسواق والمساجد ، ومنها كذلك محال التجارة وحوانيت الحرفيين وعيادات الاطباء ومكاتب محررى العقود والمحاسبين والمهندسين ·

وقد عرضت المادة الثالثة من قانون السرقة والحرابة للسرقة من الاماكن العامة ومنعت فيها القطع ، ولكنها لم تفصح عن معنى «العموم» فى المكان · وهنا لا بد من وقفة لجلاء شبهة ، فالذهن يتجه عادة فى هذه الحال ـ وبحكم ما درج عليه الاصطلاح القانونى ـ الى صرف العموم فى النص الى عموم الملك، وهذا غير صحيح · فقد يكون المكان مملوكا ملكية عامة والدخول اليه محظورا الا على العاملين فيه ، وقد يكون مملوكا ملكية خاصة والدخول اليه مباح للكافة · والصحيح فى هذا المقام ان مناط العموم هو الاذن لا الملك · فيعتبر المكان عاما فى تطبيق المادة الثالثة كلما كان الاذن بدخوله عاما ولو كان مملوكا ملكية خاصة ، ويكون المكان خاصا كلما كان دخوله محظورا الا على قلة من الناس معينة بذاتها أو بصفاتها ولو كان مملوكا ملكية عامة · وعبارة المذكرة الايضاحية للقانون تعزز هذا الرأى ·

ولما كان المعول عليه فى تحديد صفة المكان هو الاذن ، فانه يتعين التسليم بأن المكان يمكن أن يكون عاما فى وقت وخاصا فى وقت آخر ، وذلك تبعا لقيام الاذن أو تخلفه (١) · فمن الاماكن ما يكون عاما فى النهار دون الليل أو العكس · وقد يكون المكان عاما فى ظرف وخاصا فى ظرف آخر· ولهذا

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٤٢ ·

فان تحديد وقت ارتكاب السرقة يعتبر أمرا بالغ الاهمية فى بعض الاحوال، اذ يتوقف عليه قطع السارق أو عدم قطعه ٠

ومن المالكية من يتشدد فلا يكتفى لامتناع القطع بمجرد الاذن ، بـــل يشترط كذلك أن يكون الجانى قد دخل المكان ابتداء لغرض مشروع ثم طرأت له فكرة السرقة من بعد ٠ أما اذا ساء قصده وقت دخوله بأن انصرفت نيته منذ البداية الى ارتكاب عمل غير مشروع ، فـــان الاذن يسقط بالنسبة اليه ويعود المكان حرزا عليه ، فان سرق منه نصابا قطع ٠ ذلك لان الاذن مرتبط بالغاية من دخول المكان ، ولا يعقل أن يؤذن لشخص بالدخول لارتكاب عمل غير مشروع ، فهو اذ دخل المكان بسوء قصد فقـــد دخله بغير اذن ٠ يقول الدسوقى فى حاشيته، اذا اعترف أنه لم يدخل الحمام الا للسرقة فقد اعترف انه لا اذن له فى الدخول ، فاندفع ما يقال ان المواضع المأذون فيها لكل أحد لم يفصلوا فى السرقة منها ، بل نفوا القطع مطلقا (١) ٠

وهذا الرأى على ما فيه من وجاهة ظاهرية هو فى تقديرنا محل نظر ، لانه لا يكفى لاعتبار المكان حرزا أن يمنع الغير من دخوله ، وانما ينبغى فضلا عن ذلك ـ بل وقبل ذلك ـ أن يكون هذا المكان على شىء من المنعة والحصانة يصد الغير عن دخوله الا باذن من صاحبه أو بانتهاكه ٠ فاما اذا كان المكان مأذونا فى دخوله للكافة ومفتوحا لكل راغب فى الدخول بغير قيد فانه لا يبقى حرزا فى حق أحد ، حتى ولا فى حق من دخل بقصد السرقة ٠ وليس يدحض هذا الرأى أن يقال ان الداخل بقصد السرقة قد سقط اذنه قبل دخوله ٠ فهذا القول مع تسليمنا بصحتـــه لا يغير من الأمر كثيرا ، لانـــه لا يكفى للقطع أن يكون السارق قد دخل المكان بغير اذن ، وانما يلزم كذلك أن يكون قد سرق من حرز ٠ والذى نراه ان سقوط الاذن فى حق فرد لا يقيم الحرز فى حقـــه بالضرورة ، بل ينبغى أن يعقب السقوط صد عن الدخول يتمثل فى اقامة حاجز أو تنصيب حارس ٠ فان وقف الامر عند سقوط الاذن فانه لا يكفى بمجرده

(١) حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٤٢ ٠

لايجاب القطع (١) ٠

أما الاذن الخاص فيقتصر على فـــرد أو على فئة من الناس معلومة بذواتها أو بصفاتها ٠ ومن هؤلاء اقارب صاحب الحـــرز وأصدقاؤه وخدمه وضيوفه ومن يستدعيهم من العمال أو المهنيين الى حرزه لبعض شأنه ٠ فمن سرق من هؤلاء من الحرز قدر نصاب لم يقطع ، أما غيرهم فيقطع ٠ ولا يحول دون اعتبار المكان خاصا فى باب السرقة ان يكون مملوكا ملكية عامة ، فقد قررنا أن عموم الملك لا يقتضى بالضرورة عموم الاذن، كما أن العكس صحيح٠ ويلاحظ فى هذا الصدد أيضا أن خصوص المكان ـ كعمومه ـ ليس وصفا ثابتا يلازمه ولا ينفك عنه ، فقد ينقلب الخاص عاما فى بعض الاوقات ثم يعود خاصا فى وقت آخر ، ولكل حال حكمها ٠

ثانيا ـ الحد العينى :

يقصد بهذا الحد مدى ما يبـــاح للمأذون دخوله من الحرز ٠ ويمكن تقسيم الاذن من هذه الزاوية الى مطلق ومقيد ٠ ويكـــون الاذن مطلقا حين يسمح للمأذون بدخول الحرز فى اى موضع شاء ، ويكون مقيدا حين يباح له الدخول فى موضع ويحجر عليه غيره ٠ وليس بين الفقهاء خـــلاف فى امتناع القطع اذا وقعت السرقة فى موضع شمله الاذن ، لان الجانى لما دخل باذن فسرق كان خائنا لا سارقا حقيقة (٢) ٠

غير ان الخلاف بين الفقهاء يثور حـــول مسالتين : الاولى عندما تقع السرقة من محل لم يشمله الاذن ، والثانية عندما تقع من محل شمله الاذن ولكن المال عند سرقته كان محرزا بالحافظ ٠

---

(١) وانظر تأييدا لذلك ما قرره الدردير فى سرقة الازواج، فهو لم يعتبر الحجر قائما بمجرد المنع من الاخذ بل اشترط الغلق . الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٠ .

(٢) حاشية الدسوقى والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٢ ؛ الخرشى وحاشية العدوى ج٨ ص ١٢٠ و ١٢١ .

أ ـ السرقة من موضع غير مأذون بدخوله :

مذهب الحنفية أن الحرز لا يتبعض بالاذن ، فمتى أذن لشخص بدخول حرز بطل الحرز كله فى حقه ولو اقتصر الاذن على بعضه. ومن تطبيقات ذلك عندهم أن الضيف لا يقطع اذا سرق ممن أضافه ، لان البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا فى دخوله ، ولانه بالاذن صار بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة . وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار ـ أى غرفها ـ التى أذن فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ، لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد . ولهذا اذا اخرج اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار كلها . واذا كان واحدا فبالاذن فى الدار يختل الحرز فى البيوت (١) .

أما الحنابلة فيقصرون حكم الاذن على محله ، ولا يرتبون عليه أثرا فيما تجاوزه . ولذلك يقطع الضيف عندهم اذا سرق من موضع محرز دونه (٢) . ويعلل ابن قدامة ذلك بأنه سرق مالا محرزا لا شبهة له فيه فلزمه القطع كالاجنبى . ويعترض على دعوى الحنفية ـ أن المضيف بسط ضيفه فى بيته وماله ـ بأنه أحرز هذا المال عنه ولم يبسطه فيه ، وأن تبسطه فى غيره لا يوجب تبسطه فيه ، كما لو تصدق على مسكين بصدقة أو أهدى الى صديقه هدية ، فانه لا يسقط عنه القطع بالسرقة من غير ما تصدق به عليه أو أهدى اليه (٣) .

أما المالكية فيقفون موقفا وسطا ، اذ يفرقون بين ذوى الاذن العام وذوى

---

(١) المبسوط جـ ٩ ص ١٥٠ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٤ .

(٢) وفى المذهب مع ذلك تفصيل لا يتصل بموضوع البحث. قال ابن قدامة: ان سرق الضيف من الموضع الذى أنزله فيه أو بموضع لم يحرزه عنه لم يقطع لانه لم يسرق من حرز . وان سرق من موضع محرز دونه نظرت : فان كان منعه قراه فسرق بقدره فلا قطع عليه أيضا ، وان لم يمنعه قراه فعليه القطع . وقد روى عن احمد أنه لا قطع على الضيف ، ويرى ابن قدامة أن هذا محمول على احدى الحالتين الاوليين . المغنى جـ ١٠ ص ٢٥٧ ، الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٧٤ .

(٣) المرجعان والموضعان السابقان .

الاذن الخاص · فالدار المأذون فى دخولها لكل الناس ـ كدار العالم ودار الطبيب وما اشبه ذلك ـ اذا سرق شخص من بيوتها المحجورة عليه نصابا فانه يقطع · أما اذا كان الاذن خاصا كالرجل يضيف الضيف فيدخله داره ، أو يبعث الرجل الى داره ليأتيه من بعض بيوتها بمتاعه فاختلف اذا سرق الضيف أو الرجل المبعوث من بيت مغلق قد حجر عليه دخوله على قولين · وقول المدونة أنه لا يقطع وان خرج بما سرق من جميع الدار لانه خائن وليس بسارق (١) · فكأن المالكية يوافقون الحنفية فى عـــدم تبعض الاذن اذا كان خاصا ، ويوافقون الحنابلة فى تبعضه اذا كان عاما ·

ب ـ السرقة من موضع مأذون بدخوله والمال محرز بحافظ :

صور هذا الفرض عديدة : منها أن يذهب الرجل الى المسجد للصـــلاة فيضع ماله بجواره ويصلى، فينتهز أحد اللصوص فرصة استغراقه فى الصلاة ويسرق ماله ، ومنها أن يدخل الشخص محلا تجاريا ويقصد الصراف لبعض شأنه ثم يغافله فيسرق من النقد الذى أمامه قدر نصاب ، ومنها أن يستقبل الرجل الرجل فى بيته ويجلس اليه فى غرفة الاستقبال فيغافل الضيف رب البيت فيسرق مما حوله من المتاع ما يساوى نصابا · وقد عرضنا من قبل لهـــذه المسألة وبسطنا وجه الخلاف فيها بين الحنفية والجمهور فنحيل فى شأنها الى

---

(١) المدونة جـ ١٦ ص ٢٧٢ ، الخرشى جـ ٨ ص ١٢٠ و ١٢١ ، التـاج والاكليـل جـ ٦ ص ٣١٠ . وقد لاحظ المالكية ما فى القول بامتناع قطع الضيف والمبعوث من مخالفـة لرأيهم فى سرقة الازواج والشركاء ، فهؤلاء يقطعون اذا سرقوا من محل محجور عليهم . وعلل العدوى فى حاشيته ذلك بقوله: وفرق بينه وبين قطع أحد الزوجين فيما حجر عنه أنهما قصد كل منهما الحجر عن صاحبه بخصوصه ، وما قصد بالخصوص أشد مما قصد بالعموم ، بخلاف الضيف فانه لم يقصد الحجر عنه بخصوصه . وفرق بينه وبين مسألة الشركاء بأن الداخل فيها ليـس باذن المسروق منـه ، بل بمـا له من الشركة بخـلاف الضيف . انظر العدوى بهامش الخرشى جـ ٨ ص ١٢٦ . واذن فالمسألة عند المالكيـة تؤول الى تحرى قصد الاذن . وهذا الضابط واضح ولكنهم لم يلتزموه فى المبعوث .

ما تقدم (١) ٠

حكم القانون فى المسالتين :

عرض قانون السرقة والحرابة لوضوع الاذن فى البند الاول من المادة الثالثة ونص فيه على ما يأتى : « لا يطبق حـــد السرقة ٠٠٠ اذا حصلت السرقة من الاماكن العامة أثناء العمل فيها أو أى مكان آخر مأذون للجانى فى دخوله ولم يكن المسروق محرزا » ٠ وظاهر أن امتناع القطع فى حـــالة الاذن مشروط دائما بكون المال غير محرز ، فان كان محرزا بالحافظ وجب القطع ولو كان المكان مأذونا فى دخوله ٠ وهذا يعنى ان القانون قد اطرح رأى الحنفية ٠

غير ان صيغة النص مع ذلك تقبل التأويل٠ فقد يمكن القول بأن الشرط ينصرف فحسب الى الاماكن الخاصة المأذون فى دخولها دون الاماكن العامة، لان الاماكن الخاصة ذكرت فى النص آخرا وتعلق الشرط بها مباشرة٠ومؤدى ذلك ان السرقة من محل الاذن العام لا قطع فيها مطلقـــا ، سواء كان المال المسروق محرزا فى داخل المكان او غير محرز ، وانما يقتصر القطع على سرقة المال من حرز فى داخل محل الاذن الخاص ٠

أما المذكرة الايضاحية للنص فقد صيغت بطريقة تفتح الباب لاحتمال ثالث ، فقد فرقت عبارتها بين السرقة من محل الاذن العام والسرقة من محل الاذن الخاص٠ اذ قررت أن القطع يمتنع اذا كان المكان عاما مفتوحا للجمهور ولا حافظ للمال ، أو مكانا خاصا وأذن بالدخول فيه والمال غير محـــرز عن الجانى ٠ ومفاد ذلك أن السرقة من مكان عام لا قطع فيها الا أن يكون المال محرزا بالحافظ ، فاذا كان المسروق محرزا بالمكان ـ كحجرة مغلقة أو خزانة مقفلة فى داخل المكان العام ـ فـــان عبارة المذكرة الايضاحية توحى بامتناع القطع فيه ٠

---

(١) انظر ما تقـدم ص ٢٢٤/٥٣ وما بعدهـا .

ويبدو لنا من استعراض الآراء الثـــلاثة أن أضعفها هو الرأى الذى يستنتج من عبارة المذكرة الايضاحية ، فهو رأى فريد لم يسبق اليه فقيه فيما نعلم · وهو فضلا عن ذلك يفرق بين الحرز بالمكان والحرز بالحافظ لغير علة مفهومة · والرأى الثانى مرفوض بدوره ، فليس له من الفقه الشرعى سند · ويلاحظ ان فيه قلبا لرأى المالكية دون علة واضحة . بـــل على خلاف علتهم الواضحة · فمظنة الاذن عند احراز المال فى داخل المكان العام أبعد من مظنته عند أحرازه فى داخل المكان الخاص · واذا كان هناك ما يوجب التفرقة فى الحكم بين المكانين ، فأولى أن يكون امتناع القطع مقصورا على الحالة التى تقع فيها السرقة من موضع محجور على ذى الاذن الخاص · وأخيرا فـــان عبارة القانون لا تفضى الى هذا الرأى بالضرورة ، وانما هى تسمح بالتسوية فى الحكم بين السرقة من محل الاذن العام والسرقة من محل الاذن الخاص من حيث وجوب القطع فى الحالين اذا كان المسروق محرزا · وذلك هـــو الرأى الصحيح عندنا ، فالقانون يشترط لامتناع القطع عند قيام الاذن ألا يكون المال محرزا ، سواء وقعت السرقة من مكان عام مفتوح للجمهور أو من مكان خاص مأذون فى دخوله ، وسواء كان المال محرزا بالمكان أو بالحافظ ·

ثانيا ـ ابطال الحرز بفعل الغير :

قد يبطل الحرز ـ سواء كان حرزا بالمكان أو بالحافظ ـ لسبب لا شأن للجانى به ، ولكنه يغتنم الفرصة فيستولى على المال · ومن هذا القبيل أن يغفل صاحب الحرز اغلاق المكان ، أو ينصرف الحارس بعيدا عن المال ، أو ينشغل عن حراسته على نحو يخل بحرزه · ومن قبيل ذلك أيضا أن يبطل الحرز شخص آخر ، سواء فعل ذلك قاصدا السرقة ثم لم يتمها ، أو فعله نكاية فى صاحب المال لمجرد الرغبة فى اتلاف حرزه أو تعريض ماله للضياع ، كـأن يحطم نافذة منزله أو يفتح بابه بمفتاح مصطنع، أو يفقد الحارس وعيه بمخدر أو مسكر ، أو يوثقه ويكمم فمه ، ثم يأتى السارق ـ وليس بينه وبين من هتك الحرز اتفاق ـ فيجد المال سهل المنال فيأخذه · وقد يبطل الحرز بفعل حيوان أو نتيجة ظرف من الظروف الطبيعية كريح قوية أو نحو ذلك ·

ولا جدال فى أن ابطال الحرز على يد صاحبه يحول دون قطع السارق لاختلال شرط من شروط السرقة ، وهـــو وجوب أن يكون المال عند السرقة محرزا · أما ابطال الحرز لسبب لا يرجع الى صاحبه ولا للسارق فقد يثير بعض التردد ، نظرا لان رب المتاع لم يدخر وسعا فى صون متاعه ، فهـو لا يعتبر مضيعا اياه ، ومن ثم فمنطق العدالة يقتضى حمـــايته ويوجب قطع السارق · غير أن هذا الاعتبار يقابله اعتبار آخر هو أولى بالرعاية والترجيح· ويقوم هذا الاعتبار على أساس النظر الى الجانى نفسه والى طبيعة السرقة ذاتها · فالسارق هو من يأخذ المال من حرز ، فاذا كان الحرز مختلا وقت السرقة خرج الفعل عن أن يكون سرقة شرعا ، سواء كان الاختلال راجعا الى فعل صاحب الحرز أو غيره ما دام سارق المال لم يسهم فى ذلك ·

وعلى هذا الرأى جمهور الفقهاء · فالمالكية يقررون أنه لو نقب شخص وأخرج غيره ، وانفرد كل واحد منهما بفعله دون اتفاق بينهما فلا قطع على واحد منهما (١) ·

سادسا ـ بلوغ المال المسروق نصابا :

أخذ القانون بشرط النصاب فى السرقة المعاقب عليها حـــدا ، فنص فى المادة الاولى على أنه يشترط ألا تقل قيمة المال المسروق عن عشرة دينارات ليبية وقت حدوث السرقة ·

السند الشرعى للنصاب :

جمهور الفقهاء على ان النصاب شرط لازم ، فلا قطـــع فيما دونه ، وليس على الجانى سوى التعزير · وخالفت طائفة من العلماء عن هـــذا الرأى ، فقد حكى عن الحسن البصرى وداود الظـــاهرى والخوارج وبعض المتكلمين أن النصاب غير لازم ، وأن القطع يثبت فى الكثير وفى القليل ·

---

(١) التاج والاكليل ج ٦ ص ٣١٢ ·

واستـدل منكرو النصاب بعموم قـوله تعالى : والسـارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ، وذهبوا الى أنه ليس فى اسم السرقة ما يدل على النصاب فكان اشتراطه زيادة على النص ، وذلك يعدل النسخ · واستدلوا كذلك بما روى عن ابى هريرة عن رسول الله صلى الله عليـــه وسلم انه قال : لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده ، واستنتجوا من ذلك أن القطع واجب فى كل سرقة ، قل المسروق أو كثر ، لان القطع فى الحديث شمل سرقة الحبل والبيضة ، وليس لاى منهما قيمة تذكر ·

واستدل الجمهور على وجوب النصاب بدلالة النص ، وبجمـــلة من الاحاديث الصحيحة ، وأخيرا باجماع الصحابة ·

فأما دلالة النص فلأن الله أوجب القطع على السارق والسارقة، وهذان اللفظان مشتقان من معنى وهو السرقة، وهو اسم للأخذ على سبيل الاستخفاء ومسارقة الاعين · وانما تقع الحاجة فى الاستخفاء فيما له خطر ، فكان ايجاب القطع على السارق اشتراطا للنصاب دلالة (١) · وقيـــل أيضا ان فى اسم السرقة ما ينبىء عن صفة الاحراز ، فصار كون المال محرزا شرطا بالنص· والاحراز انما يتم فى المال الخطير دون الحقير ، فالقليـــل لا يقصد الانسان احرازه عادة (٢) ·

واما الحديث فقد روت كتب الصحاح عن عائشة رضى الله عنهـــا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقطع يد السارق فى ربع دينار فصاعدا · وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن ، قيل لعائشة ما ثمن المجن ؟ قالت : ربع دينار (٣) ·

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٧ ، فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٠ ·

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٧ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٣٦ ·

(٢) نيل الاوطار للشوكانى جـ ٧ ص ١٣١ · والمجن بكسر الميم وفتح الجيم وتشديد النون هو الترس ، وهو من آلة الحرب ، وبه يتقى القاتل ضربات العدو حتى لا يبلغ السيف منه مقتلا .

واما الاجماع فان الصحابة ـ وعامة الفقهاء من بعدهم ـ اجمعوا على اعتبار النصاب ، وانما جرى الاختلاف بينهم فى تقديره · والاختلاف فى التقدير اجماع على ان أصل النصاب شرط (١) ·

أما ما رواه ابو هريرة فليس موضع قبول من الجمهور · وعندهم ان الحديث غير ثابت او منسوخ ، وهو ـ حتى مع التسليم بصحته ـ قابل للتأويل (٢) ·

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور فاشترط النصاب لقوة سنده ، ولان اشتراطه ـ فضلا عن ذلك ـ ضرب من التيسير ·

مقدار النصاب :

لم يختلف الفقهاء فى أمر من امور السرقة كما اختلفوا فى نصابها ، فلهم فى ذلك اقوال كثيرة ذكر الشوكانى عشرة منها ، وختم الحديث عنها بقوله : هذه جملة المذاهب المذكورة فى المسألة ، وقد جعلها فى الفتح عشرين مذهبا (٣) ·

ويدور الخلاف فى هذا الموضوع حول نقطتين : الاولى وحدة النقد التى

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ·

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٠ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ · ويرى الفقهاء ان هذا الحديث خرج مخرج التحذير بالقليل عن الكثير مبالغة فى التنفير من السرقة ، وجعل مالا قطع فيه بمنزلة ما فيه القطع ، كما جاء فى معرض الترغيب بالقليل مجرى الكثير فى حديث : من بنى لله مسجدا ولو مثل مفحص قطاة (حيث تفرخ من الارض) بنى الله له بيتا فى الجنة ، وفى حديث : تصدق ولو بظلف محرق ، مع ان مفحص القطاة لا يكون مسجدا ، والظلف المحرق لا ثواب فى التصدق به لعدم نفعه . وقيل ان ذلك مجاز من وجه آخر ، لان السارق اذا ابتدأ بسرقة القليل آل الى سرقة الكثير فقطعت يده . ومن وجوه التأويل أيضا ما قاله الاعمش وذكره البخارى فى آخر الحديث : كانوا يرون أنه بيض الحديد ، والحبل كانوا يرون ان منها ما يساوى دراهم ، قال القرطبى : كحبال السفينة وشبه ذلك . انظر تفسير القرطبى جـ ٦ ص ١٦١ و ١٦٢ ونيل الاوطار للشوكانى جـ ٧ ص ١٣٣ و ١٣٤ ·

(٣) نيل الاوطار جـ ٧ ص ١٣٤ ·

يقدر النصاب بها ، والثانية مقدارها · فأما النقطة الاولى فالفقه متردد فيها بين الدرهم والدينار · فمن الفقهاء من يعتد بالدرهم، ومنهم من يعتد بالدينار، ومنهم من يجمع بين الاثنين ، ولكل فريق حججه · وأما النقطة الثانية فقد اختلفت فيها الآراء اختلافا كبيرا · ويتراوح النصاب بين درهم واحد واربعين درهما عند من جعلوا الدرهم أساس التقدير ، كما يتراوح بين ربع دينار وأربعة دنانير عند من اعتدوا بالدينار وحده أو جمعوا بينه وبين الدرهم (١)·

والمشهور فى مذهب الامام مالك أن نصاب السرقة ثلاثة دراهم أو ربع دينار · وسند هذا الرأى ما اتفق عليه من أن القطع على عهد الرسول (ص)

---

(١) جاء فى المحلى لابن حزم : اختلف الناس فى مقدار ما يجب فيه قطع السارق، فقالت طائفة : يقطع فى كل ماله قيمة ، قل او كثر . وقالت طائفة : اما من الذهب فلا تقطع اليد فيه الا فى ربع دينار فصاعدا ، واما من غير الذهب ففى كل ماله قيمة ، قلت أو كثرت . وقالت طائفة : لا تقطع اليد الا فى درهم أو ما يساوى درهما فصاعدا . وقالت طائفة : لا تقطع اليد الا فى درهمين أو ما يساوى درهمين فصاعدا . وقالت طائفة أما من الذهب فلا تقطع اليد الا فى ربع دينار فصاعدا، وأما من غير الذهب فلا تقطع الا فيما قيمته ثلاثة دراهم ، فان ساوى ربع دينار أو نصف دينار فأكثر ولم يساو ـ لرخص الذهب ـ ثلاثة دراهم فلا تقطع اليد فيه ، وان ساوى ثلاثة دراهم ولم يساو عشر دينار لغلاء الذهب فلا قطع فيه . وقالت طائفة : أما من الذهب فلا تقطع اليد فى أقل من ربع دينار ، وأما من غير الذهب نكل ما يساوى ربع دينار فصاعدا ففيه القطع ، فان ساوى عشرة دراهم أو أكثر أو أقل ولا يساوى ربع دينار لغلاء الذهب، أو ساوى ربع دينار ولم يساو نصف درهم لرخص الذهب فالقطع فى كل ذلك. وقالت طائفة: أما من الذهب فلا قطع فى أقل من ربع دينار ، وأما من غير الذهب فان ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم ، أو ساوى ثلاثة دراهم ولم يساو ربع دينار قطع فى كل ذلك ، وان لم يساو ربع دينار ولا ثلاثة دراهم فلا قطع فيه . وقالت طائفة : لا تقطع اليد الا فى أربعة دراهم أو ما يساويها فصاعدا . وقالت طائفة : لا تقطع الا فى خمسة دراهم او ما يساويها فصاعدا . وقالت طائفة : لا تقطع الا فى دينار ذهب أو ما يساويه فصاعدا . وقالت طائفة : لا تقطع الا فى دينار ذهب او عشرة دراهم أو ما يساوى أحد العددين فصاعدا ، فان لم يساو لا دينارا ولا عشرة دراهم لم تقطع . وقالت طائفة : لا تقطع اليد الا فى عشرة دراهم مضروبة او ما يساويها فصاعدا ، ولا تقطع فى أقل . المحلى ج ١١ ص ٣٦٢ ·

ما كان الا فى ثمن المجن · واختلف فى ثمن المجن ، وعند الاختلاف فى القيمة يؤخذ بالاقل · وأقل ما نقل فيه ثلاثة دراهم · وكان الصرف على عهد الرسول (ص) اثنى عشر درهما بدينار ، وكان كذلك بعده ، فقد فرض عمر الدية على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، فثلاثة دراهم تكون ربع دينار ·

ومشهور المذهب أيضا أن الدراهم والدنانير كل منها أصل بنفسه · فلو سرق الجانى درهمين وكانا يعدلان ربع دينار لانحطاط الصرف لم يقطع ، لان الاصل ألا قطع فيما دون الثلاثة ·

واذا كان المسروق متاعا من جنس آخر غير الذهب والفضة فانه يقوم فى المشهور بالدرهم لا بالدينار · فاذا اختلفت القيمتان فلا قطع الا أن تبلغ قيمة المسروق ثلاثة دراهم (١) ·

وقد اطرح القانون مذهب الامام مالك فى مقدار النصاب وأخذ برأى لم يقل به مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة ، وانما هو رأى نقل عن أبى هريرة وابى سعيد الخدرى وابراهيم النخعى · ولم يكن انحياز القانون الى هذا الرأى ناشئا عن ترجيح دليله على دليل غيره ، ولكنه آثره لأنه اكثر الآراء تيسيرا ، فقد جعل نصاب السرقة أربعين درهما فدرأ القطع فيما دون ذلك · وقد اعترفت المذكرة الايضاحية بذلك فصرحت بأن القانون أخذ برأى أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى وابراهيم النخعى فحدد النصاب بأربعين درهما تنفيذا لمبدأ التيسير فى الحدود وامتثالا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فان كان له مخرج فخلوا سبيله ، فان الامام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة ·

وقد عرض الشوكانى هذا الرأى فى نيل الاوطار وعلق عليه قائلا: وهذا قول لا دليل عليه فيما أعلم · والصحيح انه ليس عاريا من الدليل تماما ، فقد

---

(١) تفسير القرطبى جـ ٦ ص ١٦٠ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٤٧ .

روى أن عائشة رضى الله عنها قالت : كانت اليـد لا تقطع فى عهد رسول الله (ص) فى الشىء التافه ، فكانت تقطع فى ثمن المجن ، وكان يومئذ ذا ثمن ، وهذا منها اشارة الى انه كان مالا خطيرا ، والخطير ما كـان مقدارا يعتبر لايجاب الزكاة فيه ، وأدنى ذلك الاربعون فى نصاب الشياه (١) ٠

وقررت المذكرة الايضاحية أن الاربعين درهما تساوى سبعة عشر جراما من الذهب الخالص او ما يعادل قيمتها من العملة الليبية،وقدرت ذلك فى الوقت الحاضر بعشرة دنانير ليبية بناء على رسالة من المصرف المركزى ٠ واختيار القانون موفق فيما نعتقد ، فهو محمول على رأى تناقلته كتب الفقه وان نازع البعض فى سنده ، وهو الى ذلك أحفظ للطرف فكان غير مستهجن (٢) ٠ ولو جعل القانون نصاب السرقة ثلاثة دراهم لوجب القطع فيما دون دينار ليبى ، وهذا من الناحية العملية يعنى ايجاب القطع فى كل سرقة تقريبا (٣) ٠

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للقانون ، وانظر كذلك المبسوط جـ ٩ ص ١٢٧ و ١٣٨ ، وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٧ ٠

(٢) ومن الباحثين من ينتقد مسلك التشريع بدعوى انه اعتمد على راى شاذ لا وزن له عند جمهور الفقهاء ، ويحبذ العدول عن هذا المسلك والاخذ بمذهب فى الفقه معتبر . انظر : عبد العزيز عامر، أحكام حد السرقة المرجع السابق ص ٥٠٤ـ٥٠٥ . ولا نرى محلا لهذا التشدد فى مسألة اختلفت فيها الآراء وتعددت حتى بلغت عدتها عشرين رأيا. ولا جناح على المشرع اذا كان قد راعى ظروف عصره وما اصاب قيمة النقد الحقيقية فيه من تدهور فمال الى التيسير على الناس فأخذ برأى قال به قوم أجلاء .

(٣) وقد لاحظ بعض فلاسفة المسلمين أن نصاب السرقة الموجبة للحد منخفض ، فأعلنوا استياءهم بطريقة غير مباشرة ومن هؤلاء أبو العلاء المعرى ، فقد غمت عليه حكمة التفرقة بين مقدار الدية التى تجب على من يقطع يده غيره وبين مقدار النصاب الذى يجب قطع اليد فى سرقته ، وحار فى تلمس السبب الذى من أجله تقطع اليد فى سرقة القليل ، فاذا اعتدى معتد فقطعها وديت بالكثير . ويؤثر عنه فى ذلك قوله :

يـد بخمس مئين عسجد وديت ما بالهـا قطعت فى ربـع دينار !

وأجابه القاضى عبد الوهاب المالكى بقوله :

وقاية النفس اغلاها ، وارخصها ذل الخيانة فافهم حكمة البارى

ويقول الخطيب فى مغنى المحتاج معقبا: وهذا جواب بديع مع اختصار، ومعناه أن اليد=

ويترتب على شرط النصاب انه اذا وقعت السرقة وتعذر على المحكمة تحديد مقدار المسروق أو أمكن ضبط المسروق لدى السارق وكانت قيمته عند الضبط دون النصاب ، ولم يعلم هل كان كذلك عند سرقته أو نقص بعدها ، فانه يمتنع قطع السارق (١) وذلك اعمالا لقاعدة اجرائية مقررة حاصلها أن الشك يفسر لمصلحة المتهم ٠

كمال النصاب موجب للقطع ولو تعدد المجنى عليهم :

يتعين القطع فى السرقة اذا بلغ المسروق نصابا ولو كان مملوكا لجماعة لا تبلغ حصة كل منهم فيه على انفراد عشرة دنانير٠ ذلك بأنه ليس من شروط السرقة أن يكون النصاب بأكمله مملوكا لشخص واحد ، وانما يكفى لوقوعها أن يكون النصاب مملوكا للغير ، سواء كان الغير فردا أو جماعـــة ٠ وهذا الرأى لا خلاف عليه عند فقهاء المالكية ٠ جاء فى حاشية الدسوقى : يشترط أن

= لو كانت تودى بما تقطع فيه لكثرت الجنايات على الأطراف لسهولة الغرم فى مقابلتها ، فغلظ الغرم حفاظا لها . مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٥٨ . والواقع أن المعرى لم يقصد الى المعنى الذى فهمه الخطيب ، فهو لم يكن يدعو الى بخس اليد عند ديتها بجعل مقدار الدية مساويا لنصاب القطع ، ولكنه كان يود أن لو ارتفع نصاب السرقة الموجبة للقطع الى مثل دية اليد ، وهى خمسمائة دينار . والذى لا شك فيه أن المغايرة بين مقدار دية اليد ونصاب السرقة الموجبة للقطع ليست مجردة من العلة كما تخيل المعرى ، فالدية جزاء على معصية هى قطع يد الغير بدون حق ، أما قطع اليد ـ حدا ـ فجزاء على معصية هى السرقة . فهنا جعل قطع اليد جزاء ، وهنالك كان قطعها معصية . وليس من الضرورى أن يكون نصاب قطع اليد فى السرقة مساويا لدية العدوان على اليد،ذلك بأن الموازنة بين المعصية والجزاء ليس من قبيل المعادلات الرياضية التى تتحكم فيها الارقام الصماء وحدها ، وانما هناك اعتبارات شتى تراعى عند تحديد الجزاء . والملاحظ أن الشريعة غلظت دية اليد حماية لاطراف الانسان ، وغلظت عقوبة السرقة حماية للمال . ولهذا قال ابن الجوزى ردا على المعرى : لما كانت ـ أى اليد ـ امينة كانت ثمينة ، فلما خانت هانت .

(١) انظر فى هذا المعنى كشاف القناع جـ ٦ ص ١٣٢ ، المغنى جـ ١٠ ص ٢٧٨ ، الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٥٢ .

يكون المتاع المسروق مملوكا لغير السارق ، سواء كان ذلك الغير واحدا أو متعددا ، فلا يشترط اتحاد المالك للنصاب (١) · وجاء فى مواهب الجليل : من سرق نصابا من مال مشترك بين جماعة وحصة كل واحد منهم دون النصاب فانه يقطع · قال فى المقدمات : لا اختلاف أحفظه فى سرقة الواحد ما يجب فيه القطع من الجماعة المشتركين أنه يقطع (٢) ·

وجود النصاب بأكمله فى حرز واحد شرط لازم :

توجب المادة الاولى من القانون أن يكون المال المسروق فى حرز مثله وألا تقل قيمته عن نصاب · ولو وقفنا عند ظاهر النص فقد تصح المجادلة فيما اذا كان من اللازم أن يوجد النصاب كله فى حرز واحد · غير أن المسألة عند فقهاء المالكية لا تحتمل خلافا ، فالرأى عندهم انه اذا سرق من حرزين قدر نصاب فلا قطع عليه ، سواء كان الحرزان لشخص واحد أو لاكثر ، وسواء كان المال لمالك واحد او لأكثر · ويروى ان مالكا سئل عن غرائر بالسوق مجتمعة فسرق رجل من كل غرارة شيئا حتى اجتمع له ما يقطع فى مثله ، فأفتى بأنه لا يقطع حتى يسرق من كل غرارة ما يجب فيه القطع، لأن كل غرارة حرز لما فيها · ويحكى أن الامير كان قد استفتى من حضر من العلماء فافتوا بالقطع ، وخالفهم مالك فرجعوا اليه ، وقيل ان هذه المسألة مما يعرف به فضل مالك (٣)

---

(١) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٥ · غير أن القطع يمتنع اذا كان بعض المال مما يمتنع القطع فيه والبعض الآخر مما يجوز فيه القطع ·

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٩ ، الخرشى ج ٨ ص ١١١ و ١١٥ ·

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٩ ، حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٨ · وهذا الشرط يضفى أهمية بالغة على تحديد ما اذا كان الحرز واحدا أو متعددا . فاذا دخل السارق دارا وتنقل بين غرفها فسرق من كل غرفة ما لا يبلغ نصابا ثم اكتمل له فى النهاية قدر نصاب قطع ، لان الدار كلها حرز واحد . أما اذا كانت الدار مشتركة بين جماعة لكل منهم غرفة فيها ، فسرق اللص من كل غرفة شيئا لا يكمل نصابا فلا قطع عليه ولو اجتمع له فى النهاية قدر نصاب ، لانه جمعها من عدة احراز لا من حرز واحد ·

الوقت الذى يعتد فيه بقيمة المسروق :

ينص القانون على أن العبرة فى تقدير قيمـــــة المسروق بوقت حدوث السرقة (م١/٣) · وهذا النص يجعل لتحديد وقت السرقة أهمية بالغـــة ، وعلى الاخص حين تكون قيمة المسروق عرضـــة للارتفاع والانخفاض (١) · ولذلك فانه يمتنع على المحكمة ان تقضى بالقطـــع قبل تمحيص هذه المسألة وتحديد وقت ارتكاب الجريمة · فان غم عليها الامر وعجزت عن تحديد هذا الوقت ، وكان من شأن ذلك اثارة الشك فى قيمة المسروق وقت سرقته ، فانه يتعين عليها تجنب الحكم بالقطع ، لان وجوب القطع ـ كما يقول الشرعيون ـ لا يثبت مع الشك فى شرطه ، ولان الاصل عدمه · وهـــذا المبدأ من الأصول الثابتة كذلك فى قانون الاجراءات الجنائية ، فمن المقرر فيه ان الشك يفسر فى صالح المتهم ·

ويتحدد وقت ارتكاب الجريمة باللحظـــة التى يتمكن فيها الجانى من اخراج المال من حرزه ·فهذه اللحظة وحدها هى التى يجب الوقوف عندها،ولا عبرة بما يسبقها ولا بما يتلوها ، فقد يساوى المال فى حرزه نصابا أو اكثر ثم يعرض له قبل اخراجه أو فى أثناء اخراجه ما يهبط بقيمته الى ما دون النصاب وفى هذه الحالة يمتنع القطع، سواء كان نقصان القيمة راجعا الى فعل الجانى نفسه أو الى فعل غيره · ولهذا يقرر الفقهاء أنـــــه لو كان المسروق شاة ـ قيمتها نصاب ـ فذبحها الجانى داخل الحرز أو كان ثوبا فشقه فيه ثم أخرج المسروق وقيمته بعد الذبح أو الشق دون النصاب فلا حد عليه (٢) ·

---

(١) وقد تكون قيمته عرضة للالغاء ، كأن يكون المسروق من الاموال التى يتحكم النظـــام القانونى فى تحديد قيمتها كأوراق النقد ثم يلغى القانون فئات معينة منها فتصبح عديمة القيمة، كما حدث فى مصر حين تقرر الغاء أوراق النقد من فئة الخمسين جنيها ومن فئة مائة الجنيه . فاذا سرق الجانى أوراقا من هذا القبيل كان لتحديد وقت ارتكاب الجريمة أهمية حاسمة .

(٢) وهذا الرأى متفق عليه عند المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية . غير ان الحنفية =

وكذلك يمتنع القطع اذا كانت قيمة المسروق وقت اخراجه من حرزه أقل من نصاب ثم بلغته أو تجاوزته بعد اخراجه بسبب ارتفاع سعره ق الاسواق · أما اذا كان المسروق يساوى نصابا عند اخراجه ثم انخفضت قيمته بعد ذلك نتيجة لهبوط سعره ق الاسواق فالقطع واجب · وهذا الرأى متفق عليه عند الائمة الثلاثة ، أما أبو حنيفة فيشترط للقطع أن تكون قيمة المسروق نصابا وقت اخراجه من حرزه وألا تقل عن ذلك حتى يوم القطع · وحجته أن النصاب شرط فتلزم استدامته حتى يتم القطع (١) · والمعتبر قانونا هو رأى الجمهور لانه متفق مع المشهور ق مذهب الامام مالك (٢) ·

= يردون امتناع القطع الى سبب آخر : فأما الذبيحة فلا قطع فيها لان اللحم عندهم لا يحد بسرقته ، وأما الثوب المشقوق فلا قطع فيه لان الخرق الفاحش يوجب القيمة على المتلف وتملك المال المضمون ، وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به . ولذلك لا يختلف الحكم عندهم ولو بلغت قيمة الثوب المشقوق عند الاخراج نصابا . انظر فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٦ · وجمهور الائمة يخالفون أبا حنيفة فى الحكم حين يبلغ المسروق عند اخراجه نصابا ، اذ يوجبون القطع اطلاقا . والخلاف على أى حال لا يتصل بشرط النصاب ولكنه يتعلق بشرط المالية أو بشرط الملكية ، وهو خارج عن نطاق البحث فى شرط النصاب .

(١) وفى قول الطحاوى : يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط . انظر فى راى الحنفية ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) سئل ابن القاسم : أرايت ان اخذ السارق وقيمة المتاع الذى أخرجه من الحرز ثلاثة دراهم وكان قيمته يوم أخرجه من الحرز درهمين ، أيقطعه أم لا فى قول مالك ؟ قال : قال مالك انما ينظر الى قيمة السرقة يوم سرقها ولا ينظر الى قيمتها بعد ذلك ، غلت أو رخصت. فان كانت قيمتها يوم أخرجها من حرزها ما يقطع فى مثله قطع، وان لم يكن فى قيمتها يوم أخرجها ما يقطع فى مثله لم يقطع . المدونة الكبرى ج ١٥ ص ١٨٢ـ، وانظر كذلك الشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٣٣٣ و ٣٣٤، حاشية الدسوقى ج٤ ص ٣٣٤، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٨ · وانظر فى المذهب الشافعى : مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٥٨ ، الام ج ٦ ص ١٣٤ ، وفى المذهب الحنبلى : كشاف القناع ج ٦ص ١٢٢ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٧٨ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٥٢ و ٢٥٣ · ويعترض ابن قدامة على رأى الحنفية بقوله ان النصاب شرط لوجوب القطع فلا تلزم استدامته كالحرز ، فلو زال الحرز او ملكه الجانى لم يسقط عنه القطع، لان سبب الوجوب السرقة ، =

المكان الذى يعتد به فى تقدير قيمة المسروق :

لعامل المكان فى بعض الاحيان تأثير على قيمة بعض الأموال · فهى قد ترتفع أو تنخفض تبعا لوجود المال فى هذا المكان او ذاك · والقاعدة انه يتعين على من يوكل اليه تقدير قيمة المسروق أن يتحرى قيمته فى محل سرقته · فلا يكفى لصحة الحكم بالقطع أن يدلل القاضى على أن قيمة المسروق فى الاسواق العالمية تساوى نصابا ، ولا أن يقرر أنها تساوى ذلك فى معظم أسواق الدولة· ولا يكفى كذلك أن يدلل على انها تساوى نصابا فى مكان المحاكمة اذا تبين أن الجانى قد حوكم فى مكان غير المكان الذى ارتكب فيه جريمته · وانما يجب لصحة الحكم بالقطع أن ينص فيه على أن قيمة المسروق عند حدوث السرقة كانت تساوى نصابا فى بلد سرقته · وهذا الرأى هو مذهب المالكية · وفائدة اعتبار القيمة ببلد السرقة ـ كما يقول الدسوقى ـ ان المسروق ان كانت قيمته فى هذا البلد نصابا وجب القطع ولو كانت قيمته أقل فى غير بلد السرقة · وان كانت قيمته فى بلد السرقة أقل من نصاب فلا قطع ، ولو كانت فى غيرها نصابا او اكثر (١) · اما الحنفية فلا يرون هذا الرأى ، وانما الرأى عندهم انه اذا سرق السارق فى بلد ما قيمته نصاب فأخذ فى أخرى وقيمة المسروق فيها أقل فانه لا يقطع (٢) · فكأنهم يشترطون لصحة القطع أن تكون قيمـــة المسروق نصابا فى مكان السرقة وفى مكان الضبط · وقياس قولهم أيضا أن يبلغ المسروق نصابا فى مكان المحاكمة وفى مكان القطع ، لأنهم يعتبرون النصاب شرطا تلزم استدامته حتى يتم القطع ·

ضوابط تقدير قيمة المسروق :

لا يعول فى تقدير قيمة المسروق الا على منفعته الشرعية · فان كانت

= فيعتبر النصاب حينئذ، ويقول البهوتى فى كشاف القناع أن العبرة بقيمة المسروق حال اخراجه من حرزه لانه وقت الوجوب .

(١) حاشـية الدسـوقى جـ ٤ ص ٢٣٤ .

(٢) فتح القـدير جـ ٤ ص ٢٢٣ .

منفعته غير مباحة أهدرت وتعين الوقوف عند مادته وحدها منظورا اليها فى ذاتها · ولهذا رأينا فقهاء الشريعة يحددون قيمـــة آلات اللهو عند سرقتها بمقدار ما تساويه مادتها على تقدير كسرها · فان ساوت على هذه الحـال نصابا وجب القطع والا فلا ·

واذا تعددت منافع المال المسروق وكان بعضها شرعيـــا والآخر غير شرعى كانت العبرة بالمنافع الشرعية وحدها · وفى ذلك يقول الخرشى : يشترط أن تكون المنفعة شرعية ، وأما غيرها فكالعدم · وينقل عن ابن عرفـة قوله : المعتمد فى المقوم منفعته المباحة ، فمن سرق حمامـــا عرف بالسبق او طائرا عرف بالاجابة اذا دعى فأحب الى ألا يراعى الا قيمته على انه ليس فيه ذلك، لان ذلك من اللعب والباطل · فأما ان كان معلما ليأتى بالاخبار لا اللعب، قوم على ما علم منه من الموضع الذى يبلغه وتبلغ المكاتبة اليه · وقال محمد : ان كان بازيا أو طيرا معلما فانه يقوم على ما هو عليه من التعليم لانه ليس من الباطل (١) ·

وينبغى عند تقدير قيمة المتاع المسروق ألا يخلط الخبير بين قيمة المسروق فى ذاته وبين مقدار الضرر الذى أصاب المجنى عليه بسبب سرقته ، اذ لا تلازم بالضرورة بين القيمتين ، بل غالبا ما يفوق الضرر قيمة المسروق · فمـن المتاع ما يتعلق به هوى المالك ولا يفرط فيه ولو عرض عليه أكثر من نصاب ، وقد يكون مع ذلك ضئيل القيمة فى ذاته بحيث لو عرض على غيره من الناس ما ساوى لديهم نصابا · ومن قبيل ذلك الاشياء التذكارية كالرسائـــل الخاصة وصور الأسرة وسائر المخلفات العائلية · فاذا سرق شىء من هذا المتاع فلا عبرة عند تحديد قيمته بتقدير المجنى عليه ، وانما العبرة بالقيمة الموضوعيـة للمتاع ، أى بما يساويه لو طرح للبيع فى الاسواق ، سواء وافقت هذه القيمة نظرة صاحبه أو خالفتها · واذا كان باستطاعة المجنى عليه أن يحصل مـن

---

(١) الخرشى ج ٨ ص ١١٣ و ١١٤ ، التاج والاكليل ج ٦ ص ٣٠٦ ·

الجانى على تعويض يجاوز هذه القيمة فذلك لان التعويض ليس جبرا للضرر المادى فحسب ، ولكنه جبر للضرر الادبى أيضا · وفى الامثلة التى ضربناها يتعاظم دور الضرر الادبى بطبيعة الحال ·

وليس معنى ما تقدم أن قيمة المسروق تساوى دائما مقدار الضرر المادى الذى لحق المجنى عليه من سرقة ماله · فهذه القيمة ليست الا عنصرا من عناصر هذا الضرر ، ولذلك فمن الممكن أن يزيد الضرر المادى عنها · ويضرب الشرعيون فى هذا الصدد مثلا فيه دقة وطرافة ، قالوا : لو سرق فرد خف قيمته منفردا درهمان ، وقيمته مع الآخر أربعة لم يقطع ، لانه لم يسرق نصابا ـ اذ النصاب عندهم ثلاثة دراهم ـ فلم يوجد الشرط (١) · ومعنى ذلك أنه لو كان الخف بأكمله يساوى ثمانية دراهم ، وكان الفرد الواحد منه لو بيع استقلالا لا يزيد على درهمين ، فلا قطع على سارقه ، بالرغم من ان الخسارة المادية التى تلحق صاحب الخف بسرقة فرد منه تبلغ ستة دراهم (٢) ·

وينبغى عند تقدير المسروق كذلك ألا يخلط بين قيمته وبين مقدار الفائدة التى عادت على الجانى من سرقته · فقد لا يساوى المسروق فى ذاته نصابا ، ولكنه يحقق للجانى كسبا يزيد على النصاب ، فلا يقطع السارق بسرقته ·

وحاصل ما تقدم أن تقدير المجنى عليه أو الجانى لا اعتداد به ، وانه لا اعتداد كذلك بمقدار الضرر الذى لحق المجنى عليه فعلا ولا النفع الذى أصاب الجانى ، وانما العبرة دائما بقيمة المسروق لو طرح للبيع فى الاسواق · والمراد بالسوق فى هذا الصدد تلك التى يجرى التعامل فيها فى حدود القانون· فاذا فرضت الدولة لسلعة من السلع ثمنا محددا وحظرت تجاوزه، فهذا الثمن هو الذى يتخذ أساسا للتقدير اذا وقعت السرقة على سلعة من تلك السلع ،

---

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٥٤ .

(٢) جاء فى كشاف القناع : أن سرق فرد خف قيمته منفردا درهم ومع الآخر أربعة لم يقطع لانه لم يسرق نصابا ، وان أتلفه ـ أى فرد الخف ـ لزمه ستة : درهمان قيمة التالف وأربعة أرش التفريق . كشاف القناع ج ٦ ص ١٣٢ .

حتى وان جرى البعض على التعامل فيها بالزيادة، لان نصاب القطع لا تحدده السوق السوداء ، وانما تحدده السوق التى تعترف بها الجماعة ممثلة فى الدولة ٠

تعقيب :

بعد الفراغ من اعداد هذا البحث وقبل تمام طباعته صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٥ م ونص فيه على ان يستعاض عن عبارة المشهور فى مذهب الامام مالك أينما وردت فى تشريعات الحدود ـ ومنها تشريع السرقة والحرابة ـ بعبارة المشهور من أيسر المذاهب ٠ وقد حرصت عند اعداد هذا البحث على تناول اغلب المسائل فى مختلف المذاهب ، وان كنت بطبيعة الحال قد أعطيت أهمية خاصة للفقه المالكى ٠ وسوف يؤدى التشريع الجديد الى نتائج مختلفة عما انتهيت اليه فى بعض المواضع ٠ ولم يتسع لى الوقت لاعادة كتابة البحث ، ومع ذلك فباستطاعة القارىء ـ فى مواطن الخلاف ـ أن يستخرج الرأى الذى يتمشى مع التشريع الجديد ، وذلك بتقديم المذهب الايسر ٠

"القذف"

المعاقب عليه ... هنا

الدكتور محمد سامى النبراوى

أستاذ القانون الجنائى المساعد

مبحث تمهيدى

القــذف بين الشريعة والقــانون

اهتمت الشريعة الاسلامية بصيانة الاعراض وعملت على توفير الحماية اللازمة لها • فنصت على عقاب كل من ينال منها بالاتهام الكاذب ، أو يعرض بها بغير حق • وذلك حتى تساعد على تكوين المجتمع الصـــالح وتقضى على الرذيلة فى شتى صورها • فتمنع الفاحشة من ان تشيع بكثرة الترامى بها ، وتحفظ للقيم الاخلاقية مكانتها الاصيلة •

والقذف فى الشريعة نوعان : الأول يعاقب عليه حدا • لانه يتضمن أعنف امتهان لشرف الانسان وعرضه حيث يتناول الرمى بالزنا او نفى النسب • والثانى يعاقب عليه تعزيرا وهو أقل درجة من النوع السابق • فمـــع كونه لا يتضمن الرمى بالزنا او نفى النسب،الا انه ينال من كرامة الانسان ويحط من اعتباره كالسب والعيب والاهانة •

وتتميز الشريعة بأنها لا تعاقب على القذف الا اذا عجز القاذف عن اثبات صحة ما رمى به ، لانها تحارب الكذب والافتراء • أما اذا تمكن القاذف مـــن اثبات صحة ذلك ، فان العقوبة تدرأ عنه ، لانه تكلم بالصدق ولم يدع بالباطل• لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهـــم ثمانين جلدة » •

وهذا على خلاف ما اخذ به القانون الوضعى ، حيث ان القاذف يعاقب أيضا وفقا لاحكامه ولو كان صادقا واستطاع أن يثبت صحة ما رمى به• وذلك لان فكرة العقاب فيه تهدف قبل كل شىء الى حماية الحياة الخاصة للافراد • بصرف النظر عن حقيقة ما دل عليه الفعل من انحراف أو فجور • فمحاربـــة الرزيلة والعمل على دعم الفضيلة ليس هو الهدف الاول من التجريم •

ونظرا للنتائج الخطيرة التى قد تترتب على الأخذ بهذا المبدأ على اطلاقه، رأى الشارع أن يستثنى من احكامه بعض الحالات مراعاة للمصلحة العامة ٠

فبعد أن نص فى المادة ٤٤٠ عقوبات على أنه لا يقبل من الفاعل فى حالتى السب والتشهير أن يقيم الدليل على صحة مـــا اسنده او على اشتهاره ليثبت براءته ، اجاز له اثبات صحة الاسناد فى أحوال معينة هى :

(١) اذا كان المعتدى عليه موظفا عموميا وكان ما اسند اليه متعلقـــا بممارسة واجباته ٠

(٢) اذا وقعت الجريمة ضد أحـــد المرشحين اثنـاء فترة الانتخابـات العامـة ٠

(٣) اذا كان الامر المسند الى المعتدى عليهموضوع اجراء جنائى قائم أو مزمع اتخاذه ضده ٠ وفى هذه الحالة يعفى الفاعل من العقوبة اذا ثبت صحة الاسناد او صدر حكم بأدانة المعتدى عليه ٠

كما انه من ناحية أخرى أباح السب والتشهير الذى يقـــع من الخصوم أمام السلطات القضائية أو الادارية اذا تعلق بموضـوع القضية أو الشكوى الادارية (المادة ٤٤٢ عقوبات) ٠ والذى يقع من الشخص وهو فى حالة غضب فور وقوع اعتداء ظالم عليه (المادة ٤٤٢ عقوبات) ٠

ولم تعرف الشريعة مثل هذه الاستثناءات أو التحفظات لأنهـا لا تحمى الكذابين ولا تفرق بين صدق وصدق ٠ فهى تحمى الفضيلة اينما وجدت ٠ وكل البشر امامها سواء أيا كانت اوضاعهم الاجتماعية أو المراكز التى يشغلونها ٠

وقد استلزم القانون لقيام جريمة القذف ان يكون الفعل قد تم فى حضور المجنى عليه ، أو ارتكب عن طريق البرق أو التليفون أو المحـــررات أو الرسوم الموجهة للشخص المعتدى عليه (المادة ٤٣٨ عقوبات) ٠

وفى جريمة التشهير ان يتم ذلك لدى عدة اشخاص أو عن طريق الصحف أو غيرها من طرق العلانية (المادة ٤٣٩ عقوبات) ٠

أما الشريعة فأنها لا تشترط شيئا من ذلك · فتقوم جريمة القذف ولو تم الرمى فى غير حضور المجنى عليه اى ارتكب بأية وسيلة ما · لان الفعل فى حد ذاته يشين ويتضمن افتراءات كاذبة ·

طبيعة احكام قانون اقامة حد القذف :

يعتبر قانون اقامة حد القذف من القوانين الجنائية الخاصة · وذلك لانه يتضمن مجموعة من المبادىء والقواعد التى لها استقلال معين ، وينص على جزاءات من نوع يختلف عن العقوبات العادية الواردة فى قانون العقوبات · كما انه يتضمن بعض القواعد الاجرائية المتعلقة بالاثبات والمحاكمة التى تختلف فى طبيعتها وشروطها عن ما نص عليه فى قانون الاجراءات الجنائية ·

ويترتب على هذا ان الافعال المجرمة بنصوصه والعقوبات المقررة لها لا تسرى عليها احكام قانون العقوبات · كما ان الاجراءات التى نص عليها لا تسرى عليها احكام قانون الاجراءات الجنائية ·

اما اذا لم يوجد نص فى القانون بالنسبة للحالة المعروضة فقد احال الشارع فى المادة ١٦ منه الى تطبيق المشهور من أيسر المذاهب بالنسبة الى جريمة القذف المعاقب عليها حدا · فاذا لم يوجد نص فى المشهور تسرى احكام قانون العقوبات ·

اما بالنسبة الى الاجراءات فتطبق فى شأنها احكام قانون الاجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص فى القانون ·

كما أن احكام قانون اقامة حد القذف لا تخل بأحكام قانون العقوبات او اى قانون آخر فيما لم يرد بشأنه نص فيه · فجميع صور القذف التى لم يشملها ، سواء لانها لم تستوف الشروط المنصوص عليها او لكونها لا تتضمن الرمى بالزنا أو نفى النسب ، يعاقب عليها تعزيرا اذا كانت تخضع لحكم أى نص عقابى آخر ·

ونظرا لأن القانون قد استمد احكامه من الشريعة الاسلامية بمختلف

مذاهبها وآراء الفقه فيها ، على اعتبار ان الحكم المأخوذ من رأى قد يكـــون انسب فى وضع معين ويكون الحكم المأخوذ من غيره انسب فى موضـــع آخر · لذلك تكون القاعدة الواجبة الاتباع فى حالة عدم وضوح النص أو قصوره هى الرجوع الى المذهب الذى استمد منه القانون الحكم ·

أما اذا كان النص مأخوذ من احكام القانون الوضعى ، فأنه يرجع الى هذا القانون لمعرفة المقصود من القاعدة ·

التعريف بالقذف :

القذف لغة معناه الرمى بالحجارة ونحوها · ثم استعمل هذا اللفظ مجازا للتعبير عن الرمى بالمكاره ·وقد سماه سبحانه وتعالى رميا حيث قال:«والذين يرمون المحصنات » كما يسمى أيضا فرية باعتباره افتراء وكذبا (١) ·

ويقصد به شرعا نسبة المحصن الى وطء غير مباح سواء برميه بالزنا أو بنفى النسب عنه (٢) ·

والقذف محرم ويعد من الكبائر لقوله تعالى:«وان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم » (٣) ·

وقال الرسول عليه السلام « اجتنبوا السبع الموبقات · قالوا وما هن يا رسول الله ؟ قال : الشرك بالله والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله ، وأكـــل الربا وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنـــات الغافلات ، وقوله : « من اقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودى

---

(١) المهذب لابن اسحق الشيرازى الطبعة الأولى ج ٢ ص ٢٧٢ · مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب على متن المنهاج لابى زكريا يحيى بن شرف سنة ١٢٧٧ هـ ج ٤ ص ١٧٥ . فالرمى والقذف يعتبران اسمان لمعنى واحد . المحلى لابن حزم سنة ١٢٥٢ هـ ج ١١ ص ٢٢٤ ·

(٢) شرح الخشى على مختصر خليل ، الطبعة الاولى ج ٥ ص ٢٤٤ ·

(٣) ســـورة النـــور ـ الاية ٢٣ ·

عليه يوم القيامة ليدخل من اى ابواب الجنة شاء»وذكر منها قذف المحصنات. كما روى عنه قوله « قذف المحصنة يحبط عمل مائة سنة » (١) .

وقدتعلق الحد بالقذف بالاجماع ، حفظا للسمعة ودفعا للعار . وذلك لما يتضمنه الرمى بالزنا او نفى النسب من الحاق الشين بالمقذوف (٢) .

تقسيم : ـ

نتكلم عن القذف المعاقب عليه حدا فى ثلاثة فصول :

الفصل الاول : جريمة القذف .

الفصل الثانى : دعوى القذف .

الفصل الثالث : حد القذف .

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام الطبعة الاولى جـ ٤ ص ١٩٠ ، مغنى المحتاج ص ١٥٥ .

(٢) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاسانى الطبعة الاولى جـ ٧ ص ٤٠ شرح فتح القدير ١٩١ .

الفصل الأول

جريمة القذف

تمهيد :

أخذ الشارع بما اتفق عليه الفقهاء · فعرف القذف فى المادة الاولى من قانون اقامة حد القذف بأنه « ··· الرمى بالزنا او نفى النسب بأية وسيلة كانت ، وفى حضور المقذوف او غيبته وفى علانية او بدونها » ·

ونص فى المادة الثانية على الشروط الواجب توافرها فى المقذوف وهى « أن يكون مسلما عاقلا ذا عفة ظاهرة عما رمى به » ·

ونص فى المادة الثالثة على الشروط الواجبتوافرها فى المقذوف وهى ان يكون عاقلا مختارا أتم ثمانى عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة » ·

وفى الجزء الأخير من نفس المادة نص على القصد الجنائى بأن يكون الجانى « ·· قاصدا القذف عالم بمدلول ما قذف به » ·

تقسيم :

من ذلك يتضح أنه يلزم توافر اربعة شروط لقيام جريمة القذف المعاقب عليها حدا · سنتكلم عن كل منها فى مبحث :

المبحث الاول : المقذوف به ·

المبحث الثانى : ما يشترط فى المقذوف ·

المبحث الثالث : ما يشترط فى القاذف ·

المبحث الرابع : القصد الجنائى ·

المبحث الأول

المقذوف بـه

تمهيـد :

يكون المقذوف به الركن المادى للقذف · ووفقا لحكم المادة الأولى يوجد صورتين للفعل هما الرمى بالزنا ونفى النسب · ويكفى توافر احداهما لقيـام الجريمة حتى ولو تخلفت الاخرى · كما ان تحقق الصورتين معـا لا يكون الا جريمة واحدة وفقا لاحكام التعدد ·

أما ما عدا ذلك من صور القذف الاخرى ، فانها لا تدخل تحت حكم هـذا النص مهما تضمنت من انواع السب والشتم والتعييب · ولكن قد يعاقب عليها تعزيرا وفقا لاحكام قانون العقوبات او اى قانون آخر اذا كانت تخضع له ·

كما انه قد يكون القذف بالزنا او بنفى النسب ، ومع هذا لا يقام الحد ويعاقب الجانى تعزيرا · وذلك فى الحالات التى لا تتوافر فيها باقى الشروط المنصوص عليها فى القانون ·

تقسيم :

ونتكلم عن هذا الموضوع فى ثلاثة مطالب :

المطلب الاول : القذف المعاقب عليه حدا ·

المطلب الثانى : صيغ القذف ·

المطلب الثالث : مسائل متفرعة متعلقة بالقذف ·

المطلب الأول

القذف المعاقب عليه حدا

تمهيد :

لكى تقوم جريمة القذف المعاقب عليها حدا يلزم أن تتضمن عبارة القاذف الفاظا معينة تسند الزنا او نفى النسب الى المقذوف على وجه مطلق · ولكن لا يشترط ان تكون قد اشتملت على وقائع محددة بالذات ·

أما الرمى بخلاف ذلك من أوجه السب او الاهانة الاخـــرى ، او تعليق القذف على شرط ، فلا يقام عليه الحد ، وانما قد يعاقب الجانى تعزيرا ·

على ان يلاحظ ان القذف محكوم عليه باعتباره كذبا شرعا ولو احتمـل المطابقة للواقع · وذلك لان الآدمى صادقا بكونه مكلفا (١) ·

المـرمى بالزنـا :

ويكون باسناد ما يترتب على فعله تحقق الزنا المعاقب عليه حدا· فيشمل كل رمى يفيد المباشرة فى الفرج التى يحد عليها · مثل القول لآخر لقد زنيت أو انت زان او رأيتـــك تزنى ، او زنى فرجك او ذكـــرك لأن الفعل يقـــع بهذا العضو (٢) ·

---

(١) حاشـــية الدسـوقى ص ٣٢٤

(٢) أما أن قال زنت عينـك أو يدك أو رجلك ، فقـد اختلف بشـأنه الفقهـاء . فمنهم من قال هو قذف على اعتبار ان الزنا اضيف الى عضو منه فاشبه ما اذا اضافه الى الفرج· لأن الوطء يحدث بجميع اجزاء البدن الا اذا قامت قرينـة على غير ذلك كان قـال زنـت عينك لا فرجك . حاشية الدسوقى ص ٣٢٨ ، المدونة الكبرى للامام مالك بن انـس الاصبحى دار صادر بيروت المجلد السـادس جـ ١٦ ص)٢٢ ، مواهـب الجليـل شـرح مختصر خليل للخطاب الطبعة الاولى جـ ٦ ص ٣٠١ .

وهناك من قال انه ليس بقذف لان الزنى لايوجد من مثل هذه الاعضاء حقيقة ولهذا قال النبى عليه السلام « العينان تزنيان » . كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصـور =

واذا رمى شخص بالزنا وعين المزنى بهـــا ، كقوله زنيت بفلانة ، كان قاذفا للرجل والمرأة معا · وكذلك اذا قال له انت زان ابن زان كان قاذفا للابن وأبيـه (١) ·

كما انه فى بعض الحالات قد يتضمن الرمى بالزنا نفيـــا للنسب كالقول لآخر يا ابن الزنا · لأنه يكون قد رمى امه بالزنا وفى ذات الوقت نفى نسبه(٢) ·

ومن ذلك يتضح انه لا يشترط لاقامة الحد تعيين الشخص الذى ارتكب معه المقذوف فى حقه الزنا فتتم الجريمة سواء حدده أم لا ·

كما انه لا يلزم ان يذكر القاذف الوقائع التى تتصل بالزنا او تميزه عـن غيره ، حيث يكفى ان يكون قد اسنده اليه على وجه مجمل ·

ولا خلاف بين الفقهاء على ان هذه الصور من القذف يتحقق بها وجوب الحد سواء بين الرجال او النساء (٣) ·

الرمى بنفى النسب :

يكون نفى النسب بقطع صلة النسب عن الشخص ، كأن يقـال له لست لأبيك او يا ابن الزانية ، مما يترتب عليه رميه بالزنا · وذلك لانه يدل عليه ويأخذ مجراه (٤) ·

وقد اختلف الفقهاء فى حكم من نفى عن آخر نسبه · فيرى البعض انه لا حد فيه ، لان النص القرآنى الكريم ذكر رمى المحصـنات · ويقول ابن حزم :

= بن يونس بن ادريس البهوتى مكتبة النصر الحديثـة الرياض ص ٦ ص ١٠٩ . المغنى على مختصر الخـرقى لمحمـد عبد الله بن قدامـه الطبعـة الاولـى ج ١٠ ص ٢٠٠٩ .

المهـذب ص ٢٧٣

(١) بدائع الصنائع ص ٤٢ ؛ المغنى ص ٢١٨ .

(٢) شرح فتـح القـدير ص ١٩٣

(٣) المحـلى ص ٢٦٦

(٤) المـغنى ص ٢١٥

« فان قالوا النافى قاذف ولا بد · قلنـــا لا ما هو قاذف ولا قذف أحـــدا · وقد ينفيه عن نسبه أنه استلحق ، وانه من غيرهم ابن نكاح صحيح · فقد كـان العرب تفعل هذا · فلا قذف ههنا اصلا ·

وقد يكون نفيه له بأن اراد له الاستكراه لأمه وانها حملت فى حـــالة لا يكون للزنا فيه دخول كالنائمة توطأ او السكرى او المغمى عليها او الجاهلة · فقد بطل ان يكون النافى قاذفا جملة واحدة (١) · ذلك ان الله تعالى علق الحد على الزنا حيث قال « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » · وشهادة الاربعة يحتاج اليها فى اثبـات الزنا (٢) ·

وذهب جمهور الفقهاء الى ان نفى النسب يأخذ حكم الرمى بالزنا لانه يفيد اسناده الى الغير · فيكون قاذفا من قال لآخر لست لأبيك او ليس هذا ابوك · لان ذلك يقتضى ان أمه قد اتت به من غير ابيه وانها زانية(٣) · وذلك لما روى عن النبى عليه السلام من أنه قال « لا أوتى برجل يقول ان كنانـــه ليست من قريش الا وجلدته » · وقوله « لا حد الا فى اثنين قذف المحصنة ونفى رجل عن أبيـــه » (٤) ·

ويشترط الحنفية لاقامة الحد ان يكون النفى قد تم فى حالة غضب · أما اذا كان فى غير حالة غضب فلا يجب الحد · وذلك لاحتمال ان يكون المقصود به مجرد المعايبة فى عدم التشبه بالأب فى محاسن الاخلاق او غيرها من الصفات · فلا يكون قذفا مع الشك والاحتمال (٥) ·

---

(١) المحـلى ص ٢٦٨

(٢) المهـذب ٢٧٤

(٣) حاشـية الدسـوقى ص ٣٢٥ ، مواهب الجليـــل ص ٣٠٠ ، شرح الخشى ص ٣٢٩ ، بدائع الصنائع ص ٤٤ ، كشـاف القناع ص ١٠٩

(٤) المهـذب ص ٢٧٤

(٥) شرح فتح القدير ص ١٩٤ ، بدائع الصنائع ص ٤٤ ، حاشية ابن عابدين سنة ١٢٤٩ هـ جـ ٥ ص ١٢٠ ·

واذا نفاه عن قبيلته بأن قال له لست من قبيلة كذا فيرى مالك واحمد ان عليه الحد · ويرى ابو حنيفة انه لا حد · وعند الشافعية قولان (١) ·

كذلك اذا نفى شخصا عن جنسه بأن قال لعربى انت رومـــــى او لست عربيا فيرى مالك ان عليه الحد (٢) · ويرى ابو حنيفة لا حد عليه · وعنـد الشافعية والحنابلة القولان لانه يحتمل القـــــذف وغير القذف · اما اذا قال لفارسى أو رومى يا عربى ، فانه لا حد عليه لانه يعتبر لم يقطـــع نسبه وانما وصفه بميزات العرب من الشجاعة والكرم وغيره · بالاضافة الى ن العرب تحفظ نسبها بخلاف غيرها (٣) ·

كما يرى المالكية ان نفى النسب عن الجد يكون ايضا قذفا · فاذا قال لشخص لست ابن فلان فانه يحد وكذلك من نسب شخصا لعمه(٤) · ويرى ابو حنيفة لا حد عليه لانه صادق فى كلامه ، فحقيقة هو ليس بابن جـــده · ونفس الحكم اذا نسب شخصا لعمه او خاله او زوج أمه لأن كلا منهـــم يسمى أبا · وقد سمى سبحانه وتعالى العم أبا فى قوله « واله آبائك ابراهيـــم واسماعيل واسحاق » واسماعيل كان عما له (٥) ·

أما نفى النسب عن الأم كقوله لآخر لست بابن فلانة فلا حدعليه بالاجماع ويكتفى بتعزيره ، لان الأمومة محققة فثبت كذبه · وهذا على خلاف الابوة فهى محتملة مما يلحق المرأة (٦) ·

---

(١) المغنى ص ٢١٥ ، شرح فتـح القدير ص ١٩٩ ·

(٢) المدونة ص ٢٢٧ ، مواهب الجليل ص ٣٠١ ، شرح الخرشى ص ٣٣٠ ·

(٣) كشاف القناع ص ١١١ ، المغنى ص ٢١٥ ، المذهب ص ٢٧٤ حاشية الدسوقى ص ٣٢٨ ·

(٤) شرح الخرشى ص ٣٣٠ ، حاشية الدسوقى ص ٣٢٨ ، مواجب الجليل ص ٣٠١ ·

(٥) المبسوط لشمس الدين السرخسى جـ ٩ ص ١٢١ ، حاشية ابن عابدين ٢٣٣ ، شرح فتـح القـدير ص ١٩٤ ·

(٦) بدائع الصنائع ص ٤٥ ، شرح فتـح القدير ص ١٩٤ ، حاشـية الدسـوقى ص ٣٢٥ ، شرح الخرشى ص ٣٢٩ ·

كذلك يرى الحنفية ان نفى النسب عن الوالدين بأن قال لست لابويك ، لا يقام فيه الحد · لانه نفى نسبه عنهما معا،فى حين انه لا ينتفى عن الام حيث ولدته ، فيعتبر كاذبا · وايضا لو قال لست لابيك ولست لأمك فى كلام موصول لم يكن هذا قذفا لانه يستوى مع القول السابق (١) ·

اطلاق القذف :

يجب ان يكون القذف مطلقا عن الشرط والاضافة لاقامة الحد · اما اذا كان معلقا على شرط او مضافا الى وقت معين فلا حد · لان ذكـــر الشرط او الوقت يمنع من وقوع القذف للحال ·

فمن يقول لآخر اذا دخلت هذه الدار فانت زان أو ابن زانية ، فدخل ، لا يكون القائل قاذفا · كذلك من قال لغيره انت زان او ابن زانيـــة غدا او أول الشهر ، فجاء الغد او اول الشهر ، فانه لا يقام عليه حد القذف ·

وعلى هذا يخرج ما اذا قال من قال كذا وكذا فهو زان او ابن زانية· فقال شخص انا قلت · فلا حد على الاول لانه علق القذف بشرط القول (٢) ·

القذف فيما دون الحد :

القاعدة ـ كما سبق ان ذكرنا ـ ان كل ما لا يجب الحـــد بفعله لا يجب الحد على القاذف به ، وانما قد يعزر عليه وفقا لاحكام قانون العقوبات ·

لذلك لا يقام الحد فى الرمى الذى لا يتضمن اسناد الزنا على الوجه المتفق عليه شرعا · فلا يعد قاذفا من رمى شخصا بالمباشرة دون الفرج او بالوطء بشبهة او رمى امرأة بالمساحقة او الوطء مستكرهة ·

ومن أولى من اسند لغيره اللمس او النظر ، او قال يا فاجر او يا فاسق

---

(١) حاشية ابن عابدين ص ٢٤٠ ؛ شرح فتح القدير ص ١٩٥ ، بدائع الصـــنائع ص ٤٥ ·

(٢) بدائع الصـــنائع ص ٤٦ ·

او حتى رماه بما يستوجب حدا آخر غير الزنا كما لو قال له يا سارق او يا مرتد او يا محارب (١) ٠

وكذلك اذا قال لغيره أنا خير منك او مالك أصل ولا فصل ، لانه انما نفى حسبه فقط او فضل نفسه عليه (٢) ٠

الرمى باللواط :

ونفس الحكم بالنسبة للواط ٠ فمن يرى انه يعتبر فى حكم الزنا ، قال باقامة حد القذف على من رمى انسانا به ٠

وكذلك الحال لو قذف امرأة بأنها وطئت فى دبرها ، او قذف رجلا بوطء امرأة فى دبرها ٠ فسواء أكان رجلا ام امرأة ، فاعلا او مفعولا ٠

وهذا ما ذهب اليه المالكية والشافعية والحنابلة (٣) ٠

أما من لا يعتبر اللواط فى حكم الزنا فقال ان الرمى به لا يكون قذفا ويكتفى بتعزير الفاعل ٠ وهذا ما ذهب اليه الحنفية (٤) ٠

ويرى بعض الفقهاء انه اذا قال أردت بقولى يا لوطى انك من قوم لوط او تعمل عملهم غير اتيان الذكور لم يقبل منه،لانه اطلق لفظه مع أن قوم لوط لم يبق منهم احد (٥) ٠ ويرى آخرون انه يقبل منه هذا القول لاحتماله ، حيث لا يقتضى ذلك بالضرورة انه يباشر فعلهم ، فلا يحد (٦) ٠

---

(١) المغنى ص ٢١٠ ٠

(٢) شرح الخرشى ص ٣٣١ ٠

(٣) المهذب ٢٩٠ ، المحلى ص ٢٨٤ ، المغنى ص ٢٠٩ ٠

(٤) شرح فتح القدير ص ١٥٠ و ١٩٠ ، المبسوط ص ٧٧ ٠

(٥) كشاف القناع ١١٠ ، المغنى ص ١٠٩ ٠

(٦) بدائع الصنائع ص ٤٤ ، المهذب ص ٢٧٣ ٠

الـزنا باتيـان البهيمـة :

من يرى من الفقهاء ان اتيان البهيمة يعتبر فى حكم الزنا قال باقامة حـد القذف على من رمى انسانا بذلك • كما لو قال شخص لآخـر زنيت ببقرة او بحمارة سواء كان ذكـرا ام انثى • وهـذا ما ذهب اليه بعض الشافعيـة والحنابلة (١) •

اما من يرى انه لا يأخذ حكم الزنا ، قال بتعزير الجانى فى تلك الحالـة وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (٢) •

ويضيف الحنفية انه لا يمكن حمل هذا الرمى على حقيقة الوطء لانه لا يتصور ان يكون زنا• واحتمال حمله على العوض لكى يصبح قذفا لا يؤخذ به فى الحدود (٣) •

كما انه بالنسبة للمرأة يحتمل انه اراد تمكينها من هذه الحيوانات حيث يتصور ذلك حقيقة ، ولكنها لا تعد مزينا بها لعدم تصور الزنا من البهيمة(٤) •

المطلب الثانى

« صيـغ القـذف »

تمهيـد :

توجد عدة صيغ للقذف • فقد يكون صريحا او كناية• واحيانا يلجأ فيه

---

(١) كشاف القناع ص ٩٤ ، المهذب ٢٦٦ •

(٢) مواهب الجليل ص ٢٩٣ ، حاشية الدسوقى ص ٣١٦ ، شرح فتح القدير ص ١٥٢ ، المغنى ١٦٣ ، المحلى ص ٢٨٨ •

(٣) حاشية ابن عابدين ص ٢٢٦ ، المحلى ص ٢٨٥ •

(٤) المبسوط ص ١٢٥ بدائع الصنائع ص ٤٥ •

الى صيغة المبالغة أو الترنيم او التفضيل او الالفاظ المشتركة · كما قد يتسم عن طريق التبادل او التصديق عليه · ولكن لا يكفى مجرد الاخبار به ·

القذف الصريح :

يكون القذف صريحا اذا كانت الفاظه لا تحمل معنى غيره ، بحيث تفصح عن مدلوله بما لا يقبل التأويل،سواء كان بالرمى بالزنا او بنفى النسب· كمن قال لآخر يا زانى او انت زان أو زنى ابوك او يا ابن الزانية او لست لابيك ·

ولا خلاف بين الفقهاء على وجوب الحد فى حالة القذف الصريح ، لانه لا يترك مجالا للشبهة فى كشف حقيقة قصد الجانى ، وانه اراد القذف (١) ·

القـــذف كنايـــة :

يكون القذف كناية اذا كانت الفاظه تحتمل معنى غيره ، وتقبل التأويل سواء كان بالرمى بالزنا او بنفى النسب ، كمن يقول لآخر ما أنا زان او ليست أمى بزانية او يقول لامرأة جعلت لزوجك قرونا او افسدت فراشه · والعبرة فى هذا النوع من القذف تكون بالاشتهارات وما يجرى العرف به حسب الزمـــان والمكان وفقا للقرائن السارية وما ألفه الناس ·

اختلف الفقهاء فى حكم هذا النوع من القذف · فيرى الحنفيـة والظاهرية انه لا حد فى التعريض بالقذف لان الفاظه لا تقطع به ، حيث تحتمل غير الزنـــا ونفى النسب · واذا قيل بوجوب الحد هنا ، فانه لا يكون الا عن طريق القياس ، وهذا ما لا يجوز الاخذ به فى الحدود · كما ان الحد لا يجب مـع الشبهة فيكون مع الاحتمال اولى (٢) ·

ويرى المالكية ان الحد يقام فى حالة القذف كتابة او بالتعريض لانـه يفهم

---

(١) شرح الخرشى ص ٢٣١ ؛

(٢) المبسوط ص ١١٩ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣٠ ، شرح فتح القدير ص ١٩١ ، المحلى ص ٢٧٦ .

منه هذا المعنى (١) ٠

ويرى الشافعية ان القذف لا يجوز ان يكون كناية الا اذا توافرت النية٠ وذلك استنادا الى ان ما تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مـــع النية بمنزلة الصريح كالطلاق والعتاق ، فاذا لم يثبت ذلك لم يجب الحد (٢) ٠

واختلفت الرواية عند الحنابلة ٠ فذهب اتجاه بأنه لا حد لما روى من ان رجلا قال للنبى ـ عليه الصلاة والسلام ـ ان امرأتى ولدت غلاما اسود ، يعرض بنفيه،فلم يجب بذلك حد٠ وأن الله تعالى فرق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فاباح التعريض فى العدة وحرم التصريح٠ فكذلك فى القذف٠ وذهب اتجاه آخر بأنه يحد لما روى من أن عمر رضى الله عنه حين شاور فى الذى قال لصاحبه ما أنا بزان ولا امى بزانية ٠ فقالوا قد مدح أباه وامه ٠ فقال عمر قـــد عرض لصاحبه وجلده الحد (٣) ٠

ووفقا للاحالة الواردة ١٦/١ من قانون اقامة حد القذف التى تنص على تطبيق المشهور من ايسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا القانون بالنسبة لجريمة القذف المعاقب عليها حدا ، فانه يؤخذ بما ذهب اليه الحنفية والظاهرية واتجاه من الحنابلة بعدم اقامة الحد فى حالة القذف بالكناية ٠ على ان يعذر الجانى وفقا لاحكام قانون العقوبات ٠

المبالغة والترخيم :

يرى جمهور الفقهاء انه اذا قال رجل لآخر يا زانية يقام الحد عليه٠ وذلك لانه اضاف الزنا صراحة لرجل ، وزاد الهاء استعمالا لصيغة المبالغة كقولهـم علامة ٠

---

(١) حاشية الدسوقى ص ٣٢٧ ، المدونة ص ٢٢٤ ، مواهـب الجليـــل ص ٣٠١ ، شرح الخرشى وما بعـدها ص ٣٣٠ ٠

(٢) المهـذب ص ٢٧٣ ٠

(٣) كشاف القناع ص ١١١ ، المغنى ص ٢١٢ ٠

وكذلك الحال اذا قال لامرأة يا زانى ، لانه ايضا قد اضاف الزنا اليها صراحة واسقط الهاء للترخيم كقولهم فى مالك يا مال · كما ان الاصل فى الكلام التذكير (١) ·

ويرى الحنفية انه اذا قال لامرأة يا زانى يحد بالاتفاق لان استعمال صيغة الترخيم شائع ولا يفهم منه الا الرمى بالزنا · اما اذا قال لرجل يا زانية فلا حد عليه عند ابى حنيفة وابى يوسف لانه رماه بما يستحيل منه، باعتبار ان المرأة هى محل الوطء بخلاف الرجل الذى لا يكون محلا له · أما محمد فيرى اقامة الحد لان التاء اضيفت للمبالغة وليس للتأنيث (٢) ·

صيغة التفضيل :

اذا استعمل القاذف افعل التفضيل بأن قال لآخر انت ازنى من فلان او انت ازنى الناس ، يرى المالكية والحنابلة انه يكون قاذفا ويقام عليه الحد (٣) ·

ويرى الشافعية ان ذلك لا يكون قذفا الا توافرت النية عليه · لان لفظة افعل لا تستعمل الا فى أمر يشتركان فيه ثم ينفرد احدهما بميزة · وما ثبت ان فلانا زان ولا أن الناس زناه فيكون هو ازنى منهم (٤) ·

أما الحنفية فيرى البعض منهم اقامة الحد لان استعمال افعل التفضيل معناه ان فلانا زان وانت ازنى منه، او ان الناس زناة وانت منهم · ويرى آخرون انه لا يعد قذفا لان لفظ افعل يستعمل فى الترجيح للعلم ، كأنه قال انت اعلم منى بالزنا (٥) ·

وروى عن ابى يوسف انه فرق بين قوله أزنى الناس وبين قوله ازنى منى

---

(١) مواهب الجليل ص ٣٠٤ ؛ المهذب ص ٢٧٣ ؛ كشاف القناع ص ١٠٩؛ المغنى ص ٢١٩ ·

(٢) شرح فتح القدير ص ١٩١ ؛ المغنى جـ ٨ ص ٢١٧ ·

(٣) المغنى ص ٢١٦ ، كشاف القناع ص ١٠٦ ·

(٤) المهذب ص ٢٧٣ ·

(٥) المبسوط ص ١٢٩ ؛ شرح فتح القدير ص ١٩١ ·

او من فلان • وقال يحد فى الاول ولا يحد فى الثانى • ووجه الفرق ان قوله انت ازنى الناس امكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح فى وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس فى الجملة فيحمل عليه •

وقوله انت ازنى منى او من فلان لا يمكن حمله على الترجيح فى وجود الزنا ، لجواز انه لم يوجد الزنا منه او من فلان • فيحمل على الترجيح فى القدرة او العلم فلا يكون قذفا بالزنا (١) •

اما بالنسبة للشخص الثانى فى قوله انت ازنى من فلان ففيه وجهان : الاول يرى انه يكون قاذفا له حيث اضاف الزنا اليهما معا وجعل احدهما ابلغ من الآخر • وذلك لان لفظة افعل للتفضيل بما يقتضى اشتراك الاثنين فى اصل الفعل • وتفضيل احدهما على الآخر فيه كقوله اجود من حاتم (٢) •

والاتجاه الثانى يرى انه يكون قاذفا للمخاطب خاصة لان لفظة افعل قد تستعمل للمنفرد الفعل (٣) • كما جاء فى قوله تعالى « أفمن يهدى الى الحق احق ان يتبع أم من لا يهدى الا من يهدى »(٤) وقوله تعالى « فأى الفريقين احق بالامن » (٥) وقوله تعالى « يا قوم هؤلاء بناتى هن اطهر لكم » (٦) •

الالفاظ المشتركة :

فى بعض الاحيان يلجأ القاذف الى استعمال لفظ يدل على اكثر من معنى فى ذات الوقت • فهو كما يفيد الزنا يفيد غيره كما لو قال يا زانىء او زنأت بالهمزة حيث ان معناه ايضا صعد •

---

(١) بدائع الصنائع ص ٤٢ ، المبسوط ص ١٢٩ •

(٢) مواهب الجليل ص ٣٠٠٤ ؛ شرح الخرشى ص ٣٢٢ ، حاشية الدسوقى ص ٣٣٠ ، المهذب ص ٢٧٣ ، كشاف القناع ص ١٠٩ •

(٣) المغنى ص ٢١٦ •

(٤) سورة يونس الآية ٣٤ •

(٥) سورة الانعام الآية ٨١ •

(٦) سورة هود الآية ٧٨ •

يرى بعض الفقهاء ان الفاعل يحد فى مثل هذه الحالة حتى ولو قال عنيت به الصعود الى الجبل·وذلك لانعادة الناس لا تفرق بين المهموز والملين وتستعمل كل منهما مكان الآخر · كما لا يفهمون من تلك العبارة الا انها تحمل قذفا (١) ·

وذهب آخرون الى انه لا يعتبر قذفا لان الزنا الذى يعد فاحشة ملين · اما ما يقصد به صعود الجبل فهو مهموز · فاذا كان القائل من أهل العلم باللغة فانه لا يحد (٢) ·

تبادل القذف :

اذا قال شخص لآخر يا زانى· فرد عليه لا بل انت الزانى· فان الحد يقام على كل منهما · على الاول لانه قذف صراحة ، والثانى لان كلمة «لا بل» تكون لتأكيد الاثبات · وذلك لان الحد لا يسقط بتبادل القذف ولا بتكافؤ السيئات (٣) ·

فمن قال لامرأة يا زانية فصدقته على ذلك بقولها زنيت بك · فعلى المرأة حدان · الاول حد الزنا لانها اعترفت به·والثانى حد القذف لانها قذفت الرجل· اما هو فلا حد عليه، لان قذفه قد خرج عن ان يكون موجبا للحد، ولم يصدق على قولها (٤) ·

---

(١) بدائع الصنائع ص ٤٢ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣٣ ، شرح فتح القدير ص ٢٠٠ المبسوط ص ١٢٦ ، المغنى ص ٢١٦ و ٢١٧ ·

(٢) المهذب ص ٢٧٢ ، شرح فتح القدير ص ٢٠٠ ، بدائع الصنائع ص ٤٢ ، المغنى ص ٢١٦ و ٢١٧ ·

(٣) حاشية ابن عابدين ص ٢٢٣ و ١٢٩ ، بدائع الصنائع ص ٤٢ ، شرح فتح القدير ص ١٩٣ ·

(٤) شرح الخرشى ص ٣٢٣ ، حاشية الدسوقى ص ٣٣٠ ، المدونة ص ٢٢٢ المبسوط ص ١١٩ ، بدائع الصنائع ص ٤٣ ، المحلى ص ٢٩٠ ·

ويرى الشافعية ان قول المرآة لا يعد قذفا من غير نية • لانه يجوز ان تكون هى زانية ولا يكون هو زانيا، بأن اعتقد انها زوجته فى حين انها تعلم انه اجنبى •

كما يحتمل انها قصدت نفى الزنا ، كأن يقول الرجل لغيره سرقت فيرد عليه بقوله معك سرقت فى حين انه يريد القول « انى لم اسرق كما لم تسرق انت » (١) •

ولو قال ذلك لزوجته فلا حد عليه ايضا ، ويسقط اللعان لانها صدقته كما لا تحد لانها لا تعد قاذفة له • لان فعل المرأة بزوجها لا يكون زنا ، حيث يحتمل انها قصدت من قولها اصابة النكاح •

وكذلك لو قالت المرأة لزوجها مبتدأة زنيت بك ، ثم قذفها الزوج بعد ذلك • لم يكن عليه حد ولا لعان لاقرارها بالزنا (٢) •

اما اذا قال شخص لآخر يا زانى فرد عليه بقوله انت ازنى منى • فانه لا حد على الاول لانه قذف غير عفيف • ويحد الثانى للزنا والقذف (٣) •

ويرى اهل الظاهر ان من قالت انت ازنى منى لم يعترف على نفسه بالزنا ، فلم يجب عليه غير حد القذف (٤) •

التصديق على القذف :

يرى بعض الفقهاء انه لا يشترط لقيام الجريمة ان يتلفظ الجانى بعبارات القذف حيث يكفى ان يصادق عليها لكى يعاقب حدا •

---

(١) المهذب ص ٢٧٣ •

(٢) شرح فتح القدير ص ٢٠٢ ؛ حاشية ابن عابدين ص ٢٣٩ ؛ المبسوط ص ١١٩ •

(٣) مواهب الجليل ص ٣٠٤ ؛ المدونة ص ٢٢٢ ؛ حاشية الدسوقى ص ٣٢٠ ؛ حاشية ابن عابدين ص ٢٤٠ ؛ بدائع الصنائع ص ٤٣ ؛ شرح فتح القدير ص ٢٠٢ •

(٤) المحلى ص ٢٩١ •

فاذا قذف رجل شخصا فقال آخر صدقت • كان الاخير قاذفا ايضا ، لان التصديق الذى صدر منه ينصرف الى ما قاله الاول • بدليل انه لو قال لشخص لى عليك الف فاجابه قائلا صدقت ، فان هذا يكون اقرارا منه (١) •

ويرى آخرون انه لا يقام الحد فى هذه الحالة ، لان مجرد التصديق لا يعد قذفا ، حيث قد يكون اراد به شيئا آخر (٢) أو يهم ويظن انه قال كلاما غير ذلك • وروى عن الرسول عليه السلام انه قال : « ان دماءكم واعراضكم وابشاركم عليكم حرام » فلا يستباح شىء من ذلك الا بيقين لا اشكال فيه (٣).

اما اذا قال صدقت هو كما قلت ـ حد ، لان هذا القول يكون صريحا فى رميه بالزنا (٤) •

الاخبار بالقذف :

يرى جمهور الفقهاء ان نقل القذف لا يعتبر قذفا • فاذا قال شخص لآخر اخبرنى فلان انك زنيت،فلا حد عليه لانه لم يقذف ولو كذبه المنقول عنه • وذلك بشرط أن يكون قد اخبر بصفته ناقلا وانه يروى عن غيره (٥) • ويرى مالك واتجاه من الحنابلة ان الناقل يعتبر قاذفا فى حالة ما اذا كذبه المنقول عنه بما ينفى صفته كناقل (٦) •

اما اذا ابتدأ الاخبار ليس على سبيل النقل ، بأن قال له يا زانى او يا

---

(١) المغنى ص ٢١٦ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٤٤ ، المبسوط ، ص ١٢٠ ، شرح فتح القدير ص ١٩٢ ، المغنى ص ٢١٦ .

(٣) المحلى ص ٢٩٨ .

(٤) شرح فتح القدير ص ١٢٩ .

(٥) كشاف القناع ص ١١١ المغنى ص ٢١٦ ؛ المبسوط ص ١٢١ ؛ شرح فتح القدير ص ١٩١ ؛ المدونة ص ٢٢٤ .

(٦) حاشية الدسوقى ص ٣٢٧ • شرح الخرشى ص ٣٢٧ .

ابن الزانية ، فعليه الحد لانه يكون قاذفا (١) ٠

ويرى بعض الفقهاء ان المرسل لا يكون ايضا قاذفا لانه لم يقذف وانما امر بذلك فقط (٢) ٠

المطلب الثالث

مسائل متفرعة متعلقة بالقذف

تمهيد :

لا يشترط لقيام الجريمة استعمال وسيلة معينة فى القذف او ان يرتكب فى مكان معين ٠ أما قذف الجماعة فيخضع لبعض الاحكام الخاصة وذلك على الوجه الآتى :

وسيلة القذف :

لا يشترط استعمال وسيلة معينة للقذف ٠فقد يكون كتابة او شفاهة باللغة العربية او بغيرها ، فى حضور المجنى عليه أو فى غيابه ، علانية أو فى غير علانية ٠ وذلك لأن النص القرآنى الكريم لم يضع قيدا فى هذا الشأن (٣) ٠ وقد اخذ الشارع بذلك حيث نص فى المادة الاولى من قانون اقامة حد القذف على ان الرمى بالزنى او نفى النسب يكون بأية وسيلة وفى حضور المقذوف او غيبته ، وفى علانية او بدونها ٠

أما القذف بالاشارة فلا يقام الحد عليه ، لأنه لا يكون على وجه اليقين ،

---

(١) شرح فتح القدير ص ١٩١ ، المدونة ص ٢٢٤ ٠
(٢) بدائع الصنائع ص ٤٤ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣٤ ٠
(٣) وقد اختار المصنف والغزالى ان الغيبة بالقلب اذا ادركها الملكان الحافظان كما لو تلفظ بها . ويدركان ذلك بلشتم ٠ ولعل هذا فيما اذا صمم على ذلك ٠ والا فما يخطر على القلب مغفور ٠

حيث يحتمل القذف كما يحتمل غيره من صور التعريض · لذلك لا يتصور القذف من الاخرس أو من القادر على الكلام اذا اقتصر على القيام باشارات معينة ترمز الى فعل الزنا ·

ومن أولى لا يعاقب على القذف فى السر · وهو مـــا يطلق عليه الغيبة بالقلب · ولكن هذا لا يمنع من ان يعتبر اثما ويحاسب سبحانه وتعالى عليه(١) ·

وهذا على خلاف جريمة السب المعاقب عليها تعزيرا وفقا لاحكـم المادة ٤٣٨ عقوبات · حيث يلزم لتطبيقها ان يتم الفعـــــل فى حضور المجنى عليه أو يرتكب بالبرق أو التليفون أو المحررات أو الرسوم الموجهة الى الشخص المعتدى عليه ·

كما تشترط المادة ٤٣٩ عقوبات لقيام جريمة التشهير المعاقب عليها تعزيرا ان يرتكب الفعل لدى عدة اشخاص فى غير الاحوال المنصوص عليهـــا فى المادة السابقة · وتشدد العقوبة اذا تم التشهير عن طريق الصحف أو غيرها من طرق العلانية أو فى وثيقة عمومية · كما تزاد العقوبات بمقدار لا يجـــاوز الثلث اذا وجه التشهير الى هيئة سياسية أو قضائية أو الى من يمثلها أو الى هيئة منعقدة انعقادا صحيحا ·

مكان القذف :

يرى جمهور الفقهاء ان الحد يقام على القاذف حتى ولو كان قذفه قد وقع فى دار حرب او دار بغى ما دام يلتزم باحكام الاسلام · لعمـــوم قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » ·

كما ان القاذف مسلم مكلف قذف محصنا فاشبه من فى دار الاسلام(٢) ·

---

(١) مغنى المحتاج ص ١٥٦ ·

(١) مواهب الجليل ص ٣٥٥ ، المدونة ، ص ٢٢٢ ، كشاف القنع ص ١٠٩ ، المغنى ص ٢٠٤ ، المهـــذب ص ٢٧٥ ·

أما أبو حنيفة فيشترط لاقامة الحد ان يكون القذف قد وقع فى دار اسلام أما اذا كان قد تم فى دار حرب أو دار بغى ، فلاحد على القاذف ، لأنه لا ولايـــة للامام على دار الحرب او البغى وقت القذف (١) ٠

واذا دخل الحربى دار اسلام فقذف مسلما حد (٢) ، لأن فى القذف حق للعبد وقد التزم بايفاء حقوق العباد (٣) ٠

ويلاحظ انه فى ظل التشريعات الوضعية القائمة ، تطبق قاعدة اقليمية قانون العقوبات بشطريها ٠ فتسرى احكامه على كل ليبى أو اجنبى يرتكب الجريمة فى الاراضى الليبية (المادة الرابعة عقوبات) ولا تسرى احكامه خارج اقليم الدولة الا فى الحالات الاستثنائية المنصوص عليها فى المـــادتين ٥/١ و ٦ عقوبات (٤) ٠

قـذف الجمـاعة :

اذا قذف شخص جماعة بكلمة واحدة كأن قال لهم يا زناة ، فيفرق بين ما اذا كان يتصور منهم الزنا أم لا ٠

فى الحالة الاولى يقام الحد على القاذف اذا طالب المجنى عليهم بذلك ولو منفرقين او طالب به واحد منهم ٠ ويوقع حدا واحدا بالنسبة لهم جميعـا لقوله تعالى «والذين يرمون المحصنات» حيث لم يفرق بين من قذف واحدا أو جماعة٠

---

(١) بدائع الصنائع ص ٤٥ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣١ ٠

(٢) وقد ورد فى المدونة « قلت أرأيت لو أن رجلا حربيا دخل بأمان فقذف رجلا من المسلمين احد أم لا فى قول مالك ٠ قال : ما سمعت من مالك فيه شيئا ٠ وما اظنهم الامان على أن يسرقونا ، ولا على أن يشتمونا ٠ فأرى عليهم الحد » المدونة ص ٢٢٢ ٠

(٢) وفى قول ابى حنيفة الاول لايحد لان المقلب هنا حق الله تعـالى ٠ وليس للامـام عليـه ولاية الاستيفاء حيث لم يلزم شيئا من احكام الاسلام ٠ ويحـد فى قوله الآخـر وهو قولهما ٠ شرح فتح القدير ص ٢٠٦ ، المبسوط ص ١١٩ بدائع الصنائع ص ٤٥ ٠

(٤) محمد سامى النبراوى ص ٧٥ ٠

كما ان الحد وجب بادخال المعرة على المقذوف وبحد واحد يظهـــر كذب القاذف وتزول المعرة (١) ٠

وفى الحالة الثانية التى يقذف فيها جماعة او أهل بلد لا يتصور منهم جميعا الزنا ، فانه لا يحد ويكتفى بتعزيره (٢) ٠

أما اذا قذف الجماعة بكلمات متفرقة كأن قال يا فرج انت زان يا بكر انت زان يا على انت زان ، فيرى جمهور الفقهاء انه لا يجب فى هذه الحالة الا حدا واحدا يظهر الكذب ويكفى للزجر ونفى المعرة (٣) ٠

ويرى الشافعية انه يجب لكل واحد منهم حدا ، لانه حق للمقذوف ، فـلا يجرى فيه التداخل ٠ كما أن كذبه فى قذف لا يستدل منه بالضرورة على كذبه فى الآخر مما لا تؤول به المعره (٤) ٠

وفى جميع الحالات اذا اسقط احد المجنى عليهم الحد ، فلغيره المطالبة به واستيفائه ، لانه حق ثابت على سبيل البدل ٠ فأيهم طلب استوفاه ، وسقط حق العافى كما لو كان قد استفرد بطلبه (٥) ٠

---

(١) المهـذب ص ١٧٥ ، المحلى ص ٣٠٠ ٠

(٢) المغنى ص ٢٣٣ ، المهـذب ص ٢٧٥ ٠

(٣) كشاف القناع ص ١١٤ ، المغنى ص ٢٣٣ ، المهذب ص ٢٧٥ ٠
ويقول ابن حزم الحد فى قذف الف او قذف واحد حد واحد ٠ المحلى ص ٣٠٠ ٠

(٤) المهـذب ص ٢٧٥ ، المغنى ص ٢٣١ و ٢٣٣ ٠

(٥) المغنى ص ٢٣٣ ٠

المبحث الثانى

ما يشترط فى المقذوف

تمهيـد :

لا تقوم جريمة القذف المعاقب عليها حدا الا اذا كان اسناد الزنا او نفى النسب الى الغير ، على أن يكون المقذوف معينا، ومتوافرة فيه شروط الاحصان.

الاسناد الى الغير :

فى جريمة القذف يجب أن يكون الزنا أو نفى النسب قـد نسب الى الغير كما فى الامثلة السابقة . أما اذا اقتصر الامر على قيام الشخص بقذف نفسه ، كأن قال أنا زان أو لقد زنيت ، فانه لا يحد للقذف ، لأن الجريمة لا تكون قد تمت فى هذه الحالة . ولكنه يحد للزنا اذا كان قد أقر به وتوافرت الشروط اللازمة لذلك (١) .

أما اذا تضمن قذفه شخصه والغير . كأن قال انا ابن زانية ، فانه هنا أيضا لا يحد لقذفه نفسه ، ولكنه يحد لكونه نسب أمه الى الزنا (٢) .

وكذلك الحال اذا نسب نفسه الى بطن او نسب او عشيرةغير بطنهونسبه وعشيرته . مع ملاحظـــة الخلاف بين المذاهب على الوجـــه السابق الاشارة اليه (٣) .

ويرى أهل الظاهر انه اذا قال الرجل للمرأة او قالت المرأة للرجل زنيت بك ، فان القول يعتبر فى هذه الحالة مجرد اعتراف بالزنا وليس قذفا. ويبرر

---

(١) قال ابن عرفه « القذف الأعم هو نسبة آدمى غيره لزنا او قطع نسب مسـلم » . شرح الخرشى ص ٣٢٤ .

(٢) حاشية الدسـوقى ص ٣٢٨ ، شرح الخرشى ص ٣٢٤ .

(٣)راجـع ص ٢٧٥ .

ذلك ابن حزم بأن من قال هذا اللفظ فانما اخبر عن نفسه انه زنى ولم يخبر عن المقول له بزنا أصلا · وقد يزنى الرجـــل بالمرأة وهى سكرى أو مجنونـــة أو مغلوبة ، أو هى جاهلة وهو عالم · وتزنى المرأة بالرجل كذلك · وكمن ابتاع أمه فاذا بها حرة فهى زانية وليس هو زانيا · فقائل هذا القول أن قاله معترفا فعليه حد الزنا فقط ولا شىء عليه غير ذلك · وان قاله لها شاتمـــا فليس قاذفا ولا معترفا · فلا حد عليه لا للزنا ولا للقذف ولكن يعزر للأذى فقط ·

فلو قال لها زنينا معا او قالت له ذلك · فهذا ان كان قال شاتما فهو قذف صحيح عليه حد القذف فقط · وان قاله معترفا فعليه حد الزنا فقط · وكذلك على المرأة ان قالت ذلك ولا فرق (١) ·

تعيين المقذوف :

لا يكفى ان يكون الزنا او نفى النسب قد اسند الى الغير لقيام جريمة القذف المعاقب عليها حدا ، حيث يجب بالاضافة الى ذلـــك أن يكون المقذوف انسانا معينا بالذات سواء كان واحدا أو اكثر (٢) ·

لذلك لا يقام الحد على من قذف مجهـــــولا كأن يقول يا زانى او يا ابن الزانية دون أن يكون قد وجه كلامه الى شخص ما ·

وكذلك الحال بالنسبة لمن قال لعدد من الاشخاص احدكم أو بعضكم زان أو ابن زانية ، سواء قاموا كلهم أو بعضهم · لان الحد للمعره ، وما لم يكن المقذوف معينا لم يلحق واحدا منهم شىء من المعرة ، حيث لم يعرف من اراد بقذفه (٣) ·

---

(١) المحـلى ص ٢٩٠ ·

(٢) المهذب ص ٢٧٦ ، مواهب الجليل ص ٣٠٠ ·

(٣) مغنى المحتاج ص ١٥٨ ، المهذب ص ٢٧٦ ، مواهـب الجليل ص ٣٠٠ ، حاشـــية الدسوقى ص ٣٢٨ ، شرح الخرشى ص ٣٣١ ·

ومن هذا القبيل من رمى بحجر فقال من رمانى فهو ابن زانية ولم يعرف الرامى فلا حد لعدم تعيينه (١) ٠

وكذلك اذا اختلف اثنان فى شىء فقال احدهمـا الكاذب ابن زانية ٠ أما اذا كان يعرفه فانه يكون قاذفا ويحد (٢) ٠

شروط الاحصان

تمهيـد :

لكى يقام الحد على القاذف يلزم أن يكون المقذوف محصنا ٠ وهـذا يتطلب توافر صفات معينة فيه ٠ فاذا تخلف بعضها أو اختل احدها فان الحد لا يقام ٠

والاصل فى شرط الاحصان قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة » ٠ وقوله تعالى « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم» ٠ وقد استدل من هذين النصين على أن شروط الاحصان هى الاسلام والحرية والعفة عن الزنا ٠

ومن ذلك يتضح ان احصان القذف له معنى يختلف عن احصان الرجم ٠ ولكل منهما شروطه الخاصة به ٠

ومع ان البلوغ والعقل يعتبران من الشروط العامة التى يجب توافرها بالنسبة للجانى حتى يسأل عن فعله فان الفقهاء قد اشترطوا أيضا ضرورة توافرهما بالنسبة الى المجنى عليه حتى يعد محصنا ٠

والسبب فى ذلك يرجع الى ان المقذوف يرمى بالزنا ٠ وهذه الجريمة لا

---

(١) كشـاف القنـاع ص ١٠٩ ٠

(٢) المغنى ص ٢٣٥ ، كشاف القناع ص ١١٠ ٠

تقع اصلا الا من بالغ عاقل،لان زنا الصبى او المجنون لا يجب فيه الحد(١)·

اما بالنسبة الى شرط الحرية فيرى جمهور الفقهاء عدم اقامة الحد على قاذف العبد او الامة · على اعتبار أن حرية العبد لا تنهض لايجاب الحد· وان الآية الكريمة وردت فى الحرة المسلمة دون غيرها (٢) ·

وقال أهل الظاهر وطائفة من العلماء بايجاب الحد (٣) · ولكن هذا الخلاف قد فقد الآن اهميته بعد الغاء الرق ·

وقد نصت المادة الثانية من قانون اقامة حد القذف على انه : « يشترط فى المقذوف أن يكون مسلما عاقلا ذا عفة ظاهرة عما رمى به » ·

ويلاحظ ان شروط الاحصان التى نص عليها الشارع هى الاسلام والعقل والعفة ولم يذكر شرط البلوغ ·

وقد اختلف الفقهاء فى ذلك · فيرى الحنفية والشافعية أن الحد لا يقام على القاذف اذا كان المقذوف غير بالغ (٤) ·

وعند الحنابلة وجهان : الاول يرى لزوم البلوغ باعتباره احد شرطى التكليف فأشبه العقل · وان زنا الصبى لا يوجب حد ، فلا ينبغى اقامة الحد به كزنا المجنون · والثانى يرى انه لا يشترط البلوغ فى الاحصان · لان العفيف

---

(١) شرح فتح القدير ص ١٩١ ؛ بدائع الصنائع ص ٤٠ ؛ حاشية الدسوقى ص ٣٢٥ ؛ المغنى ص ٢٠٢ ، المهذب ص ٢٧١ ·

(٢) مواهب الجليل ص ٣٠٠ ، شرح الخرشى ص ٢٢٨ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣١ المهذب ص ٢٧١ ، المغنى ص ٢٠٢ ·

(٣) وقد روى امير سأل ابن عمر عن رجل قذف أم ولد لرجل . فقال ابن عمر يضرب الحد صاغرا . وعن الحسن البصرى قال : الزوج يلاعن الامه . وان قذفها وهى امه جلد لأنها امرأته . المحلى ص ٢٧١ ·

(٤) حاشية ابن عابدين ص ٢٣١ ؛ شرح فتح القدير ص ١٩١ ، بدائع الصنائع ص ٤٠ ؛ المهذب ص ٢٧٢ ·

العاقل يتعير بالقذف الممكن صدقه فأشبه الكبير • على ان يكون ممن يجامع مثله ، فيستطيع الوطء ان كان ذكرا ويطبقه ان كان انثى (١) •

وقد فرق المالكية بين الذكر والانثى فى هذا الشأن • فقالوا بأنه لا يشترط البلوغ فى الصبية وذلك على خلاف الصبى • فيحد قاذف الصبية ولا يحد قاذف الصبى(٢) • فتعتبر صبية محصنة اذا كانت تطيق الوطء او مثلها يوطأ ولو لم تبلغ فعلا (٣) •

الاسلام :

يشترط فى المقذوف الاسلام حتى يكون محصنا ويقام الحد على قاذفه • اما اذا كان كافرا فقاذفه لا يحد وانما يعذر • وهذا باجماع الفقهاء (٤) لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم» • فدل على اشتراط الايمان • وهو أن يكون المقذوف مسلما •

وقال ابن مسعود الاحصان اطلق بمعنى الاسلام فى قوله تعالى : « فاذا احصن » لان احصانها اسلامها (٥) •

كما روى عن الرسول عليه الصلاة والسلام انه قال : « من اشرك بالله فليس بمحصن » (٦) •

ولم يخرج عن هذا الاجماع سوى أهل الظاهر (٧) •

---

(١) المغنى ص ٢٠٢ و ٢٠٤ ، كشاف القناع ص ١٠٦ ، المحلى ص ٢٧٣ •
(٢) حاشية الدسوقى ص ٣٢٥ ، شرح الخرشى ص ٣٢٨ •
(٣) مواهب الجليل ص ٣٠٠ •
(٤) شرح فتح القدير ص ١٩١ ، المبسوط ص ١١٨ ، بدائع الصنائع ص ٤٠ ، كشاف القناع ص ١٠٥ ، المذب ص ٢٧٢ •
(٥) المغنى ص ٢٠٢ و ص ٢١٠ •
(٦) المذب ص ٢٧٢ •
(٧) المحلى ص ٢٧٤ •

وعن ابن المسيب وابن ابى ليلى أنه اذا قذف ذمية لها ولد مسلم يحد ٠ وقال ابن ابى موسى : « اذا قذف مسلم ذمية أو لها منه ولد حد فى احدى الروايتين » (١) ٠

وقد اختلف الفقهاء فى حالة نفى النسب اذا كانت أم المنفى نسبه غير مسلمة لان نفى النسب عن ولدها المسلم يكون رميا لها بالزنا ٠

فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يشترط ان تكون أم المنفى نسبه مسلمة ، فيقام الحد على القاذف ولو كانت غير مسلمة (٢) ٠

أما الحنفية فيرون ان نفى النسب فى هذه الحالة يعتبر رميا لها بالزنا مما يستلزم ان تكون الام مسلمة لا يجاب اقامة الحد ٠ فاذا لم تكن مسلمة لا يحد القاذف (٣) ٠

العقل :

لا يعتبر المقذوف محصنا الا اذا كان عاقلا ٠ وهذا باجماع الفقهاء ٠ وذلك لانه لا يتصور زنا المجنون ، فيكون قذفه به كذبا محضا ٠ كما ان هذا القذف لا يجلب له معرة لعدم تكليفه فلا يلحقه شين باضافة الزنا اليه٠لذلك لا يحد قاذفه وانما يعزر (٤) ٠

ويقصد بالجنون المرض الذى يصيب العقل ويذهب بالوعى والادراك منه ٠ ومجرد جنون المقذوف يكفى لامتناع الحد عن القاذف ولو لم يترتب عليه أى اثر آخر (٥) ٠

---

(١) المغنى ص ٢١١ ٠

(٢) المدونة ص ٢٢١ ، مواهب الجليل ص ٢٩٨ ، المغنى ص ٢١١ ٠

(٣) شرح فتح القدير ص ١٩١ ؛ المغنى ص ٢١١ ٠

(٤) بدائع الصنائع ص ٤٠ المبسوط ص ١٢٧ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣١ كشاف القناع ص ١٠٥ ، المهذب ص ٢٧٥ ، شرح الخرشى ص ٣٢٨ ٠

(٥) محمد سامى النبراوى ص ٢٢٢ ٠

ويرى المالكية انه اذا بلغ صحيحا ثم جن أو كان يجن ويفيق فان قاذفه يحـــد (١) ٠

ويدخل فى حكم الجنون كل ما من شأنه ان يذهب بقوة الشعور والارادة من المقذوف ٠ والعلة فى ذلك انه يرمى بالزنا وهذه الجريمة لا تقـــع الا من عاقل ٠ فلا يطبق الحد فى مثل تلك الحالات كالصم البكم (المادة ٨٦ عقوبات) والسكر غير الاختيارى (المادة ٨٧ عقوبات) والمواد المخدرة (المادة ٩١ عقوبات) والتسمم الناتج عن تعاطى المواد المخدرة أو المسكرة (المادة ٩٢ عقوبات) ٠ وذلك لان المقذوف لا يكون مكلفا ٠ فيكتفى بتعذير القاذف ٠

العفة :

يشترط لاعتبـــار المقذوف محصنا أن يكون عفيفـــا ٠ وهذا باجماع الفقهاء (٢) لقوله تعالى: «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » ٠ والمقصود بالاحصان فى هذه الآية الكريمـــة هو العفة عن الزنا (٣) ٠ وذلك لان من لا عفة له لا يلحقه العار من القذف بالزنا ٠ فيسقط الحد عن القاذف اذا ثبت ان المقذوف قد زنى (٤) ٠

وقد اختلف الفقهاء فى تفسير معنى العفـــة ٠ فذهب الحنفية الى ان المقصود بها هو ان لا يكون القاذف قد وطىء فى عمره حراما فى غير ملك ولا نكاح اصلا ولا فى نكاح فاسد فسادا مجمعا عليه فى السلف ٠ فان كان قد فعل شيئا من ذلك سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجبا للحد أو لم يكن ٠ فمثلا اذا

---

(١) مواهب الجليـل ص ٢٩٨ ٠

(٢) شرح الخرشى ص ٣٢٧ ، حاشية الدسوقى ص ٣٢١ ، مواهب الجليـل ص ٣٠٠ المبسوط ص ١٢٧ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣١ ٠

(٣) المغنى ص ٢٠١ ٠ وهناك رأى يذهب الى أن معنى العفة يقصد به هنا الحرية بدائع الصنائع ص ٤٠ ٠

(٤) المهذب ص ٢٧٢ ، شرح فتح القدير ص ١٩١ ٠

وطىء امرأته بشبهة بأن زفت اليه غير امرأته فوطئها ، سقطت عفته لوجود الوطء الحرام فى غير ملك ، ولا نكاح اصلا · ولكن لم يجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر · ولو وطىء امرأته الحائض أو النفساء او الصائمة او المحرمة لم تسقط عفته لقيام الملك او النكاح الصحيح · اما اذا وطىء حراما فى غير ملكه ، فان قاذفه لا يحد لفوات العفة شرط الاحصان ، لان الفعل يكون فى هذه الحالة زنا · وكذلك الحال اذا كان الوطء فى الملك والحرمة مؤبدة · بشرط ان تكون ثابتة بالاجماع او الحديث المشهور (١) ·

ويرى المالكية ان العفة هى عدم ارتكاب المقذوف فعل الزنا قبل قذفه وبعده ، ولم يثبت عليه الحد ، لان هذا يستلزم وقوع الزنا منه (٢) · اما اذا كان قد وطىء وطئا محرما لا حد فيه ، كوطء بهيمة او وطء بين فخذين ، فهو رغم هذا يكون عفيفا ويحد قاذفه (٣) ·

ويرى الشافعية أن العفة هى ان لا يكون قد ثبت الزنا على المقذوف قبل القذف وبعده · واذا اتى ما يوجب حد الزنا فانه يكون غير عفيف ، ولا يحد قاذفه · اما اذا قذف من وطىء فى غير ملك وطئا محرما لا يجب به الحد ، كمن وطىء امرأة ظنها زوجته او وطىء فى نكاح مختلف فى صحته ففيه وجهان : الاول لا يجب عليه الحد لانه وطىء محرم لم يصادف ملكا ، فسقط به الاحصان كالزنا · والثانى يجب الحد ، لانه وطىء وطئا لا يجب به الحد فلا يسقط الاحصان ، كما لو وطىء زوجته وهى حائض (٤) ·

---

(١) بدائع الصنائع ص ٤١ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣٢ ، شرح فتح القدير ص ١٩٢ ، المبسوط ص ١١٥ ·

(٢) قال مالك يمن قذف من جلد فى زنى لم يحد ، قاله ابن القاسم ويؤدب — بادابه المسلمين . وقال ايضا من قذف انسانا ثم اثبت انه حد سقط الحد عن القاذف ، مواهب الجليل ص ٣٠٠ و ٣٠١ ·

(٣) حاشية الدسوقى ص ٣٢٦ ·

(٤) المهذب ص ٢٧٢ ·

ويرى الحنابلة ان المقصود بالعفة هو العفة الظاهرة، بمعنى ان لا يكون قد ثبت باقرار او بينة ان المقذوف قد ارتكب فعل الزنا ولم يكن قد حد له. فلا يسقط العفة عن المقذوف اشتهاره بشرب الخمر او الفسق او اى شىء آخر من هذا القبيل ، ما دام لم يثبت عليه الزنا على الوجه السابق الاشارة اليه . فيحد قاذفه فى مثل هذه الحالات (١) .

ويرى الظاهرية انه اذا قذف شخص آخر بزنا غير الذى ثبت عليه وبين ذلك وصرح ، فعلى القاذف الحد ، سواء حد المقذوف فى الزنا الذى صح عليه او لم يحد . وذلك لانه محصن عن كل زنا لم يثبت عليه (٢) .

ويبدو ان الشارع قد اخذ بما ذهب اليه الحنابلة فى تفسير المعنى المقصود بالعفة ، حيث نص فى المادة الثانية من القانون على انه يشترط فى المقذوف ان يكون ذا عفة ظاهرة .

قذف الخصى والمجبوب والمريض :

يرى مالك وأبو حنيفة والشافعى انه لا حد على قاذف الخصى او المجبوب او المريض . وذلك لان المقذوف يكون غير قادر على الوطء . فلا يلحق العار به ، ويثبت كذب القاذف على وجه اليقين (٣) .

وذهب بعض الفقهاء الى انه لا حد على قاذف الاخرس ، لانه لو كان ينطق ربما صدق على ما اسند اليه . وفى ذلك شبهة تدرأ الحد (٤) .

ويرى الحنابلة وجوب الحد فى هذه الحالات لعموم قوله تعالى : «والذين

---

(١) كشاف القناع ص ١٠٦ .

(٢) المبسوط ص ١١٨ ، المغنى ص ٢٠٢ .

(٣) شرح الخرشى ص ٣٢٩ حاشية الدسوقى ص ٣٢٦ ، بدائع الصنائع ص ٥ ؛ شرح فتح القدير ص ١٩١ .

(٤) المحلى ص ٢٨٢ .

يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ، فاجلدوهم ثمانين جلدة » ٠ فيكون الفاعل قاذفا لمحصن ويلزمه الحد كقاذف القادر على الوطء ٠ كما ان الوطء امر خفى لا يعلمه كثير من الناس ٠ فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد (١) ٠

وقت الاحصان :

يرى جمهور الفقهاء انه يجب ان تظـــل شروط الاحصان متوافرة فى المقذوف من وقت القذف الى اقامة الحد ٠ اما اذا انتفى شرط منها خلال هذه الفترة ، كأن يكون المقذوف قد زنى (٢) او ارتد ولو اسلم فيما بعد او جن ، سقط حد القذف لزوال احصانه بعدم توافر العفة او الاسلام او العقل (٣) ٠

ويرى الحنابلة ان العبرة تكون بوقت القذف ٠ فاذا كانت شروط الاحصان متوافرة عندئذ فان الحد يكون قد وجب ولا يسقط بزوال شروط الوجوب ٠ كما لو زنى بأمه ثم اشتراها او سرق عينا فنقصت قيمتها او ملكها او جن المقذوف بعد المطالبة ٠ ولا يصح القول بأن الشروط تعتبر استدامتها ، لان وجودها يعتد به الى حين الوجوب فقط ٠ اما اذا جن من وجب له الحد ، فان الحد لا يسقط وانما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة به ، فاشبه ما لو غاب ٠ وان ارتد لم يملك المطالبة ، لان حقوقه واملاكه تزول او تكون موقوفة (٤) ٠

---

(١) المغنى ص ٢٠٣ ، المحلى ص ٢٧٣ ٠

(٢) كما أن زناه يدل على سبق وقوع الفعل منه مما يقوى قول القاذف فاشبه الشهادة اذا طرق الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها ٠

وقد روى ان رجلا زنى بامرأة فى زمان امير المؤمنين عمر رضى الله عنه ٠ فقال والله ما زنيت الا هذه المرة ٠ فقال له عمر كذبت ان الله لا يفضح عبده فى أول مره ٠ المهذب ص ٢٧٢ ٠

(٣) المدونة ص ٢٢٣ ، مواهب الجليل ص ٢٠٠ ، المهذب ص ٢٧٢ ، المبسوط ص ١٢٧ ، شرح فتح القدير ص ٢٠٤ وما بعدها ٠

(٤) وفارق الشافعية ان العدالة تشترط للحكم بها ٠ فيعتبر وجودها الى حين الحكم ، بخلاف العفة فانها تشترط للوجوب ٠ فلا تعتبر الا حين الوجوب ٠ كشاف القناع ص ١٠٧ ٠ المغنى ص ٢٢٠ ٠

العقل :

سبق الكلام عن شرط العقل باعتباره احد الشروط الواجب توافرها فى المقذوف حتى يكون محصنا (١) • ونتعرض له الآن بصفته احـــد عناصر المسئولية الجنائية فالشخص لا يكون مسئولا عن فعله الا اذا كان متمتعا بقواه العقلية وقت ارتكابـــه • اما اذا كان مصابا بعيب عقلى افقـــده قوة الشعور والارادة ، فانه يكون غير مسئول من الناحية الجنائية •

وهذا باتفاق الفقهاء ، لما روى عن النبى عليـــه السلام من انه قال : « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبى حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » •

فقذف المجنون ومن فى حكمه كالنائم والسكران بغير محرم لا حد عليه، لان فعله لا يوصف بكونه جناية •لذلك لم تجب عليه سائر الحدود • كما انه لا يلحق المقذوف منه معره لعدم اعتبار كلامه (٢) •

وتنص المادة ٨٣ عقوبات على انه « لا يسأل جنائيا من كان وقت ارتكابه الفعل فى حالة عيب عقلى كلى ناتج عن مرض افقده قوة الشعور والارادة » •

ومن ذلك يتضح ان مجرد الجنون لا يكفى بذاته لامتنـــاع المسئولية الجنائية حيث يلزم ان يترتب عليه فقدان قوة الشعور والارادة لكى لا يسند الفعل الى مرتكبه •

كما يجب ان تكون حالة الجنون قائمة وقت القذف حتى يترتب عليهـــا اثرها القانونى • اما اذا كان الجانى قد شفى منهـــا قبل ارتكاب الفعل او

---

(١) راجـــع ص ٢٩٥ •

(٢) المبسوط ص ١١٨ حاشـــية ابن عـــابدين ص ٢٢١ ؛ بدائع الصـــنائع ص ٤٠ ؛ كشـــاف القناع ص ١٠٦ ؛ المهذب ص ٢٧٢ ؛ مغنى المحتاج ص ١٥٥ ؛ شرح الخرشى ص ٢٢٨ ص ٣٢٨ حاشية الدسوقى ص ٣٢٥ •

اصيب بها بعده ، فانه يكون مسئولا عن الجريمة • لذا يجب على المحكمة ان تبين حالة المتهم وقت القذف (١) •

وقد يكون الجنون مستديما او متقطعا يأتى على فترات يفصل بينها اوقات افاقة • فاذا حدث شك فى قذف مجنون يفيق احيانا ، فيما اذا كان قد ارتكب الجريمة فى حال جنونه او افاقته ، فيحمل على الوجه الاول استنادا الى قاعدة درأ الحدود بالشبهات • اما اذا ثبت انه قذف حال افاقته ، فانه يكون مسئولا عن فعله ، الا انه ينتظر حتى افاقته لمحاكمته واقامة الحد عليه (٢) •

ونظرا لان قانون اقامة حد القذف قد اقتصر على ما يتخذ بشأن الجانى الذى لم يبلغ الثامنة عشرة وهو على الوجه المشار اليه فى المادة السابعة منه، ولم يرد به ما يتبع فى شأن باقى طوائف ناقصى الاهلية، فانه تطبيقا للاحالة المنصوص عليها فى المادة ١٦ تسرى عليهم احكام المواد ٨٤ و ٢/٨٦ و ٢/٨٧ و ٩٢ من قانون العقوبات اذا كان من أثر العيب الانتقاص من قوة الشعور والارادة على وجه جسيم وقت ارتكاب الجريمة (٣) •

---

(١) وفى ذلك تقول المحكمة العليا « ان حالة المتهم المرضية وقت ارتكاب الجريمة هى التى تحدد ما يتبع فى شأنه من اقامة الدعوى الجنائية ضده أو عدم اقامتها • وعلى المحكمة ان تبين فى حكمها حالة المتهم وقت ارتكاب الفعل المسند اليه والا كان حكمها قاصرا » • جلسة ٢٠ مارس سنة ١٩٦٥ م مجلة المحكمة العليا ج ٣ ص ١٦٥ •

(٢) ويقول الشيرازى أنه : « اذا قذف محصنا وقال قذفته وانا ذاهب العقل فان لم يسلم له حال جنونه ؛ فالقول قول المقذوف مع يمينه انه لا يعلم انه مجنون لأن الاصل عدم الجنون • وان علم له حال جنون ففيه قولان • احدهما ان القول قول المقذوف لان الاصل الصحة • والثانى ان القول قول القاذف لأنه يحتمل ما يدعيه والاصل حمى الظهر ، لأن الحد يسقط بالشبهة لقوله عليه السلام ـ ادرؤا الحدود بالشبهات ـ وادرؤا الحدود ما استطعتم ولان يخطىء الامام فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » المهذب ص ٢٧٢ •

(٣) محمد سامى النبراوى ص ٢٥٣ •

والعبرة فى تحديد السن تكون بوقت ارتكاب الجريمـــة ، وليس بتاريخ اكتشافها او اقامة الدعوى فيها او صدور الحكم ٠

اما اذا كان الجانى لم يبلغ الثمانى عشر وقت ارتكاب الجريمة ، فانه قد يعذر وفقا لاحكام المادة السابعة من قانون اقامة حد القذف التى سيأتى بيانهـا ٠

قذف الوالد لولده :

اختلف الفقهاء فى حكم قذف الوالد لولده أو لحفيده ٠ فيرى الحنفية والشافعية والحنابلة انه لا يحد سواء كان القاذف رجلا او امرأة (١) ٠

وذلك لقوله تعالى : « ولا تقل لهما اف » والنهى عن التأفيف نصا نهى عن الضرب دلالة ٠ وقوله تعالى : « وبالوالدين احسانا » لان توقير الاب واحترامه واجب شرعا وعقلا والمطالبة بالقذف للحد ترك للتعظيم والاحترام فكان حراما (٢) ٠

ومع ان عقوبة القذف تكون حدا ، فهى اشبه بالقصاص ٠ ولان الحـــد يدرأ بالشبهات ، فلا يجب للابن على ابيه كالقصاص (٣) ٠

اما اذا قال لولده من زوجته المتوفاة يا ابن الزانية وكان لها ابن مـن غيره فله ان يطالب بحد القذف ، حيث ثبت بقذف الام وهى محصنة ٠ فيصبح لكل واحد من الوالدين حـق الخصومة فى الحـد بنسبته اليها ٠ ونظرا لان احدهما ابن القاذف والابن لا يخاصم اباه فى اقامة الدعوى عليه ، فيبقـــى للآخر المطالبة بالحد (٤) ٠

---

(١) ولعنه قد يكون قذفا لامه كما قال لابنه انت ولد زنا ، مغنى المحتاج ص ١٥٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ص ٢٣٢ ، بدائع الصنائع ص ٤٢ ، مغنى المحتاج ص ١٥٦ ، المهذب ص ٢٧٢ ، المغنى ص ٢٠٨ .

(٣) والفرق بين القذف والزنا ان حد الزنا خالص لحق الله تعالى لاحق لادمى فيه . أما حد القذف فحق لادمى . فلا يثبت للابن على ابيه كالقصاص ، وعلى انه لو زنى بجارية ابنه لم يجب عليه حد المغنى ص ٢٠٨ .

(٤) المبسوط ص ١٢٢ .

وعند المالكية رأيان · الاول يتفق مع ما ذهب اليـــه جمهور الفقهاء · والثانى يقول بأن للابن مطالبة ابيه بحد القذف لعموم الآية الكريمة · ولانه حد فلا يمنع من وجوبه قرابة الولادة كالزنا · ولكن الابن يفسق وتسقط عدالته بمطالبته بحد ابيه فلا تقبل له شهادة · وهذا هو المشهور فى المذهب (١) ·

اما قذف سائر الاقارب ، فانـــه يوجب الحد على القاذف فى قولهم جميعا (٢) ·

اللعـــان

تمهيـد :

اللعان لغة معناه الطرد والابعاد · قال سبحانه وتعالى : « ويلعنهم اللاعنون » اى يطردهم ويبعدهم عن رحمته (٣) · ويقصد به شرعا حجة فى الـزنا ·

والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى : « والذين يرمون ازواجهم ، ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربـــع شهادات بالله أنـــه لمن الصادقين · والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين · ويدرأ عنهـا العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين » (٤) · فدل بهذا على ان الشهادات الاربع بمنزلة الشهود ·

---

(١) مواهب الجليـل ص ٢٩٨ و ٣٠٤ ·

(٢) المغنى ص ٢١٥ ·

(٣) كان العرب اذا فعل رجل منهم فاحشة ومنكرا طردوه وابعدوه فيقال لعين ال فلان اى طـريده ·

(٤) سـورة النـور : الايات من ٦ الى ٩ ·

وقد روى علقمة عن عبدالله ان رجلا اتى النبى عليه السلام فقال يا رسول الله ان رجلا وجد مع امرأته رجلا ٠ ان تكلم جلدتموه او قتل قتلتموه او سكت سكت على غيظ ٠ فقال النبى عليه السلام اللهم افتح فنزلت آية اللعان ٠

وان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فقال النبى عليه السلام البينة او الحد فى ظهرك ٠ فقال يا رسول الله اذا رأى احدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة ٠ فجعل النبى عليه السلام يقول البينة والا حد فى ظهرك٠ فقال والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله عز وجل فى امرى ما يبرىء ظهرى من الحد فنزلت الآية ٠

وبذلك نسخ حد القذف عن الازواج لان النبى عليه السلام قال لهلال ابن أمية نزلت آيات اللعان هذه ، ائتنى بصاحبتك فقد انزل الله فيك قرآن ولاعن بينهما (١) ٠

ويتضح من هذا انه اذا قذف الزوج امرأته فانه يحد الا اذا لاعنها٠ لان الله سبحانه وتعالى جعل اللعان بينة له فيقوم مقامها فى اسقاط الحد عنه٠ اما اذا قذفت الزوجة رجلها فانها تحد ، لان آيات اللعان وردت فى الزوج وحده دونها (٢) ٠

وقد نصت المادة الثامنة من قانون اقامة حد القذف على اللعان وشروطه واحكامه وآثاره حيث قررت انه :

(١) اذا رمى الزوج زوجته او مطلقته رجعيا بالزنا او نفى الولد ، وجب اللعان ٠

(٢) ويتم اللعان بأن يشهد الزوج امام المحكمة المختصة بنظر مسائل الاحوال الشخصية اربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة ان غضب الله عليه ان كان من الكاذبين ٠

---

(١) المهذب ص ١١٨ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ص ٢٠٢ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣٩ ، بدائع الصنائع ص ٤٣ .

(٢) ويجرى اللعان ولو كانت الزوجة غير مسلمة ، او غير عفيفة أو كان الرجل غير اهل للشهادة او أخرس متى كان عاقلا اتم ثمانى عشرة سنة ·

(٤) فاذا امتنع الزوج عن اللعان يحد حد القذف ·

(٥) واذا امتنعت الزوجة عن اللعان حكمت المحكمة بحبسها حتى تلاعن او تصدق الزوج فيما رماها به · فاذا صدقته تحد حد الزنا ·

(٦) واذا كذب الرجل نفسه بعد اللعان يحد حد القذف ·

(٧) ولا تخل الاحكام المتقدمة بقواعد الاختصاص الجنائى بتوقيع عقوبات الحد ·

شروط اللعان :

(١) ان تكون علاقة الزوجية قائمة فعلا او حكما بأن كانت امرأته معتدة من طلاق رجعى · اما اذا اصبحت اجنبية عنه بانتهاء عدتها او كانت مطلقة طلاقا بائنا فانه لا تجوز الملاعنة ويحد · وذلك سواء كان الرمى بالزنا او نفى النسب (المادة ٨/١) ·

(٢) ان يتم اللعان امام المحكمة المختصة بنظر مسائل الاحوال الشخصية (المادة ٨/٢) وذلك لانه كاليمين فى الدعوى (١) ، فلا يجوز القيام به الا امامها · أما اذا لاعن الزوج على انفراد او امام أية جهة أخرى ، فانه لا يعتد به ولا يترتب عليه اثره القانونى ·

(٣) يكون اللعان بأن يشهد الزوج اولا امام المحكمة اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين · والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين · ثم تشهد الزوجة بعده امام المحكمة أيضا اربع شهادات بالله انه لمن

---

(١) المهذب ص ١٢٥ ·

(٢) لأن الله سبحانه وتعالى بدا به باعتباره المدعى ·

الكاذبين ، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين (المادة ٢/٨) · ولا يعتد باللعان اذا اخل بأحد هذه الالفاظ الخمسة ، لان الله تعالى قد علق الحكم عليها (١) ·

(٤) يجب ان يكون الزوج عاقلا مختارا اتم ثمانى عشرة سنة وقت الملاعنة· وذلك لانه يترتب عليه الفرقة · فحكمه كالطلاق ، فلا يصح من المجنون والقاصر والمكره ·

ويجرى اللعان ولو كان الزوج غير اهل للشهادة او أخرس ، او كانت الزوجة غير مسلمة او غير عفيفة · وذلك لانه يقصد به درء العقوبة الواجبة بالقذف وهذا جائز بالنسبة لهؤلاء · كما ان اللعان يكون لمنع الشك فى الحياة الزوجية فيجب فى جميع الاحوال وليس فى حال العدول من الزوجين فقط (٢)·

الامتناع عن اللعان :

اذا امتنع الزوج عن اللعان بأن نكل عن حلف اليمين اقيم عليـــه حد القذف· وذلك لان اللعان يقوم مقام هذا الحد ، فاذا لم يتم وجب حد القذف (المادة ٤/٨) ·

واذا امتنعت الزوجة عن اللعان ، فهذا يعنى انها قد صدقته فى دعوى الزنا· فيرى بعض الفقهاء اقامة حد الزنا عليها لقوله تعالى : « ويدرأ عنها العذاب » واللعان هو الذى يترتب عليه ذلك · ويرى آخرون انه لا يقام الحد عليها وتحبس حتى تلاعن · لان الامتناع عن الحلف وحده لا يكفى لثبوت حد الزنـــا ·

وجاء ف احكام القرآن : «قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد ايهما نكل عن اللعان حبس حتى يلاعن ·

وقال مالك والحسن بن صالح والليث بن سعد والشافعى ايهما نكل حد·

---

(١) محمد ابو زهرة ص ١٣٠ ·

(٢) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩٦ ·

كلية القانون - المكتبة

ان نكل الرجل حد للقذف ، وان نكلت المرأة حدت للزنا · وروى معـــاذ بن معاذ عن اشعث عن الحسن فى الرجل يلاعن وتأبى المرأة قال تحبس · وعن مكحول والضحاك الشعبى اذا لاعن وأبت ان تلاعن رجمت » (١) ·

وقد اخذ الشارع بما ذهب اليه الحنفية وبعض الفقهاء فنص فى الفقرة الخامسة من المادة الثامنة على انه اذا امتنعت الزوجة عن اللعان حكمت المحكمة بحبسها حتى تلاعن او تصدق الزوج فيما رماها به · فاذا صدقته تحد حد الـزنا ·

واذا كذب الرجل نفسه بعد اللعان فانه يحد حد القذف (المادة ٨/٦) · لانه يكون بذلك قد قرر قذفها وهما غير زوجين ، حيث قد تمت الفرقة بينهمـــا كأثر للعان ·

ولا تخل الاحكام المتعلقة باللعان بقواعد الاختصاص الجنائى فتظـل المحاكم الجنائية هى المختصة بتوقيع عقوبات الحد (المادة ٨/٧) ·

آثار اللعان :

اذا لاعن الزوج امرأته سقط عنه حد القذف وذلك استنادا الى ما روى عن ابن عباس فى حادث هلال بن أمية من أن الرسول عليـــه السلام قال : « ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا » (٢) ·

واذا قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا اضافة الى ما قبل اللعان ففيه وجهان : الاول انه لا يجب عليه الحد ، لان اللعان فى حق الزوج كالبينة · ولو اقام عليها البينة ثم قذفها فلم يلزمه الحد · كذلك اذا لاعنها · والثانى انه يجب عليه الحد ، لان اللعان يسقط احصانها منذ وجوده ولكن لا يسقط ما قبله ، فوجب الحد بما رماها به (٣) ·

---

(١) احكام القـرآن ص ٢٩٦ ·

(٢) المهـــذب ص ١١٨ ·

(٣) المهـــذب ص ٢٧٥ و ٢٧٦ ·

وان قذفها وتلاعنا ثم قذفها اجنبى ، وجب عليه الحد · وذلك لان اللعان يسقط الاحصان فى حق الزوج لانـــــه يعتبر بينة يختص بها · ولكن بالنسبة للاجنبى فهى باقية على احصانها · فوجب الحد بقذفها (١) ·

اما اذا قذفها الزوج ولاعنها ولم تلاعن وحدت ، ثم قذفها الاجنبى بذلك الزنا ففيه وجهان : الاول انه لا حد عليه لانه قذفها بزنا حدت فيه ، فلم يجب كما لو اقيم عليها الحد ببينة · والثانى يجب الحـــــد لان اللعان يختص به الزوج · فزال الاحصان فى حقه ولكنه بقى فى حق الاجنبى (٢) ·

المبحث الرابـــع

القصـد الجنائى

تمهيـد :

القذف جريمة عمدية فلا تقوم الا اذا توافر القصد الجنائى لدى الجانى وقت ارتكاب الفعل ·

ومع ان فقهاء الشريعة لم يتكلموا عن شرط العمد استقلالا الا ان بعضهم قد تعرض له فى تعريفه للقذف او اثناء بحثه بصفة عامة ·

فقد جاء فى المدونة انه لا يضرب الحد اذا علم انه لم يرد الا ان يخبر بأن المرأة قد وطأت غصبا عنها ولم يرد ان يقول انها زانية (٣) ·

وفى شرح الخرشى انه يدخل فى المكلف السكران بحـــرام لان من شرب خمرا معتقدا انه ماء فسكر ، فهذا غير حرام (٤) ·

---

(١) المغنى ص ٢٢٥ .
(٢) المهـذب ص ٢٧٦ .
(٣) المـدونة ص ٢١٨ .
(٤) شرح الخرشى ص ٢٢٨ .

وفى كشاف القناع ان قال زنيت وانت مشركة فقالت اردت قذفى بالزنا والشرك · فقال القاذف بل اردت قذفك بالزنا ان كنت مشركة · فقوله على يمينه لاختلافهما فى نيته ولا تعلم الا من قبله (١) ·

وفى مغنى المحتاج انه لا حد على المكره لانه لم يقصد الاذى · ولانه من شروط الالتزام بالاحكام والعلم بالتحريم (٢) ·

وفى المهذب انه اذا اتت امرأة بولد فقال ليس منى لم يكن قذفا من غير نية ، لجواز ان يكون معناه ليس خلقا او خلقا او من من زوج غيرى او من وطء بشبهة او مستعار ·

ومن لا يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف او للتعريض بالقذف من غير نية عذر لانه أذى من لا يجوز اذاه (٣) ·

وفى البدائع انه لو قال يا زانىء بالهمزة او زنأت بالهمزة يحد · ولو قال عنيت به الصعود فى الجبل لا يصدق · لان العامة لا تفرق بين المهموز والملين · وكذا من العرب من يهمز الملين فيبقى مجرد النية فلا يعتبر · وهذا قول ابى حنيفة وأبى يوسف ·

وقال محمد انه يصدق فلا يحد (٤) ·

وقد نصت المادة الثالثة من قانون اقامة حد القذف على القصد الجنائى بقولها : انه يشترط فى القاذف ان يكون قاصدا القذف عالما بمدلول ما قذف بـه (٥) ·

---

(١) كشاف القناع ص ١٠٧ ·

(٢) مغنى المحتاج ص ١٥٦ ·

(٣) المهذب ص ٢٧٤ ·

(٤) بدائع الصنائع ص ٤٢ ·

(٥) وقد عرفت المادة ١/٦٢ عقوبات القصد الجنائى بقولها « ترتكب الجناية او الجنحة عمدى قصد عملى اذا كان مقترفها يتوقع ويريد ان يترتب على فعله او امتناعه حدوث الضرر او وقوع الخطر الذى حدث ، والذى يعلق عليه القانون وجود الجريمة » ·

ومن ذلك يتضح انه يلزم لقيام القصد الجنائى توافر عنصرين · الاول العلم بوقائع القذف · والثانى انصراف الارادة الى القذف ·

العلم بوقائع القذف :

لا يتوافر القصد الجنائى الا اذا كان الجانى يعلم بالوقائع التى يتكون منها القذف · فيجب لقيام الجريمة ان يكون علمه قـــد انصرف الى مدلول الالفاظ التى استعملها ، وانها تتضمن الرمى بالزنا او نفى النسب ·

ولا يشترط علم الجانى بأن ما نسبه الى المقذوف غير صحيح حيث يقع القذف أيضا اذا كان يعتقد بصحة ما رمى به ما دام قد عجز عن اثباته · ويعتبر ذلك قرينة لا تقبل أثبات العكس ·

فلا يجوز له الاستناد الى انه قد بنى اعتقاده المتعلق بصحة القذف على اسباب مقبولة ، حيث كان من المفروض ان يتوافر لديه الدليل المثبت لذلك قبل الجهر به (١) ·

اما فيما يتعلق بالعلم بالتكييف القانونى فطبقا للرأى السائد فى الفقه ، الجهل باحكام قانون العقوبات لا يصلح عذرا لدفع المسئولية الجنائية · وهذا هو الاصل فى الشريعة · ويستثنى الفقهاء من ذلك الحالة التى يكون فيها الجهل بالاحكام قد صاحبه شبهة قوية كما لو اسلم حربى ودخل دار الاسلام فارتكب جريمة يعاقب عليها حدا · فاذا ثبت عدم علمه بالحكم الشرعى لقـرب عهده بالاسلام وديارة لا يقام عليه الحد (٢) ·

انصراف الارادة الى القذف :

لا يكفى مجرد العلم لتوافر القصد الجنائى ، حيث يلزم أيضا ان

---

(١) محمد عبد القادرة عودة ص ٤٧٧ .
(٢) محمد أبو زهرة ـ الجريمة ص ٤٨٨ .

تنصرف الارادة الى القذف · اما اذا انعدمت ارادة الجـانى او شابها عيب يؤثر على حريتها بدرجة جسيمة ، كما لو ارتكب الجريمة تحت تأثير اكـراه مادى او معنوى ، انتفى القصد الجنائى ·

ولا يتطلب القذف قصدا خاصا · فتقوم الجريمة بمجرد توافر القصد العام · فلا يلزم ان يقترن العلم والارادة بنية تحقيق غرض معين كالاضرار بسمعة المجنى عليه او الحاق العار بشرفه ·

كما انه لا عبرة بالباعث الذى قد يكون وراء القذف فيستوى ان يكون شريفا او خبيثا · فلا يؤثر على توافر القصد الجنائى ان يكون الجانى حسن النيـة ·

الفصل الثانى

دعوى القـــذف

القاعدة العامة فى جرائم الحدود انها تثبت عنـــد القاضى بالبينة او الاقرار ولا تشترط فيها الخصومةلاقامة الدعوى لانها تتعلق بحقوق الله تعالى.

ومع ان القذف باجماع الفقهاء يعتبر من الحدود الا انه قد استثنى من ذلك المبدأ واشترط فيه مخاصمة المجنى عليه لاقامة الدعوى .

ونتكلم عن هذا الموضوع فى مبحثين :

المبحث الاول : المخاصمة .

المبحث الثانى : اثبات القذف .

المبحث الأول

المخاصمة

تمهيد :

يرى جمهور الفقهاء ان للمقذوف حقا الى جانب حق الله تعالى فى القذف ،وذلك لانه يلحق به الشين والعار وينال من شرفه وعرضه ، على وجه يسبب له الاذى الشديد او الضرر الجسيم • مما يترتب عليه انه يلزم مطالبته بالحد حتى تقام الدعوى بشأنه ، لان حق الشخص لا يثبت ويستوفى الا بخصومته (١) • وقد اخذ الشارع بذلك •

ويذهب البعض الى انه من الافضل للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها اشاعة الفاحشة • وهو مندوب الى تركها وكذا العفو من باب الفضل والكرامة • وقد قال سبحانه وتعالى : « وان تعفو اقرب للتقوى » « ولا تنسوا الفضل بينكم » • كما انه اذا رفع الامر للقاضى يستحسن له ان يقول قبل الاتيان بالبينة اعرض عن هذا (٢) •

رفع الدعوى :

تنص المادة التاسعة من قانون اقامة حد القذف على انه : « لا تقام الدعوى فى جريمة القذف الا بناء على شكوى المقذوف او ورثته خلال ثلاثة اشهر من العلم بها وبمرتكبها •

---

(١) كشاف القناع ص ١٠٥ ؛ المغنى ص ٢٠٤ ؛ المدونة ص ٢١٦ ؛ شرح فتح القدير ص ١٩٠ ؛ حاشية ابن عابدين ص ٢٣٠ ؛ المبسوط ص ١٠٩ ؛ المهذب ص ٢٧٥ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٥٢ .

واذا كان المقذوف قاصرا لم يتم ثمانى عشرة سنة فتقبل منه الشكوى ما لم يعترض عليها وليه ٠

فاذا كان الولى هو القاذف فتقبل الشكوى ممن يليه فى الولاية او من القاصر » (١) ٠

فيجب تقديم الشكوى خلال ثلاثة اشهر من العلم بالقذف ومرتكبه ٠ ولا تبدأ المدة فى السريان من وقت وقوع الجريمة ، حيث يلزم لحسابها ان يكون المجنى عليه قد علم بها وبمرتكبها ٠

وليس للشكوى شكل معين ٠ فقد تكون شفاهة او كتابة وكل ما يلزم فيها هو ان تدل على رغبة المقذوف فى تحريك الدعوى الجنائية ضد القاذف ٠ سواء كان ذلك صراحة او ضمنا (٢) ٠

وحتى يترتب على الشكوى اثرها القانونى يجب ان تقـــدم الى النيابة العامة او مأمور الضبط القضائى ٠ ويجوز استثناء فى حالة التلبس تقديمها لمن يكون حاضرا من رجال السلطة العامة (المادة ٢٩ اجراءات جنائية)(٣)٠

---

(١) وكذلك الحال بالنسبة الى السب والتشهير المعاقب عليه تعزيرا حيث نصت المادة ٤٤١ عقوبات على انه « لاتقام الدعوى على الجرائم المنصوص عليها فى المادتين ٤٢٨ (السب) و ٤٢٩ (التشهير) الا بشكوى المعتدى عليه » .

(٢) جلسة ١٥ فبراير سنة ١٩٥٦ مجلة المحكمة العليا ج ١ ص ١٩٤ .

(٣) وقد نظم قانون الاجراءات الجنائية الاحكام الخاصة بالشكوى والآثار التى تترتب عليها . فنصت المادة الثالثة على انه : « لا يجوز ان ترفع الدعوى الجنائية الا بناء على شكوى شفهية او كتابية من المجنى عليه ، او من وكيله الخاص ، الى النيابة العامـة أو الى احد مأمورى الضبط القضائى . وذلك بالنسبة الى الجرائم التى يستلزم فيها قـانون العقوبات لمسائلة الجانى شكوى الطرف المتضرر ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها مالم ينص القانون على خلاف ذلك » .

كما نص فى المادتين الرابعة والخامسة على حكم الشكوى فى حالة تعدد المجنى عليهم او المتهمين ، وعلى الشكوى من القاصر المصاب بعاهة عقليـــا .

اما اذا لم يتقدم المقذوف بالشكوى الى الجهة المختصة فى خلال المدة المقررة فان حقه فى الشكوى يسقط ولا يجوز له تقديمها بعد ذلك ٠

وفى جميع الحالات سواء علم المقذوف بالجريمة وشخص مرتكبها او لم يعلم ، فان الحق فى الشكوى ينقضى بسقوط الجريمة بمضى المدة ٠ وقد نصت المادة ١١ من قانون اقامة حد القذف على انه : « تعتبر جريمة القذف – جنحة – ويجوز حبس المتهم بها احتياطيا » وبذلك تكون المدة اللازمة لانقضاء الدعوى فى القذف هى ثلاث سنوات ولا يوقف سريان هذه المدة لاى سبب كان (المادة ١٠٧ عقوبات) ٠

أثر وفاة المقذوف على الدعوى :

اذا توفى المقذوف بعد تقديم الشكوى ، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة ان حق الخصومة يورث ٠ فيحل الورثة محل المقذوف فى المسير بالدعوى ٠ اما اذا لم يكن للمقذوف وارث سقطت الدعوى (١) ٠

ويرى الحنفية ان الخصومة لا تتحقق بعد الموت فلا تورث ٠ ويترتب على ذلك أن الدعوى تسقط بوفاة المجنى عليه (٢) ٠

اما اذا كان المقذوف قد توفى بعد القذف وقبل تقديم الشكوى ، فان حق المخاصمة يسقط ٠ فلا يجوز للورثة تقديم الشكوى ٠ وذلك لان سكوته عنها يفيد انه لا يريدها او عفا عنها ٠ اما اذا ثبت انه لم يكن يعلم بالقذف، فلورثته تقديم الشكوى (٣) ٠

ومع اتفاق الفقهاء على انه اذا كان المقذوف متوفيا وقت القذف يكون لمن له المخاصمة ان يقدم الشكوى ، فانهم قد اختلفوا فيمن يمتلك هذا الحق ٠ ويرجع ذلك الى اختلافهم فيمن يلحقه العار من القذف بسبب صلة القرابة ٠

---

(١) المهذب ص ٢٧٥ ؛ كشاف القناع ص ١٠٥ ، المغنى ٢٠٤ .
(٢) بدائع الصنائع ص ٥٥ شرح فتح القدير ص ١٩٨ .
(٣) المبسوط ص ١١٣ ، شرح فتح القدير ص ١٩٧ .

ويرى المالكية ان لاصول وفروع المقذوف من الذكور واجداده لامه ان يقدموا الشكوى لان هذا العيب يلزمهم • فان لم يكن هناك احد من هؤلاء ، يؤول حق المخصمة الى العصبة والبنات والاخوات والجدات • فاذا لم يكن له وارث ولا قرابة فلا حد (١) •

ويرى الحنفية انه لا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه لقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلحق به (٢) •

ويرى الحنابلة ان الحق يثبت لجميع الورثة لما فيه من التعيير (٣) •

وعند الشافعية ثلاثة اقوال • الاول ان يرث الحق جميع الورثة كالمال• والثانى انه لجميع الورثة الا من يرث بالزوجية لانه لا يلحق الزوج عار بعد الموت • والثالث انه يرثه العصبات دون غيرهم كولاية النكاح ، لانه ثبت لدفع العار اما اذا لم يكن له وارث فهو للمسلمين وتستوفيه السلطة (٤) •

وقد اخذ الشارع بالرأى الذى يجيز لجميع ورثة المقذوف تقديم الشكوى• حيث جاء النص عليهم مطلقا فى الفقرة الاولى من المادة التاسعة دون تحديد اية درجة معينة من القرابة • ويكون لكل واحد منهم هذا الحق دون التوقف على غيره من باقى الورثة ولو كان اقرب منه درجة لان العيب يلزمهم جميعا• وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء (٥) •

انقضاء الدعوى :

تنص المادة العاشرة من قانون اقامة حد القذف على انه لمن قدم الشكوى

---

(١) المدونة ص ٢٢٠ ، مواهب الجليل ص ٣٠٥ •
(٢) حاشية ابن عابدين ص ٢٣٦ ؛ شرح فتح القدير ص ١٩٥ ، المبسوط ص ١١٣٦ •
(٣) كشاف القناع ص ١١٢ •
(٤) المهذب ص ٢٧٥ •
(٥) المغنى ص ٢٠٩ ، كشاف القناع ص ١١٣ ، شرح فتح القدير ص ١٩٥ ؛ مواهب الجليل ص ٣٠٥ ، المدونة ص ٢٢٠ ، المهذب ص ٢٧٥ •

فى جريمة القذف ان يتنازل عنها ، ويترتب على التنازل انقضـــاء الدعوى العمومية ٠

فيجوز لمن قدم الشكوى سواء كان المقذوف او وليه او ورثته ان يتنازل عنهـا ٠

وليس للتنازل شكلا معينا ٠ فقد يكون شفويا او كتابيا وكل ما يلزم فيه ان يكون معبرا عن ارادة صاحب الشأن فى وقف أثـــر الشكوى فيما يتعلق باجراءات الدعوى والمحاكمة (١) ٠

ويلاحظ ان الشارع لم يشترط تقديم التنازل الى جهة معينة كمـا فعل بالنسبة للشكوى (المادة الثالثة اجراءات جنائية) ٠ لذلك يجوز تقديمه الى اية جهة او شخص ما دام يستفاد منه صراحة او ضمنا الرغبة فى التنازل(٢)٠

ويظل الحق فى التنازل قائما من وقت تقديم الشكوى الى ان يصدر فى الدعوى حكما نهائيا٠ فيجوز تقديمه اثناء مراحل جمع الاستدلالات او التحقيق الابتدائى او المحاكمة ٠ اما اذا كان قد صدر حكم بات فى الدعوى أى غير قابل للطعن فيه ، فانه لا يجوز التنازل ٠

واذا تعدد المتهمون فى القذف وكانت الدعوى قد رفعت عليهم بناء على الشكوى ، فان التنازل بالنسبة لاحدهم يعتبر تنازلا بالنسبة للباقين ٠

وفى حالة تعدد المجنى عليهم لا يعتبر التنازل الا اذا صدر من جميع من قدموا الشكوى (المادة ١٠/١ اجراءات جنائية) ٠

كما انه اذا تنازل بعض الورثة الذين قدموا الشكوى ، فانه يستمر فى

---

(١) احمد فتحى سرور،الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية سنة ١٩٧٠ القاهرة ص ٥٠٤ .

(٢) مأمون محمد سلامة ، الاجراءات الجنائية فى التشريع الليبى ج ١ سنة ١٩٧١ بيروت ص ١٦١ ٠

السير فى الدعوى بالنسبة للباقين منهم (١) ٠

يترتب على التنازل انقضاء الدعوى الجنائية بالنسبة الى جريمة القذف (المادة العاشرة من قانون اقامة حد القذف) ٠ فلا يجوز للنيابة العامة او القضاء اتخاذ اى اجراء فى الدعوى بعد التنازل ، والا كان باطلا ٠

كما لا يجوز فى حـــالة التنازل توقيع أية عقوبة عن فعل القـذف سواء بموجب قانون العقوبات او اى قانون آخر ٠

ولكن من ناحية اخرى يقتصر اثر التنازل على واقعة القذف التى صدر بشأنها ، فلا يشمل الجرائم الاخرى التى قد تكون داخلة فى تكوينها او مرتبطة بها ، سواء كان القانون يستلزم للسير فى اجراءاتها تقديم شكوى ام لا (٢) ٠

ولا يجوز الرجوع عن التنازل لاى سبب ولو اكتشف المقذوف انه قـد اخطأ فيه وكان ميعاد الشكوى لا زال ممتدا ٠ وذلك لان التنازل يكون قـــد احدث اثره القانونى من حيث انعدام الدعوى الجنائية (٣) ٠

ولا يؤثر التنازل على حقوق المدعى المدنية ، فيجوز له ان يطالب بها ٠ وتفصل فيها المحكمة رغم تنازله (٤) ٠

---

(١) المغنى ص ٢٠٥ و ٢٣٥ ، كشـاف القناع ص ١١٣ ٠

(٢) جلسة ١٦ مارس سنة ١٩٥٥ مجلة المحكمة العليا جـ ١ ص ١٤٦ ٠

(٣) احمد فتحى سرور ص ٥٠٧ ، مأمون محمد سلامه ص ١٦٥ ٠

(٤) جلسة ١٦ مارس سنة ١٩٥٥ الحكم السـابق ٠

المبحث الثانى

اثبات القذف

تمهيد

تنص المادة الخامسة من قانون اقامة حد القذف المعدلة بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٥ م على انه :

« مع عدم الاخلال بحكم المادة (٧) تثبت جريمة القذف باقرار القاذف ولو مرة واحدة امام السلطة القضائية او بشهادة رجلين ٠ ويراعى فى صحة الاقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور من ايسر المذاهب » ٠

من ذلك يتضح أن الشارع قصر الاثبات فى جريمة القذف المعاقب عليها حدا على الاقرار والشهادة وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ٠ اما الشافعى فيرى انه يجوز أيضا اثبات القذف باليمين اذا لم يكن للمقذوف دليل آخر ٠ وذلك بأن يستحلف المدعى عليه ٠ فاذا امتنع ثبت القذف فى حقه بالنكول ٠ كما اجاز أيضا للقاذف اذا لم يكن له بينة على صحة القذف ان يستحلف المقذوف، فاذا نكل اعتبر القذف غير صحيح ، وسقط الحد عن القاذف ٠

كما نص على انه يراعى فى صحته الاقرار والشهادة وشروطها اتباع المشهور من ايسر المذاهب ٠

الاقـرار :

يثبت القذف باقرار القاذف انه قذف المجنى عليه ٠ وحتى يترتب على الاقرار اثره من حيث اقامة الحد ، يجب ان يكون صريحا لا خفاء فيه ، ودالا

على حقيقة المقصود به دون اى لبس او غموض (١) ٠

ويشترط فيه ان يكون صادرا عن ارادة حـــرة واعية نتيجة لاجراءات قانونية سليمة ٠ فلا يصح اقرار الصبى والمجنون والمكره ٠ ولا يجوز التحايل للحصول عليه بأية وسيلة غير مشروعة ٠

ويكفى الاقرار مرة واحدة لثبوت جريمة القذف وهذا بالاتفاق ٠ وقـد نصت على ذلك صراحة المادة الخامسة من قانون اقامة حد القذف ٠

ويرى جمهور الفقهاء انه متى صدر الاقرار من القاذف مستوفيا الشروط اللازمة لصحته فانه لا يقبل منه عدوله عنه ٠ وذلك لان للمقذوف فيـــه حقا فيكذبه فى الرجوع (٢) ٠ وهذا بخلاف ما هو حق خالص لله تعالى من الحدود كالزنا ، فيجوز له الرجوع فيه ، لانه لا مكذب له فيه (٣)

وقد نصت المادة الخامسة على انه يجب ان يتم الاقرار امام السلطة القضائية ٠ ولما كان التنظيم القضائى قد جعل النيابة العامة جزءا منه، وجعل التحقيق من اختصاصها ، فيجوز ان يتم الاعتراف امامها او امام المحكمة اثناء نظر الدعوى٠ اما اذا كان قد تم امام جهة اخرىكالشرطة او المجنى عليه فانه لا يترتب عليه اثره القانونى من حيث ثبوت القذ ف٠

وهذا وفقا لما ذهب اليه الحنفية من انه يلزم أن يكون الاقرار قـــد تم امام مجلس القضاء ٠ اما اذا كان قد تم خارجه فلا يؤخذ به ولو شهد به الشهود امامه فيما بعد (٤) ٠

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٤٠ و ٤١ ٠

(٢) شرح فتح القدير ص ١٩٩ ، المبسوط ص ١٠٩ ، حاشـية ابن عابدين ص ١٠٩ كشـاف القنـاع ص ١٥٠ ٠

(٣) لذلك نص الشارع صراحة فى المادة ٢/١٠ من قانـون اقامة حـدى السرقة والحـرابة على انه يجوز للمقر العدول عن اقراره الى ما قبل صيرورة الحكم نهائيـا ٠

(٤) بدائـع الصـنائع ص ٥٠ ٠

الشهـادة :

تعتبر الشهادة باجماع الفقهاء دليل اثبات يستدل به على جميع الحقوق والجرائم (١) · فيثبت القذف كسائر الحدود ـ عدا الزنا ـ بشهادة رجلين ·

ويطلق فقهاء الشريعة اصطلاح البينة على شهادة الشهود ، فى حين ان معنى البينة اعم من ذلك، اذ يشمل كل ما يبين الحـق من شهود او دلالة او قرائن (٢) ·

ولكى تعتبر الشهادة صحيحة ويترتب عليها اثرها القانونى من حيث اقامة حد القذف ، يلزم ان يتوافر فيها شروط معينة وهى البلوغ والعقل والاسلام والعدالة ، على ان لا يقل عـدد الشهود عن اثنين من الذكور وهذا باجماع الفقهـاء ·

فلا تقبل شهادة القاصر والمجنون وغير المسلم والذى لا يتجنب الكبائر ولا يتقى فى الغالب الصغائر· كما يقام الحد اذا قل عدد الشهود عن شاهدين او كان احدهما امرأة او شاهد واحد مع يمين المدعى (٣) ·

ويرى المالكية قبول شهادة الاعمى مـا دام يستطيع ضبط الاصوات وتمييزها · ولكن لا تقبل شهادته فى المرئيات الا اذا كان وقت تحملها بصيرا

---

(١) ونظرا لاهمية النتائج التى تترتب على الشهادة يعاقب الشارع على شهادة الزور فقد نصت المادة ٢٦٦ عقوبات على انه « كل من أدلى بشهادة امام القضاء فأخفى الحقيقة أو انكرها أو غيرها أو سكت عن كل أو بعض ما يعلمه من الوقائع التى سئل عنها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين . واذا نجم عن الفعل حكم بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كانت العقوبة بالحبس . واذا صدر الحكم بالسجن مدة تزيد على خمس سنوات فالعقوبة السجن مدة لاتزيد على سبع سنوات . اما اذا ترتب على الشهادة حكم بالسجن المؤبد فالعقوبة بالسجن . وتكون العقوبة السجن المؤبد اذا ترتب على الشـهادة حكم بالاعـدام » .

(٢) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٩٠ .

(٣) مواهب الجليل ص ١٥١ ، تبصره الحكام ص ٢١٦ .

ومتيقنا من ان ما سمعه هو ذات الصوت (١) ٠

وتقبل شهادة الاخرس اذا استطاع ان يؤديها بالكتابة او باشارات مفهومة وكذلك شهادة الاصم فيما لا يحتاج العلم به الى السماع ٠ اما شهادة الاعمى الاصم فلا تقبل ولا يعامل بالاجماع ٠

وموانع الشهادة هى القرابة والعداوة والتهمة ٠ فلا تقبل شهادة الاصول للفروع او الفروع للاصول او احد الزوجين للآخر، او اذا كانت تربط الشخص بالمشهود له علاقة جر مغنم او دفع مغرم ٠ وكذلك حالة التعصب على قبولها او انفاذها (٢) ٠

واذا شهد رجلان على شخص انه قذف فلانا ولكن الاخير كذبهم فلا يلتفت الى تلك الشهادة ٠ اما اذا كذب المشهود بعد شهادتهم امام الامام فلا ينظر فى قوله لان الحد قد وجب وهو يريد ابطاله ٠ واذا عدل الشهود عن شهادتهم ، فانه يدرأ الحد عن القاذف (٣) ٠

سلطة المحكمة فى تقدير الاقرار والشهادة :

الاقرار والشهادة فى جرائم الحدود شأنها كسائر ادلة الدعوى الجنائية تخضعا لمطلق تقدير محكمة الموضوع ٠ فلها ان تأخذ بما تطمئن اليه وتطرح ما تشك فيه ٠

فاذا تحققت من صحة الاقرار ووجدته مطابقا للوقائع اخذت به، وحكمت

---

(١) شرح الخرشى ص ١٧٩ ، مواهب الجليل ص ١٥٤ .

(٢) حاشية الدسوقى ص ١٦٧ ، مغنى المحتاج ص ٤٤٦ ، تبصره الحكام ص ٢٢٣ .

(٣) جاء فى المدونة « قلت : لم درأته بشهادة برجوع الشهود ولم تدرأه ـ بتكذيب المدعى اياهما . قال : لان الامر كان للمدعى حتى يبلغ السلطان فاذا بلغ السلطان وقامت البينة انقطع ما كان لهذا القذوف فيه من حق . وصار الحق لله . فلا يجوز ها هنا قول . والبينة ان رجعت عن شهادتها لم اقدر ان اقيم الحد ولا بينة ثابتة على الشهادة » . المدونة ص ٢١٧ .

بمقتضاه · اما اذا لم تطمئن اليه لوجود عيب فيه يشوبه ، فانها لا تكون ملزمة به ، وعليها ان تطرحه جانبا ، بصرف النظر عن تمسك المتهم به او عدمه ·

وطبقا لنص المادة ٢٤٤ من قانون الاجراءات الجنائية يجوز للمحكمة عند اعتراف المتهم امامها ان تحكم فى الدعوى دون سماع الشهود واجراء التحقيق · كما ان لها رغم صدور هذا الاعتراف ان تسير فى الدعوى الى نهايتها وتحقق الادلة الاخرى ·

وكذلك الحال بالنسبة الى الشهادة · فللمحكمة ان تأخذ بها اذا اطمئنت اليها ، ولها ان تطرحها اذا شكت فيها · كما ان لها ان ترجح اقوال شاهد معين على غيره دون ان تكون ملزمة ببيان ذلك ·

ومجرد اداء الشهادة لا يستلزم ان يحكم القاضى باقامة حد القذف بناء عليها ، حيث ان الحكم يتوقف على مدى الاقتناع بها ومطابقتها لوقائع الدعوى ·

واذا لم تتوافر العناصر الشرعية لكل من الاقرار او الشهادة على الوجه السابق الاشارة اليه ، فانه لا يجوز للقاضى أن يحكم بالحد بناء على ذلك · وانما يجوز له ان يحكم بالعقوبات التعزيزية المنصوص عليها فى قانون العقوبات متى اقتنع بثبوت الجريمة بأى دليل او قرينة اخرى ·

الفصل الثالث

حد القذف

تمهيد :

يهدف حد القذف فى المقام الاول الى حماية سمعة المجنى عليه • وذلك لأن الرمى بالزنا أو نفى النسب يلحق العار به ويسىء الى سمعته • مما يسبب له الضرر فى حياته ومستقبله • ويؤدى الى احتقاره والنيل منه بين الناس •

فيعد مفسدة كبيرة وظلم بين رمى برىء بالباطل • كما ان المقذوف قد يكون على غير علم بما هو مسند اليه • وهذا يتطلب حكم رادع يعيد اليه اعتباره ويقطع عنه ألسنة الشر •

خاصة اذا اخذنا فى الاعتبار ان الشريعة تتيح للقاذف ان يثبت صحة ما رمى به ، فاذا امتنع عن ذلك او كذب، يكون قد أدعى افتراء ونسب ما يخالف الواقع ، فيحق عليه الجزاء •

ومن ناحية أخرى آثار القذف لا تقتصر على المجنى عليه ، حيث تتعداه الى المجتمع ، لانها تساعد على افساده • وذلك لأن رمى الافراد بالخطيئة بغير حق يشيع الفاحشة بينهم ، لما تتضمنه تلك العبارات من خدش للحياء العام واهدار للقيم الانسانية ، وقد قال سبحانه وتعالى « ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة » •

كما أن كثرة تناول الاعراض والانساب بالتعريض والقدح يسهل لذوى النفوس الضعيفة ارتكاب هذه الجريمة ، مما يترتب عليه وجود حكم فاسد

ينطق بالرزيلة (١) ٠

صـفة حـد القـذف :

نظرا لوجود حق للعبد الى جانب حق الله تعالى فى حـد القذف ، حيث ان الجريمة تضر بالفرد والمجتمع على الوجه السابق الاشارة اليه، فقد اختلف الفقهاء فى تكييف هذا الحد ٠

فذهب الحنفية الى انه يوجد فى حد القذف حق لله تعالى وحق للعبد الا أن حق الله تعالى هو الغالب ٠ وما فيه من حق للعبد فهو فى حكم التبع ٠ ذلك لان القذف جريمة تمس الاعراض وتساعد على انتشار الرزائل ٠ وفى اقامة الحد حماية للمجتمع من هذه المفاسد ٠ وهذا يحقق مصلحة عامة (٢) ٠

ويرى الشافعية والحنابلة أن حد القذف يغلب فيه حق العبد ٠ وذلـك لأن فى القذف جناية على عرضه ٠ بدليل قوله عليه السلام « ايعجز احدكم ان يكون ابى صمصم اذا اصبح قال انى تصدقت بعرض على عبادك ٠ والتصدق بالعرض لا يكون الا بالعفو عما يجب له باعتباره من حقه، لان المقصود بالحد دفع الشين عنه (٣) ٠

وعند المالكية رأيان ٠ الاول يقول بأن حد القذف حـــق آدمى والثانى يقول ان فيه حق لله تعالىوحق للعبد ولكن يغلب فيه الحق الاول اذا بلغالامر الامام ، لانه يصبح حقا لله تعالى٠ وليس لصاحبه أن يعفو الا ان يريد الستر على نفسه ٠ أمـــا قبل ذلك فانـــه يجوز له العفو ٠ وهـــذا هو المشهور فى المذهب (٤) ٠

ويتضح من الاحكام التى نص عليها القـــانون ان الشارع قد أخذ فى

---

(١) محمد ابو زهرة ص ١٠٠ .
(٢) المبسوط ص ١٠٩ ، حاشية ابن عابدين ص ٢٣٨ ، شرح القدير ص ١٩٧ .
(٣) المهـذب ص ٢٧٤ ، كشاف القناع ص ١٠٥ ، المغنى ص ٢٠٥ .
(٤) مواهب الجليل ص ٣٠٥ ، شرح الخرشى ص ٣٣٣ ، حاشية الدسوقى ص ٣٣١ .

الاعتبار الحقين ، حق الله تعالى وحق العبد ، واحيانا يغلب احدهما على الآخر ٠

فمن الاحكام التى روعى فيها حق العبد ان الدعوى لا تقام فى جريمة القذف الا بناء على شكوى المقذوف ، وان هذا الحق يورث ، فيجوز لورثته المطالبة به (المادة التاسعة) وانه لمن قدم الشكوى ان يتنازل عنها ، ويترتب على ذلك انقضاء الدعوى الجنائية (المادة العاشرة) ٠ وان الحد يسقط بعفو من له الحق فى الشكوى حتى تمام تنفيذ الحد (المادة ١٣) ٠

ومن الاحكام التى روعى فيها حق الله تعالى أى مصلحة المجتمع ، ثبات وحتمية عقوبة الحد ٠ فلا يجوز الامر بوقف تنفيذها ولا استبدال غيرها بها ولا تخفيضها ولا العفو عنها (المادة ١١) ٠ وان اثبات القاذف لصحة القذف شرعا يسقط الحد (لمادة ١٣) ٠ وان هذا الحد يجرى فيه التداخل (المادة ١٢) ، فى حين ان حقوق العباد لا يصح فيها ذلك ٠

تقسيم :

نتكلم عن حد القذف فى اربعة مباحث :

المبحث الاول : عقوبة القذف

المبحث الثانى : تعزير الصبى

المبحث الثالث : تعدد الجرائم والعقوبات ٠

المبحث الرابع : مسقطات الحد

المبحث الأول

عقوبة القذف

تمهيد :

الأصل فى عقوبة القذف قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ، واولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا ، فان الله غفور رحيم »

وقد نصت المادة الرابعة من قانون اقامة حد القذف على انه « مع عدم الاخلال بحكم المادة السابعة من هذا القانون يعاقب بالجلد حدا ثمانين جلدة، ولا تقبل له شهادة كل من ثبت عليه ارتكاب الجريمة المنصوص عليها فى هذا القانون » .

ومن ذلك يتضح أن عقوبة القذف بالنسبة للجانى الذى اتم ثمـــــانى عشرة سنة هى الجلد وعدم قبول الشهادة . أما اذا لم يبلغ هذا العمـــــر فانه يكتفى بتعزيره فقط على الوجه الذى سيأتى بيانه وفقا لاحكام المـــــادة السابعة من القانون .

ونظرا لثبات وحتمية الحدود لا يجـــوز الامر بوقف تنفيذ عقوبة حد القذف ولا استبدال غيرها بها ولا تخفيضها ولا العفو عنها (المادة ١١) .

الجـلد :

حد القذف مقدر بثمانين جلدة بنص الآية الكريمة السابقة . ويوقع على القاذف والقاذفة دون تفرقة بينهما . لانه لا يخص احد الجنسين دون الآخر . وذلك وفقا لقانون التساوى فى الاحكام الذى يقضى بأن ذكر الرجال ذكر للنساء ايضا والعكس ، الا اذا ثبت تخصيص النص بأحدهما دون الآخر . ولا يوجـد

هنا ما يوجب ذلك (١) وجاء نص المادتين الرابعة والرابعة عشر متفقا مع هذا التفسير ٠

وتنص المادة ١٤ من قانون اقامة حد القذف على انه لا يجوز تنفيذ عقوبة الجلد الا اذا اصبح الحكم الصادر بها نهائيا ٠

وتنفذ العقوبة بعد الكشف على المحكوم عليه طبيا وتقرير انتفاء المخطورة من التنفيذ ٠

ويتم التنفيذ فى مركز الشرطة بحضور عضو النيابة المختص ٠ ويوقف الجلد كلما كانت فيه خطورة على المحكوم عليه ٠ على ان يكمل الجلد فى وقت آخر ٠

ويكون التنفيذ بسوط من الجلد متوسط ذى طرف واحد غير معقد٠ ويجرد المحكوم عليه من اللابس التى تمنع وصول الضرب على الجسم وتتقى المواضع المخوفة ٠

وتجلد المرأة جالسة وهى مستورة الجسم٠ ويوزع الضرب على ظهرها وكتفيها فقط ٠

ويؤجل تنفيذ عقوبة الجلد على الحامل الى ما بعد شهرين من الوضع٠

عدم قبول الشهادة :

اتفق الفقهاء على انه يجب ان يوقع على القاذف مع الجلد عقوبة تبعية هى عدم قبول شهادته لقوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا واولئك هم الفاسقون » ٠

ويكون عدم قبول الشهادة عاما أى بالنسبة الى جميع الوقائع فى مختلف

---

(١) محمد ابو زهرة ص ١١٧ و ١١٨ ٠

المنزاعات من جنائية او مدنية او شخصية · وامام كل الجهات القضائية على مختلف درجاتها ·

ويلاحظ ان جلد المحكوم عليه لا يؤثر على تنفيذ عقوبة الحرمان من الشهادة · وذلك لأن كلا منهما عقوبة اصلية مستقلة عن الاخرى · كما ان الجلد لا يزيل وصف الفسق الذى ورد فى الآية الكريمة السابقة · وقد قال بعض الفقهاء انه كفاره له من العقاب يوم القيامة (١) ·

توبة المقذوف المحدود :

اختلف الفقهاء فى حالة توبة القاذف ، فهل تقبل شهادته بعد ان زال عنه وصف الفسق · يرى مالك والشافعى واحمد انه تقبل شهادة القاذف اذا تاب · أما ابو حنيفة فيرى ان شهادته تسقط وان تاب (٢)·

ويرجع هذا الى اختلافهم فى تفسير قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ، واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا » ·

فمن قال ان الشهادة تقبل رأى ان الاستثناء الوارد فى الآية الكريمة يشمل الجملة كلها قبول الشهادة والحكم بالفسق · ومن قال انها لا تقبل رأى ان الاستثناء يرفع الفسق ولكنه لا يؤثر على عدم قبول الشهادة ، لانه يعود الى اقرب مذكور فى قوله تعالى (٣) ·

وقد اخذ الشارع برأى الأئمة الثلاثة فنص فى المادة ١٥ من القانون على أنه تسقط عقوبة عدم قبول الشهادة بتوبة المحدود · ويعتبر تائبا اذا رد اليه اعتباره وفقا لاحكام رد الاعتبار الواردة فى قانون الاجراءات الجنائية (٣) ·

---

(١) محمد ابو زهرة ص ١٢٢ وما بعدها .

(٢) كشاف القناع ص ١١٥ ، شرح فتح القدير ص ٢٠٦ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٠ ، شرح فتح القدير ص ٢٠٦ ، الجصاص ج ٣ ص ٣٣٤ .

(٤) وقد نصت المواد ٤٨١ ـ ٤٩١ اجراءات جنائية على شروط رد الاعتبار والجهة المختصة بنظره والآثار القانونية التى تترتب عليه .

العـــود :

اذا قذف شخص فأقيم عليه الحد ثم عاد وقذف مـــرة اخرى ، فيرى جمهور الفقهاء انه اذا كان قد قذفه بذات الزنا الذى حد من أجلـــه ، فانه لا يحد ويعذر لايذائه • وذلك لأن أبا بكرة لما حد بقذف المغيرة اعاد قذفه فلم يرو عليه حدا ثانيا • وفى حديث آخر لا يعاد فى فرية جلد مرتين (١) •

اما اذا كان قد حد بزنا آخر ، فان كان قذفه بعد فترة طويلة فحد ثان • واذا كانت الفترة قصيرة ففيه روايتان • الاولى يحد لأنه لم يظهر كذبه فيه بحد كما لو طال الفصل • والثانية لا يحد لانه قد حد له مرة (٢) •

ويرى المالكية انه يجب حدا آخر فى جميع حالات العود السابقة (٣) •

وقد اخذ الشارع بهذا الاتجاه الاخير حيث نص فى المادة السادسة على انه « اذا عاد القاذف الذى حد للقذف الى ارتكاب الجريمة مرة أخرى عوقب بذات العقوبة المقررة لها حدا » •

فمن قذف شخصا وأقيم عليه الحد ثم عاد وقذفه مرة اخـــرى بذات القذف او بخلافه ، او قذف شخصا غيره ، فانه يعاقب بنفس العقوبة المقررة للقذف حدا وهى الجلد ثمانين جلدة وعدم قبول الشهادة •

---

(١) روى الأثرم باسناده عن ظبيان بن عمارة قال شـهد على المغيرة بن شـعبه ثلاثة نفر انه زان فبلغ ذلك عمر فكبر عليه ، وقال شاط ثلاثة أرباع المغيرة بن شعبه • وجاء زياد فقال ما عندك ؟ فلم يثبت • فأمر بهم فجلدوا وقال شهود زور • فقال ابو بكرة اليس ترضى أن أتاك رجل عدل يشهد برجمه ؟ قال نعم والذى نفسى بيده • فقال ابو بكرة وانا اشهد انه زان • فأراد ان يعيد عليه الجلد • فقال على يا امير المؤمنين انك ان أعدت عليـه الحلد اوجبت عليه الرجـم •
المغنـــى ص ٢٣٤ •

(٢) المهـــذب ص ٢٧٥ ؛ كشـــاف القنـــاع ص ١١٢ ؛ المغنـى ص ٢٢٤ ؛ شـرح فتـــح القدير ص ٢٠٩ •

(٣) شرح الخرشى ص ٢٣٠ ؛ حاشية الدسوقى ص ٢٧ ؛ مواهب الجليل ص .. •

المبحث الثانى

تعزير الصبى

تمهيـــد :

التعزير لغة معناه الرد والردع ويقصد به شرعا الزجر والتأديب لاصلاح وهداية الجانى · وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع ·

والجزاءات التعزيرية لم ترد فى الشريعة على سبيل الحصر · وذلـــك حتى تكون مرنة ومتمشية مع كل زمان ومجتمع · ويؤخذ بها فى الجرائم التى ليست لها عقوبات مقدرة ، ولكنها مقررة هنا لجريمـــة من الحدود عقوبتها الجلد ثمانين جلدة وعدم قبول الشهادة · وهذه العقوبة لا توقع لصغر سن الجانى ·

وقد نصت المادة السابعة منقانون اقامة حد الزنا على انه :

« اذا كان القاذف لم يتم من العمر ثمانى عشرة سنة يعزر على الوجـــه الآتـــى :

(١) اذا كان قد اتم السابعة ولم يتم الخامسة عشر يعزر بالتوجيه والتوعية والتأنيب ويجوز ـ اذا كان قد اتم العاشرة تعزيره بالضرب بما يناسب سنه ·

(٢) واذا كان قد اتم الخامسة عشر يعزر بالتوجه والتأنيب والضرب ·

(٣) فاذا تكرر ارتكاب الجريمة اكثر من مرة يجوز ـ بالاضافة الى التعزيرـ ايواء القاذف فى اصلاحية قانونية المدة التى يحكم بها القاضى ·

(٤) وتعتبر التعازير المنصوص عليها فى هذه المادة من قبيـــل الاجراءات التأديبية » ·

ومن ذلك يتضح ان الشارع اخذ بثلاثة انواع مـن جزاءات التعزير ٠ وهى تطبق على القاذف الذى لم يتم ثمانى عشرة سنة وفقـا لعمره وحالته وتكون العبرة فى تقدير السن بوقت ارتكاب الجريمة (١) ٠

والتعازير التى نص عليها القانون هى :

(١) التوجيه والتوعية والتأنيب ٠

(٢) الضرب ٠

(٣) الايواء فى اصلاحية قانونية ٠

وتعتبر جميعها من قبيل الاجراءات التأديبية ٠

التوجيه والتوعية والتأنيب :

تعد هذه التدابير من أخف الجزاءات التى أتت بها الشريعـة ونصت عليها المادة ١/٧ من القانون ٠

والتوجيه يكون باعلام الصبى بالجريمة التى ارتكبها والنتـائج التى تترتب عليها ٠ ويقصد بالتوعية الارشاد الى الطريق القويـم الذى يجب اتباعه ٠ اما التأنيب فهو التوبيخ وتوجيه اللوم ٠

ويحكم بهذه التعازير اذا كان الجانى قد أتم السابعة ولم يتم الخامسة عشر (المادة ١/٧) ٠

اما اذا كان قد بلغها فيضاف اليها الضرب (المادة ٢/٧) ٠

الضرب :

يعتبر الضرب من الجزاءات الاساسية التى تأخذ بها الشريعة ٠(٢) وقد

---

(١) راجـع ص ٣٠٦ ٠

(٢) محمد سامى النبراوى احكام السرقة والحرابة ص ١٨٨ ٠

استدل على ذلك بالكتاب والسنة والاجماع (١) ٠

ولم يتكلم الشارع عن وصـــف الضرب او كيفية تنفيذه وضماناتـــه واجراءاته (٢) ٠

ويرى جمهور الفقهاء انه يفرق على أعضاء الجسم لأن الجمـــع على عضو واحد يؤدى الى التلف ، على ان يتجنب الوجه والمقاتل كالقلب والبطن ٠ لقول الرسول عليه السلام « اذا ضرب احدكم فليتجنب الوجه » وقوله « اذا قاتل احدكم فليتق الوجه ولا يضرب مقاتلـــه » ٠ لأن المقصود التأديب وليس الاتلاف (٣) ٠

كما يلاحظ ن القانون لم يفرق بين الذكور والاناث بالنسبة لهـــذا التدبير ٠ فيجب ان يؤخذ فى الاعتبار حرمة وطبيعة كل طائفة ومدى احتمالها، مع مراعاة السن ومختلف الظروف الشخصية (٤) ٠

ويجوز التعزير بالضرب اذا كان الجانى قد أتم العاشرة (المادة ٧/ ١) ٠ ويضاف الى التعزير بالتوجيه والتوعية والتأنيب اذا كـــان قد اتم الخامسة عشر (المادة ٧/ ٢) ٠

---

(١) شرح فتح القدير ص ٢١٢ ، تبصرة الحكام ص ٢٠٠ .

(٢) كانت المادة ٦٣ الملغاة من قانون العقوبات المصرى تنص على انه « لا يجوز ان تزيد عـدد الضربات التى يأمر بها القاضى عن اثنتى عشرة فى المخالفات ولا عن اربـع وعشرين فى الجنح والجنايات . وان يكون التنفيذ بعصا رفيعة » .

كما كانت المادة ٢٤٤ من قانون تحقيق الجنايات المصرى الملغى تنص على انه « ينفذ التاديب الجثمانى فى السجن بناء على امر يصدر بالكتابة من النيابة العمومية . ويلزم حضور مأمور السجن وطبيبه وقت اجرائه » .

(٣) المبسوط ص ٧٢ ، السياسة الشرعية ص ١١٦ .

(٤) لم يكن يحكم بعقوبة الضرب الى الغيت من قانون العقوبات المصرى الا على الذكور .

الايواء فى اصلاحية قانونية :

يعتبر الحكم بالايواء فى اصلاحية قانونية من أهم التدابير التى تساعد على علاج اسباب انحراف الصبى ، وتؤدى الى وقاية المجتمع من خطورته (١) ٠

وينفذ هذا التدبير بمقتضى أمر من النيابة العامة يحرر على النموذج الذى يقرره وزير العدل (المادة ٣٢٦ اجراءات جنائية) ٠

ولم يحدد القانون مدة ايواء القاذف فى الاصلاحية القانونية(٢) ٠ فترك ذلك لتقدير القاضى وفقا لما يراه مناسبا ٠ فيظل الايواء قائما الى ان يبرهن المحكوم عليه بالفعل على ارتداعه وصلاحيته لأن يكون عضوا نافعا فى المجتمع (المادة ٨٢/١ عقوبات) ٠

ويكون الحكم بهذا التدبير جوازيا فقط بالاضافة الى التعزير فى حالة تكرار ارتكاب القذف اكثر من مرة (المادة ٧/٣) ٠

المبحث الثالث

تعدد الجرائم والعقوبات

تمهيد :

تنص المادة ١٢ من قانون اقامة حد القذف على انه :

(أ) اذا ارتبطت أو تعددت جرائم الجانى المعاقب عليها حدا يعاقب على الوجه الآتى :

---

(٣) محمد سامى النبراوى ص ١٩٨ وما بعدها .

(٤) تنص المادة ٧٠ من قانون العقوبات المصرى على انه « لا يجوز فى اية حال ابقاء الحدث الذى عهد به الى مدرسة اصلاحية او محل آخر اكثر من خمس سنوات ولا بعد بلوغه سن ثمانى عشرة سنة كاملة » .

أ ـ اذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر ، وقعت عقوبة واحدة ٠

ب ـ واذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القدر ، وقعت العقوبة الاشد ٠

جـ ـ واذا كانت العقوبات مختلفة الجنس ، وقعت جميعها ٠

(٢) أما اذا كان من بين الجرائم المنسوبة الى القانف جرائم اخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات أو أى قانون آخر ، فتوقع عقوبات الحدود وفقا لاحكام الفقرة السابقة ، وذلك دون الاخلال بالعقوبات المقررة على الجرائم الاخرى ٠

(٣) وتجب عقوبة القتل (الاعدام) حدا او قصاصا او تعزيرا كل العقوبات الاخرى ٠

واجه الشارع فى هذه المادة حالات التعدد والارتباط وهو ما يعرف فى الشريعة الاسلامية بتداخل العقوبات ٠ والعبرة فى ذلك تكون بتنفيذ العقوبة وليس بالحكم بها ٠ فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها (١) ٠

أولا ـ جرائم الحدود :

فى جرائم الحدود يفرق بين ما اذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر ، او كانت متحدة الجنس ومتفاوتة القدر او كانت مختلفة الجنس ٠

أ ـ عقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر :

وذلك كأن يكون الجانى قد ارتكب عدة جرائم قذف عقوبة كل منها

---

(١) عبد القادر عوده ص ٧٤٨ ٠

الجلد حدا ثمانين جلدة وعدم قبول الشهادة ، ولكن لم يقم عليه الحد فى أى منها · فيرى جمهور الفقهاء انه لا يقام عليه الا حد واحـــد فى هذه الحالة ، لأن العقوبات تتداخل (١) ·

وذهب البعض الى انه يقام عليه حد عن كل مرة لأنه من حقوق الآدميين وهى لا تتداخل كالديون (٢) ·

وفى هذا يقول ابن حزم « اختلف الناس فى ذلك كمن زنى مرتين فأكثـــر قبل ان يحد فى ذلك ، او قذف مرتين فأكثر قبل ان يحد فى ذلـــك ، او شرب الخمر مرتين فأكثر قبل ان يقام عليه الحد ، او سرق مرتين فأكثر قبل ان يحد فى ذلك ، او جحد عارية مرتين فأكثر قبل ان يقام عليه الحد فى ذلك · فقالت طائفة ليس فى كل ذلك الا حد واحد · وقالت طائفة عليه لكل مرة حد(٣) » ·

وقد اخذ الشارع بالاتجاه الأول حيث نص فى الفقرة (أ) من البند الاول للمادة ١٢ على انه اذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر وقعت عقوبة واحدة ·

ب ـ عقوبات متحدة الجنس متفاوتة القدر :

وذلك كأن يكون الجانى قد ارتكب عدة جرائم معاقب عليها حدا بالجلد، ولكنها تختلف فى مقدار كل منها · مثل جريمة زنا معاقب عليها بالجلد مائة جلدة وجريمة قذف معاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة · فى هذه الحالة يكتفى بتوقيع العقوبة الاشد (٤) على اعتبار انه اذا تجانست العقوبتان فان احداهما

---

(١) حاشية الدسوقى ص ٣٢٧ ، مواهب الجليل ص ٣٠٠ ، شرح الخرشى ص ٣٣٠ ، شرح فتح القدير ص ٢٠٩ ، المبسوط ص ١٢٥ ، حاشـــية ابن عابدين ص ٢٣٦ ، المغنى ص ٢٣٤ ·

(٢) المهـذب ص ٢٧٥ ·

(٣) المحـلى ص ١٣٣ ·

(٤) شرح الخرشى ص ٣٣٠ ، حاشية الدسوقى ص ٣٢٧ ، شرح فتح القدير ص ٢٠٩ ·

تدخل فى الاخرى مما يتحقق اقامتهما معا اذا وقعت العقوبة الاشد منهما (١) ٠

وقد اخذ الشارع بهذا الاتجاه حيث نص فى الفقرة (ب) من البند الاول للمادة ١٢ على انه اذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القدر وقعت العقوبة الأشد ٠

ج ـ عقوبات مختلفة الجنس :

وذلك كأن يكون الجانى قد ارتكب جريمة سرقة معاقب عليها حدا بقطع اليد وجريمة قذف معاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة ٠ فى هذه الحالة يوقع عليه جميع هذه العقوبات لانها لا تتداخل هنا لاختلاف جنسها والمقصود منها (٢) ٠

وقد اخذ الشارع بهذا الاتجاه حيث نص فى الفقرة (ج) من البند الاول للمادة ١٢ على انه اذا كانت العقوبات مختلفة الجنس وقعت جميعها ٠

ثانيا ـ جرائم الحدود وجرائم التعزير :

وذلك كأن يكون من بين الجرائم المنسوبة الى القاذف جرائم اخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات او أى قانون آخر ، مثل ان يكون قد قذف وسرق وضرب ٠ فى هذه الحالة يوقع عليه عقوبات الحدود على ان يضاف اليها العقوبات التعزيرية المقررة بمقتضى قانون العقوبات ٠

وقد نص البند الثانى من المادة ١٢ على انه اذا كان من بين الجرائم المنسوبة الى القاذف جرائم اخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات او أى قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود وفقا للفقرة السابقة ٠ وذلك دون الاخلال بالعقوبات المقررة على الجرائم الاخرى ٠

---

(١) محمد ابو زهرة ص ٢٠٨ .
(٢) شرح فتح القدير ص ٢٠٩ .

ثالثا ـ تعدد جرائم مختلفة العقوبات منها القتل :

وذلك كأن يكون الجانى قد ارتكب عدة جرائم مختلفة العقوبات ومن بينها عقوبة القتل (الاعدام) حدا او قصاصا او تعزيرا ، مثل ان يكون قد قذف وزنى وسرق وقتل · فى هذه الحالة لا يوقع عليه سوى عقوبة القتل لأنها تجب كل العقوبات الاخرى ·

وقد نص البند الثالث من المادة ١٢ على انه تجب عقوبة القتل حدا او قصاصا او تعزيرا كل العقوبات الاخرى ·

المبحث الرابع

مسقطات الحد

تمهيد :

تنص المادة ١٣ من قانون اقامة حد القذف على أنه :

« يسقط حد القذف فى كل من الحالات الآتية :

(١) اثبات القاذف لصحة القذف شرعا ·

(٢) عفو من له الحق فى الشكوى حتى تمام تنفيذ الحد ·

(٣) تصديق المقذوف للقاذف ·

وفى جميع هذه الاحوال لا يجوز توقيع أية عقوبة عن فعل القذف بموجب أى قانون آخر ·

من ذلك يتضح ان حد القذف يسقط اما باثبات القذف او بتصديق المقذوف او بعفو الشاكى · ولكل سبب ماهيته وشروطه ·

اثبات القاذف لصحة القذف شرعا :

يلزم لقيام جريمة القذف المعاقب عليها حدا ان يعجز القاذف عن اثبات صحة ما قذف به سواء كان الرمى بالزنى او بنفى النسب • اما اذا تمكن من ذلك ، فانه لا يقام عليه الحد • وهذا باجماع الفقهاء لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » • مما يستدل منه تعليق العقاب على عدم الاتيان ببينة الاثبات •

وذلك لأنه اذا اثبت القاذف صحة ما اسنده الى المجنى عليه ، وتوافرت الشروط التى اوردتها الشريعة فى هذا الشأن ، فانه يكون قد ساعد على كشف سيئة محرمة ويصبح لفعله مبررا شرعيا (١) •

أما اذا لم يتمكن من اثبات ما رمى به،فانه يكون قد افترى على المقذوف وآذاه دون وجود اى مبرر يستدعى هذا ، مما يوجب عليه الحد (٢) •

تصديق المقذوف للقاذف :

يعد ايضا اثباتا للقذف ويأخذ حكمه لتوافر نفس العلـــة حالة ما اذا صدق المقذوف على رمى القاذف• كأن يقول له يا زانى فيصدق على ذلك بقوله مثلا لم أنا زان (٣) •

---

(١) كشـاف القناع ص ١٠٦ .

(٢) المغنى ص ٢٠٢ .

(٣) وقد روى انه دخل رجلان على عمر بن عبد العزيز فقال احدهمـا انه ولد زنـا فطأطـأ الآخر رأسه . فقال عمر ما يقول هذا ؟ فسكت وأعترف . فأمر عمر بالقائل ذلك له فلم يزل يجأ قفاه حتى خرج من الدار .

وعن ابن شهاب انه قال « لا يسرى على من قذف رجلا جلد الحد بعد ان يحلف القاذف بالله ما اردت قلت الا لأمر الذى جلد فيه الحـد .

ويقول ابن حزم أن التشريب بالزنا حرام لقوله عليه السلام فليجلدها ولا يثرب . وان اشاعة الفاحشة حرام . ولايحل بلا خلاف اذى المسلم بغير ما امر الله تعالى ان يؤذى به،نصح من هذا أن من سب مسلما بزنا كان منه او بسرقة كانه منه أو بمعصية ـ

وذلك لأنه يكون قد أقر بما هو منسوب اليـــه مما يترتب عليه ثبوت المقذوف به · يسقط الحد عن القاذف لأنه صادق فى قوله · كمـا ان احصان المقذوف قد زال بالزنا (٢) ·

العفـــو :

لا يعتبر العفو سببا لسقوط الحد الا بالنسبة للحدود التى تحتاج الى خصومة لتحريك الدعوى ، لان فيها حق للآدمى يستطيع التنازل عنه ·

وقد اتفق الفقهاء على جواز العفو عن جريمة القذف قبل الحكم · لقوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين » · وذلك لان العفـو قد يستر الجريمة والعقاب يعلنها ، مما قد يكون فيه تحريض عليها (٣) ·

ويلاحظ ان العفو فى هذه الحالة يعتبر تنازلا عن الشكوى (المـــادة العاشرة من القانون) · مما يترتب عليه انقضاء الدعوى العموميـــة وليس العقوبة ·

ووفقا للاصول الشرعية يقتصر أثره على حق المجنى عليه فى الخصومة· فلا يسقط حق الله تعالى · مما يقتضى تعزير الجانى (١) ·

أما بعد ثبوت الجريمة والحكم بالحد ، فقد اختلف الفقهاء فى هـــذا الشأن فيرى الشافعية والحنابلة ان العفو هنا ايضا يسقط الحد · وذلك لان حد القذف عندهم يغلب فيه حق العبد (٢) ·

= كانت منه . وكان ذلك على سبيل الاذى ، لا على سبيل الوعظ والتذكير الجميل سرا ، لزمه الأدب لانه منكر . المحلى ص ٢٨١ و ٢٨٢ ·

(٢) كشاف القناع ص ١٠٦ ·

(٣) المغنى ص ٢٠٤ ·

(١) محمد ابو زهرة ص ٣٦٠ ·

(٢) المهذب ص ٢٧٤ ، المغنى ص ٢٠٥ ، كشاف القناع ص ١٠٥ ·

ويرى المالكية والحنفية انه لا يجوز العفو عن حد القذف بعد الاثبات والحكم · وذلك لان حق الله تعالى هو الغالب فيه (١) ·

وقد اخذ الشارع بالاتجاه الاول ، حيث نص فى البند الثانى من المادة ١٣ على ان حد القذف يسقط اذا عفى من له الحق فى الشكوى حتى تمام تنفيذ الحـــد ·

ومن ذلك يتضح ان حق العفـــو يظل قائما اثناء جمـــع الاستدلالات والتحقيق الابتدائى ، والمحاكمة وحتى بعد صدور الحكم وصيرورته نهائيا ، والى ان يتم تنفيذ الحد ·

اثر سقوط الحد :

يترتب على سقوط الحد فى جميع تلك الاحوال السابقة عدم تنفيذ العقوبة وانقضائها ·

كما انه وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ لا يجوز التعزير عن فعل القذف بتوقيع أية عقوبة عليه بموجب أى قانون آخر ·

تـم بحمـد الله تعالى

---

(١) شرح الخرشى ص ٣٢٣ ؛ حاشـية الدسـوقى ص ٣٣١ ، مواهب الجليـل ص ٣٠٥ المغنى ص٢٠٤ .

سبق الإصرار
بين نظرية الخطأ ونظرية الإسناد

الدكتور عبد السلام التونجي
كلية الحقوق ـ جامعة بنغازي

مفهوم سبق الاصرار :

سبق الاصرار : الاصرار لغة يفيد العزم وهو مصدر من فعل اصر فيقال اصر ، يصر ، اصرارا واصر على الامر عزم عليه ، واصر لزمه وداومه وثبت عليه ، واكثر ما يستعمل فى الشر والذنوب فيقال اصر على الذنب اذا لم يقلع عنه واصر على القتل عزم عليه ٠

وفى القانون : الاصرار تعبير استعمله القانون المصرى فى المادة / ٢٣١ من قانون العقوبات فعرفه بما يلى :

« الاصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة او جناية يكون غرض المصر فيها ايذاء شخص معين او اى شخص غير معين وجده او صادفه ، سواء أكان القصد معلقا على حدوث امر او موقوفا على شرط » ٠

وهذا النص مأخوذ عن نص المادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسى :

" La premenditation consiste dans le dessein forme avant l'action de commettre un crime ou un délit contre la personne d'un individu déterminé ou méme celui qui sera trouvé ou rencontre. qund méme de dessein serait dependant de quelque circonstence ou de quelque condition.

وترجمة النص : « ان سبق الاصرار هو القصد المصمم عليه ، من قبل الفعل، لارتكاب جناية او جنحة » « تقع على شخص معين او غير معين وجده او صادفه ولو علق ذلك القصد على ظرف او شرط » ٠

ويبدو ان قانون العقوبات الليبى قد تبنى هـذا النص ايضا اذ نصت المادة ٣٦٩ منه على ما يلى :

« الاصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جريمة

ضد اى شخص كان » « وتدبير الوسائل اللازمة لتنفيذ الفعل تدبيرا دقيقا » ٠

هذا التعريف لسبق الاصرار سواء فى النص الفرنسى او النص الليبى او النص المصرى لم يكن موفقا ، بل ان المشرع فى تعريفه له قد تجاوز حدود مهمته ، وتصدى لمهمة الفقه والقضاء ، فلئن كان الفقيه اذ يلجأ الى تفسير لقاعدة القانونية لا يقبل منه ان يضع شروطا جديدة غير ملحوظة فى القاعدة القانونية ٠

فلذلك لا يقبل من المشرع ان يقيم نفسه مقام الفقيه فيعرف اى فكرة ما دون ان يضع قاعدة او يحسم خلافا ٠

لهذا لم يكن المشرع الليبى او الفرنسى موفقا عندما لجأ الى تعريف سبق الاصرار فى صلب القانون وهو لم يزد على التعريف اللغوى شيئا ٠

ومن ذلك فاننا اذا استعرضنا مفهوم التعريف لسبق الاصرار نجد انه لم يزد على تفسير سبق الاصرار بالاصرار السابق ، بمعنى انه لم يوضح معالم المشكلة ولم يحسن تفسيرها مما اضطر الى ايجاد تعريف آخر ، أزال فيه الغموض ٠

ولقد احسن المشرع السورى عندما نص على العمد فى المادة ٥٣٥ عقوبات وترك امر تفسير هذا العمد الى وظيفة الفقيه والقاضى ٠

فالمشرع اذن لا يقبل منه ان يتدخل فى التعريف بفكرة من الفكر القانونية الا اذا كان تعريفه حاسما لخلاف او مكونا لقاعدة قانونية ، كما فعل المشرع السورى فى تعريف التزوير فى المادة ٤٤٢ عقوبات ، وفى تعريف الافلاس الاحتيالى فى المادة ٦٧٥ وكذا ما فعله المشرع السورى ايضا فى باب الرشوة ٠٠٠ وتعريفه للموظف فى المادة ٣٤١ عقوبات اذ تدخل لتعريفه تعريفا واسعا شاملا اخرج به معنى الموظف الضيق المستقر فى الفقه الادارى الى معنى اعم واشمل ٠ فالتعريف الذى نص عنه المشرع المصرى اذن ، تعريف مبهم لم

يجل الغموض ولم يوضح فحوى سبق الاصرار مما اضطر الفقهاء الى اعادة تعريفه تعريفا بكشف عناصره المكونة له ...

واذا استقصينا كافة التعاريف الواردة فى كتب الفقـه او فى اجتهادات القضاء نجد ان التعريف التقليدى لسبق الاصرار هو :

« تروى الجانى وتدبره قبل اقدامه على ارتكاب الجريمة وتفكيره فيها تفكيرا هادئا لا يشوبه اضطراب » (١) .

اما الدكتور محمود مصطفى فقد عرف سبق الاصرار بقوله :

« هو القصد المصمم عليه قبل الفعل » (٢) .

كما وجنحت محكمة النقض المصرية الى تحديد مفهومه بقولها :

« ان سبق الاصرار يستلزم ان تسبق الجريمة **فترة من التفكير تكفى** لان يدبر الجانى امر ارتكاب الجريمة فى هدوء وروية » (٣) .

كما وجنحت المحكمة العليا فى ليبيـــا الى تقرير هذا المفهـوم فى سبق الاصرار اذ قضت : « ان سبق الاصرار لا يقوم الا اذا توفـر معـــه الهدوء والتدبير بحيث تتمكن الروية من مخاطبة الشهوة ويصبح فيه للعقل ان يرد جماح الغضب ، فاذا كان الحكم لم يوضح فى اسبابه ما ينبىء عن مرور فترة زمنية كافية للقول بأن الطاعن قد تحول عن نفسه الموتورة المنزعجة الى حالة الهدوء والتبصر ، فان ما انتهى اليه من توافر سبق الاصرار يشكل خطأ فى القانون » (٤) .

ويبدو ان هذا الاجتهاد يكاد يتفق مع اجتهاد آخر لمحكمة النقض المصرية اذ قالت :

---

(١) محمد اسماعيل ص ٣٠ كتاب جرائم الاعتداء على الاشخاص وجرائم التزوير .
(٢) محمود مصطفى ص ١٩٨ شرح قانون العقوبات القسم الخاص .
(٣) (نقض ٩٥٢/٦/٨) مجموعة احكام النقض س ٤ رقم ٢٣٥ ص ٩٢٧ .
(٤) المحكمة العليا ١٢ يناير سنة ١٩٧٠ مجلة المحكمة العليـا س ٦ عدد ـ ١ ـ ٢ ص ١٢٩ .

« سبق الاصرار يستلزم حتما ان يكون الجانى قد اتم تفكيره وعزمه فى هـدوء ·

« يسمح بتردد الفكـــر بين الاقدام والاحجام وترجيـح احدهما على الآخـــر » (١) ·

اما الاجتهاد السورى يبدو انه استمد تعريف سبق الاصرار من الاجتهاد المصرى اذ قال :

« ان سبق الاصرار يتكون من عنصرين » :

١ ـ التصميم السابق ·

٢ ـ هدوء البال ·

بمعنى ان الجانى فكر فيما عزم عليه ورتب وسائله وتدبر فى عواقبه ثم اقدم على فعلته وهو هادىء البال بعد ان ازال عنه تأثير الغضب (٢) ·

هذه التعاريف قد تساعدنا فى تحديد طبيعة سبق الاصرار · فهـــل هو عبارة عن عنصر من عناصر الخطأ او صفـــة مشتقة منه ام انه عنصر من عناصر القصد او صفة تابعة له ؟

وهل هو ركن من اركان الجريمة ، اى هل هو عمل تنفيذى او عمل تحضيرى ؟

يرى الفقهاء ان سبق الاصرار مع نية القتل انما هو ركن مادى من اركان جريمة القتل العمد ، ويخلصون الى القول ان سبق الاصرار لا يعدو ان يكون عملا تنفيذيا يتوفر فيه الشروع · ·

---

(١) نقض مصرى ٥/١٢/٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ـ ج ـ ٢ رقم ٤٦ ص ٤٥ ·

(٢) نقض سورى جنـا ـ ٣٦٧ ق ٣٩٠ ـ تا ١٤ ـ ٦ ـ ٩٥ ـ جنـا ـ ١٢٨ ق ـ ١٥٦ تا ٢٦ ـ ٢ ـ ٩٥٨ جنا ـ ٢٢ ـ ق ـ ٥ ـ تا ٧ ـ ١ ـ ٩٦١ ـ كارسون المواد ـ ٢٩٦ ـ ٢٩٨

ومن انصار هذا الرأى « كارسون » على ان العلامة « كارو » فى مطوله يذهب خلاف هذا الرأى • ويرى :

«ان سبق الاصرار ما هو الا عمل تحضيرى لا يتوفر فيه بدء التنفيذ»(١) •

على ان انصار المذهب الشخصى فى الفقه الحديث فى فرنسا لم يهتموا بطبيعة الفعل فى ذاته • انما جنحوا الى الاهتمام بالنية الجرمية واعتبروها هى الاساس فى قيام الاصرار او عدمه ، اذ ان النية الجرميـة يظهر خطرها وثبوتها من الاعمال التى وقعت والظروف الخاصة بفاعلها ، ويستعان على معرفتها لا من الفعل فحسب ، بل من الظروف الاخرى الخارجة عنه ، كاعتراف التهم وسوابقه او علاقاته بالمجنى عليـه ، او انواع الاسلحة والادوات التى يحملها الفاعل (٢) •

وبلغة اوضح :

هل ان سبق الاصرار صفة قائمة فى طبع المجرم ومزاجه ام انها عنصر من عناصر الجريمة ذاتها ؟

اى هل نحن ازاء بحـث سبق الاصرار بصـدد تطبيق من تطبيقات الخطورة الاجرامية ام اننا بصدد تطبيق الخطأ ام تطبيق الاسناد ، فحيث تقوم سورة الغضب ينتفى اسناد سبق الاصرار ، اى تنتفى الروية ، اذ ان الغضب يحجب عن الجانى التدبر والتفكير •

فسبق الاصرار اذن اما ان يكون مرتبطا بالمجرم فيخرج عن نطاق الخطأ، او ان يكون مرتبطا بالجريمة ، اى انه عنصر من عناصر الخطأ • الواقع ان القضاء لم يكن مستقرا فى تحديد طبيعة سبق الاصرار وقـد ذهب مذاهب شتى : وهى :

---

(١) كارو المطول – ج – ١ – ص ٤٩٢ .
(٢) على بدوى – الاحكام العامة فى القانون الجنائى ص ٢١٧ .

١ ـ مذهب ربط سبق الاصرار بالخطأ :

هذه النظرة ظهرت جليا عندما اعتبر القضاء ان سبق الاصرار انما هو ظرف مشدد للعقوبة اذ قال :

« ان سبق الاصرار ظرف مشدد ووصف للقصد الجنائى والبحث فى وجوده او عدم وجوده داخل فى سلطة محكمة الموضوع » (١) ٠

فالظرف المشدد اذن واقعة تغير وصف الجريمة الموجودة فعلا، فتنقلها من نص الى نص ، هذا الظرف المشدد يصل فى العقوبة الى حد الاعدام، ولعل مرد تطبيق هذه العقوبـــة الشديدة ان الجرمة لتى تنجم بعـــد اعمال الفكر والروية انما تكشف عن طبيعة المجرم وخطورته وبالتالى فان الاعدام انما هو استقصاء لهذه الخطورة (٢) ٠

فالظرف المشدد اذن لا يؤثر على الجريمة من ناحية قيامها، وانما يضاف اليها اذا كانت قائمة يكون له اثره من ناحية تشديد العقاب ٠

فالسرقة بالاكراه او ظرف الليل ، او حمل السلاح ٠ فاذا تخلف الظرف تبقى الجريمة قائمة ولكنها خالية منه ٠

فالظرف المشدد هنا وهو سبق الاصرار **ليس بفعل جرمى** بحد ذاته ، اذ قد يبقى ما ثلا فى ذهن الجانى ، ولا يظهر الى الوجود ، وعندما يظهـــر تعتبر وقائع ٠ وهذا الظرف لئن كان لا اثر له فى مـــدف الجانى من ناحية ازهاق

---

(١) نقض ٢٥ مارس ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض س ١٤ رقم ٤٧ ـ ص ٢٢٥ ٠

(٢) هذه النظرة غير مقبولة عند انصار المدرسة الوضعية اذ رأوا ان هناك مجـرمين خطـرين على الرغم من ان جرائهم لا يشوبها سبق الاصرار ، وهـذا مـا دعـا المشرعـين فى بعض التشريعات الحديثة الى عدم اعطاء الاصرار اهمية ما . (الدكتـور عبد المهيمن بكر ـ فى جرائم الاعتداء على الاشخاص ص ٦٧ الهامش) .

الروح ، لان القصد الجرمى لدى الجانى قائم فى جريمة القتل سواء فى القتل بالعمد الآنى او القتل بالعمد المسبق ٠

هذا الظرف وهو سبق الاصرار اذن ٠ انما هـــو ظرف خاص بجريمة القتل ، وهو حالة ذهنية ماثلة بنفس الجانى ٠ وقد لا يكون له فى الخارج اثر محسوس يدل عليه مباشرة ، انما يستفاد من وقائـــع وظروف خارجية ، يستخلص منها القاضى توفره (١) ٠

هذا الظرف المشدد ليس من قبيل الظروف الشخصية المطلقة الخاصة او العامة كظرف التكرار او صفـة الموظيفة فى التزوير أو صفـة الخادم فى السرقة ٠

كما انها ليست من قبيل الظروف العينية المتصلة بالفعل ، كظرف الليل فى السرقة (٢) وحمل السلاح ، فلئن كانت هذه الظروف تعتبر من قبيل الافعال المخاطئة ٠

فهل سبق الاصرار الذى نفينا عنه صفة الظرف الشخصى او صفة الظرف العينى يمكن ان يكون بحد ذاته فعلا خاطئا يعاقب عليه القانون لوحده ؟

وهل هذا الظرف يمكن اعتباره بحد ذاته جريمة مستقلة اذا لم يقترن بجريمة القتل ، او بالاحرى اذا لم يظهر الى حيز الوجود ؟

لمعرفة ذلك لا بد من تحديد عناصر سبق الاصرار، فما هى هذه العناصر وما هى طبيعتها ؟ يتكون سبق الاصرار من عنصرين :

الاول : عنصر نفسانى ، وهو الهـــدوء الذى يصاحب فكر الجانى فى الجريـمة ٠

---

(١) نقض مصرى ٩ ديسمبر ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض س ١٤ رقم ١٦٣ ص ٨٦٤ ٠
(٢) الظروف المشددة للدكتور محمد محى الدين عوض ـ المحاماة ص ١١٠٩ س ٤٣ ٠

الثانى: عنصر زمنى • وهو المدة التى مضت قبل تنفيذ الجانى للجريمة • وهذا ما استقر عليه الفقه التقليدى فى فرنسا وايطاليا •

ففى فرنسا يرى الفقه التقليدى وجـــوب توفر عنصر الهدوء فى تدبير الجريمة • اى الهدوء بدم بارد Calme sang froid اى ان يكون الجانى اثناء ارتكاب الجريمة بعيدا عن تأثير العاطفة الجانحة ، حتى ولو مضت مدة طويلة بين اعداد الجريمة وتنفيذها (١) •

وفى ايطاليا يصور الفقه التقليدى بان سبق الاصرار يعتبر متوفرا متى كان الجانى قد ارتكب الجريمة وهو هادىء النفس ثابت الاعصاب (٢) •

فالاعداد اذن عن طريق التدبر والتفكير اقدامـــا واحجاما هو المعيار الضابط لقيام سبق الاصرار ، وبالتالى فان العنصر الزمنى لوحده فى سبـق الاصرار لا يقدم ولا يؤخر ، لان الزمن لا يعتبر شرطا فى قيام سبق الاصرار ، قصرت المدة او طالت ، وكثيرا ما نجد ان سبق الاصرار يعتبر متوفرا حتما ولو مضت فترة قصيرة تحسب بالساعات بين الاعـــداد والتنفيذ ، اذ الزمن لوحده دون اعمال الفكر والتدبير لا يتصور اثـــره مطلقا فى سبق الاصرار مجردا عن التفكير واعمال الرأى بين الاقدام والاحجام ، فمناط تحقق سبق الاصرار اذن ، هو ان يرتكب الجانى الجريمة، وهو هادىء البال، بعد اعمال الفكر والروية (٣) لان الزمن لا يعتبر خطأ لوحده ولا اثر له فى فعل الخطأ ، واذا كان الامر كذلك فهل سبق الاصرار اذن هو مجرد فعل خطأ ؟

والخطأ هو وصف لسلوك الجانى فى مخالفة القاعدة القانونية وهو ركن هام فى الجريمة ، فلئن كانت الجريمة تقوم على مجرد حدوث الاثم بمعنى ان

---

(١) كارسون ـ تعليقه على المادة ٢٩٧ فقرة ٨ ـ ١١ •

(٢) انتولوزى الخاص ـ ج ـ ١ ـ ٤٢ •

(٣) نقض ٩ أبريل ٩٥٤ مجموعة احكام النقض س ٢ رقم ٢٤١ ص ٩٢٣ •

الاثم انما هو عنصر من عناصرها ٠٠ ومع ذلك فان الاثم وحده قد لا يكفى لتحقيق المسؤولية او تحقق العقاب ، لانه قد يكون ناجما عن فعل الطبيعة او الصغير غير المميز ، او المجنون فهل من الضرورى اذن ان يقاس الفعل الضار الصادر عن الانسان بعنصر من العناصر النفسية ، وهو ارادة الفاعل للنتيجة الضارة والصمود عند عزمه على تنفيذها ؟ واذا اردنا ذلك ، فهل معنى ذلك ان العنصر النفسى اضحى هو الاساس فى تحقيق العقوبة حتى ولو لم يتحقق عنه نتيجة ضارة كأن بقى سبق الاصرار مثلا فىحيز الفكر!هذا ما كان مسلما به فى القانون الرومانى وهو عند الرومان اساس يؤكد اهمية الارادة فى اقتراف الجريمة ومع ذلك فان عدم مشروعية الفعل تأتى فى المرتبة الاولى ، ثم تليها الارادة الآثمة ٠

وعلى هذا فاذا اردنا ان نحدد مفهوم سلوك الجريمة كفعل خطأ او ارادة آثمة ٠٠٠ يتعين علينا ان نحدد مفهوم الاثم باعتباره صورة للركن المعنوى٠ الواقع اننا لم نجد فى الفقه اتفاقا حول فترة الاثم ، فالآراء مختلفة من ناحية مدى هذه الفكرة ومفهومها وحدودها، وما اذا كان هل يدخل الخطأ فى شمول الاثم ام لا ؟

السائد منذ قرون عدة ان الاثم يعكس الصورة النفسية للجانى ٠ هذه النظرية اذن تصور لنا الاثم على انه علاقة نفسية تصل الجانى بالواقعة٠ او هى كالجسر تعبر عليه النفسية الآثمة لتحقيق جريمتها ٠

هذا الجسر هو القصد الجنائى ٠ وصورته تظهر اما بالخطأ العمدى المجرد عن سبق الاصرار ، او بخطأ عمدى مقترن به ، فالخطأ العمدى الآنى او العمدى البسيط انما هو خطأ غير مصر عليه ٠

اما اذا عزم الفاعل على اقترافه سمى بالعمد المسبق او العمد المشديد او العمد المؤكد ٠

ففعل العمد المسبق وهو الصادر عن سبق الاصـــرار عن روية وتفكير

انما هو تصرف خاطىء يقدم عليـــه الجانى عن تدبر وهدوء نفس ، فتهيأة السلاح • او التفكير فى جريمة ، والعزم على القيام بعمـل مخالف للقانون ، كل هذه الامور تشتمل فى توجيه الارادة عـــلى نحو يتعارض مع مقتضيات الواجب القانونى •

فالخطأ اذن هو سلوك معيب لا يأتيه رجل بصير وجد فى ذات الظروف الخارجية التى احاطت بالمسؤول •

واذا كان الخطأ عامة هو فعل ما نهى عنه القانون ، او ترك ما امر به، فهل على ضوء هذا التعريف يدخل الخطأ فى شموله التصرف بكل فعل اضر ، او سيضر الغير ، وبالتالى نبحث فى هذه الحالة عن النية الجرمية فى قصـــد الضرر • أذ قد تكون هى المعيـــار فى استخلاص العمد المسبق ولو اتخذت الصورة خطأ غير مقصود •

فمن يهمل تسوير شرفته فيسقط منها طفل ما نبحث فى هذه الحـالة عن النية الجرمية ، فى هذا الخطأ الاهمالى وتبدو تلك فى الصور التالية :

أ ــ اذا كانت نيته منصرفة الى القتل وانه يريد ان يقتل طفلا ما فيهمل عمدا ، تسوير شرفته على الرغم من تنبيهه فلا يكترث لانه نوى قتـل الطفل عمـــدا •

ب ــ او انه يهمل عرضا دون نية جرمية فينحصر البحث فى الخطأ لقلة احترازه لانه لا يبالى ، ولا يحتاط للامر ولا يتبصر فى العواقب •

ج ــ او كمن يريد قتل شخص معين فيتربصه فيشاهده ماشيا فى منحدر ما فيوقف سيارته فى المنحدر دون ان يشد مكابحها فتنحدر فتقتل ذلك الشخص المعين او تقتل غيره •

فهنا نلاحظ ان فعل الخطأ من حيث الصورة الظاهرة هو واحد وهو عدم شد المكابح ، ولكن هذا الخطأ لا يعاقب عليه بعقوبة جريمة القتل خطأ ، ان

يختلف توصيف الفعل فى هذه الحالة طبقا للنية الجرمية ، بين ان يكون هدفه قتل شخص معين او ان يكون القتل جاء عفوا نتيجة اهمال فى عدم شد المكابح حتى ولو لم يدر فى خلده ان فعله سبب الوفاة للغير ٠

ففى الصورة الاولى نجد ان الخطأ اتخذ صورة العمد ، بينما فى الحالة الثانية نجد ان الخطأ انما هو اهمـــال فحسب يعاقب فاعله بجريمة التسبب بالوفاة الناجم عن رعونة وقلة احتراز ٠

وعلى هذا يمكننا القول ان الخطأ يتخذ مظاهر مختلفة وهى :

العمد ، والخطأ غير العمدى ، والقصد المتعدى ٠

هذه المظاهر للخطأ فى السلوك للجريمة تتأثر تبعا لتطابق غرض الجانى مع العدوان عى المصلحة القانونية ، التى هى موضع الحماية من قبل المشرع فى قانون العقوبات ٠

ففى الخطأ العمدى :

نجد ان الجانى يتطابق غرضه الذى اراده مع العدوان على مصلحة القـــانون ٠

وفى الخطأ الغير عمدى :

نجد ان الجانى بفعله لا يتطابق مع العدوان على مصلحة القانون ٠

وفى القصد المتعدى :

نجد ان الجانى يتطابق الغرض بالعدوان عنده فى نتيجة أقل جسامة من النتيجة الجسيمة الاخيرة الذى آل اليه الفعل (١) ٠

هذه الاخطاء جميعها لا تظهر اثرهـــا المحسوس وهى قبـل ظهورها فى

---

(١) الدكتور جلال ثروت ــ نظرية الجريمة المتعدية القصد ــ فقرة ــ ٩١ ، ٩٢ ، ٩٣ ، ٩٤ ،

الفعل لم تكن الاحالة داخلية تقوم فى ذهن الجانى وهذا ما جنح اليه الاجتهاد عامة اذ قال :

وما سبق الاصرار الاحالة خطأ يقوم فى ذهن الجانى ولا يكون له فى الخارج أثر محسوس يدل عليه مباشرة وانمـــا يستفاد من وقائع وظروف خارجية • يستخلص منها القاضى توافره (١) •

فسبق الاصرار اذن اذ يرتبط بفكرة الخطأ يتصف بما يلى :

١)انه ظرف مشدد ووصف للقصد الجنائى وثبوته او عدمه يدخل فى سلطة محكمة الموضوع •

٢) انه حالة ذهنية ليس لها فى الخارج اثر محسوس انما يستدل عليها من ظروف الدعوى ووقائعها •

٣) انه ليس له معيار ثابت، لارتباطه بذهن الجانى، ولا يستطيع أحد ان يشهد عليه مباشرة •

على ان فكرة ربط سبق الاصرار بنظرية الخطأ لم ترق بعض الفقهـاء فذهبوا مذهبا آخر وهو مذهب الاسناد Imputabilita

مذهب ربط سبق الاصرار بنظرية الاسناد

هذا المذهب يرى ان الاسناد انما هو وصف للمجرم سواء اتصل بالادراك والارادة او اتصل بالخطورة الاجرامية وهو لا يخرج عن كونه حالة Status فهو حين يتصل بالادراك يعالج سبق الاصرار بمعيار القدرة على التفكير او انعدامها فهى تعكس اذن مدى هذه القدرة ويلجأ القاضى الى الاسناد لبحث أمر قيام سبق الاصرار او عدمهفهو قد يتذرع بنفيه عندما يقرر ان الجانى لم يكن هادئا، وان سورة الغضب قائمة وهى التى حجبت عنه القدرة على التفكير والتدبير، وهى التى سدت عليه سبيل اعمال الفكر بشكل هادىء مطمئن،وبهذا

---

(١) « نقض ٩ ديسمبر ٩٦٢ مجموعة احكام النقض س ١٤ رقم ١٦٣ » ص ٨٩٤ •

يخلص القاضى الى عدم توافر ظرف سبق الاصرار (١) ٠

اما عندما يتصل الاسناد بالخطورة فهو يتضمن البحث فى مدى قيام الخطورة الاجرامة فالقاضى عند بحثه سبق الاصرار يتلمس للحكم به او عدمه ، العوامل المادية والشخصية التى تحيط بحياة الفاعل ٠

وهذا المعيار هو الواجب اتباعه عند الحكم ٠ اى يجب تقدير اسناد سبق الاصرار او عدمه من خلال البحث فى تحقق الامل الكبير فى عودة المجرم لارتكاب الجريمة ام لا ٠

الاسناد Imputabilita **المتصل بالادراك والارادة :**

فان الحكم اذ يلجأ اليه يتذرع بطغيان الغضب على الادراك والارادة اذ يعتبر ان سورة الغضب تحجب قدرة الجانى على التفكير والتدبر وهذا ما جنحت اليه محكمة الجنايات فى حلب اذ قالت :

« ان حالة الغضب الشديد قد استمرت لدى المتهم من يوم الخميس حتى يوم الاحد، ثم اعقبتها حالة الدرجة القصوى من الغضب، المستقلة عن الحالة الاولى اما الهدوء الذى استنتجه وكيل الادعاء فان المحكمة لا تستنتجه »(١)٠

فى هذه الجريمة وهى فض بكارة اخت القاتل مضى عليها على علمه بها قرابة خمسة ايام اجرى خلالها الجانى البحث عن الفاعل وحقق القاتل عن طريق استجواب اخته مرات وقام من خلال ذلك بتسجيل اقوالها ثم اقترف بعدئذ جريمة القتل عندما علم بفشل المصالحة وامتناع الفاعل الذى فض بكارتها عن تزوجها ، عندئذ اقدم المتهم على قتله وقتل شريكته زوجته ، وقد اقترف القتل

---

(١) الدكتور جلال ثروت ـ النهج العلمى وفكرة سبق الاصرار ـ المجلة الجنائية القومية عام ١٩٦٥ ص ٢٥٧ نقض مصرى ٦ ـ ٤ ـ ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ، ونقض ٩ ـ ١٠ ـ ٩٥٧ المرجع السابق .

(١) (محكمة جنايات حلب القضية ٢٨ حسم ١٩٧٣/٣/١٩) .

بسلاح حربى ثم قام بذبح المغدورين بموسى كانت معه ثم نزل الى الشارع مناديا لقد قتلتهما انتقاما لشرفى ٠

فى هذه الجريمة تحقق عنصر الزمن وعنصر التدبر ولكن المحكمة ربما تأثرت ببواعث الجريمة واستفزاز المجنى عليه او بظرف فض البكارة ولم تجنح الى اسناد سبق الاصرار الى الجانى اذ اعتبرت ان تحضير الشاى من قبل القاتل لوسيط المصالحة واشتراكه معه فى شرب الشاى لا يستنتج منه الهدوء اذ قالت فى تعليلها انعدام القدرة على التفكير :

« وكثيرا ما يجلس الانسان لاحتساء قهوة او اى شراب فى وقت تتلوى فيه نفسه ألما وعذابا بحادث مفجع » ٠

ولعل المحكمة فى هذا الرأى تريد ان تقول ان العذاب والشقاء او سورة الغضب ، انما هى صفات تقوم فى النفس ، فتمنع الجانى من التفكير بهدوء وروية، وبالتالى فلا تصح مساءلته بوصف سبق الاصرار لتعارضه مع مذهب الاسناد ٠

وانى على الرغم من عدم قناعتى فيما ذهبت اليه محكمة الجنايات فى حلب ومهما تكن المبررات التى ذهبت اليها المحكمة سواء فى سبيل تحقيق العدالة او تطبيق روح القانون فان ما جنحت اليه المحكمة بقرارها قد اتخذت فى سبيل ما خلصت اليه مذهب الاسناد فربطته بالمجرم، لا بالجريمة٠ وخرجت بقرارها عن مفهوم ربط نظرية سبق الاصرار بالخطأ ٠

ب ـ الاسناد المرتبط بالخطورة الجنائية :

هذه النظرة تقوم عند الفقهاء على اساس تمحيص الباعث فحيث يتحقق الباعث على الجريمة يتعين معرفة الدوافع لان الباعث مرتبط بالدوافع، فباعث الانتقام يرتبط حكما بدافع القتل للثأر ٠ فالقتل فى هذه الحالة يكون هدفه العدوان على المصلحة التى يحميها القانون ٠ فهو بالتالى يعكس نفسية المجرم وشخصيته اكثر مما يعكس صفة الجريمة ٠

فالحكم بقياس سبق الاصرار او عدمـــه انما هو الحكم بقيام الباعث فحيث يظهر الباعث ، تظهر معه مدى الخطورة الاجرامية عند الفاعل ، هذه الخطورة هى التى تدعو الى تشديد العقوبة وهى العلة فى الظرف المشدد وهو سبق الاصرار ٠

على ان هذه النظرة لم تكن بمستقرة لدى القضاء ، فقد واكبتها حينا وناهضتها حينا آخر ٠ اذ جنحت محكمة النقض المصرية فى قرارها الى القول:

« سبق الاصرار يستفاد من وقائع وظروف خارجية ولا ضير ان يستظهر هذا الظرف من الضغينة القائمة بين المتهم والمجنى عليه » (١) ٠

وناهض هذا الرأى اجتهاد آخر فقال :

« اذا كان هذا الحكم حين ادان المتهم فى جناية القتل العمد مـــع سبق الاصرار لم يذكر عن سبق الاصرار الا قوله انه ثابت من الضغائن بين عائلتى المجنى عليه والمتهم فانه يكون قاصر البيان اذ الضغائن وحدها لا تكفى للقول بثبوت سبق الاصرار » ٠

٣ ـ فى نقد المذاهب السابقة :

الواقع ان هذه المذاهب على اختلافها او وجاهة بعضها لا نراها كافية لاظهار حقيقة سبق الاصرار وتصويره صورة واضحـــة او تحديدها بشكل علمى حاسم ، فهى لا تخرج عن مفاهيم فلسفية تضع الباحث حائرا امـــام معالم متداخلة بين الخطأ والاسناد وتجعل معيار محكمة النقض فيها متناقضة، واحكامها غير مستقرة ، وبالتالى فان المذاهب التقليدية لم تحل المشكلة وان كنا نرى ان ارتباطها بنظرية الخطأ اقرب الى الصواب ومهما يكن من امـــر هذه المذاهب فانى ارى ان : سبق الاصرار انما هو حالة مستقلة وفكرة قائمة

---

(١) نقض مصرى ٩ ديسمبر ١٩٦٣ ٠

بذاتها ، تدخل فى مفهوم القصد الجنائى ، وهو الركـن المعنوى ، فتشدده او تؤكده ، فهو عزم مؤكد ، بقصد محدد ، يقوم فى ذهن الجانى سلفا وقبـل ارتكاب الجريمة ٠

ذلك ان سبق الاصرار اذ يتصل بالمجرم ، معنى ذلك اننا ربطنا فكرة سبق الاصرار بمزاج المجرم وطبعه ، اكثر من ربطـه بعنصر من عناصر الجريمة ٠

هذا المعيار مهتز ، ويدخلنا فى متاهات سيكولوجية ٠ او طبية ٠ كمـا ويدخلنا ايضا فى بحث معيار الارادة والاختيار او القدرة على الادراك ٠ وفى هذا خلط بين موانع المسؤولية وفكرة سبق الاصرار٠ اذ قد تصل حالة المجرم النفسية او عدم ادراكه الى حد الجنون فتمنع مساءلته ، فلا يمكن اذن اعتبار سبق الاصرار مرتبطا بحالة المجرم (١) ٠

اما اذا قلنا بربط سبق الاصرار بفكرة الخطورة الاجرامية معنى ذلك اننا انتقلنا الى البحث فى موضوع يتعلق بعلم الاجرام ، وهذا ما يضعنا امام معايير شخصية واجتماعية لا تعطى الدقة فى تحديد الفكرة ٠

والواقع ان التحديد لفكرة سبق الاصرار ، انما يتم عن طريـق ضبط التعريف لماهية سبق الاصرار وهو المسبيل الوحيد لمعرفـة الاساس الذى ترتبط به فكرة سبق الاصرار ٠

ولعل التعريف القانونى لسبق الاصرار سواء فى القانون الليبى فى المادة ٢٦٩ عقوبات التى تنص :

« الاصرار السابق هـو القصد المصمم عليه من قبل الفعل لارتكاب الجريمة ٠٠٠ »

او بتعريف القانون المغربى له فى المادة ٣٩٤ اذ يقول :

---

(١) يراجع فى تفصيل معيار حرية الارادة والاختيـار كتابنا ـ موانـع المسـئولية الجنائيـة ص ٦٧ و ٧٧ و ٧٨ و ١٢٧ « طبـع جامعة الدول العربيـة لعـام ٩٧١ معهـد البحـوث والدراسـات العربيـة العليـا » .

« ان سبق الاصرار هو العزم المصمم عليه قبل وقوع الجريمة على شخص معين او على شخص قد يوجد او يصادف حتى لو كان العزم معلقا على ظرف او شرط »

فان هذين التعريفين يربطان الاصرار بالخطأ ٠

وسبق الاصرار فى الحقيقة ما هو الا صورة من صور الخطأ ٠ فالخطأ العمدى ما هو الا القصد الجنائى ٠

فسبق الاصرار اذن هو الوجه الآخر للقصد الآنى المنجز ٠ فاذا اقترن الخطأ العمد بعزم سابق على اقترافه، كان القصد الجنائى قصدا مشددا ، أو قصدا مشحونا بالعزم والاصرار او قصدا متدبرا ٠

اما اذا كانت الجريمة بحد ذاتها فعلا خاطئا ٠ كذلك فان القصد الجنائى فى اقتراف الجريمة انما هو اتجاه خاطىء ايضا وما العزم المشدد المتدبر فى ارتكاب الجريمة الا حصيلة الاخطاء السابقة ، فهو خطأ يضم كافة الاخطاء السابقة ويؤكدها فهو بالتالى خطأ مكثف ٠ وهو يدخل فى مفهوم القصد الجنائى فيعززه بشحنة التأكيد وعدم العدول ٠

هذا القصد المؤكد انما هو الركن المعنوى وهو علاقة تربط بين ماديات الجريمة وشخصية المجرم بارادة عازمة هذه العلاقة هى محل اللوم القانونى، وتتمثل فيها سيطرة الجانى على الفعل والاثارة ٠ أليس فى هذا ايضا مفهوم واضح للخطأ ؟ فالجانى اذ يقترف جريمة قتل مثلا، فالذى يسيطر على الجانى هو فعل القتل اى التعدى على انسان بقصد ازهاق روحه فجوهر هذا الركن المعنوى اذن انما هو الارادة وهى ذات طبيعة نفسية تربط الجانى بالافعال الجرمية ٠

هذه العلاقة بين ماديات الجريمة وشخصية الجانى هى المحل للوم القانونى فى حال خروجها على ما امر به القانون او ترك ما امر به، ولئن كان

العمل المادى الظاهر والممنوع بنص القانون له ابعاده ، وهو الذى يسبغ عليه الصفة غير المشروعة فان الارادة ـ وهى حالة نفسية داخلية تسيطر على الافعال المادية وتدور معها وجودا وعدما ـ هى التى تهيؤها او تخرجها الى حيز الوجـود ٠

هذه الارادة هى المعيار فى تحقيق العقوبة وشدها تبعا لاتساع مـدى حدود هذه الارادة او ضيقها ، وعلى ضوء ذلك يحمل الفاعل وزر عمله ٠

فالركن المعنوى اذ يتخذ صورة القصد الجنائى فى الجرائم العمدية ، يتخذ صورة الخطأ غير العمدى فى الجرائم غير العمدية ٠ هذا القصد الجنائى اذن هو علم وارادة، والارادة فى الواقع هى محط اللوم وهى الهدف فى تحقيق العقوبة وتشديدها تبعا للعزم ، فاللوم والاستنكار للجريمة ، انما يستمد من مدى فعالية ارادة الجانى ، اذ الارادة هى سبب وجود الجريمة ، وبقدر ما تكون ارادة الجانى محلا للوم ، بقدر ما يلام على الجريمة (١) ٠

اما الجرائم غير العمدية فنجد ان الخطأ فيها يتضمن عنصرين :

الاول : هو الاخلال بواجبات الحيطة والحزر ، التى يفرضها القانون على تصرفات الافراد ٠

الثانى : عدم توقع حدوث النتيجة التى تتمثل فيها الاعتداء عـلى حق يحميه القانون وعدم الحيلولة دون حدوثها على الرغم من كونه ممكنا وواجبا٠

اما فى الجرائم العمدية : فاننا نجد ان الخطأ فهيا يتضمن عنصرين :

الاول : اخلال بواجب يفرضه القانون ٠

الثانى : الاصرار على هذا الاخلال مسبقا ٠

وعلى هذا نجد ان الجانى فى الجرائم العمدية البسيطة يقترف فعـلا

---

(١) الدكتور عمر سعيد رمضان ـ طبيعة الركن المعنوى ـ مجلة القانون والاقتصـاد س ٣٤ عـدد ٣ عـام ٩٦٤ ص ٦١٩ ٠

ماديا منعه القانون ، وهو فعل آنى غير مقترن بعزم سابق ٠

اما اذا اقترن الفعل المادى بتحضير مسبق معزوم عليه ، كان القصد الجنائى فى هذه الحالة سابقا على الفعل المادى الذى هو اثر من آثار القصد المسبق وبهذا يمكننا ان نميز بين جرائم العمد الآنية ٠ وجرائم العمد المؤكدة٠

فالاولى : تحصل آنيا دون اعمال فكر مسبق ٠

والثانية : تحصل فى الذهن سابقا ثم تنفذ على وجه التصميم والعزم ، فاختلاف الجرائم بين ان تكون عمدية آنية او عمدية مسبقة او مؤكدة ٠ انما تتبع القصد الجنائى من ناحية توافر سبق الاصرار فيه او عدم توافره ٠

وخلاصة القول :

ان سبق الاصرار انما هو قصد متدبر يصل فيه العلم الى مرتبة اليقين، كما تصل الارادة فيه الى مرتبة العزم والتصميم ، فالقصد لا يكفى ان يصل مرتبة اليقين والعلم باركان الجريمة ، كما ان الارادة لا تكفى ان تصل الى حد العزم والتصميم ، بل لا بد لعامل آخر وهو عامل التدبر والتفكير ٠

هذا العامل مقترن بزمن وهذا العامل الزمنى هو الذى يسبغ على العقوبة الوصف المشدد ٠ وينقلها الى حدها الاقصى وهو الاعدام ٠

فالقصد الجنائى المجرد عن عامل الزمن لا يعتد به لانه وليد حادثة آنية٠

فمن يهان اهانة بالغة فيعطيه صديق له عصا ليرد عنه الاهانة، فيرفضها بمقولة (ان الاهانة لا يغسلها الا الدم) ، فيتناول مسدسه ويقتل غريمه ، فى هذه الصورة نجد ان الخطأ عمدى ٠ وان العزم والتصميم قائم ٠٠ وان ارادة القتل ملحة عنده ٠ وان العلم باركان الجريمة اصبح يقينا ٠ومع ذلك فان سبق الاصرار هنا غير متوفر اذ لا بد لتوفره :

« ان يمتد اليقين والتصميم ولو فترة قصيرة من الزمن تولد فيها فكرة امكان العدول عن الجريمة، وهى فترة زمنية فاصلة بين القصد وتنفيذ الجريمة

بحيث يتاح للقاضى استخلاص التروى والهدوء ما بين القصد والتنفيذ، هذا العامل الزمنى هو الذى يخضع لتقدير القاضى،وهو المصلة فى اقرار الاصرار او عدمه، اذ يتساءل القاضى عن مدى كيفيتها، بحيث هل كانت تسمح للجانى العدول عن جريمته ، وهل مضت مدة كافية ليعقد الجانى ارادته حول الجريمة اقداما او احجاما ؟

فحيث يقر القاضى قيام ثبوت سبق الاصرار، يشدد العقوبة، ومرد هذا التشديد هو اتعاظ الجانى بتحذير قضائى سابق على ارتكابه جريمته وحمله على العمول عنها ورده عن تنفيذها ٠

ويظهر مرد تشديد العقوبة هذه فى توافر اذناب الجـــانى الى ارادته باصرار على الشر ٠

ويرى انصار المذهب التقليدى ان حسن تطبيق العقوبة كـاف لتحقيق متطلبات العدالة بتقدير مختلف مظاهر الانحرافات التى تتكون منها الجريمة وفقا للقياس العام المتبع، لان العدالة فى نظرهم لا تحتاج الا لموظف امين قادر على تطبيق التعرفـــة المقررة فى قانون العقـوبات بعد التحقـــق من نوع البضاعة (١) ٠

واذا كان الامر كذلك فما هـــــو السبيل الى استقصاء عناصر سبق الاصرار للتوصل الى تطبيق السعر المقرر فى قانون العقوبات ؟

لئن كان للقاضى سلطة تقديرية فى اقرار سبق الاصرار ونفيه فى جريمة القتل ، بيد ان هذه السلطة ليس على وجه الاطـــلاق دون التقيد بالاصول والقواعد التفسيرية فأول مهمة له اذ يبحث القصد الجنـــائى يقتضيه ، ان يميز القصد المنجز الآنى اى القصد المركز او القصد المدبر ٠

---

(1) Jean constant manuel de droit penal. T. 1. Liege 1959. p. 32.

ففى القصد الآنى : تعتبر الجريمة جريمة قتل قصدا ٠

وفى القصد المركز : تعتبر الجريمة جريمة قتل قصدا متجهة نحو تشديد العقوبة لاسباب تقديرية فهو ظرف قضائى ٠

وفى القصد المدبر : تعتبر معه الجريمة جريمة قتل عمدا مـــع سبق الاصرار ٠ فسبق الاصرار هذا ينقل العقوبة الى الاعدام ، باعتباره ظرف قانونى مشدد (١) ٠

٤ ـ فى اثبات سبق الاصرار :

كيف يتحقق القاضى من ثبوت القصد المدبر اى من تحقق سبق الاصرار؟

لا شك انه يستقصى العوامل العديدة الى رافقت الجريمة مادية كانت او معنوية ، كما يبحث عن الدوافع ، وما اذا كانت شريفة ، ام خسيسة، كما ويبحث الاداة الى استعملت والزمان والمكان والشركاء او الاعوان ٠٠

كل هذه الامور وان كانت لا تعدو حد الاشارات ، بيد انها تنير السبيل امام القاضى للوصول الى ما اذا كانت كل هذه الامور تمت فى روية وتدبير ، وما اذا كانت ملازمة لفكر الجانى حتى تنفيذ الجريمة ٠

وبهذا يثبت من قيام جوهر سبق الاصرار او عدمـــه ٠ اى من امتداد القصد فى الزمن عند قيامه مستمرا ملحـــا بعزم اكيد حتى لحظـة التنفيذ ، ويستقصى ذلك بواسطة وسائل الاثبات ، المقبولة قانونا، دون التقيد بواحدة دون الاخرى ٠

اذ قد تكفى حالة الانتقام مثلا للدلالة على قيام سبق الاصرار ، كما وقد يكون هذا العامل كافيا للاثبات فى جريمة ما ، وغير كاف فى جريمة اخرى ،

---

(1) Pierto mirto-randazzo, vizzio parsialdimente e permiditazione in studi in onore di ernesto eula, pag. 472.

اذ ليس هناك من وسيـــلة معينة ومحددة للاثبات اذ لكل قضيـــة ظروفها وعناصرها ٠

اما العناصر المكونة لسبق الاصرار فهى واحدة فى كل قضايا القتـل العمدية ، وبالتالى فلا بد من استتباب عنصر العمد بصورة مستقلة والتحدث عنه فى القرار بشكل واضـح (١) فحيث تتوفر عناصر سبـــق الاصرار يلجأ القاضى الى فرض العقوبة المشددة تبعا لتوفر الظرف المشدد القانونى (٢) دون النظر الى البحث فى الاسناد او الخطورة الاجرامية انما يلجأ الى التحقق من توفر الخطأ العمدى بارادة مصممة،فحيث يثبت لديه قيام سبق الاصرار، لا يهتم بعدئذ بالعوامل الخارجية المسندة الى الفاعل ، ولا بالدوافع شريفـة كانت او دنيئة ، ولكنه يبحثها فى مجـــال تطبيق الاعذار المخففة او الاسباب المخففة التقديرية ٠

فى الصفات التى يتميز بها سبق الاصرار :

يتضح مما قلناه ان سبق الاصرار يتصف ويتميز بما يلى :

١ ــ ان سبق الاصرار ينتهى الى نظرية الخطأ وهو فكرة قائمة بذاتها ٠

٢ ــ سبق الاصرار ينتمى الى نظرية الخطأ يتميز بعنصر الزمن والعنصر النفسى وهو تطبيق لنظرية الخطأ ٠

٣ ــ ان سق الاصرار وصف يضاف الى القصد الجنائى ، فلا يبدل من طبيعته ، انما يغير من وصفه ، فينقل العقوبة الى حدها الاقصى ٠

٤ ــ ان سبق الاصرار منفصل عن فكرة الاسناد او الخطورة الجنائية

---

(١) نقض سـورى ــ جنـا ــ ٢٨٢ ــ ق ٤٠٢ ــ تـا ٩/٦/٩٦٥ ــ نقض سـورى جنـا ٦٢٠ ق ٦٧٥ ــ تـا ١٧/١٠/٩٦٨ ــ مجموعة القواعد القانونية ص ١٠٧٠ ــ ١٠٧١ ٠

(٢) سبق الاصرار عنصر مستقل فى جرائم القتل يغير وصفها وينقل عقوبتها الى الاعدام اما التسمية بأنه ظرف مشدد فهى تسمية غير صحيحة وفيها بعض التجاوز ٠

اذ قد يتوفر سبق الاصرار لدى المجنون ، وان منعت مساءلته، كما قد يتوفر لدى الصغير غير المميز ، او لدى ناقص الاهلية ، لان المسؤولية الجنائية تختلف طبيعتها ، وعناصرها عن موانع المسؤولية ، والظروف القضائية ٠

فالسكران الذى يرتكب مثلا جريمة القتل العمد لا يحول سكره هذا دون بحث قيام وصف سبق الاصرار او عدمه ٠

وكذلك المصاب بآفة عقلية كالسيكوباتية فهو اهل للمساءلة لان تخفيف العقوبة بعذر قانونى ، او بسبب تقديرى او بظرف قضائى او قانونى ، لا ينفى قيام سبق الاصرار ، والقـــاضى يستقصيه عند المجنـــون او ناقص الاهلية ، او عند الصغير او الكبير ٠ او عند السليم او المريض ٠

٥ ـ سبق الاصرار له صفة الاستقلال الشخصى وهو يتبع الخطأ فى القصد الجنائى بصرف النظر عن ان يكون الشخص المنوى قتله معينا او غير معين،او ن يكون سبق الاصرار مشروطا،وغير مشروط فى الجريمة،فالجانى اذ يصمم على قتل اى انسان ، او انسان معين ، او ان يصمم على القتل بشرط معرفة من فض بكارة اخته مثلا كما فى الدعوى التى حكمت بها محكمة الجنايات بحلب ٠ او كالعشيقة التى تصمم على قتل عشيقها اذا رفض الزواج منها ، كل هذه الصفات والشروط لا تغير من طبيعة سبق الاصرار ومدى تطبيقه ٠

٦ ـ سبق الاصرار لا يتأثر بالجهل بالقانون او الغلط فى الهويـــة فهو وصف للقصد لا يغير من طبيعته فلو صمم الجانى على قتل شخص معين فاخطأ فى هويته فلا يغير هذا الغلط الوصف الجرمى وطبيعة جريمة القتـــل لسبق الاصرار (١) ٠

٧ ـ سبق الاصرار وصف يتعلق بالقصد الجنائى ويقوم فى ذهن الجانى المصمم عليه فلا يتعداه للغير،حتى ولو قامت رابطة معنوية،بينه وبين اشخاص

---

(١) الدكتور سعيد رمضان فى الركن المعنوى المرجع السـابق ٠

آخرين اشتركوا فى القتل ، لانه يجب التمييز بين القصد الجنائى وهو ركن معنوى فى الجريمة، وبين الرابطة المعنوية بين الجناة ، وقد يتصور العكس فيقوم فى ذهن كل جانى سبق الاصرار فى القتل على الرغم من عدم قيام اتفاق فيما بينهم وان توافق اشتراكهم فى الجريمة ، كما فى المشاجرة الجماعية ٠

٨ ــ سبق الاصرار لا يحجب باقى الظروف القضائية ، او القانونية ان وجدت ، فاذا تزاحمت الظروف مع بعضها طبق الظرف الغالب ، فاذا اجتمع الظرف المشدد مع الظرف المخفف وكان المشدد هو الغالب ، طبق الظرف المشدد او العكس طبق الظرف المخفف واسقطت عقوبة التشديد ، وان تساوت الظروف فيما بينها ، اهملها القاضى ، وطبق العقوبة بحدها العادى (٢) ٠

وقد ذهب هذا المذهب ايضا القانون العراقى الحديث الصادر ١٩٦٩ فى المادة ١٣٧ منه اذ قال :

« اذا اجتمعت ظروف مشددة مع اعذار مخففة او ظروف تدعو الى استعمال الرأفة فى جريمة واحدة طبقت المحكمة الظروف المشددة فالاعذار المخففة ثم الظروف الداعية للرأفة، واذا تعادلت الظروف المشددة مع الاعذار المخففة والظروف الداعية للرأفة ، جاز للمحكمة اهدارها جميعا وتوقيع العقوبة المقررة اصلا للجريمة ، اما اذا تفاوتت هذه الظروف والاعذار المتعارضة فى أثرها جاز للمحكمة ان تغلب اقواها تحقيقا للعدالة » ٠

أما القانون السورى فقد جنح فى المادة ٢٥٨ منه الى القول :

« تسرى احكام الاسباب المشددة أو المخففة للعقوبة على الترتيب التالى:

الاسباب المشددة المادية ٠

---

(١) المادة ٦٩ من قانون العقوبات الايطالى والمادة ١٣٧ من القانون العراقى ، ولمتوسع يراجع بحث الظروف المشددة ـ للدكتور محمد محى الدين عوض وهو بحث مقدم للجمعية الدولية للقانون الجنائى بباريس سنة ١٩٦٤ ٠

الاعذار ٠

الاسباب المشددة الشخصية ٠

الاسباب المخففة ٠

ويعين القاضى فى الحكم مفعول كل من الاسباب المشددة او المخففة على العقوبة المقضى بها ٠

هذا وختاما لا يسعنا الا أن نقول هذه كلمـــة عجلى فى موضوع شائك ولعلنا لم نزد فى القول فيه الا شيئا يسيرا ٠٠٠ ومع ذلك فاننا لا ندعى فيما بحثناه الكمال ٠ والله من وراء القصد ٠

الطعن بالنقض في أحكام دوائر القضاء الإداري أمام المحكمة العليا في ليبيا

للدكتور / صبيح مسكوني

أستاذ مشارك في كلية الحقوق

جامعة بنغازي

تمهيـد :

الطعن بالنقض فى القانون الادارى الليبى ، دعـــوى يطلب فيها الى المحكمة العليا اثبات ان حكما صادرا من احدى دوائر القضاء الادارى قد جاء على خلاف القواعد القانونية ، وثم الغاء الحكم المطعون فيه ٠

وهذا الطعن هو من التجديدات التى جاء بها قانون القضاء الادارى رقم ٨٨ لسنة ١٩٧١م

فعندما انشأت المحكمة العليا بموجب القانون الصادر سنة ١٩٥٣م ، انيط بها اختصاصات مختلفـــة ، من ضمنها النظر فى القضايا الادارية التى كانت المحكمة العليا ، محكمة اول وآخر درجة ولم يكن ثمة سبيل للطعن فى كانت المحكمة العليا ، محكمة اول وآخر درجة ولم يكن ثمة سبيل للطعـــن فى احكامها الا بطريق التماس اعادة النظر طبقـــا للاحوال المنصوص عليها فى المادة ٣٢٨ من قانون المرافعات ٠

وقد ظل الوضع عـــلى هذه الحال حتى صدور قانون القضاء الادارى المذكور ، الذى وان ابقى عـــلى مبدأ وحدة جهة القضاء ، وعـــلى قاعدة الاختصاص المحدد للقضاء الادارى ، الا انـــه اناط النظر فى اقضية ادارية معينة بهيئات قضائية استحدثها ، وهى دوائر القضاء الادارى المنشئة فى محاكم الاستئناف المدنية (المادة الاولى) ٠ والتى اصبح ينعقد لهـــا ابتداءا ولاية الرقابة على اعمال الادارة المخالفة لمبدأ المشروعية ٠ وباعتبار هـــذه الدوائر هى صاحبة الولاية العامة بالنظر فى المنازعات الادارية ٠

وقد استحدث القانون المذكور ايضا ، ولاول مرة ، طريق الطعن بالنقض فى الاحكام الصادرة عن دوائر القضاء الادارى امام المحكمة العليا فى احوال معينة تنص عليها المادة التاسعة عشر منه ٠

مبررات استحداث الطعن بالنقض :

ان استحداث المشرع الليبى لطريق الطعن بالنقض ، يبرره فى نظرنا امران هامان على الاقل :

اولهما ، ان النظام القضائى فى ليبيـا لم يكن يسمح ـ كمبدأ عام ـ برقابة القضاء على اعمال الادارة الا من خـــلال هيئة قضائية واحدة هى المحكمة العليا ، فهى التى تنظر فى المنازعات المتعلقة بالاعمال المذكورة ابتداءا وانتهاءا ودون معقب على احكامها الا بطـــريق التماس اعادة النظر ، وهو طريق محدود وضيق ، ومن ثم ابعد ما يكـــون عن تحقيق العدالة ، خلافا لقانون القضاء الادارى ، الذى اخذ بمبدأ التدرج القضائى ، واوجد عدة هيئات قضائية وهى دوائر القضاء الادارى ، التى هى القاضى الاعتيادى الذى يجب ان ترفع الدعاوى ابتداءا اليها ، ويجوز الطعن بأحكامها امـــام المحكمة العليا ٠

وحيث ان الاحكام القضائية ، وهى عنوان الحقيقة والعدالة، بما يلتصق بها من قوة الشىء المحكوم به ، يجب ان تكون على اكبر قدر من الحق والعدل، كان لا بد ان ينفتح امام المتقاضين طريق او اكثر لتصحيح ما قد يشوبها من عيب جسيم يهدر ما يجب ان يكون لها من احترام وثقة ٠ ففى مثـــل هـــذا الوضع يجب ان يقرر المشرع وسيلة لمراجعة هذه الاحكام ٠ وهذا ما حققه بالفعل عندما اوجد الطعن بالنقض Le recours en cassation (م ١٩ من قانون القضاء الادارى)، بالاضافة الى ما كان قائما وابقى عليه وهو الطعن بطريق التماس اعـادة النظر Le recours en revision (م ٢٠ من القانون الآنف الذكـــر) ٠

ان هذا التوسع العمودى القائم على مبدأ تعدد درجات التقاضى اصبح اكثر ضامنا لحقوق المتقاضين لفتحـــه امامهم مراجعة الاحكام الاولية بطلب

الطعن بها امام هيئة قضائية عليا (١) ٠

ويكمن ثانى مبررات استحداث الطعن بالنقض ، فى ان السماح بوجود عدة هيئات قضائية ادارية ذات اختصاص مكانى ، قد يؤدى الى اختلاف فى تطبيق القانون ، الامر الذى يخالف مبـــدأ مساواة المتقاضين امام العدالة Principe de l'égalité devant la Justice. فاعمـــالا لهذا المبدأ ، ورغبـــة فى اصلاح اخطاء الاحكام الصادرة فى المنازعات الادارية ،وفى تنسيق مبادىء القانون الادارى وتأصيل احكامه تأصيلا يربط بين شتاتها ، ربطا محكما يمنع التناقض والتعارض بين احكام القضاء الادارى ويتجه به نحـــو الاتساق والاستقرار استحدث المشرع الطعن بالنقض الذى تباشره المحكمة العليا وجعل مهمتها التعقيب النهائى على جميع الاحكام الصادرة من دوائر القضاء الادارى فى الاحوال المنصوص عليها فى القانون (٢) ٠

طبيعة الطعن بالنقض :

يتشابه الطعن الادارى بالنقض الى حد كبير مع الطعن بالالغاء ، كما يقترب من الطعن بالنقض فى القـــانون المدنى ، ومن ثم كان لا بـــد لتعيين الخصائص الذاتية للطعن بالنقض فى القانون الادارى ، وتحديد نطاقه ورسم ابعاده ، من ابراز اوجه الاتصال والانفصال بينه وبين الطعن بالالغاء مـــن جهة ، وبينه وبين النقض المدنى من جهـــة اخرى ، مستعينين بذلك بالقانون المقـــارن ٠

---

(١) انظـــر فى هذا المعنى Waline, Droit Administratif, 9ed. 1963, P. 26 حيث يقول
Le Pouvoir en cassation est consideré comme la garantie Minimum du justiciable.

(٢) يراجع بنفس المعنى ، مبررات انشـــاء المحكمة الادارية العليـــا فى مصر ، الواردة فى المذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة المصرى رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ٠ وكذلك الفقرة الواردة فى حكم للمحكمة الادارية العليا فى مصر الطعن ١٥٩ سنة ١ قضائية ، جلسة ٥ نوفمبـــر ١٩٥٥ ٠

(١) فى فرنسا : يلاحظ بادىء ذى بـــدء ، ان الطعن بالنقض فى نطاق القانون الادارى الفرنسى يرتبط بالطعن بالاستئناف ، لانـــه مقرر بالنسبة للاحكام الادارية الصادرة عن الهيئات القضائية الادارية (٣) • علما بأن حق النقض ضد الاحكام الادارية مقرر بقوة القانون d'office مـا لم يستبعده المشرع صراحة (٤) ، ومع الملاحظة بأن الاحكام التى تصدرها المحاكم الادارية الاقليمية التابعة لمجلس الدولة الفرنسى Les Tribunaux Administratifs والتى انشأت بمقتضى قانون الاصلاح الادارى لسنة ١٩٥٣م لا تخضع لرقابة مجلس الدولة عن طريق النقض وانما عن طريق الاستئناف •

فالطعن بالنقض فى القانون الفرنسى بالالغاء يوجه الى حكـم قضائى un Recours En Annulation dirigé contre une decision juridictionnelle (٥)

لا الى قرار ادارى • وهـــذا التباين فى طبيعة العمل القانونى محـــل كل من الطعنين ابانه لأول مرة بوضوح الفقيه لافيرير Laférrière فى نهاية القرن التاسع عشر ، بعد ان اختلط الطعنان لاتحاد اساسهما التشريعى (٦)

---

(٣) ومن هذه الهيئات : محكمة الحسابات La Cour des Comptes المختصة باصـدار أحكام قضائية بصدد صحة حسابات المحاسـبين العموميين ، ومحكمـة تنفيذ الميزانيـة La Cour de discipline budgétaire التى تنظر فى المخالفات التى يرتكبها الموظفون العموميون عدد تنفيذ الميزانية واتباع الجـزاءات عليهم ، ومجالـس المراجعـة Conseils de revision التى هى هيئـات تجنيد تفصـل فى منازعـات الخدمـة العسكرية ؛ والمجلس الاعلى للتعليم العام .
Conseil Superieur de L'éducation national

المجالس الوطنية للنقابات المهنية العامة (الاطباء ، الصيادلة ، اطباء الاسنان ، المدققون القانونيون ، المهندسون ..) انظر
Vedel, Droit Administ ratif, 3ed., 1964, P. 364.

(٤) انظـــر De Laubadere, Traité Elémentaire de Droit Admistratif, Tome, 3ed. 1963, P. 343.

(٥) المرجـع انفـا ، ص ٤٩٥ .

(٦) Auby et Drago, Traité De Contentieux Administratlf, 1962, Tome 111, P. 280-281.

والهدف منهما وهو الغاء عمل قانونى مخالف المبـــدأ المشروعية ، وشروط قبولها الشكلية ، وتلك المتعلقة بالمدة ، وللتشابه القائم بين اوجـــه الالغاء ، واوجه النقض (٧) ٠

غير ان الذاتية الخاصة للطعن بالنقض ، التى اكدهـــا قضاء مجلس الدولة اصبحت اكثر بروزا بالنسبة للطعن بالالغاء ، خاصة بعد مرسوم ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ ، الذى بمقتضاه لم يعد مجلس الدولة المحكمة الادارية ذات الاختصاص العام de Droit Commun الذى ينظر فى المنازعات الادارية باعتباره محكمة اول وآخر درجة ، ويفصل فى طعون الالغاء المقدمة بشأنهـا بعقب ، وانما اصبح محكمة ادارية ذات اختصاص محدد Par détermination de la loi. لا ينظر الا فى طعـون الغاء معينة ، وبحيث لم يعـــد ممكنا الخلط بين طعون الالغاء التى ينظرها ، وطعون النقض التى ترفع اليه ٠

هذا ومن جهة اخرى ، فقد قضت المادة (١١) من المرسوم المذكور تقديم الطعن بالنقض امام مجلس الدولة عن طريق محام ٠

والخلاصة ، فقد تطور قضاء مجلس الدولة ، والتشريع المنظم للقضاء الادارى ، تطورا أدى الى توضيح الخصائص الذاتية لكل من الطعن بالالغاء والطعن بالنقض ٠ ومع ذلك ورغم هذا التطور ، فان اواصـــر بين الطعنين بقيت قائمة نظرا لان الاصل التاريخى للطعن الاخير يجـــد نشأته فى الطعن الاول ٠ بالاضافة الى ان مجلس الدولة تتسع اختصاصاته اتساعا تقارب الى حد بعيد السلطات التى يتمتع بها بالنسبة للطعن بالالغـــاء ازاء الاعمال

---

(٧) وهى عيب عدم الاختصاص ، وعيب الشكل ، ومخالفة القانون ، وعلى الوجـه الذى سنبينه بعد ذلك . وقد قبل مجلس الدولة الفرنسى فى حكمين له صدرا فى ١٩٤٢ و ١٩٤٤ عيب الانحراف بالسلطة كسبب للطعن بالنقض ثم عاد عن قضائه هذا فى احكامه الحديثه انظر ، اوبى ودراكو ، المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨ ٠ وانظـر أيضا ، الطماوى القضاء الادارى ، الطبعة الثالثة ١٩٦١ ، ص ٧٥٩ ـ ٧٦٠

الصادرة عن اللجان القضائية فى النقابات المهنية ، نظرا لاختصاصها باتخاذ قرارات تأديبية ذات طبيعة قضائية تستدعى من القاضى التحقق من الوجود المادى للوقائع وصحة تكييفها القانونى، ولان اعضاء هذه اللجان غير مؤهلين قضائيا ، ونظرا لعدم اتباع هذه اللجـــان اجراءات التقاضى كليا امامها ، والمعمول بها امام الهيئات القضائية مع ما توفـره من ضمانات للمتقاضين ، فان احتمال انحرافها بالسلطة قائم وهو الامر الذى حـدا بمجلس الدولة ان يقبل فى بعض احكامه ـ وكما اشرنا ـ الى الطعـن بالنقض استنادا الى عيب اساءة استعمال السلطة ، وهو عيب خاص أصـلا بالقرارات الادارية وليس بالاحكام القضائية ٠

(٢) فى ليبيا : لا تمارس المحكمـة العليا اختصاصها القضائى بالنقض الادارى ، الا بالنسبة للاحكام الصادرة عن دوائـر القضاء الادارى ٠ أى النظر فى الطعون بالنقض المرفوعة ضد احكام هيئات قضائية تابعة لها ٠ ومن هذه الناحية، يختلف الوضع فى ليبيا عما هو عليه فى فرنسا ومن ثم فان قدر لمجلس الدولة الفرنسى ان يقبل اساءة استعمـال السلطة كسبب من اسباب الطعن بالنقض الادارى فى احوال استثنائية تقوم على اساس عدم توفر الصفة القضائية كاملة فى بعض الهيئات الادارية القضائية ، فان هـذا السبب من اسباب الطعن غير وارد ، ولا يمكن قبوله للطعن بالنقض الادارى امام المحكمة العليا ، لتوافر الصفة القضائية كاملة فى دوائر القضاء الادارى ، تنظيمـا واختصاصات واجراءات ، وهو الامر الذى يستبعد انحراف القاضى الادارى بسلطته ٠

غير ان الطعن بالنقض فى القانون الادارى الليبى يشابه نظيره فى القانون الفرنسى فهو يبتعد كليا فى خصائصه الذاتية عن الطعون بالالغاء ، ولكنه لا يتطابق مع الطعن بالنقض المدنى ٠

فقد أبانت المحكمة العليا فى قرار لها صدر فى ٢١/ مارس ١٩٧٤ (٨) ،

---

(٨) طعن ادارى رقم ٢ \ ٢٠ق . مجلة المحكمة العليا ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ابريـل ١٩٧٤ ٠

تشابه الطعن بالنقض الادارى مع الطعن بالالغاء فى الطبيعة ، لان مردهمـا فى النهاية الى مبدأ المشروعيه ، وانكرت ـ فى نفس الحكم المشار اليه ـ تطابق مفهوم النقض الادارى مع مفهوم النقض المدنى ، الذى بمقتضاه تتحدد سلطة القاضى على اساس من التفرقة بين الوقائع والقانون، وبمناسبته تنزل محكمة النقض المعنية حكم القانون على الواقعة التى لا تحتاج الى تحميص أو تحقيق، فهى اذا ليست محكمة وقائع او موضوع ٠

وبعبارة أخرى ان وظيفـة القاضى عندمـا يطرح عليه نقض مدنى ، ينصب أساسا على بحث القـاعدة القانونية المختلف عليهـا ، وتفسيرها وتطبيقها ، وما اذا كانت هى القاعدة الواجب الاخذ بها فى النزاع المعروض ، من عدمه ، والبحث فيما اذا كان الحكم المطعون فيه قد اخفق فى فهمها لغرض تطبيقها على الواقـع المستخلص من الدعـوى او اصاب الفهـم السليم كما تراه ٠

اما التصوير الذى جاءت به المحكمة العليا للنقض الادارى ، فيبتعد عن الوصف المألوف السابق للطعن المدنى ٠ اذ من استقراء احكامها ، نراها سمحت لنفسها ان تبسط رقابتها لا على الحكم الصـادر عن دائرة القضاء الادارى لاظهار مدى مطابقته للقانون فحسب ، وانمـا مدت سلطتها ايضا لتفحص مدى مطابقة القرار الادارى للقانون وفيما اذا كان الحكم القضائى فى الصادر بمناسبته والمطعون فيه قد عكس مطابقة القرار الادارى للقانون ، او مخالفته اياه ، وهو الامر الذى يجرها الى الرقابة على صحة وجود الوقائع المادية التى استند عليها القرار الادارى ، أى بعبارة اخرى ان المحكمة العليا تفحص الاحكام القضائية المطعون فيها من الناحية الموضوعية ٠

وهذا الاتساع فى الرقابة القضائية للمحكمة العليـا ، بمناسبة الطعن بالنقض الادارى يبيح لها ازاء سلطة كاملة فى فحص موضوع النزاع بصورة شاملة ، الامر الذى يقربها من محكمة استئناف ، ويجعل منها ما لقاضى أول درجة من بحث الموضوع والمسائل القانونية معا والفصل فيها ٠

خطة البحث :

أما وقد حددنا، فى هذه المقدمة التمهيدية، بالنقض الادارى ومبرراته، وتعيين أساسه وتحديد طبيعته ، الامر الذى اظهر اهمية الموضوع، لخضوعه لاحكام اصيلة ومستقلة عن النقض المدنى ، فيتعين علينا ان نبرز بالتفصيل ذلك ..

وقد قسمنا هذا البحث الى ثلاثة فصول هى التالية :

الفصـــل الاول :

ويشمل دراسة الشروط الشكلية فى قبول الطعن بالنقض والتى هى :

١ ــ ان يكون محل الطعن الادارى بالنقض قرارا قضائيا ·

٢ ــ ان يكون رافع الطعن الادارى بالنقض صاحب الشأن او النيابة العامة ·

٣ ــ ان يرفع الطعن خلال المدة المقررة قانونا ، ووفقا للاجراءات المقررة ·

الفصل الثانى :

ويتناول دراسة احوال قبول الطعن الادارى بالنقض والتى هى :

١ ــ مخالفة القانون او الخطأ فى تطبيقه او تأويله ·

٢ ــ وقوع بطلان فى الحكم او بطلان فى الاجراءات اثر فى الحكم ·

٣ ــ صدور الحكم خلاف لحكم سابق حاز قوة الشىء المحكوم به ·

الفصل الثالث :

ويتعلق بتحديد الآثـــــار المترتبة على الطعن الادارى بالنقض وفقـــا للاحتمالات التالية :

١ ــ رفض الطعن شكلا ٠

٢ ــ قبول الطعن شكلا ورفضه من الناحية الموضوعية ٠

٢ ــ قبول الطعن شكلا ورفضه من الناحية الموضوعية ٠

فيـــه ٠

الفصل الأول

شروط قبول الطعن الادارى بالنقض

المبحث الأول

طبيعة العمل القانونى محل الطعن بالنقض

١ ـ فى فرنسا :

ان مشكلة تحديد ما هو الحكم القضائى النهائى الصادر عن جهة ذات اختصاص قضائى والذى يقبل الطعن الادارى بالنقض ثارت فى الفقه والقضاء فى فرنسا ·

فقد انقسم الفقه اولا ، بصـــدد تحديد طبيعة الحكم القضائى · فالمعيـــار العضوى الذى دعا اليه خاصة الفقيه كارى دى مالبرك Carré De Malberg (١) يرى فيه العمل الصادر عن الهيئات التى تنصرف نية المشرع الى اعتبارها قضائية · ويثبت هذا الوصف لهيئة متى مـــا توفر لاعضائها استقلال القضاة ، وروعيت ضمانات التقاضى فيها واصدرت حكمهـا طبقا لقواعد المرافعات (٢) ·

---

(1) De Malberg, Contribution à la théorie générale de L'Etat, Paris, 1920, Tome 11, P. 787.

(٢) راجع لوبادير ، المرجع السابق ؛ ص ١٧٦ · اوبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الاول ص ٢٢٥ · الدكتور صبيح مسكونى ، القضـاء الادارى فى الجمهورية العربيـة الليبية ، ١٩٧٤ ص ٢٥٩ وبعدهـا ·

أما المعيار المادى الذى دعا له العميد ديجى Duguit (٣) فيرى فى العمل القضائى عمل مركب يمكن تحليله بالنظر الى المراحل الثلاثة المتتابعة الذى يتكون منها • فهو يبدأ بادعاء Prétention يطرح امام القاضى الذى يستظهر منه العناصر والوقائع التى حدثت وانشأت عنهـــا نزاعا او خصومة • ثم يلى ذلك تحقيق Constation قضائى يكون محله الحكم على تلك الوقائع من حيث مدى علاقتها بالقاعدة القانونية • وتنتهى هـــذه المراحل عندما يصدر القاضى قرارا Décision استنادا الى النتائج التى استخلصها من التحقيق الذى قام به • وعليه فالعمـــل القضائى وفقا لهذا المعيار هو العمل الذى يجريه القاضى ليحل مركز قانونى متنازع عليـه وفقا لاحكام القانون وذلك بتطبيق القاعدة القـانونية على المسألة المعروضة امامه واصدار قرار بهذا الشأن له قوة « الشىء المقضى به » (٤) •

غير ان مجلس الدولة الفرنسى لم يتخذ أيا من هـــذين المعيارين على اطلاقه ، أساسا لتحديد الخصائص الذاتية للعمل القضائى • فقـــد اعتبر وجود نزاع واجب الفصل فيه une litige à tranch er هو العلامة البارزة الاساسية للعمل القضائى وبجانب هذه العلامة فقد رجع القضاء الى ارادة المشرع للتثبت من وجود العمل القضائى •فمن المعلوم ان انشاء الهيئات القضائية هو اختصاص يناط بالسلطة التشريعية ، وليس للادارة ان تنشئها ما لم يفوضها المشرع ذلك • ومن ثم فعلى هذا العنصر النفسى يمكن التعرف على وجود هيئة قضائية وذلك عن طريق البحث عن نية المشرع الصريحة او الضمنية فالهيئة تكون قضائية متى ما منحها المشرع هذه الصفة بنص صريح فى القانون • ويمكن التحقق كذلك من وجود هيئة قضائية بالتعرف على ارادة المشرع الضمنية والتى تستظهر طبيعتها هذه، عندما يتم تكوينها من قضاة،

---

(٣) Duguit, Traité De Droit Public, Tome 1, P. 416.

(٤) لوبادير ، المرجع الســابق ، الجزء الاول ، ص ١٨٢ .

وباتباع اطراف النزاع المعروض عليها ، قواعد الاجراءات المتبعة عند التقاضى ، وتمتع القرار الصادر عنها بالصفة النهائية ، واكتسابه قوة الشىء المقضى به (٥) ٠

والخلاصة ، فان القضاء الفرنسى تمسك بمجموعة من العلامات الفارقة Vaisseau d'indices التى تستمد معطياتها سواء من المعيار العضوى او من المعيار المادى،للتعرف علىطبيعة عملما هل هو قضائى أم لا٠

هذا ومن جهة اخرى، فلا بد من ان تكون الجهة القضائية التى اصدرت الحكم المطعون فيه ادارية لقيام النظام القضائى الفرنسى على اساس من ازدواج الجهتين لقضائيتين الادارى والعادى ٠ ولا صعوبة اذا تولى المشرع تحديد صفة جهة القضاء التى تنتمى اليه الهيئة القضائية ٠

أما اذا سكت عن ذلك فان الفقهاء انقسموا ايضا بين مشايع لمعيار عضوى يؤسس صفة الهيئة بفحص الاجراءات المرعية فيها، وتكوينها، ومؤيد لمعيار مادى ينظر الى طبيعة النزاع المطروح على الهيئة للفصل فيه ، وهل هو ادارى أم عادى (٦) ٠

فى ليبيا :

لا تثير طبيعة الحكم المطعون فيه بالنقض مشكلة كبرى فى القانون الليبى ٠ اذ ان المادة (١٩) من قانون القضاء الادارى ، صريحة وواضحة بهذا الخصوص وتنص فى مطلعها على انه « يجوز الطعن ـ امام المحكمة العليا فى الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف منعقدة بهيئة قضاء

---

(٥) ايبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، ص ٢٢٦ ٠ فيدل ، المرجع السابق ص ٣٢٥ ومؤلفنا القضاء ادارى ، ص ٢٦٠ ٠

(٦) ايبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص ٢ ـ ٦ ٠ ومؤلفنا فى القضاء الادارى ص ٢٦٢ ـ ٢٦٤ ٠

اداری ... » ومـــن ثم فقـــد حددت هـــذه المادة الحكـــم المطعون فيـ
بالنقض ، بحيث يجب ان يكون حكما قضائيا صادرا عن احـــدى الدوائر
المذكورة فطبيعة العمل المطعون فيه هو عـــلامة تميز الطعن بالنقض ، عن
الطعن بالالغاء الذى يوجه لا الى حكم قضائى وانما الى قرار ادارى (٧) ٠

وقد تسنى للمحكمة العليا فى حكمها الصادر فى ١٠ يناير ١٩٧٤ تعريف
الحكم القضائى بانه«القرار الذى يصدره القاضى مكتوبا فى خصومة مرفوعة
اليه ويفصل به فى النزاع كله او فى جزء فيه او يتعلق باختصاصه بنظـــر
النزاع » (٨) ٠

وحيث ان الاعمال الصادرة عن المحاكم يمكن ان تكون احكاما قضائية
بالمعنى الفنى الذى حددته المحكمة اعـــلاه ، وقرارات تستند على سلطتها
الولائية ، وعليه فان الاعمال الاولى وحدها ، الصـــادرة عن دوائر القضاء
الادارى يجوز فيها الطعن بالنقض امام المحكمة العليا ، دون الثانية ٠

ويندرج ضمن الاحكام القضائية الصادرة عن دوائر القضاء الادارى
اوامر وقف تنفيذ القرارات الادارية والتى اشارت اليها المادة (٧) من قانون
القضاء الادارى ٠ فقد ورد فى حكم للمحكمة العليا صدر فى ٢١ مارس ١٩٧٤

---

(٧) ويستند القضاء الليبى للتمييز بين القرارات الادارية والاحكام القضائية ، على معيار
عضوى ٠ فقد ذكرت المحكمة العليا فى حكم لها صدر فى ٢٢ مـارس ١٩٧٠ مـا يلـى :
جعل (الشرع) معيار التفرقة بين القرار الادارى والقرار القضائى هو الجهـة التى
اصدرت القرار فان كانت بحكم تشكيلها هيئةاداريةاعتبر القرار اداريدون النظر الىطبيعة
العمل الصـادر فيها هل هو عمل ادارى ام قضـائى (طعن ادارى رقـم ٧ \ ١٦ق ،
م٠م٠ع٠ ، يوليو ١٩٧٠) ٠ وانظر ايضا حكمها فى ٥ ابريل ١٩٥٤ (طعن ادارى رقـم
١ \ ١ ، قضاء المحكمة ، الجزء الاول) وحكمها فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ (طعـن ادارى
رقم ١ \ ١٩ق ٠م٠م٠ع ، العدد الثانى ، السنة العاشرة ، يناير ١٩٧٤) ٠

(٨) طعن ادارى رقم ٧ \ ١٨ق ، م٠م٠ع٠ ، السنة العاشرة ، العـــدد الثالث ، ابريـل
١٩٧٤م ٠ وانظر ايضا حكم المحكمة العليا فى ٦ فبراير ١٩٧٥ (طعن ادارى رقم ٧ \ ٢١ ،
م٠م٠ع٠ العدد الثالث ، السنة الحادية عشرة ، ابريل ١٩٧٥) ٠

ما يلى: « ان القضاء بوقف تنفيذ القرار الادارى لا يعدو ان يكون فصلا فى موضوع مستقل هو الشىء المستعجل من الخصومة المتعلقـــة بتنفيذ القرار المطعون فيه وبه تتأثر مراكز الخصومة من حيث تنفيذ القرار وينحسم النزاع فى هذا الشق بحكم له مقومات الاحكام ، وهو وان كان حكما مؤقتا الا انه حكم قطعى له مقومات الاحكام وخصائصها ويحوز قوة الشىء المحكوم فيه فى الخصوص الذى صدر فيه ، طالما لم تتغير الظـــروف وبهذه المثابة يجوز الطعن فيه امام المحكمـــة العليا استقلالا شأنـــه فى ذلك شأن اى حكـــم انتهائى » (٩) ٠

غير انه يخرج من الاحكام القضائية ، ومن ثم الاعمال القانونية التى لا تقبل الطعن بالنقض الادارى بها ، الاعمال الصـــادرة عن دوائر القضاء الادارى استنادا على وظيفتها الولائية ٠ وكذلك الاوامر الصادرة من دوائر القضاء الادارى بتقصير مواعيد ايداع الدفوع والرد عليها والمذكرات على الرد ، عملا بالمادة (١٤) من القانون والتى تنص على ما يلى: « يجوز لدائرة القضاء الادارى فى احوال الاستعجال ان تصدر امرا غير قابل للطعن بتقصير المواعيد المنصوص عليها فى المادة السابقة ويبلغ الامر الى ذوى الشأن خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ صدوره وذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم وصول ٠٠٠ »

كما لا يجوز ايضا الطعن فى الاحكام التى لا تنهى الخصومة كلها او بعضها استقـــلالا سواء كانت قطعيـــة ام متعلقـــة بالاثبـــات او بسير الاجراءات (١٠) ٠

---

(٩) طعن ادارى رقم ٢ \ ٢٠ق ٠ م٠م٠ع٠ ، السنة العاشرة العدد الثالث ابريل ١٩٧٤ وحكم المحكمة العليا فى ٩ مايو ١٩٧٤ ؛ طعن ادارى رقم ١٢ \ ٢٠ق ٠م٠م٠ع٠ ، السنة العاشرة العدد الرابع يوليو ١٩٧٤) ٠ وحكمها الصادر فى نفس التاريخ ؛ طعن ادارى رقم ١٠ \ ٢ق ٠ م٠م٠ع ، السنة الحادية عشرة ، العدد الاول ، اكتوبر ١٩٧٤ ؛ ٠

(١٠) حكم المحكمة الادارية العليا فى مصر فى ٢٥ نوفمبر ١٩٦٧ ، السنة ١٣ ، ص ١٢١ ٠

وعلى هذا الاساس قضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ ابريل ١٩٧٤ « ان دعوى اثبات الحالة انما يقصد بها تصوير معالم واقعة معينة تتغير مع الزمن اما بفعل الانسان او بفعل الطبيعة بحيث يخشى زوال معالمها عند المنازعة فى موضوعها فهى دعوى يرمى رافعها الى تهيئة الدليل وتصوير معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء عملا بالمادتين ١٧٧ و١٧٨ من قانون المرافعات فهى ليست مقصودة لذاتها وانما الهدف منها خدمة دعوى الموضوع فالمصلحة فيها محتملة وقد اجازها المشرع ومن قبله القضاء واستثناء فهى لا تعدو ان تكون اجراء من الاجراءات التحفظية لاثبات حالة معينة » (١١) .

وكذلك لا يجوز الطعن بالنقض فى الاحكام الصادرة عن دوائر القضاء الادارى متى ما اكتسبت قوة الشىء المحكوم به ، لتوجيه النقض بعد فوات ميعاده .

المبحث الثانى

شروط الطعن بالنسبة للطاعن بالنقض

يشترط لقبول دعوى الالغاء ، ان تتوافر فى الطاعن الاهلية القانونية التقاضى بالنسبة للافراد ، او الاختصاص بالنسبة للاشخاص الاعتبارية

---

(١١) طعن ادارى رقم ١ \ ٢٠ق م.م.ع. ، السنة العاشرة ، العدد الرابع ، يوليو ١٩٧٤ . وانظر ايضا حكم المحكمة العليا فى نوفمبر ١٩٦٤ (طعن ادارى رقم ١٨ \ ١١ ، م.م.ع. ، ابريل ١٩٦٥) . وحكمها فى مايو ١٩٧١ (طعن ادارى رقم ١١ \ ١٨ق م.م.ع ، اكتوبر ١٩٧١) وحكمها فى ١٤ يونية ١٩٧٠ (طعن ادارى رقم ١٧ \ ١٦ق ، م.م.ع ، اكتوبر ١٩٧٠) .

العامة ، وان يكون له مصلحة مباشرة وشخصية فى الغـــاء القرار الادارى النهائى المطعون فيه ٠

اما دائرة من لهم الطعن بالنقض الادارى فاضيق ، اذ يقتصـــر على اطراف الدعوى التى صدر بمناسبتها الحكم القضائى المطعون فيه ، او من كان ممثلا فيها (١٢) ٠

فقد اجازت المادة ١٩ من قانون القضاء الادارى رفع الطعن مـــن قبل اطراف الخصومة التى أدت الى الحكم النهائى المطعون فيهحيث نصت على انه: « يكون لذوى الشأن وللنيابة العامة الطعن فى تلك الاحكام ٠٠٠ » ٠

ويبدو من هذا النص اولا ، ان اصطلاح « ذوى الشأن » عام ، فهو ينصرف الى كل من له مصلحة مباشرة للطعن فى الحكم ٠ وينطبق خاصـة الوصف على اطراف الدعوى الادارية الاصلاء ســـواء كانوا من الافراد أو او الادارة (١٣) ٠

كما ينصرف ايضـــا وصف ذوى الشأن الى الخصـــم الذى يدخله المستشار المقرر فى الدعـــوى طبقا لنص المادة (١٦) والتى ورد فيهـــا بان المستشار المقرر ان ٠٠ يأمر بادخال خصم آخر فى الدعوى ٠٠ » ٠

وعليه فيجوز الطعن امام المحكمة من غير اطراف الدعوى من المتدخلين الذين يعتبرون الحكم القضائى المطعون فيـــه حجة عليهم ايضا استنادا الى نفس العبارة الآنفة الذكر ، ذات الصياغة العامة والمتروكة بدون تحديد ٠

---

(١٢) لوبادير ، المرجع السابق الجزء الاول ، ص ٤٩٦ ٠

(١٣) وفى نطاق الطعن بالالغاء قضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ : ان الخصومة فى الدعوى الادارية انما تتحد بين الجهة التى صدر عنها القرار الادارى او صدر لصالحها بوصفها مسئولة عنه ويخاصم القرار الادارى فى مواجهتها وبين ذوى الشأن ممن تكون لهم مصلحة حالة أو محتملة يمســها القرار الادارى (طعن ادارى رقـم ١ \ ١٩ق م٠م٠ع٠ ، العدد الثانى ، السنة العاشرة ، يناير ١٩٧٤) ٠

فلو صدر قرار ادارى مثلا بترقية موظف ، ثم تقدم غيره طالبا الغاءه لاحقيته هو بالترقية وقضت المحكمة بالغاء قرار الترقية ، جـاز للموظف الذى ألغى قرار ترقيته الطعن بالحكم القضائى بالنقض امام المحكمة العليا ٠

كما يجيز النص (ثانيـــا) للنيابة العامة حـــق ممارسة الطعن ٠ واختصاصها فى هذا المجال تقديرى ، فلها ان ترفعـــه متى ما رأت ان احد الاسباب الواردة فى المادة(١٩)قد تحققت فى الحكم القضائى الصادر من دائرة القضاء الادارى ٠

هذا ويلاحظ بأن النيابة العامة لا تعتبر طرفا فى المنازعة الادارية٠ولكن من حيث ان قانون القضاء الادارى قد ناط بها مهمة تحضير المنازعة الادارية، وتقديم مذكرة برأيها بها (م ١٥) ، ومن ثم معاونة القضاء فنيا فى تمحيص القضايا عن طريق الادلاء برأيها الذى فيه الحيدة لصالح القانون وحده، ومن ثم فنرى ان النيابة العامة متى ما حركت الطعن بالنقض ، فهى لا تستطيـع بعد ذلك التنازل عنه ٠

ويتفق الحكم الوارد فى المادة (١٩) مع ما استقر عليه قضـــاء مجلس الدولة الفرنسى من انه لا يجـوز ان يرفـع الطعن الا من اطراف الخصومة امام الجهة القضائية التى اصدرت الحكم النهائى المطعون فيه بالنقض (١٤)٠ اما من كان خـــارج الخصومة فلا يجوز له الطعن الا عن طـــريق معارضة الشخص الثالث Tirerce - opposition

غير ان هذا الحكم يخالف مثيله الوارد فى المادة (٢٧) من القانون (٤٧) لسنة ١٩٧٤م الخاص بمجلس الدولة المصرى ، والذى خص المحكمة الادارية العليا بالفصل فى الطعون بالنقض التى تقدم اليهـــا فى الاحكام الصادرة من

---

(١٤) فالين ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ ٠ ازبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٩ ٠

محكمة القضاء الادارى ، او من المحاكم التأديبية والتى تحال اليهـــا فقط من دائرة الطعون فيها بناء على طلب ذوى الشأن، او من رئيس هيئة مفوضى الدولـــة ٠

وقد جعل القانون دائرة الطعون صاحبة الكلمة الاخيرة فى جـــواز رفع الطعن وذلك لتضمن عدم اساءة استعمال هذا الطعن برفعه فى كل حالة ترفض فيها المحاكم الادارية طلبا لصاحب الشأن ٠ ولو ترك الامر للمتقاضين فلا ريب ان عددا ضخما من الاحكام سوف يرفع الى المحكمة الادارية العليا وسينشأ عن ذلك مشكلة تراكم الطعون وتأخير البت فيها دون مبرر سوى رغبة المتقاضى فى استنفاذ كل درجات التقاضى ٠

المبحث الثالث

الشروط المتعلقة بالشكل والمواعيد

يشترط اخيرا لقبول الطعن بالنقض من الناحية الشكلية ، تقديمه خلال المدة التى نص عليها القانون ، وان يتم ذلك وفقا للاجراءات القانونية ٠

وطبقا لما ورد فى المادة (١٩) من قانون القضاء الادارى : « يكون ٠٠٠ الطعن فى الاحكام خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم » ٠٠٠ « وتطبق فى شأن الطعن الاجراءات المقـــررة للطعن بالنقض المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية » ٠

وفيما يلى اهم الاحكام المتعلقة بالمدة ، وبالاجراءات :

١ ـ شرط المدة :

يشترط لقبول الطعن بالنقض ، قيام الطاعن برفعه خلال فترة معينـــة

وهى فترة ستين يوما من تاريـــخ صدور الحكم • فالميعاد المذكور هـــو من النظام العام لتعلقه بالاحكام القضائية ، وما يتعلق بها من المصالح العامة • ومن ثم فان الدفع المتعلق بهـا يمكن تقديمه فى اية مرحلة من مراحل الدعوى قبل الفصل فيها نهائيا ، سواء اثير هذا الدفع من اطراف الخصومة ، او من قبل المحكمة العليا نفسها • كما انه ليس لهؤلاء الاتفاق على اطالة الميعاد المذكور او تقصيره • فالمهلة المذكورة هى مـــدة سقوط وميعاد حتمى يجب رفع الطعن خلاله والا يكون غير مقبول • فاذا انقضى اجل هذه المهلة ، امتنع على ذوى الشأن ، او النيابة العامـــة رفع الطعن بالنقض ، والا تعرض لرفض المحكمة العليا قبول الدعوى شكلا لانقضاء المدة المقررة قانونا •

ويلاحظ بان ميعاد الطعن بالنقض يطابق ميعاد الطعن بالالغاء • وقد حدد المشرع المصرى هذه المدة بستين يوما ايضا ، الا ان المشرع الفرنسى لم يحدد هذه المدة بالايام وانما بالاشهر ، اذا اوجب رفع دعوى الالغاء خـلال مدة شهرين (١٥) •

غير ان بدء سريان ميعاد الطعن بالنقض يختلف عن بدء مدة رفع الطعن بالالغاء فبينما يجب تقديم الاول خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم ، فان ميعاد رفع الطعن الآخر امام دائرة القضاء الادارى يبدا من تاريخ نشر القرار المطعون فيه ، او ابلاغ صاحب الشأن به (المـــادة الثامنة من قانون القضاء الادارى) • او العلم اليقينى به (١٦) •

علما بان القانون الادارى الفرنسى يقرر بدء هذه المدة من تاريخ اعلانه

---

(١٥) اوبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٩٢ •

(١٦) حكم المحكمة العليا فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ (طعن ادارى ، رقم ٣ سنة ٢ق ،ق.م.ع. الجزء الاول) • وكذلك حكمها فى ٢١ مارس ١٩٦٤ (طعن ادارى رقم ١٩ \ س٦ق م.م.ع. ، يناير ١٩٦٥ • وحكمها فى ١٢ ابريل ١٩٧٠ (طعن ادارى رقم ١٥\٤ق م.م.ع. ، يوليو ١٩٧٠) •

او ابلاغه (١٧) حتى يكون امام اطراف الخصومة متسع من الوقت لدراسة الحكم وتهيئة الطعن به ٠

ولم يتناول المشرع فى قانون القضاء الادارى كيفية حساب المهلة التى يجب خلالها او قبل حلولها رفع الطعن بالنقض ومن ثم يتعين علينا الرجوع الى القواعد العامة المقررة فى قانون المرافعات المدنية فيما لم يرد فيه نص والى المبادىء العامة التى قررتها المحكمة العليا ٠

فالمادة (١٦) من القانون الآنف الذكر تنص على انه: « اذا عين القانون للحضور او لحصول اجراء ميعاد مقدر بالايام ٠٠٠ فلا يحتسب منه يوم التكليف بالحضور او التنبيه او حدوث الامر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد وينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الاخير منه اذا كان طرفا يجب ان يحصل فيه الاجراء ٠٠٠ »٠

وعليه ، فلا تحتسب من الميعاد يوم صدور الحكم الجائز الطعن فيه بالنقض وينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الاخير ٠

والمعول عليه لتحديد رفع الطعن بالنقض هو تقديم عريضته الى قلم المحكمة العليا فى غضون الستين يوما المذكورة (١٨) ٠

اثر الطعن بالنقض على تنفيذ الحكم :

كانت الفقرة الاخيرة من المادة (١٩) من قانون القضاء الادارى « لا يجيز تنفيذ الحكم قبل فوات ميعاد الطعن فيه، ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الحكم » ٠ غير ان هذا النص يتعارض مع القواعد المقبولة على وجه العموم فى مسائل الطعن بطريق النقض ، باعتباره طعن غير عادى ، ومن ثم فان

---

(١٧) اوبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٩٢ ٠
(١٨) قارن مع الطعن بدعوى الالغاء . طعن ادارى رقم ١ \ ٣ ؛ م٠م٠ع٠ ابريل ١٩٧٠) ٠

قابلية الحكم للطعن فيه بطريق النقض او رفع النقض فعلا لا يمنع تنفيذ الحكم والا اتخذ هذا الطعن وسيلة للتسويف والمماطلة (١٩) ٠

غير ان المشرع تدخل واستبدل الفقرة الاخيرة الآنفـــة الذكر من المادة المذكورة بالنص التالى : « ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم الا اذا امرت المحكمة بغير ذلك » (٢٠) وبذلك اصبح وضع الحكم الادارى المطعون فيه بالنقض يشابه من جهة ، وضع القرار الادارى المطعون فيه بالالغاء ووضع الحكم المدنى المطعون فيه بالنقض (المادة ٣٥٤ مرافعات) ، اذ يتعين ابتداءا تنفيذها ٠ ومـــع ذلك يجوز للمحكمـــة ان تأمر وقف التنفيذ المؤقت اذا طلب الطاعن ذلك فى عريضة الطعن ، وكان يخشى من التنفيذ وقـــوع ضرر جسيم يتعذر تداركه ٠

كما اصبح التعديل المذكور متفقا ايضا مع واقع الحال فى فرنسا، والتى تأخذ بقاعدة انعدام الاثـــر الموقف للطعن ، الا اذا طلب وقف تنفيذه الموقت وتوافرت شروط ذلك (٢١) ٠

٢ ـ اجراء الطعن :

تسرى على اجراءات الطعن الادارى بالنقض القواعد المعمول بها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية طبقا لما ورد فى المادة(١٩)من قانون القضاء الادارى ٠

ومع ذلك فيمكننا القول بعد استقراء ما ذهبت اليه المحكمة العليا بصدد اجراءات الطعن المذكور ، ان القواعد الاجرائية المعمول بهـــا فى القانون

---

(١٩) مصطفى كامل كيرة ؛ قانون المرافعات الليبى بيروت ١٩٦٦ منشـــورات الجامعـــة الليبية ص ٨٣١ .

(٢٠) القانون رقم ٥٣ لسنة ٧٣ بتعديل احكام القانون رقم ٨٨ لسنة ٧١ .

(٢١) فالين المرجع السـابق ، ص ٢٦٢ .

الخاص لا تنطبق كلية على الطعن الادارى بالنقض ، لتعلقه بعلاقات القانون الادارى التى يجب ان تحكمها قواعد مخصوصة غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص ، وذلك فى كل ما يتعلق بقبول الاسباب والطلبات الجديدة لاطراف الخصومة او النيابة العامة ٠

وفى هـذا المعنى تقول المحكمة العليـا فى حكمها الصادر فى ٢١ مارس ١٩٧٤م ما يلى : « ان الطعن امام المحكمـة العليا فى حكم صادر عن دائرة القضاء الادارى يفتح الباب امامها لتزن الحكـم المطعون فيه بميزان القانون غير مقيدة باسباب الطعن ودفاع الخصوم ٠ اذ الرد الى مبدأ المشروعية نزولا على سيادة القانون فى روابط القانون العام الذى يحكم سير المرافق العـامة ويضمن استقرار سيرها بانتظام واطراد مصلحـة المجموع ٠ كما ان للمحكمة ان تسمح بتقديم اسباب جديدة واوجه دفاع جديدة غير تلك التى ابديت امام محكمة القضاء الادارى او فى عريضة الطعن ما دامت ترى فى ذلك وجه المصلحة العامة بانزال حكم القانون وعلى الوجه الصحيح » (٢٢) ٠

وقد حددت المواد ٣٤٢ ـ ٣٥٤ اجراءات الطعن بالنقض (٢٣) ٠

ويحصل الطعن وفقـا للمادة (٣٤٢) تقـرير يكتب فى قلم كتاب محكمة النقض ويوقعه المحامى المقبول امامها الموكل عن الطـاعن ٠ ويشمل التقرير علاوة على البيانات العامـة المتعلقة باسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم ، على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وبيان الاسباب التى بنى عليهـا الطعن وطلبـات الطاعن ، فاذا لم يحصـل الطعن على هـذا الوجه كان باطلا وحكمت المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه ٠ وقد اردفت نفس المادة بقولها : «ولا يجوز بعد ذلك التمسك بسبب من اسباب الطعن غير التى ذكرت فى التقرير ومع ذلك فالاسباب المبنية على النظام العـام يمكن التمسك بها فى اى وقت ٠ والمحكمة ان تأخذ بها من تلقاء نفسها ٠

---

(٢٢) طعن ادارى رقم ٢ \ ٢٠ق ، م٠م٠ع٠ السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٤ ٠
(٢٣) ونحيل الى مؤلفات قانون المرافعات الليبى شرحها المفصـل ٠

وخلافا لما ورد فى هذه المادة من انه لا يجـــوز بعد رفع الطعن المدنى بالنقض التمسك بسبب من اسباب الطعن غـير التى ذكرت فى التقرير ، رأينا بان قضاء المحكمة العليا يبيح ذلك بالنسبة بالطعن الادارى بالنقض باعتباره امتدادا لخصومة عامة يتاح بمناسبتها لاطرافها من الطعون ما كان لهم امام محكمة القضاء الادارى ، وذلك من اجل تحقيق مبدأ المشروعية (٢٤) ٠

كما يجب على الطاعن قبل التقرير ان يودع خزانة محكمة النقـض على سبيل الكفالة عشرة دنانير (م ٣٤٣) ٠

---

(٢٤) وفى القانون الفرنسى لا يجوز بعد رفع الطعن التمسك بسبب من اسباب الطعن غير تلك التى ذكرت فى التقرير الا اذا تعلقت بالنظـام العام ؛ والتى كـان واجبـا على قاضى الموضوع اثارتها من تلقاء نفســه ، او تعلقت بعيـوب شـابت حكم قاضى الموضـــوع (فالين ، المرجع السابق ، ٢٦٢ ٠ لوبادير ، المرجع السابق ؛ الجزء الاول ،ص ٤٩٧).

الفصل الثانى

أحوال الطعن الادارى بالنقض

تنص المـــادة (١٩) من قانون القضاء الادارى ، عـــلى احوال الطعن بألنقض امام المحكمة العليا والتى هى :

١ ــ « اذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون او خطأ فى تطبيقه او تأويله ٠

٢ ــ اذا وقع بطلان فى الحكم او بطلان فى الاجراءات اثر فى الحكم ٠

٣ ــ اذا اصدر الحكم خلافا لحكم سابق حاز قوة الشىء المحكوم فيـه سواء دفع بهذا او لم يدفع » ٠

ويلاحظ على الاسباب الآتية انها ذات الاسباب التى تجيز الطعن الادارى بالنقض، والتى تنص عليها المادة (٢٣) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م ٠ كما انها تتقارب مع احوال الطعن المدنى بالنقض التى تنص عليها المادة (٣٣٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية (١) ٠

وسنفرد لكل حالة من هذه الاحوال مبحثا مستقلا :

---

(١) ويجوز الطعن الادارى بالنقض فى القانون الفرنسى فى احـوال ثلاثة هى : حالة عـــدم الاختصـاص L'incompétence وحالة وجود عيب فى الشكل La Violation des formes. وحالة مخالفة القانون La Violation de la loi. (انظر اوبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٩٦ وبعدها) . وهذه الحالات تقابل تلك المنصـوص عليها فى القانون الليبى . اذ ان حالة عدم الاختصاص تدخل ضمن الحالة الاولى من المادة (١٩) . اما حالة عيب الشكل فتقابل الحالة الثانية الواردة فى المادة المذكـورة

المبحث الأول

مخالفة القانون او الخطأ فى تطبيقه او تأويله

١ ـ تحديد معنى القانون ، وصور انتهاكه :

يراد بهذه الحالة مخالفة الحكم القضائى المطعون به بالنقض، للقانو
ويقصد هنا بلفظ القانون معناه الواسع ، اى جميع القواعد القانونية الن
فى الدولة ، سواء كانت مكتوبة او غير مكتوبة ، ذات الاصـــل التشريعى
العرفى، وسواء اتخذت شكل قواعد دستورية، او عادية ، او لائحية ، وسو
كانت ادارية او غير ادارية ٠

غير ان معنى « القانون » فى هذه الحالة يجب ان يضيق لكى لا يشت
« القانون القضائى »، الذى افرد به وجها مستقلا للطعن اشارت اليه الح
الثالثة من المادة (١٩) من قانون القضـــاء الادارى ، والتى تعلقت بمخا
المبادىء العامة فى القانون وذلك بانتهاك حجية الشىء المحكوم به ٠

وتتحقق مخالفة القانون بانتهاك الحكـم المطعون فيه للقاعدة القانو
التى بنى عليهـا الحكم ، وذلك بطرحها ، فى الوقت الذى كان لازما تطبيقه
كليا او جزئيا ٠

اما الخطأ فى تفسير القانون ، فصورته ان تنزل محكمة الموضوع الـ
حكم القانون بشكل مبدئى فى الحكم المطعون فيه ، الا انهـا تخالف معنى

وتبقى الحالة الثالثة من المادة (١٩) التى هى فى حقيقتها تتعلق « بالقانون القضائى »
ومن ثم فهى تندرج تحت الحالة الاولى ايضا من المادة (١٩) ، لان المراد بالقانون بمعناه
العام ليس « القانون التشريعى » فحسب وانما ايضا القانون « القضائى » .

بتفسيرها الخاطىء لـــه ، وهو ما يسمى الخطأ فى القانون Erreur de Droit

اما الخطأ فى تأويل القانون ، فيتحقق باصدار قاضى الموضوع الحكم المطعون فيه بدون ان يتحرى وجود الواقعة التى تملى اصداره ، الامر الذى يترتب عليه انتفاء الاساس القانونى للحكم défaut de base légle ، وهو ما يسمى الخطأ فى الواقع (٢) ٠

٢ ـ دور القاضى بالنسبة للدعوى :

أن سلطة المحكمة العليا ازاء الحكم الصادر عن دائرة القضاء الادارى المطعون فيه بالنقض ، تختلف عن سلطتها باعتبارها محكمة نقض مدنى ٠

ولابراز الخصائص المميزة لسلطة المحكمة لا بد لنا من عرض المراحل التى يمر فيها النظر فى الدعوى ، وحتى الفصل فيها ، والتى هى المراحـــل الثلاثة المتعاقبة التالية (٣) ٠

(١) مرحلة فحص مادية الوقائع La constatation de la matérialité du fait وتتجسد بالتحقق من وجود وتقرير الصحيح من الوقائع واستبعاد ما يثبت عدم صحته منها ٠

(٢) مرحلة التكييف القانونى La qualification juridique لهـــذه الوقائع بعد فرض ثبوت قيامها المادى، اى هى مرحلة اضفاء الوصف القانونى الواجب اعطائه للواقعية ٠فمثلا هل تعتبر الوقائع بفرض ثبوتها جريمة عادية او جريمة سياسية ، اذا قام موظف بارتكاب فعـــل يؤثمه قانون العقوبات

---

(٢) اوبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٣٠٢ ٠ ومؤلفنـا فى القضـاء الادارى المشار اليه ، ص ٤٠٦ وبعدها ٠ وانظر حكم المحكمة العليـا فى ٢٨ نوفمبـر ١٩٧٤ (طعن ادارى رقم ١ \ ٢١ق ، م٠م٠ع ٠ العدد الثانى السنة الحادية عشرة ، يناير ١٩٧٥) ٠

(٣) مصطفى ابو زيد فهمى ، فى طريق الطعن فى احكام مجلس الدولة ، مجلس الحقوق ، السنة السادسة للعدد الثالث والرابع ، ١٩٥٦ ، جامعة الاسكندرية ، ص ١٠٦ ٠

ويترتب عليه ، اذا وصف بانه سياسى ، حرمانه من راتبه التقاعدى ؟

٣ ـ مرحلة تطبيق القاعدة القانونية عـــلى الواقعة المادية بعد ثبوتها وتكييفها القانونى ٠

وهو الامر الذى يؤدى الى انزال حكم القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بعد تأويلها و تفسيرها ، وينتهى بصدور الحكم القضائى ٠

وأول ما يلاحظ على سلطة محكمة النقض ـ فى فرنسا ، او المحكمـة العليا فى ليبيا ـ بالنسبة للاحكام المدنية ، ان رقابتها لا تتحرك على الوقائع ٠ ذلك ان قاضى الموضوع يباشر عملا قانونيا يخضع لرقابة محكمة النقض ، وآخر موضوعا لا يخضع لها ٠ فعمله فى المرحلـــة الاولى ، والذى ينصرف الى الجانب الواقعى او الموضوعى المتمثل بالتحقق من الوجود المادى للوقائع المدعاة La Vérificationde l'éxistance materiélle des faits alleguées لا تعقيب عليه من قبل محكمـــة النقض اما عمله فى المرحـلة الثانية الخاص بتكييف الواقعة المادية ، وعمله فى المرحلة الثالثة بتحديد القاعدة القانونية الواجب انزال حكمها، فيعتبران قانونيان،ويخضع قاضى الموضوع بصددهما لرقابة محكمة النقض (٤) ٠

غير ان الاتجاه الحديث الذى سار عليه مجلس الدولة الفرنسى كمحكمة نقض يختلف عن سلطة محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالرقابة علـى الوقائع٠ اذ له ان يتثبت من اوراق الدعوى اذا كان الحكم قد بنى على وقائع خاطئة ماديا ، وهو نفس الدور الذى يلعبه قاضى الالغاء بالنسبة للقرارات الادارية ٠ ولا يكتفى المجلس عند حد نقض الحكم لانعـــدام الوجود المادى للوقائع بل ذهب الى نقضه ايضا اذا وجد ان الحكم استند الى وقائع محرفة dénaturation des faits بأن يوردها بشكل يجانب الحقيقة (٥) ٠

---

(٤) فالين ، المرجع الســابق ، ص ٢٦٣ ٠

(٥) اوبى ودراكو ، المرجع الســابق ص ٣٠٩ ـ ٣١٠ ٠

كما لمجلس الدولة ايضا ان يراقب عمل القاضى عند اضفاءه الوصف القانونى للوقائع التى يثبت ماديا قيامها ، وقـــد ينتهى الى عكس ما وصل اليه قاضى الموضوع بشأن التكييف ، فينقض الحكم المطعون فيه. واخيرا ، فمجلس الدولة يراقب تطبيق قاضى الموضوع عندما ينزل حكم القانون، اى عندما يصل الى المرحلة الثالثة وهى اصدار الحكم النهائى . فبعد ان يتحقق من ثبوت الوقائع المادية ، ويتم له تكييفها القانونى، يقوم بالبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

غير ان مجلس الدولة ، لا يمارس ، كقاعدة عامة ، رقابته باعتباره قاضى نقض على تقدير الوقائع L'appréciation des faits والتقدير عملية فنية تدخل فى سلطة قاضى الموضوع وحده ، وبمناسبتها يعمل العقل والمنطق ليراقب عنصر الملائمة فى القرار . ولكن قد تختلط فكرة التقدير بالتكييف (٦). خاصة فى مجال العقوبات التأديبية . اذ قد لا يحـــدد المشرع عـــلى سبيل الحصر ، الافعال التى تعتبر مخالفة ادارية ، وانما يعتبر من هذا القبيل كل فعل شأنه ان يكون اخلالا بواجبات الوظيفة او يمس شرفها ، ومن ثـم يكون الفعل المنسوب للموظف على نحو معين مما يدخله القاضى فى المباحثات، او فى مجال الافعال المؤثمة اداريا تبعا للظروف والملابسات التى تحيط بالواقعة.

ومن قبيل التقدير مثلا فى احكام مجلس الدولة الفرنسى ، تحديد اللياقة الصحية لمكلف بالخدمـــة العسكرية ، وتقدير القيمة العلاجيةلمستحضر طبى خطر تم اعطائه من طبيب (٧) .

---

(٦) لوبادير ، المرجع السابق ، الجزء اول ، ص ٤٩٨ . وانظر عادل سيد فهيم القـوة التنفيذية للقرار الادارى ، القاهرة ، ص ١٧٤ .

(٧) Ch. Debbasch, Procédure administrative contentieuse et procedure eivil, Paris, 1962. P. 301.

وانظر ايضا اوبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٤٢٩ .

٣ ـ سلطة المحكمة العليا :

نلاحظ على قضاء المحكمة العليا ، تطابق سلطة المحكمـــة عند الطعن الادارى بالنقض فى الاحكام القضائية مع سلطة دوائر القضاء الادارى عند رفع الطعن بالغاء القرارات الادارية ٠

فكما ان الدوائر المذكورة بسطت رقابتها على صحة قيام الواقعـــة او الحالة المادية او القانونية التى يقوم عليهـــا القرار الادارى (٨) ، وعلى تكييفها (٩) ، ووجوب التزام الادارة باجراء حكم القاعدة القانونية عنـــد اصدار القرارات الادارية متى ما نهضت وقائـــع معينة ذات تكييف معين ، فكذلك فعلت المحكمة العليا باعتبارها محكمـــة نقض ادارى ، ودون الاخذ بالتفرقة القائمة فى النقض المدنى بين مسائل « الواقع » ومسائل « القانون »٠

والمسلك الذى سارت فيه المحكمة العليا ، سبقتها اليه المحكمة العليا فى مصر (١٠) ومجلس الدولة الفرنسى كما رأينا ٠ وقد ابانت المحكمة العليا بأنه لا مجال فى الاقضية الادارية التفرقة التى يجـــرى عليها القضاء المدنى بين الواقع والقانون ٠ لان الواقع فى أية منازعة ادارية يخالطه القانون ولا يمكن الفصل بينهما ، ومن ثم فان اى خطأ فى الواقع او تصويره انمـــا يؤدى الى

---

(٨) انظر مؤلفنا فى القضاء الادارى الانف الذكر ، ص ٥٧ ـ ٦٩ ٠ وراجع احكام المحكمة العليا باعتبارها محكمة قضاء ادارى ، فى ٢١ مارس ١٩٥٦ (طعن ادارى رقم ١ سنة ٢ ، ق٠م٠ع٠ ، الجزء الاول) ، و ٩ مايو ١٩٦٤ (طعن ادارى رقم ٩\١٤ ، م٠م٠ع٠ ابريل ١٩٦٦) ، و ٣ يناير ١٩٧١ (طعن ادارى رقم ١٦\٢٦ق ، م٠م٠ع٠، يناير ١٩٧١) ، و ١٠ يناير ٧٤ (طعن ادارى رقم ١٩\٧ق ، م٠م٠ع٠ السنة ٣ عدد ٣ ابريل ١٩٧٤) ، وفى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ ، (طعن ادارى رقم ١٩\٢ق ، م٠م٠ع٠ ، العدد الثانى ، السنة العاشرة ، يناير ١٩٧٤) ٠

(٩) حكم المحكمة العليا فى ٢٨ مارس ١٩٧٠ (طعن ادارى رقم ٣\١٠ق ، م٠م٠ع٠ يوليو ١٩٧٠) وفى ٣١ مايو ١٩٧٠ (طعن ادارى رقم ١٦\٢ ، يوليو ١٩٧٠ م ٠

(١٠) الطماوى : الوجيز فى القضاء الادارى ، ص ٨٧٢ وبعدها وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٥ نوفمبر ١٩٥٥ ، س ١ ص ٤١ ، ٦٤ ٠

خطأ فى تطبيق احكام القانون ومخالفته٠كما انه ليس لمحكمة القضاء الادارى سلطة قطعية فى فهم الواقع او الموضوع تقصر عنها سلطة المحكمة العليا ، ولا قياس فى هذا الشأن على نظام النقض المدنى ٠ واستطردت المحكمة بقولها : « ليس لدائرة القضاء الادارى فى رقابتها للقرارات الادارية سلطة قطعيـــة تقصر عنها سلطة المحكمة العليا والقياس على هذا الشأن على نظام النقض المدنى هو قياس مع الفارق ذلك ان رقابة القضـــاء الادارى على القرارات الادارية هى رقابة قانونية تسلطها عليها للتعرف مدى مشروعيتها من حيث مطابقتها او عدم مطابقتها للقانون٠ وهذا بدوره هو الموضوع الذى ستتناوله المحكمة العليا عند رقابتها القانونية لاحكـــام القضاء الادارى ٠ فالنشاطان وان اختلفا فى المرتبة الا انهما متماثلان فى الطبيعة لان مردهما فى النهاية الى مبدأ المشروعية (١١) ٠

فسلطة المحكمة العليا ـ كما يفهم من المحكم السابق ، وكما جرت عليه فى احكامها ، تنبسط على المراحل الثلاثة لفحص الدعوى والوصول الى الحكم النهائى وفيما يلى بيان ذلك :

(١) فبالنسبة للوقائع تولت المحكمة العليا فحص ماديتها للتأكـــد من وجودها او صحها ٠ من ذلك ما ورد فى حكم لها صدر فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ حيث قالت : « ان القرار التأديبى كأى قرار ادارى يجب ان يقوم على سبب يسوغ تدخل الادارة لاحداث أثر قانونى فى حق الموظف هو توقيع الجزاء ، ولا يكون ثمة سبب للقرار الا اذا قامت حالة واقعية او قانونية تسوغ هـذا التدخل ٠٠٠ (و) للقضاء الادارى فى حدود رقابته القانونية ان يراقب صحة قيام الوقائع وصحة تكييفها القانونى ٠ وهذه الرقابة تجد حدهـــا الطبيعى كرقابة قانونية فى التحقيق مما اذا كانت النتيجـــة التى انتهى اليها القرار

---

(١١) حكم المحكمة العليا فى ٢١ مارس ١٩٧٢ م (طعن ادارى رقم ٢\٢٠ق ، م٠م٠ع٠، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٤ ؛ ٠

التأديبى ف هذا الخصوص مستفادة من اصول موجودة او اتبعتها الس
التأديبية وليس وجود، وما اذا كانت مستخلصة استخلاصا سائغا من
تنتجها ماديا او قانونيا ، فاذا كانت مستخلصة من اصول لا تنتجها او
تكييف الوقائع على فرض وجودهـــا ماديا لا ينتج النتيجة التى يتطل
القانون • كان القرار فاقدا لركن من اركانه وهو ركن السبب ووقع م
للقانون • ان رقابة الوجود المادى للواقعة ونسبتهـا للمتهم تستلزم م
كافة الادلة المثبتة للواقعة والتحقيق من انها لا تصلح لاقتناع القاضى
فى هذه المرحلة ان تجرد اقوال الشهود مما يشوبها مـــن شوائب واض
كالكذب الظاهر والتلفيق المفضوح ، وذلـــك حتى تتثبت من صحة
الواقعة واستخلاصها استخلاصا سائغا من الاوراق ••• » (١٢) •

وقد تيقنت المحكمة العليا فى هذا الحكم ، من ان المحكمة التى اص
الحكم المطعون فيه بالنقض امامهـــا قد تحققت من قيام الواقعـــة
قام عليها القرار الادارى المطعون فيه بالالغاء ، ومـــن ثم فقد رفضت
الحكم المطعون فيه • أى انها سلطت رقابتها على القرار الادارى المطعون
ثم على الحكم الصادر فى الموضوع لتستبين مدى مخالفة القرار لقواعد القا
ومدى احساس الحكم القضائى المطعون فيه بهذه المخالفة وحسن تطبيق
لهذه القواعد (١٣) •

---

(١٢) طعن ادارى رقم ٢\١٩ق، م.م.ع.، العدد الثانى السنة العاشرة ، يناير ١٩٧٤
(١٣) وفى حكم اخر للمحكمة العليا صدر فى ١٠ يناير ١٩٧٤ ، تولت المحكمة الرقابة
الوقائع التى استند عليها الحكم القضائى المطعون فيه ، وقررت ابطاله . وتتح
عناصر المنازعة ان الجهة الادارية (مكتب حماية الملكية الصناعية والتجارية) رفض
لشركة تسجيل علامة تجارية بمقولة انها سبق وان سجلت لصالح آخـــر . وقد
الشركة امام دائرة القضاء الادارى فى القرار الادارى بالالغاء ، الا انها هذه قضت ب
موضوع الطعن على اساس التشابه بين العلامتين . وقد قررت المحكمة العليا بع
قارنت العناصر المكونه للعلامة التجارية المسجلة والعلامة التجارية المرفوض تسجيل
اى بعد ان فحصت صحة الوقائع التى قام عليها القرار والحكم الادارين ، نقض ا

(٢) بالنسبة للتكييف القانونى للوقائع : تولت المحكمة العليا الرقابة ايضا على صحة التكييف القانونى للوقائع فى الحكم المطعون فيه • من ذلك الحكم الصادر فى٢١ فبراير ١٩٧٤م الذى انتهت فيه الى نقض الحكم المطعون فيه•وخلاصة القضية التى تتعلق بعقد مقاولة،ان المقاول بعد ان شرع بتنفيذ العقد اوقف عن العمل بقرار ادارى بسبب قيام الثورة • وعلى أثر ذلك طالب بالتعويض عن الاضرار التى لحقت به • وبعد عرض النزاع على هيئة التحكيم والطعن فى حكمها من قبل المقاول امام دائرة القضـــاء الادارى والتى قضت بدورها برفض الدعوى ، طعن بالنقض فى الحكم الصادر عنها امام المحكمـة العليا ، بمقولة ان قرار التحكيم الذىأيدته دائرة القضاء الادارى وقع تناقض فيه حيث استند الى نظرية الظروف الطارئة باعتبارها صاحبت الثورة والتى كانت هى السبب المباشر للضرر الذى اصاب الطاعن وتعويضه جزئيـــا عن بعض الخسائر ، وفى نفس الوقت ورد فى حكم هيئـــة التحكيم وحكم دائرة القضاء الادارى ان ايقاف الاعمـــال وقع تحت طائلة عمـل من اعمال فعل الامير •

وقد جاء فى حيثيات الحكم ما يلى : « وحيث ان الحكم المطعون فيه قـد استبعد نظرية فعل الامير عن التطبيق وقال ما نصه : وحيث انه يبين انه من ذلك ان الحكم (حكم المحكمين المطلوب ابطاله) قد تأسس على ما تتميز بـــه العقود الادارية من خصائص وعلى ان من حق جهـــة الادارة تعديل العقد الادارى والغائه وايقافه وانهائه وان ثورة الفاتح من سبتمبر وما صاحبها تعد فى صدد العقد ظرفا طارئا وانه الى جانب حقوق الادارة التى تتخذهـــا باعتبارها سلطة عامة قوامة على المرافق العامة فان القانون المدنى تخول لرب

المطعون به ، لان ما استخلصته المحكمة التى اصـدرته ، من فروض غير سائغ ومقبـــول ولا يؤدى عقلا ومنطقا الى النتيجة التى اســست قضـاءها عليها » (طعـن ادارى رقـم ١٩٦٤ق ، م٠م٠ع٠، السنة العاشرة ، ابريل ١٩٧٣) •

العمل المتحلل من العقد ووقف تنفيذه ، وهيئة التحكيم لم تجـــانب القانون فيما ذهبت اليه من تفسير ولم تجـــاف المبادىء العامة التى تحكـــم العقد الادارى ٠

وحيث يتضح مما تقدم انحكم المحكمين قد طبق نظرية الظروف الطارئة على واقع الدعوى دون نظرية فعل الامير وهذا خطأ فى تطبيق القـــانون وان الحكم المطعون فيه قد وقع فى نفس الخطأ حيث استبعد نظريـــة فعل الامير فيكون ما ينعاه الطاعن على الحكم فى هذا الوجه من الطعن فى محله ويتعين معه نقض الحكم ٠٠٠ » (١٤) ٠

(٣) ويلاحظ أخيرا على قضاء المحكمة العليا ، انها بسطت رقابة الالغاء على اجراء دائرة القضاء الادارى حكم القاعدة القانونية على وقائع معينة ذات وصف معين سواء تعلق الامر بالاختصاص المقيـــد للادارة أم باختصاصها التقديرى٠ والرقابة على ممارسة الاختصاص الاخير تعنى رقابة قضاء المحكمة العليا على احكام دوائر القضاء الادارى المتعلقة بملائمة القرارات الادارى٠ وهو مسلك حديث لها ٠ اذ تسنى للمحكمة العليا اتخاذ موقف فى هذا الشأن يخالف ما استقرت عليه سابقا من ترك الادارة ممارســـة سلطتها التقديرية بصدد تحديد جسامة العقوبة (١٥) ٠

ففى حكمها الصادر فى ١٣ فبراير ١٩٧٥ ، قررت المحكمة العليا نقض الحكم المطعون فيه المؤيد لقرار ادارى صادر عن جامعة طرابلس جاء مغاليا فى ايقاع عقوبة تأديبية على طالبة٠ فقد ورد فى الحكم الاول ما يلى: «انه وان كانت سلطة تقدير الجزاء المناسب له تدخل فىالسلطة التقديرية للجهة المصدرة

---

(١٤) طعن ادارى رقم ١٩/٣ ق ، م٠م٠ع٠ ، أبريل ١٩٧٤ ٠

(١٥) مؤلفنا فى القضاء الادارى انفا ، ص ٦٣ و ١٩٩ ٠ وانظر حكم المحكم العليا فى ٢ مايو ١٩٦٤ (طعن ادارى رقم ١١\٧ ، م٠م٠ع٠، يناير ١٩٦٥ وطعن ادارى رقم ١\١١ق ؛ م٠م٠ع٠، يناير ١٩٦٥ وحكمها فى ١٤ يونيو ١٩٧٠ (طعـن ادارى رقـم ٢٣\١٦ق ، م٠م٠ع٠، اكتوبر ١٩٧٠) ٠

للقرار الا ان هذه السلطة تخضع فيها لرقابـــة القضاء الادارى من حيث مشروعيتها وعدم المشروعية شأنها فى ذلك شأن أية سلطـة تقديرية اخرى . ومن اسباب عدم مشروعية هذه السلطة « الغلو » فى استعمالها فهى من هذه الناحية تشبه الى حد كبير اساءة استعمال الحق فى نطاق القانون المدنى ، فاذا هى غالت فى تقدير العقاب وقررت عقوبة قاسية لذنب صغير خرجت بفعلهـا هذا عن نطاق المشروعية الى عدم المشروعية وكان هذا الانحراف عيبا يشوب قرارها (١٦) .

خلاصة ما تقدم ، ان المحكمة العليا بسطت رقابتهـا بمناسبة الطعون الادارية بالنقض التى رفعت اليها ، على الناحية الموضوعية (المادية) وعلى الناحية القانونية للاحكام المطعون بها . وهذه الرقابة اوسع من تلـــك التى تفرضها على الاحكام المدنية المطعون بها بالنقض . ومسلكها فى هـــذا الشأن يماثل ما استقر عليه القضاء الادارى المقارن الفرنسى (١٧) والمصرى (١٨) .

المبحث الثانى

بطلان الحكم وبطلان الاجراءات

الحالة الثانية التى تنص عليها المادة (١٩) من قانون القضاء الادارى تقضى بجواز الطعن بالنقض « اذا وقع بطلان فى الحكم او بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم » .

ويراد بهذه الحالة مخالفة المحكمة المطعون بحكمهـا ، كليا او جزئيا ،

---

(١٦) طعن ادارى رقم ٢١\٢ق ، م.م.ع. السنة الحادية عشرة ؛ العدد الثالث ؛ ابريل ١٩٧٥.

(١٧) ديباش ، المرجع السابق ، ص ٤٢٦ وبعدهـا .

(١٨) مصطفى ابو زيد فهمى ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

القواعد الاجرائية او الشكلية السابقة عليه ، أو التى اصابته ذاتـــه والـ
اوجبت القواعد القانونية اتباعها (١٩) ٠

وقد نظم قانون القضاء الادارى ، بعض قواعد اجراءات التقاضى
الدعوى الادارية عند نظرها امام القضاء الادارى ، واحال أمر تنظيم مس
اجرائية أخرى الى قانون المرافعات المدنية والتجارية ٠

غير ان قواعد اجراءات التقاضى الادارية تتميز على العموم باصالـ
واستقلالها عن القواعد الاجرائية الاخرى المدنية والتجارية، والجنائية (٢٠

ويترتب على هذا الاستقلال ، ان القاضى ليس ملزما عند انعدامهـ
بالرجوع الى غيرها ما لم ينص القانون على ذلك، ومن ثم فله ان يثبت بنفس
قواعد اجرائية ادارية تحت رقابة المحكمة العليا ٠

وهو فى سبيل ذلك يستطيع ابتكار مثل هذه القواعد مستأنسا بقواعـ
ادارية اجرائية قائمة فى القانون المقارن، كما يستطيع اقتباس القواعد المعمو
بها فى القانون المرافعات المدنية والتجارية كما هى ، او بعد تكييفها وملاءمت

---

(١٩) ويقابل هذه الحالة فى القانون الفرنسى ، حالة مخالفة قواعد الشكل والاجراءات
فقد سنحت الفرصة لمجلس الدولة وهو يقضى كقاضى نقض ، ان يفرض وحتى بـدو
نص ، على الهيئـات المرتبطـة به عن طـريق النقض قواعـــد عامـة فى المرافعـــ
règles générales de Procédure ضرورية لحسن سير العدالة . ومن ثم فقاعـ
pas de nulité sans texte لابطلان بغير نص المعمول بها فى قانون المرافعات
الادارية ، هى قواعد اساسية ، وتجب مراعاتها مالم تستبعد بنص تشريعى ومالم يك
حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية D'Alillières, C. E. 7 février, 1947.
تطبيقها من قبل الهيئات القضائية الادارية يتعارض مع تنظيم هذه الهيئات (انظـــ
اوبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٩٩) .

(٢٠) وفى هذا المعنى تقول المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونيه ١٩٦٠ : « ان المسـ
به فى الطعن الادارى ان قواعد التقاضى امام المحاكم الادارية مستقلة عن قواعد المرافعا
المدنية وليست استثناء منها » (طعن ادارى رقم ٣\٣ق ٠ م٠م٠ع٠، الجزء الاول)

مع واقع العلاقات الادارية لكى تتمشى مع طبيعة الحياة الادارية ومستلزمات تنظيم المرافق العامة وتشغيلها ٠

وان كانت جميع قواعد الاجراءات الادارية اساسية ، فليس معنى هذا انها تتعلق جميعها بالنظـــام العام ، او انهـــا من الاجراءات الجوهريـــة formalités substantielles التى يكون من شأنهـــا التأثير على موضوع الحكم او الانتقاص من الضمانات المقررة لصالح الافراد ، ويترتب على عدم صحتها او اهمالها بطلان الحكم القضائى المطعون فيه ٠

ومن ثم فيتعين علينا عرض قواعد الاجراءات التى ينتج عن مخالفتها تعريض الحكم القضـــائى للبطلان ، وذلك بدراستها فى ضـــوء النصوص القانونية ، واحكام القضاء الادارى فى ليبيا ٠

١ ـ اجراءات النظر فى دعوى الالغاء :

تنص المادة التاسعة من قانون القضاء الادارى على ما يلى : « يقـــدم الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة موقع عليها من محـــام من المعتدين بجدول المحامين المقبولين امامها » ٠

كما يجب ان تتضمن صحيفة الطعن عدا البيانات المتعلقة باسم الطالب ومن يوجه اليهم الطلب وصفاتهم ومحل اقامتهم ، موضوع الطلب وبيانـــا بالمستندات المؤيدة له وان ترفع بالصحيفة صورة من القرار المطعون فيـــه ملخص واف له ٠

وللطالب ان يقدم مع الصحيفة مذكرة يوضح فيها اسانيد الطلب وعليه ان يودع قلم كتاب المحكمة ـ عدا الاصول ـ عددا من صور الصحيفة والمذكرة وحافظة المستندات كافيا للمستشارين والخصوم » (م ١٠ من قانون القضاء الادارى)٠

وتتعلق هاتان المادتان بافتتاح الخصومة ، وببيانات صحيفة الدعوى،

وتوجيه الخصومة ، فما هى الاجراءات التى ان خالفتها دائرة القضـــ
الادارى ، تعرض حكمها للنقض من قبل المحكمة العليا ؟

(١) بالنسبة لافتتاح الخصومـــة : « تعتبر الدعوى مرفوعة بتقديـ
صحيفتها الى قلم التسجيل موقعا عليها من محام مقيد اسمه بجدول المحا
المترافعين امام المحكمة » فدعوى الالغاء كما تقول المحكمة مستطردة« لا تر
بتكليف بالحضور وانما ترفع بمجرد ايداع العريضة » (٢١) ٠

ويترتب على رفـــع الدعوى اثار قانونية هو ان المحكمـــة اذا ث
اختصاصها فيقع عليها واجب الفصل فى الطعن والا كان الامتناع عن ذلك
مكونا لجريمة انكار العدالة ٠

كما ان المعول عليه فى احتساب ميعاد الطعن هو تاريخ ايداع صحي
الدعوى، قلم كتاب المحكمة ، فاذا ما قبلت المحكمة مثلا الطعن بعـــد انقض
ستين يوما على ذلك كان حكمها عرضة للنقض امام المحكمـــة العليا ، لتعا
المواعيد بالنظام العام ٠

ودعوى الالغاء يشترط رفعها من محام يوقـــع على صحيفة الدعوى
وهذا ما تتميز به الدعوى الادارية من هذه الناحيـــة فى ليبيا ، وفى جمهور
مصر العربية عما هو عليه الحال فى فرنسا حيث لا يشترط توقيع الدعوى م
محام ٠

غير ان ما نلاحظه على قضاء المحكمة العليا مرونتها بهذا الخصوص
فقد قبلت استثناءا التوقيع اللاحق للمحامى على عريضة الطعن دون ان تأخ
بالدفع ببطلان صحيفة الدعوى لعدم توقيعها من محام مقيد فى جدول المحامي
عند تقديمها اذا تعذر ذلك (٢٢) ٠

---

(٢١) حكم المحكمة العليا فى ٨ مارس ١٩٧٠ (طعن ادارى رقم ١\٣ق ؛ م٠م٠ع٠، ابري
١٩٧٠ م) ٠

(٢٢) حكم المحكمة العليا فى ٥ ابريل ١٩٥٤ (طعن رقم ١ سنة ١ ق ، ق٠م٠ع٠ الجزء الاول

كما ان قضاء المحكمة العليا لم يشترط من جهة اخرى قيام الوكالة المقارنة بتقديم الطعن (٢٣) اعمالا للقاعدة الفقهية « الوكالة اللاحقة كالوكالة السابقة » ٠

واخيرا فان المحكمة العليا لم تتزمت بشكل معين للوكالة لتقرير صحتها (٢٤) ٠

ويمكن ان نفسر مرونة المحكمة العليا بشأن الاحوال المتقدمة والمتعلقة بالقواعد الاجرائية التى انشأتها ، هو ان دعوى الالغاء تتميز بالبساطة ، ويراد بها ايضا حماية النظام العام اكثر من الصالح الخاص ، مما يتعين عدم ارهاق الطاعن باجراءات تثقل كاهله (٢٥) ومن ثم فان مخالفتها لا تؤدى الى اعلان المحكمة العليا بطلانها ٠

(٢) بيانات صحيفة الدعوى : يجب ان تتضمن صحيفة الدعوى جميع البيانات المتعلقة بالدعوى وان ترفق بها جميع المستندات والمذكرات المنصوص عليها فى المادة العاشرة الانفة الذكر ٠

وان كان بيان الاسم الحقيقى للطاعن فى صحيفة الدعوى أمرا جوهريا، فان اغفال اللقب او المهنة او الخطأ فيها ليس من شأنه ان يؤدى بالبطلان ما دام لا يؤدى ذلك الى تجهيل الجهة الادارية المطعون بقرارها ٠

اما بالنسبة لتحديد الجهة الادارية التى يوجه اليها الطلب ومحل اقامتها ، فان هذا التحديد له اهمية أسوة بالطاعن ٠ اذ يجب ان لا يثار الشك حول الجهة المطعون بقرارها ٠

---

(٢٣) حكم المحكمة العليا فى ١٨ ابريل ١٩٥٦ (طعن رقم ٢\سنة ٢ ق٠م٠ع٠، الجزء الاول وحكمها فى ٨ مارس ١٩٧٠ (طعن ادارى رقم ١\٣ق، م٠م٠ع٠، ابريل ١٩٧٠) ٠

(٢٤) طعن ادارى رقم ٣٢\١٦ق ، م٠م٠ع٠ ، ابريل ١٩٧١ ٠

(٢٥) مؤلفنا فى القضاء الادارى ، ص ٤٣٢ ٠

ويترتب على نقص مثل هذه البيانات وجوب الحكم بالبطلان بعريضة الدعوى لان من شأن هذا النقص التجهيل باطراف الخصومة · فاذا لم تراعى دائرة القضاء الادارى ذلك تعرض حكمها الى الطعن بالنقض ·

وبهذا حكمت المحكمة العليا فى ٨ مارس ١٩٧٠ عندما قالت : « اذا كان الخطأ او النقص فى بيانات صحيفة الدعوى من شأنه ان يجهل بالمحكمة او بالمدعى عليه او بالمدعى به بطلت صحيفة الدعوى فان وقع الخطأ او النقص فيما عدا ذلك من بيانات كان الحكم بالبطلان جوازيا للمحكمة وبحسب تقديرها · ومتى كانت صحيفة الدعوى قدمت الى المحكمة العليا وقيدت بسجل دائرة القضاء الادارى بها وذكر فيها اسم المدعى وصفتهما والقرار الادارى المطعون فيه وتاريخ نشره وموضوعه وأوجه الطعن عليه ووقعت الصحيفة من محام مقبول للمرافعة امام هذه المحكمة ··· ومن ثم فلا تجهيل ولا بطلان » (٢٦) ·

اما بصدد ارفاق المستندات المؤيدة للطلب ، فقد قضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ ابريل ١٩٥٦ بعدم بطلان صحيفة الدعوى اذا لم ترفق بالقرار المطعون فيه ، ومن ثم فان مخالفة هذا الاجراء لا يعتبر سببا للطعن بالنقض بالحكم القضائى امام المحكمة العليا · فقد ذكرت المحكمة : « ان كانت المادة ٢٢ من لائحة المحكمة اوجبت ان تقترن صحيفة الدعوى بصورة من القرار المطعون فيه الا انها لم ترتب البطلان على اغفال هذا الاجراء ذلك لان العلة فى النص عليه هى ان تكون الدعوى واضحة المعالم مزودة بالبيانات حتى لا تشوبها الجهالة فاذا اشتملت صحيفة الدعوى على موضوع الطلب وكافة البيانات التى يتطلبها القانون عدا اقترانها بصورة او ملخص عن القرار موضوع الطعن فان القانون لا يرتب بطلان العريضة فى مثل هذه

---

(٢٦) طعن ادارى رقم ١/٣ ، م.م.ع. ، ابريل ١٩٧٠ ·

الحالة ... (٢٧)

وقد اجاز القانون ايضا للطاعن ، ان يقدم مع صحيفة الدعوى مذكرة يوضح فيها اسانيد الطلب ، ولا يترتب على اغفال المذكرة هذه ، بطلان الدعوى ، لان تقديمها جوازى وليس وجوبيا (٢٨) .

(٣) توجيه الخصومة : تنعقد الخصومة فى الدعوى الادارية ، بايداع عريضتها كما رأينا ويبقى اعلان العريضة الذى تتولاه المحكمة . ويجب أن « تعلن الصحيفة ومرفقاتها الى الجهة الادارية المختصة والى ذوى الشأن فى ميعاد لا يجاوز عشرين يوما من تاريخ تقديمها (المادة ١١ من قانون القضاء الادارى) (٢٩) .

والغاية من الاعلان هو اطلب من اطراف الدعوى تقديم المذكرات والمستندات فى المواعيد المقررة بطريق ايداعها فى قلم كتاب المحكمة تحضيرا للدعوى .

ويلاحظ بأن بطلان الاعلان لا يترتب عليه بطلان اقامة الدعوى ذاتها ، وانما يكون منصبا على الاعلان وحده ولا ينتج اثره الا قبل ذوى الشأن ، ومن اليوم الذى يتم فيه اعلانه اعلانا صحيحا بعد ذلك .

كما يلاحظ ان المحكمة العليا قضت - باعتبارها محكمة نقض - بان الاعلان الباطل يزول بطلانه بمجرد تحققه فعلا متى ما رتب صاحب الشأن الاثر المقصود منه ، اذ يكون ما تم من جانبه فى هذه الحالة مزيلا لعيب البطلان . ففى حكمها الصادر فى ٢١ مارس ١٩٧٤ قالت ما يلى :

---

(٢٧) طعن ادارى رقم ٢\٢ق ٠م٠ع٠ الجزء الاول . وحكم المحكمة العليا فى ٢١ يناير ١٩٥٨ طعن ادارى رقم ٣/٤ ، ق ٠م٠ع٠ الجزء الثانى .

(٢٨) حكم المحكمة العليا فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٦ (طعن ادارى رقم ٣ سنة ٢ ، ق٠م٠ع٠ الجزء الاول) .

(٢٩) وانظر طعن ادارى رقم ١٦\٢٢ ، م٠م٠ع٠ ، ابريل ١٩٧١ .

« لما كانت المادة ١٢ مرافعات توجب على المحضر اذا لم يجد الشخ
المطلوب اعلانه فى موطنه ان يسلم الورقة الى وكيله او خادمه او لمن يكون سا
معه من اقاربه واصهاره وكان على المحضر ان يبين فى اصل ورقة الاعـ
وصورتها جميع الخطوات التى اتخذهـا لاجراء الاعلان حسب الترتيـ
المنصوص عليه قانونا، ولما كان تسليم الورقة المطلوب اعلانها لغير المعلن ا
لا يكون الا فى حالة عدم وجود الشخص المطلوب اعلانه ولم يثبت المحضر
لم يجد الشخص المطلوب اعلانه وكان من شأن اغفال هذا البيان الجوهر
ان يبطل الاعلان عملا بالمادة ٢٠ مرافعات ، الا ان هذا البطلان يزول بحضو
المطعون ضده عملا بالمادة ٩٠ من قانون المرافعات ولمـا كان الحضور
فضايا النقض يتحقق بتقديم مذكرة بالرد على اوجه الطعن . وكـان المطعو
ضده قد رد على هذا الاعلان الباطل للطعن واسبابه بمذكرة اودعها قلم كتا
المحكمة العليا فى الميعاد القانونى ، المنصوص عليه فى المادة ٢٤٦ مرافعات فا
هذا الرد يعتبر بمثابة حضور يتحقق به الغرض المقصود من الاعلان الباط
ويزول البطلان » (٣٠) .

ومن المبادىء المسلم بها ان القرار الادارى لا يخاصم الا فى مواجهـ
الجهة الادارية التى اصدرت القرار او تلك التى صدر القرار لصالحها ذلـ
لان الخصومة فى الدعوى الادارية انما تتحد بين الجهة التى صدر عنها القرا
الادارى او صدر لصالحها بوصفها مسئولة عنه ويخاصم القرار فى مواجهته
وبين ذوى الشأن ممن تكون لهم مصلحة حالـة او محتملة يمسها القرار
الادارى المطعون فيه (٣١) .

ومن ثم فاذا قبلت دائرة القضاء الادارى توجيـه الخصومة فى دعوى

---

(٣٠) طعن ادارى رقم ٢٠١٢ق ، م.م.ع. ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ؛ ابريل ١٩٧٤ .
(٣١) حكم المحكمة العليا فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ (طعن ادارى رقم ١٩١١ق) م.م.ع ، العدد الثانى السنة العاشرة يناير ١٩٧٤ م .

الالغاء الى غير الجهة الادارية مصدرة القرار او من يمثلها ، او الى غير ذوى الشأن تعرض حكمهـــا للنقض من قبل المحكمة العليا (٣٢) ٠

٢ ـ اجراءات الفصل فى دعوى الالغاء :

(١) تشكيل المحكمة والمداولة : تنص المادة الاولى من قانون القضاء الادارى على تشكيل دوائر القضاء الادارى من ثلاثة مستشارين ٠ ومن ثم فنظر المحكمة لمنازعة بعدد اقل من المستشارين او اكثر يترتب عليه بطـــلان الحكم الصادر عنها ٠ ويعتبر هذا البطـــلان من النظام العام دفع به ام لم يدفع ٠

كما انه اذا قام باحد اعضاء المحكمة من المستشارين سبب من اسباب الرد ، فان اشتراكه فى الدعوى يعتبر مخالفة ويؤدى الى بطلان الاجراءات بالتالى ويبطل الحكم ٠

كما اوجبت المادة المذكورة حضور جلسات الدائرة ، احد اعضـــاء النيابة العامة ومخالفة هذا الالزام ينعكس على الحكم ويؤدى ايضا الى بطلان الاجراءات ٠

ويعتبر من المبادىء القانونية العامة التى يتعين على جميع المحاكـــم مراعاتها ودون حاجة الى وجود نص يقضى بذلك ، حماية حقوق الدفاع (٣٣)٠

وحيث ان اجراءات الدعوى الادارية هى كتابية اصلا ، ومن ثم فـاذا

---

(٣٢) راجع احكام المحكمة العليا فى ٢ \ يناير ١٩٦٥ (طعن ادارى رقم ٩\١٢ ، م٠م٠ع٠ ابريل ١٩٦٥) ، وفى ٣ مايو ١٩٦٥ (طعن ادارى رقم \ ١٥ق ، م٠م٠ع٠ ، يوليو١٩٦٩) وفى ١٤ يونيه ١٩٧٠ (ادارى رقم ١٧\٦ ، م٠م٠ع٠، اكتوبر) ، وفى ١٨ ابريل ١٩٥٦ (طعن ادارى رقم ٢\٢ق ، ق٠ م٠ع٠، الجـزء الاول) ، وفى ٢٠ ديســمبر ١٩٧٠ (طعن ادارى رقم ٢٧\١٦ق، م٠م٠ع٠، يناير ١٩٧١ وطعن ادارى رقم ١\١٧ق، م٠م٠ع٠ يناير ١٩٧٠) ٠

(٣٣) طعن دستورى رقم ١\١٤ق ، م٠م٠ع٠، اكتوبر ١٩٧٠ ٠

رفضت المحكمة الاتاحة لاطراف الخصومة تقديم المذكرات او المستندات
المبيانات ، او الاطلاع عليها ، او ممارسة حق الدفع والرد ، تكون قد اخ
بمبدأ احترام حق الدفاع ، وجاز الطعن فى حكمها امام المحكمة العليا بالنقض
لبطلان فى الاجراءات ٠

(٢) اصدار الحكم : ويجب ان يتخذ الحكم شكلاً معينا ، وان يكو
مسببا ، ومحققا للوحدة المنطقية بين اجزاءه ٠

فكل حكم قضائى يجب ان يكون (اولا) مكتوبا (٣٤) وان يبين، بالاضا
الى الطلبات والادلة والحجج القانونية ، والمراحل التى مرت بها الدعوى
ورأى النيابة ، اسماء المستشارين الذين اصدروه وتوقيعاتهم ، واسم
الخصوم ووكلائهم وتاريخ الحكم ٠

كما يجب (ثانيا) ، وضمانا لحسن سير العدالة ، ان تذكر اسباب
الحكم فيه لكى يتاح لمحكمة النقض مراقبة الادلة الواقعية والحجج القانونية
التى استند اليها اطراف الخصومة ٠

ويلزم ان تكون الاسباب صحيحة ، أى واقعية ومتطابقة مع اوراق
الدعوى، وواضحة وكافية، والا يكون ثمة قصور فى التسبيب والاجاء جزئيا
ومن ثم فعدم تسبيب الحكم القضائى او عدم صحة التسبيب الوارد فيه يجعل
منه باطلا ويجوز الطعن به امام المحكمة العليا ٠ وهذا ما استقر عليه ايض
قضاء مجلس الدولة الفرنسى (٣٥) ، والمصرى (٣٦) ٠

وبالفعل نقضت المحكمة العليا فى١٤ مارس١٩٧٤ حكما قضائيا لقصور
فى تسبيبه ، قصور اعجزها عن مراقبة تطبيق القانون تطبيقا سليما ٠ وقد

---

(٣٤) طعن ادارى رقم ٨\٧اق ، م٠م٠ع٠ ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٤ ٠
(٣٥) ديباش ، المرجع السابق ، ص ٤٣٠ .
(٣٦) مصطفى ابو زيد فهمى ، المرجع السابق ، ص ٩٩ ٠

جاء فى الحكم المذكور ما يلى : « اذا كانت المحكمة قـــد قضت للمطعون ضده باحقيته فى صرف مرتبه دون ان تفرق فى قضائها بين مدة الايقاف التى انتهت بصدور حكم ببراءته وبين الفترة التى اعقبت هذا الحكـــم وهى المدة التى كان على المطعون ضده ان يقدم نفسه فيها للعمل ولم توضح فى حيثيات حكمها السند الذى استندت اليه فى احقيته لمرتبة فى الفترة التى لم يباشر فيها العمل بعد الحكم ببراءته وهل كان راجعا الى فعله او الى الادارة ذلك لان الاصل أن المرتب مقابل العمل فان حكمها يكون قاصر التسبيب » (٣٧) .

وحكمها فى ٢٣ مايو ١٩٧٤ الذى الغت بمقتضاه الحكم المطعون فيـــه استنادا الى قصور فى تسبيب المحكمة لحكمهـا المطعون فيه والذى بمقتضاه رفضت طلب وقف تنفيذ قراره .

وقد اوضح حكم المحكمة العليا بان دائـــرة القضاء الادارى قصرت عندما تولت فحص احد ركنى الحكم بوقف تنفيذ القـــرار وهو الركن الذى قضت بتخلفه ، وعدم فحصها الركن الآخر ، وهو ما اذا كـان ادعاء الطالب فى وقف التنفيذ قائما بحسب الظاهر على اسباب جديـــة (٣٨) .

---

(٣٧) طعن ادارى رقم ٣\٢٠ق ، م.م.ع. ، السنة العاشرة ، العدد الرابع ، يوليـو ١٩٧٤ وانظر ايضا حكمى المحكمة العليا فى ١١ ابريل ١٩٧٤ طعن ادارى رقمى ٨\٢٠و١٩\٢٠ق ، السنة العاشرة ، العدد الرابع يوليـو ١٩٧٤ . وتتفق هذه الاحكام مع ما ذهب اليه القضاء الليبى . والمقارن (مؤلفنا فى القضاء الادارى ص ٤١٠) من استقرار قضاء الالغاء على رقابة صحة الوقائع من الناحية المادية اذا ذكرت فى القرار الادارى ، سواء كان هناك الزام قانونى بذلك وفى هذه الحالة يجب التحقق من قيام البواعث القانونيـة L'absence des motifs Légaux لاصدار القـرار الادارى ، او اذا انتفى الالزام القانونى بتسبيب القرار الادارى ، ومع ذلك تولت الادارة ذكر الاسباب المحركة لاصداره . ففى هذه الحالة يتولى القضاء التحرى عن صحة الاسباب التى تمسكت بها الادارة فى قرارها L'inéxistence des motifs invoqués.

(٣٨) طعن ادارى رقم ١٣/٢٠ق ، م.م.ع. ، السنة الحادية عشرة ، العدد الاول ، اكتـوبر ١٩٧٤ .

ويبطل الحكم (ثالثا) لتناقض اسبابه مع منطوقه(٣٩) . ومنطوق ا
هو ما قضى به الحكم ، أى النتيجة المترتبة على الحجج الواقعية والقا
التى بنى عليها . ويكتب فى نهاية الحكـــم بعد عبارة لهذه الاسباب ح
المحكمة ...

غير أنه يلاحظ بان هذه الحالة فى التشريع الليبى ، لا تعتبر سببا ي
النقض وانما حالة تبيح الطعن بالتماس اعادة النظر ، استنادا الى الفق
السابقة من المادة ٣٢٨ من قانون المرافعات .

وأخيرا ، فان الحكم يبطل اذا لم يذيل بتوقيع القاضى او القضاة ال
اصدروه . لان التوقيع هو الذى يضفى عليه الصفة الرسمية والشكل الصح
فى نظر القانون . ولا يقدم عدم ذكر الحكم وظائف الموقعين عليه (٤٠) .

المبحث الثالث

مخالفة حكم سابق حاز قوة الشىء المحكوم به

وهذه الحالة الاخيرة التى تنص عليها المادة (١٩) من قانون القض
الادارى والتى تجوز الطعن بالنقض بالحكم امام المحكمة العليا .

---

(٣٩) حكم المحكمة العليا فى ٦ فبراير ١٩٧٥ (طعن ادارى رقم ٢١\٣ ، م.م.ع. ، الس
الحادية عشرة ، العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٥) وفيه تقول : « ان العبرة فيها يقض
به الحكم هى بمنطوقة لا باسبابه كلما كان المنطوق واضحا وصريحا وانما تكمل الاسباب
منطوق الحكم اذا اغفل الفصل صراحة فى مسألة كان قد فصل فيها فى اسبابه » ..
واذا كان الحكم مناقضا بين الاسباب والمنطوق ولو كان ناشئا عن سهو المحكمة فلا يجوز له
ان تعدله او ترجع عنه لما فى ذلك من تغيير للحكم بعد صدوره وخروج النزاع من يـ
المحكمة باستنفاذ ولايتها واعطاء كلمتها فيها » .

(٤٠) حكم المحكمة العليا فى ١٢ فبراير ١٩٧٥ (طعن ادارى رقم ٢/٢١ق ، م.م.ع) العـدد
الثالث ، السنة الحادية عشرة ، أبريل ١٩٧٥).

وتعتبر مخالفة الحكم المطعون فيه لحكم سابق حاز قوة الشىء المحكوم به،مخالفة للقانون بمعناه الواسع(٤١)، لان الحكم متى ما حاز الصفةالمذكورة افترض عنوانا للحقيقة والعدل وبمثابة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الادارة وعلى ذوى الشأن (٤٢) وما دام قطعيا بالنسبة لما ذهب اليه (٤٣)· ومن ثم فلا يجوز للخصم اعادة طرح فض النزاع على القضاء من جديد ·

وهذه الحجية يتعين الاخذ بها ، وفقا للمادة (١٩) الآنفة الذكر، ولو لم يتمسك بها الخصم ، فهذا الدفع من النظام العام ، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ·

انواع الحجية :

يفهم من المادة ٢١ قانون القضاء الادارى ، التى تنص على ان تكون احكام الالغاء النهائية حجة على الكافة ··· ، فان حجية الاحكام تكون على نوعين : مطلقة تتعلق باحكام الالغاء ، ونسبية تتعلق بغير احكام الالغاء ·

(١) فالاحكام القضائية المتعلقة بدعوى الالغاء تكون مطلقة autorité absolue de la chose jugée وفى مواجهة الكافة erga omnes سواء كان هؤلاء الخصوم فى الدعوى ، او منهم خارجها ، ومرد ذلك ان دعوى الالغاء تتعلق بمبدأ المشروعية ، ومدى امتثال القرار الادارى المطعون فيه بالالغاء لاحكام القانون ، ومن ثم فالحكم القضائى الصادر بشأنه يكون متعلقا بنزاع موضوعى objective (عينى) ·

وطالما ان هذه الحجية هى مطلقة ، فهى تفرض نفسها على جميع المحاكم ايضا ، اذا اتحد الخصوم والسبب والموضوع فى الدعوى التى تمخض عنها الحكم القضائى · وعليه فلا يجوز رفع الدعوى مجددا والا نهضت حالة المخالفة موضوع بحثنا ·

---

(٤١) راجع ص (٤٠١) ، الهامش رقم (١) من هذا البحث ·
(٤٢) أوبى ودراكو ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٣٥ ·
(٤٣) ديبوى ، المرجع السابق ، ٢٠٩ ·

ومخالفة الحكم القضائى النهائى ، الذى انتسب قوة الشىء ا
به يمكن التمسك بها امام المحاكم الادارية ، او المدنية ، أو الجنائية (
لان نص المادة (١٩) جاء مطلقا دون تخصيص الحكم بمحكمة معينة ، و
النظام القضائى فى ليبيا على مبدأ وحدة القضاء ، الامر الذى لا يثير
يمكن ان يحدث فى الدول التى تأخذ بنظام ازدواج القضاء ــ مشكلة مدى
جهة قضائية معينة بالاحكام الصادرة عن جهة قضائية اخرى .

وتتمتع الاحكام الوقتية الصادرة بوقف تنفيذ القرارات الادارية ب
الاحكام فى خصوص موضوع الطلب ذاته ولو انه موقت بطبيعته ، طالم
تتغير الظروف ، اذ انها احكام قطعية ولها مقومات الاحكام وخصائصها

كما تحوز هذه الحجية ايضا لما فصلت به المحكمة من مسائل فر
قبل البت فى موضوع الطلب كالدفع بعدم اختصاص القضاء الادارى ا
بنظر الدعوى بسبب متعلق بالوظيفة او بعدم اختصاص المحكمة بنظر
بحسب موضوعها او بعدم قبولها اصلا لرفعها بعد الميعاد او لان ال
الطعون فيه ليس نهائيا (٤٦) .

---

(٤٤) ومع ذلك فان كانت الاحكام الصادرة عن القضاء الجنائى بالادانة أو بالبراءة تتمتع بحجية ا
المحكوم به فى مواجهة السلطات الادارية التأديبية والمحاكم الادارية ، متى تعلقت ه
الاحكام بالتحقيق من قيام الوقائع المادية المؤثمة أو عدم وجودها ، فان القضاء المق
خفف من هذا المبدأ ، اذا صدر قرار بالاوجه لاقامة الدعوى ، لتخلف أحد أركان الجر
أو ببراءة الموظف لقيام الحكم ببراءة الموظف لبطلان فى الاجراءات ، فمثل هذه الا
تكون لها قوة الشىء المحكوم به ازاء السلطة الادارية التأديبية (صبيح مسكونى مبا
القانون الادارى فى الجمهورية العربية الليبية ، ١٩٧٤ ، بيروت ، ص ٥٠٠ ، و١
أوبى دكو ــ ادر
Auby et Ducos-Ader, Droit Administratif, 1967, p. 179.
ذلك لان الموظف يمكن أن يسأل عن الخطأ الذى يرتكبه باعتباره مخالفة ادارية دون
يرقى ضرورة مثل هذا الخطأ الى فعل يؤثمه القانون الجنائى .

(٤٥) حكم المحكمة العليا فى ٩ مايو ١٩٧٤ ، طعن ادارى رقم ١٠/٢٠ ق ؛ السنة الحا
عشرة ؛ العدد الاول ، أكتوبر ١٩٧٤ .

(٤٦) نفس الحكم السابق .

(٢) اما الحكم القضـــائى الصادر بمناسبة دعوى غـــير الالغاء ، فيتعلق بمنازعـــة شخصيـــة subjective ومن ثم تكون له حجيـــة نسبية autorité relatif de la chose jugé مقصورة على اطراف الدعوى • اى ان الحجية تكون بين خصوم الدعوى انفسهم اذا ما اتحد الموضوع والسبب الذى بنيت عليه لدعوى •

حجية الحكم الباطل ، والحكم المعدوم :

سبقت الاشارة الى التفرقـــة التى اقامتها المحكمـــة العليا بين الحكم القضائى الباطل ، والحكم القضائى المعدوم (٤٧) •

وهو الامر الذى يترتب عليه ان « الحكم الباطل اذا كان غير قابل للطعن فيه او استغلقت فيه طرق الطعن كما هو الشأن فى حكـــم النقض ، تحصن عن ما لحق به من عيـــب وصار الحكـــم بمنجاة من أى الغـــاء او سحب نتيجة لكونه لا يقبل التعقيب » • ومن ثم « فلا سبيل الى سحب الاحكـــام الباطلة او اصلاحها الا بالتظلم فيها بالطريق المناسب لها عملا بالقاعـــدة القديمة لا بطلان فى الاحكام يبيح رفع الدعوى المبتدأ بطلب ابطالها » •

وبعبارة اخرى ان الحكم الباطل ، متى ما استغلقت اسباب الطعن به وصار حكما باتا فانه يتمتع بقوة الشىء المحكوم فيه ، وعليه يمتنع على أية محكمة النظر فيه مجددا (٤٨) غير ان الاحكام المعدومة ، خلافا للاحكـــام الباطلة تعتبر غير موجودة ويمكن تجاهلها كلية من احد الخصوم ، ويجوز رفع الدعوى ابتداءا بطلب تقريـــر بطلانها او انعدامها ، لان الحجيـــة لا تلاصقها •

---

(٤٧) حكم المحكمة العليا فى ١٠ يناير ١٩٧٤ (طعن ادارى رقم ٧/١٨ ق ، م ، م ، ع • أبريل ١٩٧٤ •)
(٤٨) راجع أيضا حكم المحكمة العليا فى ١٨ / فبراير ١٩٦١ رقم ٢ لسنة ٣ قضائية ، قضاء المحـــكمة العليـــا •

الفصل الثالث

آثار الطعن بالنقض

يترتب على رفع الطعن بالنقض امام المحكمة العليا ، اما رفض الحكم القضائى المطعون فيه لعدم توافر الشروط الشكلية فيه ، وفى هذه الحالة تحكم المحكمة بعدم جواز نظر الطعن امامها non recevable ، او ان المحكمة تعلن قبوله شكلا recevable ورفضه موضوعا non fondé ، او ان المحكمة تقضى قبوله شكلا وموضوعا ، فتحكم بنقض الحكم المطعون فيه .

وفيما يلى الاحتمالات الثلاثة لمصير الطعن بالنقض ، التى وان لم تتولى النصوص القانونية تحديدها ، الا ان قضاء المحكمة العليا هو الذى تولى تعيين ما يترتب على صدور الحكم فى الطعن الادارى بالنقض من آثار .

المبحث الأول

رفض الطعن شكلا

اذا وجدت المحكمة العليا ان الطعن بالنقض لا تتوافر فيه الشروط الواجب اجتماعها لكى تقرر قبوله والنظر فى اصل الدعوى ، ففى هذه الحالة « بعدم جواز نظر الطعن » .

وبعبارة اخرى يتعين على المحكمة العليا ان تتحرى توافر الشروط الشكلية التى سبق بحثها فى الفصل الاول من هذا البحث ـ فى الطعن بالنقض

قبل النظر فيها من حيث الموضوع · فاذا تأكد لها تخلف شرط او اكثر م
هذه الشروط حكمت برفض قبول الطعن ·

وعلى هذا الاساس يتعين على المحكمة العليـــا ان ترفض شكلا الط
بالنقض اذا تبين لها بأن العمل القضائى المطعون فيه ، لا تتوافر فيه شر
الحكم القضائى الصادر من دائرة القضاء الادارى (١) · أو اذا كان ر
الطعن تنتفى عنده المصلحة فى الطعن ، او اذا لم يرفع الطعن من قبل الن
العامة او من ذوى الشأن ، خلال المدة القانونية المحددة بستين يوما من تار
صدور الحكم ومن ثم يكون الحكم قد اكتسب قوة الشىء المقضى به ·

المبحث الثانى

قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا

متى ما تبين للمحكمة العليا ، اجتمـــاع الشروط الشكلية فى الط
بالنقض المرفوع اليها تصدت لموضوع الدعوى · وان لم يحدد المشرع فى ق
القانون رقم ٨٨ لسنة ٧١ بشأن القضـــاء الادارى ، ما يترتب على صدو
حكمها فى حالة فحصها للدعوى سواء برفض موضوع الطعن او بنقض الحك
فان المحكمة العليا اعتنقت نفس المذهب الذى تبناه مجلس الدولة المصرى(٢
فى تحديد مهمتها اذ قالت : « ان الطعن امام المحكمة العليا فى حكم صادر م
دائرة القضاء الادارى يفتح الباب امامها لتزن الحكـــم المطعون فيه بميز
القانون ··· » · وقد اردفت المحكمة العليا قائلة فى نفس الحكم بأن « رقا

---

(١) حكم المحكمة العليا فى ١٨ أبريل ١٩٧٤ (طعن ادارى رقم ١ /٢٠ ق م ٠م ٠ع ، السـ
العاشرة العـدد الرابع ، يوليو ١٩٧٤) .
(٢) حكم المحكمة الادارية العليا فى مصر فى ١٩ نوفمبر ١٩٥٥ .

القضاء الادارى على القرارات الادارية هى رقابة قانونية تسلطها عليهـــا لتعرف مدى مشروعيتها من حيث مطابقتها للقانون ٠٠» (٣) ٠

وعليه فاذا فحصت المحكمة العليا القرار المطعون فيه وثبت لها انـــه مطابق للقواعد القانونية حكمت برفض الدعوى من حيث الموضوع ، وتكون صيغة الحكم بالآتى : « حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وألزمت الطاعن بالمصروفات ٠٠٠ » (٤) ٠

غير انه اذا تبين للمحكمة العليا ، عند فحصها موضوع الدعوى ، انها مؤيدة لحكمة الموضوع من حيث النتيجة التى توصل الحكـم ، غير ان هذا جاء مبينا على اسباب بعضها خاطئة فهل لهـا ان ترفض الطعن موضوعا ايضـــا ؟

ان الحل الذى اخذ به مجلس الدولـــة الفرنسى فى مثل هذه الفرضية هو انه اذا وجد الحكم المطعون فيـــه قد بنى على اسباب غير صحيحة مـن الناحية القانونية الا انه انتهى الى منطوق صحيح فيقـــوم المجلس حينئذ

---

(٣) طعن ادارى رقم ٢/٢٠ ق ، م٠ م٠ ع٠ ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٤

(٤) حكم المحكمة العليا فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ (طعن ادارى رقم ١ /١٩ق العدد الثانى السنة العشرة ، يناير ١٩٧٤) ، وحكمها فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ (طعن ادارى رقم ١٩/٢ ق العدد الثانى ، السنة العاشرة ، يناير ١٩٦٤ وحكمهـا فى ١٠ ينـاير ١٩٧٤ (طعن ادارى رقم ١٩/٦ ق فى السنة العاشرة ، العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٤) ، وحكمها فى ٩ مايو ٧٤ (طعن ادارى رقم ٦ /٢٠ ق ، السنة الحادية عشرة ، العـدد الاول أكتـوبر ١٩٧٤) ، وحكمها فى ٩ ميابو ١٩٧٤ (طعن ادارى رقم ١٠/٢٠ ق ، السنة الحادية عشرة ، العدد الاول ، أكتوبر ١٩٧٤) ٠ وحكمها الصادر فى ١٣ فبراير ١٩٧٥ (طعن ادارى رقم ٣/٢١ ق ، م٠م٠ع ، السنة الحادية عشرة ، العدد الثانى ، يناير ١٩٧٥ وحكمها الصادر فى ٦ فبراير ١٩٧٥ (طعن ادارى رقم ٧/٢١ ، م٠م٠ع٠ ، السـنة الحادية عشرة ، العـدد الثالث ، يناير ١٩٧٥ ٠ وحكمها فى ٦ مارس ١٩٧٥ (طعن ادارى رقم ٨/٢١ ق ، م٠٠٠ع٠٠ ، السنة الحادية عشرة ، العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٥ ٠

باستبدال اسباب صحيحة بالاسباب التى يراها باطلة bstitution de otifs وهو لا يستطيع ان يفعل ذلك الا اذا تعلق السبب بالنظام العـام او بسبب سبق عرضه على قاضى الموضوع (٥) ٠

أما الحل الذى تبنته المحكمة العليا فقد ضمنته فى حكمها الصادر ٢١ مارس ١٩٧٤ الآنف الذكر عندمـــا قالت ايضا بأن لها ان « تنزل ح القانون فى المنازعة على الوجه الصحيح غير مقيدة باسباب الطعن او دفـ الخصوم او طلبات النيابة » ٠

ومن ثم فهى تتمتع ـ كالمحكمة الادارية العليـــا فى مصر (٦) بحري اوسع من تلك التى يتمتع بها مجلس الدولة الفرنسى ، طالما ان بمقدورها تستبدل بجميع الاسباب التى ذكرها الحكم المطعون فيه اسبابا جديدة ترا اصلح قانونا لتأسيس الحكم ٠

المبحث الثالث

قبول الطعن شكلا وموضوعا

الاحتمال الاخير الذى يمكن ان يكون مصير الطعن هو قبوله من الناحي الشكلية ومن الناحية الموضوعية ٠

فاذا وزنت المحكمة العليا الحكم المطعون فيـــه بميزان القانون وزن

---

(٥) لوبادير ، المرجع السـابق ، الجزء الاول ، ص ٤٩٨ ٠ وانظر أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسى
C.E. 9 Janv. 1929, Poiré 11 oct. 1929; Florin, D. 1930.3.9 note p. l. j. Botta

(٦) مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السـابق ، ص ١٣٢ ٠

مناطه استظهار ما اذا كانت قد قامت به حالة او اكثر من الاحوال التى تعيبه والمنصوص عليها فى المادة(١٩) من قانون القضاء الادارى، وتبين لها صحة الاسباب القانونية التى استند عليها الطعن ، قضت بنقض الحكم المطعون فيه بانزال حكم القانون وعلى الوجه الصحيح ٠

ومن استقرائنا لاحكام المحكمة العليا بالنقض ، يتبين لنا ان أثر الحكم الذى تصدره المحكمة العليا عند تقريرها نقض الحكم المطعون فيه ، ومهمتها ، يختلفان تبعا لتعلق الامر بقضاء الالغاء ، أم بولاية القضاء الكاملة ٠

(١) بالنسبة لقضاء الالغاء :

تفصل المحكمة العليا نفسها فى الطعون المتعلقة بنقض الاحكام القضائية، متى كان موضوعها متعلقا بقضاء الالغاء ٠ وتكون سلطتها ، كمحكمة نقض فى هذه الحالة تعادل تماما ـ وكما رأينا ـ سلطة قاضى الالغاء ٠ وهى فى هذه الحالة تكون غير مقيدة باسباب الطعن ، او دفاع الخصوم، او طلبات النيابة العامة ، اذ المرد الى مبدأ المشروعية ٠ كما ان للمحكمة العليا ان تسمح بتقديم اسباب وأوجه دفاع جديدة غير تلك التى ابديت امام دائرة القضاء الادارى ، او فى عريضة الطعن ما دامت ترى فى ذلك وجه المصلحة العامة بانزال حكم القانون على الوجه الصحيح (٧) ٠

والحاصل فان الطعن يعيد الموضوع برمته الى المحكمة العليا ٠ وتكون صيغة حكمها فى هذه الحالة ، التالية : « حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا وفى الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه ، وبالغاء القرار الادارى ٠٠ وألزمت المطعون ضده بالمصروفات ٠٠ » (٨)

---

(٧) حكم المحكمة العليا فى ٢١ مارس ١٩٧٤ (طعن ادارى رقم ٢/٢٠ ق م٠م٠ع٠ ، العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٤ م)٠

(٨) حكم المحكمة العليا فى ١٠ يناير ١٩٧٤ (طعن ادارى رقم ٤/١٩ ق ، م٠م٠ع٠ ، السنة

وسلطة المحكمة العليا فى الفصل بنفسها فى الطعون المرفوعة ضـــ
الاحكام القضائية المتعلقة بدعوى الالغاء ، تطابق سلطة المحكمة الادار
العليا فى مصر (٩) • غير ان هذه المحكمة تفصل بنفسها بالاضافة الى ذلك
الطعون المتعلقة بولاية القضاء الكاملة ، وهى المهمة التى لا تتولاها المحكـ
العليا بنفسها • اذ تحيل الامور المتعلقة بالولاية المذكورة ـ كما سنرى
الفقرة القادمة ، الى محكمة اخرى (محكمة الاستئناف) •

وان كانت المحكمة العليا تحكم بنفسها بالطعون المتعلقة بدعوى الالغ
فهذا الامر هو على عكس ما هو قائم عليه الحـال فى فرنسا • اذ يترتب ع
نقض الحكم من قبل مجلس الدولة ، أعادة القضية الى نفس المحكمة الت
اصدرت الحكم الطعون فيه Renvoi sur cassation مـا لم يرد ن
تشريعى يقضى باحالة القضية الى محكمة اخرى تنتمى الى نفس الجه
التى تنتسب اليها المحكمـــة التى نظرتها ، او باحالتها الى هيئـــة اخر
تتكون منها المحكمة التى نظرتها • فالمجلس لا يفصل بنفسه ابدا فى موضو
الطعن سواء تعلق هذا بدعاوى الالغاء او بدعاوى القضاء الكامل • وم
هذه الناحية يتشابه الطعن المدنى مع الطعن الادارى (١٠) •

ويترتب على حكم المحكمة العليا فى موضوع الطعن بالغـــاء القر
الادارى غير المشروع ، اعتباره انه لم يكن قائما • وهو الامر الذى يقتض
اعدام اثاره ايضا ، واعتباره كأنه لم يكن ، وعودة اطراف الخصومة ال
الحالة التى كانوا عليها قبل صدور القرار الادارى الملغى •

العاشرة ، العدد الثالث ، ابريل ٧٤) وحكمها فى ١٠ يناير ٧٤ (طعن ادارى رقم ٢/٢٠ق
م.م.ع. ، السنة العاشرة ، العدد الثالث ابريل اكتوبر ١٩٧٤) ، وحكمها فى ٢٧ فبرا
١٩٧٥ (طعن ادارى رقم ٢١ ق ؛ م.م.ع. السنة الحادية عشرة ، العـدد الثـالث
أبريل ١٩٧٥) •

(٩) مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السـابق ، ص ١٢٨ •

(١٠) لوباديير ، المرجع السابق ، الجزء الاول ص ٤٩٨ ـ ٤٩٩ • أوبى ودراكو المرجع السابق
الجـزء الثـالث ، ص ٣١٣ •

(٢) بالنسبة لولاية القضاء الكاملة :

نلاحظ على قضاء المحكمة العليا انها لا تحكـــم بنفسها فى موضوع القضية الكاملة ، وانما هى تنقض الحكم وتعيد القضية دائما الى « محكمة الاحالة » التى هى محكمة الاستئناف للفصل فيها مجددا من دائرة اخرى · وتعتبر الخصومة كأن لم تكن ، ويعدد اطرافها الى ما كانوا عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه · والصيغة التى تستعملها المحكمة العليا فى هذا الشأن هى التالية « حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلا واعادة القضية الى محكمة استئناف ··· للنظـــر مجددا من هيئة اخرى والزام المطعون ضـــده بالمصروفات وبمبلغ ·· اتعاب محاماة » ·

وقد حكمت المحكمة العليا بمثل هذه الصيغة ، واعادت القضية الى محكمة الاستئناف المختصة ، للفصل فيها من قبل دائرة اخرى ، فى حكمهـا الصادر فى ١٤ مارس ١٩٧٤ بنقض الحكم المطعون فيه والذى قضى بدفـع مرتبات المطعون ضده عن مدة لا يستحق عنها ذلك ، والغاء القرار الادارى الذى قضى بذلك (١١) ، وحكمها الصادر فى ١١ ابريـــل ١٩٧٤ الذى تعلق بقضية تحديد مسئولية المتعهد فى عقد التوريد (١٢) ، وحكمها الصادر فى ٢١ فبراير ١٩٧٤ بصدد عقد اشغال عامة وتحديد التعويض الواجب دفعـــه للمقاول ، على اثر تحقق نظرية فعـــل الامير وليس بالاستناد الى نظرية الظروف الطارئة (١٣) · كما قضت المحكمة العليا فى حكمها الصادر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٧٤ بالغاء الحكم المطعون فيه وبأحقية الطاعن فى علاوة طبيعـة العمل (١٤) ·

---

(١١) طعن ادارى رقم ٢٠/٣ ق ، م٠م٠ع٠ ، السنة العاشرة العدد الرابع يوليو ١٩٧٤ ·

(١٢) طعن ادارى رقم ٢٠/٨ و ٢٠/٩ ق ، م٠م٠ع٠ ، السنة العاشرة ، العدد الرابع ١٩٧٤م

(١٣) طعن ادارى رقم ١٩/٣ ق،ق م٠م٠ع٠،السنة العاشرة ، العدد الثالث ، أبريل ١٩٧٤ ·

(١٤) طعن ادارى رقم ٢١/١ م٠م٠ع٠ ، السنة الحادية عشرة ، العدد الثانى ، يناير ١٩٧٥ ·

وتقدرنا انه يتعين على « محكمة الاحالة » التى تعاد اليها الدعوى أن تلتزم باتباع المبادىء القانونية التى قررتها المحكمـــة العليا ، وانه سبيل لها للتنصل منها لسببين : الاول قانونى والآخر منطقى :

أما السبب الاول ـ فيستند على نص المـــادة ٢٨ من قانون المحك العليا التى تنص : « تكون المبادىء التى تقررها المحكمة العليا فى احكام ملزمة لجميع المحاكم والسلطات فى الجمهورية العربية الليبية » . وعليه فـ القضاء فى ليبيا يعتبر بنص القانون فى المصادر الرسمية للقانون ، بحي يتعين على المحاكم الادنى درجة ، ومنها دوائر القضاء الادارى ، الالتـز بالمبادىء والاحتام التى تصدرها المحكمة العليا (١٥) .

اما السبب الآخر فمنطقى ، اذ ان المحكمة العليا فى ليبيـــا ، من حيـ انها أعلى محكمة فى الدولة فيجب ان تكون لها الكلمة العليا النهائية فى فه القانون وتفسيره وتأصيل احكامه وتنسيق مبادئه واستقرارها ومنع التعارض بين الاحكام . ومخالفة هذا الامر يجر الى تعدد الاحكام الصادرة عن دوائ القضاء الادارى وتضاربها بشأن المنازعات الادارية المتشابهة الامر الذى يتعارض مع مبدأ المساواة امام العدالة (١٦)، كمـــا يتعارض ايضا فى نظر

---

(١٥) اما فى فرنسا فان قاعدة التزام المحكمة المختصة باتباع المبادىء القانونية التى يقررها مجلس الدولة الفرنسى كقاضى نقض ، هى قاعدة ذات أصـــل قضـــائى وليس تشريعى . (أوبى ودراكو ، الجزء الثالث ، المرجع الســـابق ، ص ٣٠٤) .

(١٦) والقاعدة بالنسبة للقضاء المدنى هى أيضا تقيد المحكمة المختصة المحالة اليها بالمبادىء القانونية التى تقررها المحكمة العليا (م ٣٥٧ من قانون المرافعات) ، (وأنظر أيضا حكم المحكمة العليـــا فى ٣ فبـــراير ١٩٧٤ ، طعن مدنى رقم ٥٨/٥٩ ق . ، م.م.ع السنة العاشرة العدد الثالث ، ابريل ١٩٧٤) وهى نفس القـــاعدة التى تبنـــاها مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Botta اذ قرر بمناسبتها وجوب التزام المحكمة المختصـــة باتباع المبادىء القانونية التى يقررها المجلس كقاضى نقض فور النقض الاول ؛ وليس بعد النقض الثانى الذى يصدر فى حالة عدم تقيد المحكمة المختصـــة بالمبادىء التى تقررها محكمة النقض الفرنسية (فالين ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦) .

مع مبدأ حجية الشىء المحكوم به (١٧) ٠

غير اننا لا نرى لزاما على المحكمة العليا احالة القضية التى نقضت الحكم القضائى بشأنها الى دائرة القضاء الادارى ٠ وربما كان الافضل فى تقديرنا ، تغيير قضائها بتوليها بنفسها نقض الحكم المطعون فيه والحكم فى الموضوع ، كما تفعل ذلك بنفسها لقضاء الالغاء ، وكما درجت على ذلك المحكمة الادارية العليا فى مصر ، وذلك تيسيرا لاطراف الخصومة واقتصادا للوقت والجهد ٠

وعلى أى حال ، فان المحكمة العليا تشير دائما فى الاحكام الصادرة عنها بالاحالة ، ان لا يكون ضمن اعضاء محكمة الاستئناف التى احيلت اليها القضية أحدا من القضاة الذين اشتركوا فى اصدار الحكم المطعون فيه٠ وانما يجب أن ينظر من قبل هيئة اخرى ٠

ويلاحظ اخيرا بأن من المتصور ان يكون نقض الحكم المطعون فيه كليا او جزئيا ، وكما هو عليه الحال فى النقض المدنى ٠ فاذا كان كليا ترتب عليه عودة الخصومة الى ما كانت عليه قبل الحكم اذ ان نقض الحكم يؤدى الى زواله أو الغائه ٠ كما يتعدى أثر نقض الحكم الى الغاء جميع الاحكام والتصرفات اللاحقة له متى كانت مبنية على الحكم او اساسا له ٠

أما اذا كان نقض الحكم جزئيا بأن كان قابلا للتجزئة، وانصب الطعن على جانب منه دون آخر ، فان النقض لا ينصب على الحكم المطعون فيه الا ما حسمت منه المحكمة العليا ٠

(٣) بالنسبة لمسائل عدم الاختصاص :

يلاحظ ان الحكم المطعون فيه قد يكون مشوبا بعيب عدم الاختصاص

---

(١٧) فيدل ، المرجع السابق ، ص ٤٧٥ ٠

اذا صدر من محكمة لم يخولها القانون سلطة اصداره • وعدم الاختصاص قد يكون وظيفى ، كأن يصدر عن دائرة قضاء ادارى حكما فى منازعة لـ ينص عليها قانون القضاء الادارى ، او أى نص تشريعى آخر على انعقـ اختصاص المحكمة بشأنهـا • ففى هذه الحالة تكون قد خالفت قواعـ الاختصاص المتعلقة بالوظيفة (١٨) •

وقد يكون عدم الاختصاص محلى ، يتحقق بمخالفة القواعـد التى توزع الاختصاص القضائى بين محاكم الاستئناف •

ولما كانت قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام (١٩) ، فان مخالفتـ من قبل المحكمة يؤدى الى الغاء المحكمة العليـا بنفسها للحكم المطعون فيـه (٢٠) •

---

(١٨) وبهذا المعنى حكمت المحكمة العليا بقبول الطعن شكلا وبالغاء الحكم المطعون فيه وبعدم اختصاص القضاء الادارى بنظر الدعوى • أنظر حكم المحكمة العليا فى ١٩٧٥/١/٣٠ (طعن ادارى رقم ٢١/٤ ق ، م٠م٠ع٠ ، العدد الثانى ، السنة الحادية عشرة ، يناير ١٩٧٥) •

(١٩) وهذا هو المقرر فى فرنسا • لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٣٥٢ • فالين ، المرجع السابق ص ١٣٦ •

(٢٠) راجع حكم المحكمة العليا ٧٥/١/٣٠ المشار اليه آنفا •

كلمـة ختـامية :

نخلص من دراستنا السابقة لقواعد الطعن الادارى بالنقض فى ليبيا ، وبعد ان استعرضناها مقارنين اياها بالمبادىء الاساسية التى تحكم الطعن المدنى والادارى فى القانون المقارن ما يلى :

فمن حيث الاجراءات ، لاحظنا بأن المـــادة (١٩) من قانون القضاء الادارى أوجبت تطبيق الاجراءات المقررة للطعن بالنقض المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، على الطعن الادارى بالنقض · وهذا أمر متصور ، لقيام اجراءات الدعاوى عموما على اصول اساسية مشتركـــة يقتضيها مبدأ حسن سير مرفق العدالة ·

غير ان مثل هذه الاحالة ، لا يمكن ان تكون آلية ، لاختلاف طبيعـــة الاجراءات المتبعة فى الطعنين احيانا ، ولاختلاف الفن القانونى فى وضـــع كل منهـــا ·

ويظهر الاختلاف الاول ، بحكم وجود الادارة العامة طرفا فى الخصومة الامر الذى يؤدى الى حالة عـــدم مساواة بين اطـــراف الدعوى ، ويفسر السلطات الواسعة للقاضى الذى يتعين عليه اعمال مبدأ المشروعية وتحقيق المصلحة العامة التى تسعى اليها الادارة ·

ومن جهة اخرى ، فان المحكمة العليا قد لا ترى فى قواعد الاجراءات المدنية « المشروعة» قابلية التطبيق على المنازعة الادارية ، وافية بهـــذا الغرض ، ومن ثم ترى لزاما عليها وضع قواعد اجرائيـــة بنفسها تتعلق باطار الدعوى · أى انها تقوم بدور « بريتورى » ، وتفرض بعد ذلك رقابتها على احكام دوائر القضاء الادارى ، ونقضها اذا تبين لها انها جاءت مخالفة للمبادىء الاجرائية التى ارستها ·

أما من حيث السلطات التى تتمتع بها المحكمة العليـــا ، فهى سلطات مجلس الدولة الفرنسى والمصرى ، وتخالف جزئيـــا المخولة لها قانونا كمحكمـــة نقض ، كما تخالف سلطات محكمة الفرنسية والمصرية ،

فسلطات قضاء النقض الادارى الليبى يمتد ـ كما رأينا ـ الى المخصومة دون تفرقة بين فحص « الواقع » و « القانون »، وبالنسبة لـ الالغاء ، والقضاء الكامل • فهى لا تتحدد بفحص الخصومة فى ضوء ال وحده كما هو عليه الحال فى النقض المدنى •

كما ان القضاء الادارى بالنقض لا يتقيد باسباب النقض ودفـ الخصوم التى ابديت امام دائرة القضاء الادارى ، وذلك تحقيقا للمص العامة التى تمثلها الادارة العامة طرف الخصومة فسلطة المحكمة الع تتضخم فى هذا الخصوص ، الامر الذى يجعل منهـــا ليست محكمة ادارى فحسب ، وانما محكمة استئناف ايضا • ومن ثم تمكنها بفاعلية او ورقابة اعمق استجلاء النزاع والفصل فيه ، وبالتـالى يمكن القول اسـ على قضاء المحكمة العليا ، ان الطعن الادارى بالنقض يجمع بين خصا الطعن بالنقض ، وخصائص الطعن بالاستئناف •

وأخيرا فان سلطات المحكمة العليا ـ كمحكمـــة نقض ادارى ـ المألوفة فى النقض المدنى ، وفى النقض الادارى الفرنسى ، تبـــرز بمناس الحكم فى الدعوى ففى قضاء الالغاء اذ تتولى هى بنفسها الغاء الحكـ المطعون فيه والقرار الادارى غير المشروع ، فان هـــذه السلطة تضمر ان دعاوى القضاء الكامل ، اذا قورنت بسلطة المحكمة الادارية العليا فى مص طالما انها لا تفصل بنفسها فى الدعوى ، وانما تحيلها الى المحكمة المطع بحكمها ، وهو الامر الذى يفسره تأثـــر النقض الادارى بالنقض المدنى

وبطبيعة الدعوى الادارية عموما ، التى تنظر من خلال ملفها من قبل المحكمة العليا • وقد يستعصى على هذه الفصل فيها بنفسها اذا ارادت التحرى عن وقائع معينة والتحقيق بهـــا ، وهى مهمة تتصل اصـــلا بوظيفة قاضى الموضوع •

طرق ثبوت الزنا الموجب للحد شرعا
دراسة مقارنة

أعـــدها

عبدالله أبو سيف البشارى

المحاضر المساعد بقسم الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق

ووكيـــل الكليـــة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب العالمين ، والصلاة والسلام علىخاتم النبيين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين ـ وبعد :

صدر القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ بتاريخ ٦ رمضان ١٣٩٣هـ الموافق ٢ اكتوبر ١٩٧٣م فى شأن اقامة حـــد الزنا وتعديل بعض احكام قانـــون العقوبات ٠

وقد عمل به اعتبارا من تاريخ ١٩٧٣/١٢/٧م وهو تاريخ مرور ثلاثين يوما على نشر القانون المذكور بالجريدة الرسمية (١) ٠

ولا يمكن القول بأن هـــذا القانون يعتبر تطبيقا لاحكـــام الشريعة الاسلامية ، بل هو اخذ ببعض احكامها ، ومخالفة للبعض الآخر ٠

فبالنسبة للعقوبة جعلها الجلد مطلقا سواء أكان الزانى بكرا أم ثيبا، وبهذا ذهب مذهب الخوارج المخالفين لجماعة المسلمين ٠

ولست هنا بصدد ايراد ادلتهم ورد جمهور المسلمين عليهم ، فذلك قد يحتاج الى بحث مستقل ٠

أما بالنسبة لطرق ثبوت الزنا فقد ثارت تساؤلات كثيرة عما اذا كان القانون يأخذ بالطرق الشرعية أم بأدلة الاثبات العامة المنصوص عليها فى قانون الاجراءات الجنائية ٠

وسبب هذه التساؤلات هو ان القانون المشار اليه نص على انه يعمل فى الاجراءات بقانون الاجراءات الجنائية ٠

فهل طرق ثبوت الزنا تعتبر من قبيل الاجراءات أم لا ؟

---

(١) العدد ٤٣ لسنة ١٩٧٣ بتاريخ ١٩٧٣/١١/٦ م٠

هذا وقد صدر العدد الاول من السنة الحادية عشرة لمجلة المحك
العليا (رمضـــــان ١٣٩٤ هـ اكتوبـــــر ١٩٧٤م) ٠ ص ١٤٨ ـ ٠
وكان من بين ما تضمنه حكم فى طعن جنـــائى رقم ٢١/١٠١ ق فى ج
٥ جمادى الاولى / ١٣٩٤هـ الموافق ٢٨/٥/١٩٧٤م وفيه قررت المحكمة
حد الزنا يثبت بالطرق الشرعية ٠

ومما جاء فى الحكم المذكور « ٠٠٠ فان القانون المذكور وان لم ي
بنص صريح أدلة اثبات جريمة الزنا الا ان ذلك لا يجب أن يؤخـــذ على
القانون المشار اليه ترك أمر اثبات جريمة الزنا المعاقب عليها بالجلد
الى القواعد العامة فى الاثبات بالنسبة للمسائل الجنائية ، والمقررة فى قا
الاجراءات الجنائية ، لأن ذلك يصطدم مع الآيات الصريحة فى القرآن بش
عدد الشهود اللازم توفرهم لاثبات ارتكاب جريمة الزنا ٠٠٠ الخ » ٠

وبهذه انتهت جميع التساؤلات المتعلقة بهذا الشأن واضحى واض
ان اثبات جريمة الزنا المعاقب عليه بالحد الشرعى لا تثبت الا بالطـــ
الشرعية ٠

ولكن ليس معنى هذا ان القانون أصبح متفقا مع الشريعة الاسلا
بالنسبة للزانى البكر ، مخالفا لها بالنسبة للزانى الثيب ، بـل هو مخال
لها فى كلا الحالين ٠

وبيان ذلك ان القانون لم يلغ العمل بالمادة ٤٠٧ عقوبات وجعلهـ
معمولا بها عند عدم توافر الأدلة الشرعية ٠

فقد جاء فى حكم المحكمة العليا المشار اليه ما يلى : ـ

« وحيث ان الطاعن اعتبر قانون اقامة حد الزنـــا أصلح له لكو
تشدد فى أدلة الاثبات اعتقادا منه ان جريمة الزنا اذا لم تثبت فى حقه بالأد
الشرعية يفلت من العقـــــاب ، وهو فهم خاطىء للقـــانون المذكور ، لأ

امتناع تطبيق احكام قانون اقامة حد الزنا لا يترتب عليه افلات الجانى من العقاب متى ثبت ارتكابه للجريمة وفقا للقواعد المقررة للاثبات فى المسائل الجنائية ، والمنصوص عليها فى قانون الاجراءات ، ذلك لأن قانون اقامة حد الزنا لم يلغ المادة ٤٠٧ عقوبات ، والتى هى عبـــارة عن زنا حسب تعريف المادة الأولى من القـــانون المذكور فى حالة وقوع الفعـــل على انثى ، كما ان الفقرة الاخيرة من المادة العاشرة من قانون اقامة حد الزنا تقضى بأنه لا تخل احكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات ، او اى قانون آخر، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا القانون ، ومن البديهى ان المراد بأحكام قانون العقوبات التى لا تخل بها احكام قانون حد الزنا هى الاحكـــام التى تعاقب على فعل الوقاع المعتبرة زناً فى نظر القانون المذكـور ، والتى تكون واجبة التطبيق كلما امتنع توقيع عقوبة الحد لتخلف الدليل الشرعى »(١) .

ومن هذا يتضح ان القاضى عليه ان يحكم احيانا فى جريمـــة الزنا بشريعة الله واحيانا بما يناقض شريعة الله . وذلك عندما يحكـــم بمقتضى المادة ٤٠٧ عقوبات . واقول بما يناقض شريعة الله لأن القاضى حينئذ قد يحكم على شخص بثبوت جريمة الزنا استنادا على اقوال المجنى عليهـا اذا كون عقيدته وفقا لذلك ، كالحكم المطعون فيه هذا ، وغيره من الاحكام التى

---

(١) جاء فى الحكم المذكور ما نصه : « وحيث أنه لم يعرف من بين المذاهب الاسلامية مذهب يقول بأن الزنا المعاقب عليه حدا يثبت بغير الاقرار أو شهادة أربعة » (ص ١٥٥) .

وتعقيبا على ذلك أقول اذا أرادت المحكمة بذلك ثبوت الزنا فى حق الرجال خاصـة فكلامها قريب من الصواب . ولا أقول هو الصواب ، لان بعض العلماء يرى أن الزنا يثبت بعلم الامام أو علم السيد ، كما هو مبين فى الفصل الخامس من هذا البحث .

وان أرادت المحكمة ثبوت الزنا عامة فى حق الرجال والنساء فقد ابتعدت عن الصواب لان الشافعية يرون أن الزنا يثبت باللعان ؛ والمالكية يرون أنه يثبت باللعان وبالحمـل كما هو موضح فى الفصلين الثالث والرابع من هذا البحـث .

فكيف يقال انه لم يعرف من بين المذاهب الاسلامية من يقول بثبوت الزنا بغير الاقرار والبينة ؟ ولو قيل لا نعرف لكان صوابا ، لان هذه الجملة تنفى المعرفة عند قائلها فقط .

ادانت اشخاصا فى جريمة الزنا دون ان يشهد عليهم احد الا المجنى عليه ومن ليس غريبا ولا عجيبا بالنسبة للقانون الوضعى المعمول به لكنه غريب جدا بالنسبة لشريعة الله سبحانه وتعالى • ومن هذا كله يتبين ان القانون المذكور لا يعتبر تطبيقا لشريعة الله بل هو اخذ لبعضها ومناقضة للبعض الآخر •

وقد قال الله تعالى لأهل الكتاب : « أتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم الا خزى فى الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون الى أشد العذاب وما الله بغافل عما تعملون » (١) •

هذا ومما لا يحتاج الى توضيح ان هذا القانون وغيره من القوانين المتعلقة بالحدود جعلت المتخصصين فى الدراسات الاسلامية يهتمون بابراز أحكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالحدود •

وقد رأيت ان اقوم بجهد متواضع فى هذا السبيل فوضعت هذا البحث (٢) الخاص بطرق ثبوت الزنا الموجب للحد شرعا • وقد جعلته دراسة مقارنة بين المذاهب الاربعة فلم اتطرق لغيرها الا نادرا نظرا لأن الوقت الذى كتب فيه هذا البحث لم يسمح بأكثر من هذا •

فرأيت ان الاقتصار على المذاهب الاربعة محقق للغرض المطلوب انها مذاهب عامة المسلمين •

وقد جعلته فى تمهيد وخمسة فصول وخاتمة •

أما التمهيد فقد عرفت فيه الزنا وبينت حكمه وأشرت الى عقوبته •

وأما الفصل الاول ففى ثبوت الزنا بطريق الاقرار •

---

(١) من الاية ٨٥ سورة البقرة

(٢) أصل هذا البحث قدم لكلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر كمادة من مواد الماجستير التى حذفت بعض مباحثه هنا لضيق المجال

وفيـه مبحثـــان :

المبحث الاول فى تعريف الاقرار وحجيته ٠

المبحث الثانى فى شروط الاقرار ٠

واما الفصل الثانى ففى ثبوت الزنا بطريق البينة

وفيـه مبحثـــان :

المبحث الاول فى تعريف البينة وحجيتها ٠

المبحث الثانى فى شروطها ٠

واما الفصل الثالث ففى ثبوت الزنا بطريق الحمل ٠

واما الفصل الرابع ففى ثبوت انزنا بطريق اللعان ٠

وفيـه مبحثـــان :

المبحث الاول فى مشروعية اللعان ٠

المبحث الثانى فى الخلاف فى حجيته ٠

واما الفصل الخامس ففى ثبوت الزنا بعلم الامام أو السيد ٠

وفيـه مبحثـــان :

المبحث الاول فى ثبوت الزنا بعلم الامام ٠

المبحث الثانى فى ثبوت الزنا بعلم السيد ٠

واما الخاتمة فقد اثبت فيها خلاصة ما انتهى اليه البحث ٠

تمهيـــــد ..

تعريـــف الزنـــا :

أما فى اللغة فقد قـــال فى القاموس المحيط : زنى يزنى زنا وزنـ
بكسرهما فجر . وأما فى اصطلاح اهل الشرع فقد عرفه الحنفية : بأنه و
الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك (١) .

وعرفه المالكية (٢) بأنه : وطء مكلف مسلم فرج آدمى لا ملك له ف
باتفاق تعمدا .

وعرفه الشافعية بأنه : ايلاج الحشفة او قدرها من ذكر فى فرج محر
مشتهى طبعا لا شبهة فيه .

وعرفه الحنابلة بأنه : (٣) فعل الفاحشة فى قبل أو دبر .

وهذه التعاريف كلها بمعنى واحدوان تضمن بعضها بعض الشروط ا
الاركان الا تعريف الحنفية فانه يختلف عن غيره ، لأن الاحنـــاف يرون ا
اللواط ليس من الزنا ولا يوجب الحد عندهم بل يوجب التعزير فقط .

أما المالكية والحنابلة والشافعية على المـــذهب فانهم يوجبون الحد
باللواط وان اختلفوا فى نوعه ، فبعضهم يرى ان حده حـد الزنا والبعض
الآخر يرى أن حده القتل سواء أحصن اللائط أم لا .. الخ .

حكـــم الزنـــا :

الزنا حرام باجماع الأمة ، بل هو من الكبائر العظـــام ، ولم يبح ف
شريعة من الشرائع .

---

(١) الهداية وفتح القدين ج / ٥ ص ٢٤٧
(٢) الشرح الكبير ج / ٤ ص ٣١٣
(٣) كشـاف القنـاع ج / ٤ ص ٥٤

وقد قال الله تعالى : « والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق اثاما يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا ، الا من تاب وآمن وعمل عملا صالحا فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات ، وكان الله غفورا رحيما » (١) .

وروى البخارى ومسلم عن عبدالله بن مسعود انه قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الذنب اعظم ؟ قال : أن تجعل لله ندا وهو خلقك ، قال : قلت ثم أى : قال : أن تقتل ولدك مخافة ان يطعم معك . قال قلت ثم أى : قال : ان تزنى بحليلة جارك » .

حد الزانى :

حد الزانى المحصن الرجم باتفاق العلماء ولم يخالف فى ذلك احد الا الخوارج .

واختلف العلماء فى وجوب الجلد عليه قبل رجمه فبعضهم أثبته وبعضهم نفاه .

أما حد الزانى البكر فانه الجلد باجماع العلماء ولم يخالف فى ذلك أحد .

قال تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » (سورة النور : ٢) .

واختلفوا فى التغريب فبعضهم اوجبه وبعضهم لم يوجبه . والذين أوجبوه اختلفوا فى المرأة فبعضهم قال تغرب كالرجل وبعضهم قال لا تغرب .

واذا كان الزنا لا يوجب الحد لعدم توافر شروطه فانه يوجب التعزير فى بعض صوره .

---

(١) سورة الفرقان : ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٠

وقد اختلف العلماء فى ثبوته حينئذ هل يثبت بما تثبت به سائر ال
أم انه لا يثبت الا بما يثبت به الزنا الموجب للحد ؟ على قولين (٢) ٠

لكن بماذا يثبت الزنا الموجب للحد ؟

هذا هو موضوع البحث ٠

طرق ثبوت الزنا الموجب للحد خمسة : اثنان منها متفق عليهم
وعامان فى الرجال والنساء والأحرار والعبيد وهما الاقرار والبينة ٠ و
منهما مختلف فيها وهى الحمل ، واللعان (وهما خاصان بالمرأة) و
الامام وعلم السيد وهو أى علم السيد خاص بالرقيق ٠

وسأقدم الكلام عن الطريقين المتفق عليهما على الكلام عن الط
المختلف فيهـا ٠

وابدأ بالاقرار اقتداء بالمالكية والحنابلة ، ولأن الزنـا لا يثبت ا
غالبا حتى قال بعضهم انه لم يثبت الزنا عند الرسول صلى الله عليه و
ولا عند احد من اصحابه الا بالاقرار ٠

(٢) راجع فى كل ما تقدم بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشـد جـ / ٢ ص / ٤٢٤ ا
٤٢٨ مطبعة الاستقامة بالقاهرة ، والمغنى لابن قدامه جـ ٨ / ص ١٥٧ الى ١٧٠ النـا
مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الرياض الحديثة .

الفصل الأول

ثبوت الزنا بطريق الاقرار

وفيه مبحثان

المبحث الأول : فى تعريف الاقرار وحجيته

المبحث الثانى : فى شروطه

المبحث الأول

تعريف الاقرار وحجيته

تعريف الاقرار :

الاقرار فى اللغة مشتق من القرار ، فهو عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا ٠

وفى الشريعة : اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه ٠

وتعريف الاقرار فى اللغة نقله صاحب تكملة فتح القدير عن صاحب العناية ، واستصوبه ٠ لكنه لم يستصوب تعريفه له فى الشريعة بقوله : وفى الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق ، لأن هذا التعريف يشمل الدعوى والشهادة ، فلا يكون مانعا (١) ٠

وقد عرفه زكريا الانصارى (٢) فى أسنى المطالب : بأنه اخبار عن حق سابق ، وهو كالتعريف الاول ٠

حجية الاقرار :

حجية الاقرار ثابتة بالكتاب ، والسنة ، والاجماع ٠

اما الكتاب : فقد قال تعالى (٣) : « واذ أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب وحكمة ، ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به

---

(١) راجع فتح القدير جـ / ٨ ص ٣١٧ ، ٣١٨

(٢) اسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٢ ص ٢٨٧

(٣) آية ٨١ من سورة ال عمران ٠

ولتنصرنه ، قال : أقررتم وأخذتم على ذلكم اصرى ؛ قالوا : أقررنا » ٠

وقال تعالى (٤) : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط، ش
لله ولو على أنفسكم » ٠

وقد فسرت شهادة المرء على نفسه بالاقرار (٥) ٠

وأما السنة : فقد روى ان النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعـ
والغامدية لاقرارهما بالزنا ٠ وقال : « واغد يا انيس على امرأة هذا
!عترفت فارجمها » ٠

واما الاجماع فقد اجمعت الأئمة على صحة الاقرار (٦) ٠ وليس
ما هو أدل على اسناد تهمة الى شخص ما من اعترافه ٠

ولا شك ان البينة انما شرعت ليتوصل بهـا الى ثبوت المدعى به
الى نسبة الجريمة للمجرم ، فاذا أقر العاقـل على نفسه اقرارا لا تش
شائبة ، كان ذلك آكد فى ثبوت المقربه ٠

ولذلك يقولون : الاقرار سيد الأدلة ٠

ثبـوت الزنـا بالاقـرار :

يثبت الزنا بالاقرار باتفاق العلماء ، وانما الخلاف فى الشروط ا
يجب توافرها فى الاقرار ٠

وهذا ما سأتحدث عنه فى المبحث الثانى ٠

---

(٤) آية ١٣٥ من سورة النساء .
(٥) راجع اسنى المطالب شرح روض الطالب لابى يحيى زكريا الانصـارى ج/٢ ص ٧
والمغنى لابن قدامة مكتبة الجمهورية العربية ج / ٥ ص ٩٤٩ .
(٦) المرجع السـابق .

المبحث الثاني

شـــروط الاقـــرار

سنبين فى هذا المبحث الشروط المتفق عليها اولا ، ثم الشروط المختلف فيها ثانيا ، سواء كانت هذه الشروط خاصة بالاقرار بالزنا ، أم كانت عامة فى كل اقرار ، مبينا أدلة كل فريق ، وما قد يرد عليها من اعتراضات ٠

اولا ـ الشروط المتفق عليها فى الاقرار بالزنا الموجب للحد :

الشروط المتفق عليها اثنان (١) وهما :

الشـــرط الاول :

ان يكون المقر عاقلا٠وذلك لأن المجنون لا عبرة باقراره،وكلامه كلا كلام٠

والدليل على ان غير العاقل لا يقبـــل اقراره ، ما جاء فى حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فى قصة مـاعز ان النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين أقر عنده « أبك جنون » ؟ (٢) قال : لا ٠

وروى ايضا ان النبى صلى الله عليه وسلم ارسل الى قومه يسألهم عن عقله فقالوا لا بأس به ٠

ووجه الدلالة من حديث ماعـــز ان النبى صلى الله عليه وسلم توقف

---

(١) لا حاجة بى الى ذكر شرط البلـوغ نظرا لان هـذا البحث خاص بالاقرار بالزنا الموجب للحد ، وزنا الصبى لا يوجب حدا ولو ثبت ببينة أو باقراره بعد البلوغ ٠

(٢) أعتقد انه ليس المراد فى هذا الاستفهام أن يجيب ما عز بأنه مجنون ان كان كذلك ، اذ ليس هذا شأن المجنون ، ولعل المراد أن يعرف صلى الله عليه وسلم من وطريقته فى الاجابة ما اذا كان بعقله شىء ٠

فى اقامة الحد حتى تأكد من عقله ، فدل ذلك على ان المجنون لا يعتد باقرا

ويشترط ايضا ان يكون صاحيا ، أى غير نائم ولا سكران · اما ال
فلأن اقراره فى حال نومه لا يلتفت اليه لأن كلامـــه غير معتبر ، ولا يدل
صحة ما تضمنه ·

واما السكران فانه كالمجنون لا يدرى ما يقول ·

ومما يدل على ان اقرار السكران غير معتبر ان النبى صلى الله ع
وسلم لما أقر عنده ماعز استنكهه تما روى ابو داود عن بريده ·

ووجه الدلالة من هذا الحديث ان النبى صلى الله عليه وسلم انمـ
استنكه ماعزا ليعلم ما اذا كان قد شرب مسكرا أفقده عقله ، فدل ذلك
أن اقرار السكران غير معتبر ، والا لما كان هناك داع لاستنكاهه ·

الشـــرط الثـانى :

أن يكون مختارا

والدليل على اشتراط الاختيار فى الاقرار مـــا روى عن عمر رضى
عنه قال : ليس الرجل بأمين على نفسه اذا جوعته ، او ضربته ، او اوثقته
رواه سعيد ·

وقال ابن شهاب ـ فى رجل اعترف بعد جلده ـ ليس عليه حد ، و
الاقرار انما يثبت به المقر به لوجود الداعى الى الصـــدق وانتفاء التهمة
لأن العاقل لا يتهم بقصد الاضرار بنفسه ، ومع الاكراه يغلب على الظن
قصد باقراره دفع ضرر ، فانتفى ظن الصدق عنه فلم يقبل اقراره (١) ·

---

(١) راجع فى كل ما تقدم ؛ المغنى لابن قدامه جـ / ٨ ص ١٩٤ ؛ ١٩٥ ، ١٩٦ ورد المحتـ
على الدر المختار وعليه حاشية ابن عابدين طبعة أميرية جـ / ٣ ص ٢٢٢ .

ثانيا ـ الشروط المختلف فيها :

الشروط المختلف فيها ستة وهى : ـ

الشـــرط الاول :

ان يقرأ أربع مرات ٠

اختلف الفقهاء فى هذا الشرط ، فذهب الحنفيـــة والحنابلة (١) الى اشتراطه ، اى انه يشترط فى ثبوت الزنا بالاقرار ان يقر الزانى اربع مرات، ولا يثبت الزنا بأقل من ذلك ٠

وذهب المالكية والشافعية الى أن الزنا يثبت بالاقرار مرة واحدة ٠

ادلـــة الحنفيـــة والحنابلـــة :

استدل الحنفية والحنابلة على مذهبهم بالسنة والقياس ٠

أما السنة فحديث ماعز المروى فى الصحيحين وغيرهما ونصه كما فى الصحيحين عن ابى هريرة رضى الله عنه :

« أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجـــل من الأسلميين وهو فى المسجد ، فناداه ، فقال : انى زنيت ، فأعرض عنه حتى ثنى ذلك عليه اربع مرات ، فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعـاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أبك جنون؟ قال: لا ، قال فهل احصنت؟ قال: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذهبوا به فارجموه » ٠

---

(١) راجع المغنى لابن قدامه جـ / ٨ ص ١٩١ ، ١٩٢ وفتح القدير جـ ٥ / ص ٢١٨ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ وكشاف القناع على متن الاقناع للشيخ منصور بن ادريس الحنبلى جـ / ٤ ص ٥٩ الطبعة الاولى بالمطبعة الشرقية . وسبل السلام للصنعانى جـ / ٤ ص ٦ ، ٧ ، ٨ مطبعة الاستقامة بالقاهـرة .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أ
اقامة الحد الى أن أقر ماعز اربع مرات ، وهذا دليل على ان الحـد لا يج
بالاقرار اقل من اربع مرات، ولو كان الحد يجب بأقل من ذلـك لاعتبر ت
تأخيرا لاقامة الحد بعد وجوبه وهذا لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسل
فدل ذلك على ان الحد لا يجب بالاقرار مرة او مرتين او ثلاثة وهو المطلو

واما استدلالهم بالقياس فقد قالوا : « كما أوجب سبحانه فى الشها
على الزنا اربعا على خلاف المعتاد فى غيره ، فكذا يعتبر فى اقراره انزالا ل
اقرار منزلة شهادة واحدة (١) .

ادلة المالكية والشافعية : (٢)

استدل المالكية والشافعية على ان الاقرار بالزنا مرة واحـدة موج
للحد بما يأتى :

عن ابى هريرة وزيد بن خالد انهما قالا: « ان رجلا من الأعراب أ
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله انشدك الله الا قضيت
بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر ـ وهو أفقه منه ـ : نعم فاقض بيننا بكت
الله وائذن لى، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قـل، قال:ان ا
كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته ، وانى اخبرت ان على ابنى الرجم فافتد
منه بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبرونى ان على ابنى جلـد م
وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقـال رسول الله صلى الله ع
وسلم : « والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليدة والغنم ر

---

(١) فتح القدير ج / ٥ ص ٢٢١

(٢) راجع حاشية الخرشى على مختصر خليل ، الطبعة الثانية بالمطبعة الاميرية وبهامش
حاشية العدوى ج ٨ ص ٨٠ ، ومجموع الامير طبعة أميرية ج ٢ ص ٢٨٩ ومغنى المحت
ج / ٤ ص ١٥٠ وسبل السلام ج / ٤ ص ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ والمغنى ج ٨ص ١٩١
١٩٢

وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عـــام، واغد يا انيس ـ لرجـــل من اسلم ـ الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ٠

قال : فغدا عليها فاعترفت فأمر بهـا رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت ، رواه الجماعة ٠

ووجه الدلالة من هذا الحديث قوله صلى الله عليه وسلم واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يذكر للاقرار عددا فدل ذلك على ان الاقرار مرة واحدة كاف فى ثبوت الزنا ، ولولا ذلـــك لنص النبى صلى الله عليه وسلم على عدد مرات الاقرار وقال فان اعترفت اربع مرات فارجمهـا لكنه لم يقل ذلك ٠

واستدلوا كذلك بحديث الغامدية (١) ٠

فقد روى ابو داود « ان امرأة من جهين أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : انى أصبت حدا فأقمه على ؛ فدعا النبى صلى الله عليه وسلم وليها ، فقال أحسن اليها فاذا وضعت فأتنى ففعـل ، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت٠٠ الحديث »٠

فدل ذلك ايضا على ان تكرار الاقرار ليس بشرط ٠

واستدلوا كذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قـال : « ان الله بعث محمدا بالحق، وانزل عليه الكتاب، فكان فيما انزل آية الرجم، قرأناها ووعيناها وعقلناها ، فرجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى ان طال بالناس زمان ان يقول قائل:ما نجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله ، وان الرجم حق فى كتاب الله على من زنا اذا أحصن من الرجال والنساء ، اذا قامت البينة ، او كان الحمل ، أو الاعتراف رواه البخارى ومسلم وغيرهما ٠

---

(١) الغامدية هى الجهنية ، وغامد لقب رجل هو ابو قبيلة وهم بطن من جهنية ٠ انتهى من نيل الاوطار للشوكانى ج/٧ ص ١٢٦

ووجه الدلالة من هذا الحديث ان عمر قال : او الاعتراف ، ولم ذلك بعدد ، والاعتراف يصدق بمرة واحدة ٠

وأما استدلالهم بالقياس فقد قالوا : انـــه حق فيثبت بالاقرار كسائر الحقوق (١) ٠

مناقشـــة الأدلـــة (٢) :

ناقش أصحاب القول الثانى (المالكيـــة والشافعية) أصحاب الق الاول (الحنفية والحنابلة) بما يأتى :

حديث ماعز لا يدل على وجوب الاقرار أربع مرات ، لأن النبى صلى عليه وسلم انما اعرض عنه لأنه شك فى عقله ، ولذلك سأله أبك جنون ؟ فق لا وارسل الى قومه يسألهم عنه فقالوا : لا بأس به ٠

وقالوا ايضا (٣) عن حديث ماعز : انه حديث اضطربت فيه الروا فى عدد الاقرارات ٠

فجاء فيه اربع مرات ومثله فى حديث جابر بن سمرة عند مسلم وف فى طريق اخرى عند مسلم ايضا مرتين او ثلاثا ، ووقـــع فى حديث عن ايضا فى طريق أخرى فاعترفت بالزنا ثلاث مرات، وقوله صلى الله عليه وس فى بعض الروايات : « وقد شهدت على نفسك اربع مرات » حكاية لما وقع م فالمفهوم غير معتبر ، وما كان ذلك الا زيادة فى الاستثبات والتبين ٠

ولو سلمنا انه لا اضطراب ، وانه أقر اربع مرات فقد فعل ذلك ماع من غير ان يأمره النبى صلى الله عليه وسلم به، او يطلبه منه، وتقرير النب

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ١٩٢

(٢) راجع حاشية العدوى على مجموع الامير جـ ٢ ص ٨٧٩ ٣ ومغنى المحتاج جـ / ٤ص ٥٠ وسبل السلام جـ ٤ ص ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠

(٣) من المرجع السابق ص ٧ ، ٨ بتصرف طفيف .

صلى الله عليه وسلم يدل على جواز ذلك منه، ولا يدل على انه شرط،والنزاع فى الاشتراط لا فى الجواز ٠

وأما استدلالهم بالقياس :

أى قياس عدد مرات الاقرار على عدد الشهود فقد قال عنه الامـــام الشوكانى (١) : انه فى غاية الفساد لأنه يلزم من اعتبار الاقرار بالزنا اربع مرات قياسا على عدد الشهود فى الزنا يلزم من ذلك اعتباره مرتين فى الاقرار بالاموال والحقوق ، كالشاهدين ، واللازم باطل باجماع المسلمين ، واذا بطل اللازم بطل الملزوم ٠

وقد اجاب اصحاب القول الاول على هذه الاعتراضات بما يأتى : (٢)

لو سلمنا بأن النبى صلى الله عليه وسلم رد ماعـزا لاستراابة فى عقله فانه لا يوقف علم ذلك على الاربع ، لأن الثلاثة موضوعة فى الشرع لابـــلاء الاعذار كخيار الشرط فقد جعل ثلاثا لأن عندها لا يعذر المغبون ، والمرتد يستحب امهاله ثلاثا ليراجع نفســـه فى شبهته ، فلو لم تكن الاربعة عددا معتبرا فى الاقرار بالزنا لم يؤخر النبى صلى الله عليه وسلم رجمه بعد الثالثة٠

وقالوا : ان قول النبى صلى الله عليه وسلم « انك قد قلتها أربعا فبمن زنيت ؟ » ترتيب للحكم على الاربع وهو مشعر بالعلية ٠

وأما عن الاضطراب فقد أجابوا بأن روايـــة المرتين محمولة على انه اعترف مرتين فى يوم ومرتين فى يوم آخر ٠

والدليل على ذلك ما أخرجه ابو داود عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « جاء ماعز الى النبى صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنا مرتين فطرده ثم جاء فاعترف بالزنا مرتين ،وأما رواية الثلاثة فلعل الراوى اقتصر

---

(١) راجع نيـل الاوطار ج ٧ ص ١١٠ ، ١١١

(٢) راجع فتح القدير ج / ٥ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ونيل الاوطار ج ٧ ص ١٠٩ ، ١١٠

فيها على المرات التى رده فيها ، فانه لم يرده فى الرابعة بل استثبت و
عن عقله ثم رجمه ٠

ثم اعترضوا على أدلة اصحاب القول الثانى (١) كما يأتى :

اعترضوا على الاستدلال بحديث « واغد يا انيس الى امرأة هذ
اعترفت فارجمها » بأن عدم ذكر مرات الاقرار لا يدل على عدم اعتبار
لأن المراد بالاعتراف الاعتراف المعهود بين الصحابة ٠

وأما الغامدية فقد قالوا : انها لم تقر مرة واحدة ، بل أقرت ار
مرات ويدل على ذلك ما عند أبى داود والنسائى « كان اصحاب رسول
صلى الله عليه وسلم يتحدثون ان الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعـ
اعترافهما لم يطلبهما ، وانما رجمهما بعد الرابعة » فهذا نص فى اقرا
أربعا ، غاية ما فى الباب انه لم ينقل تفاصليهما وكثيرا ما يحـــذف ال
بعض صورة الواقعة ٠

واما حديث عمر وغيره من الاحاديث التى تذكر الاعتراف دون تق
بعدد فقد قال عنها ابن قدامه(٢): « فأما احاديثهم فان الاعتراف لفظ المـ
يقع على القليل والكثير ، وحديثنا (٣) يفسره ويبين ان الاعتراف الذى
به كان أربعا » ٠

الترجيـــح :

أرى ان الراجح ما ذهب اليه المالكية والشافعية من ان الاعتراف
واحدة موجب لحد الزنا ٠

---

(١) المرجـع الســابق

(٢) المغنى جـ / ٨ ص ١٩٢

(٣) يشير بذلك الى حديث ماعز ، وقد سبق ذكر اعتراض المالكية والشـافعية عليه ٠

وذلك بناء على الأدلة التى استندوا اليها ، وأما حديث ماعز الذى لم نجد للحنفية والحنابلة دليلا اقوى منه فقد احسنوا فى الاجابة عنه ٠

واذا كان الشارع قد أوجب فى بينة الزنا اربعـــة شهود فما ذلك الا للتثبت وحتى لا يتجاسر الناس على رمى بعضهم بعضا بهـــذه الفاحشة ، ولكيلا تكون ارواح الناس واعراضهم لنيـــل المغرضين ، وللتستر على من ابتلى بهذه الفاحشة ٠

أما من جاء بكامل عقله ووعيه طائعا مختارا ليقر على نفسه بالزنـــا اقرارا صريحا فاثبات الزنا عليه لا يحتاج الى التثبت بتكـــرار الاقرار ، والعاقل لا يتهم بالاضرار بنفسه ٠

تعـــدد المجالس :

علم مما تقدم ان الحنفية والحنابلة يشترطون فى ثبوت الزنا بالاقرار أن يكون الاقرار اربع مرات ٠

لكن هل يشترط تعدد المجالس بتعدد الاقرارات أم لا ؟

اختلفوا فى ذلك ٠

فذهب الحنفية الى اشتراط تعدد المجالس بحيث انه لو أقر اربع مرات فى مجلس واحد اعتبر ذلك كالاقرار الواحد (١) ، وذهب الحنابلة الى عـــدم اشتراط ذلك ، فالاقرار بالزنا اربع مرات يثبت به الحد سواء أكـــان ذلك فى مجلس واحد ام كان فى مجالس متعددة (٢) ٠

---

(١) راجع الهداية وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ؛ ٢٢٢ ورد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٢٢ والمغنى جـ ٨ ص ١٩١ و ١٩٢ و ١٩٣ ٠

(٢) المرجع السابق وكشاف القناع جـ ٤ ص ٥٩

الأدلـــــة :

استدل الحنفية بما يأتى :

روى ابن حبان فى صحيحه من حديث أبى هريرة قـــال : « جاء ماع
ابن مالك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « ان الابعـــد زنى فقال له
ويلك وما يدريك ما الزنا؟ فأمر به فطرد واخرج، ثم اتاه الثانية فقال مث
ذلك، فأمر به وطرد واخرج، ثم اتاه الثالثة فقـــال مثل ذلك فأمر به وطر
وأخرج ثم اتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال : أدخلت وأخرجت ؟ قال : نع
فأمر به ان يرجم » ٠

ووجه الدلالة من هذا الحديث : ان لنبى صلى الله عليه وسلم طرد
فى المرات الثلاث ، وفى المرة الرابعة سأله : أخرجت ودخلت ؟ فهذا يدل ع
أشتراط تعدد المجالس بتعدد الاقرارات ٠

واستدلوا كذلك :

بما رواه مسلم عن ابى بريده « ان ماعزا أتـــى النبى صلى الله عل
وسلم فرده ، ثم اتاه الثانية من الغد فرده ، ثم ارسل الى قومـــه فسألهم
هل تعلمون بعقله بأسا؟ فقالوا : ما نعلمه الا وفى العقـــل من صالحينا
فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا فسألهم فاخبروه انه لا بأس به ، ولا بعق
فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجمه » ٠

ووجه الدلالة من هذا الحديث واضح فانه قد صرح فى هذا الحديث ان
بين الاقرار الاول والثانى يوما وبين الثانى والثالث يوما ، وانـــه بين المر
الثانية والثالثة وبين الثالثة والرابعة كان يرسل لقومـــه ويسألهم ، فهذ
دليل على ان المجالس قد تعددت ٠

وأما الاحاديث الاخرى التى لم يذكر فيهـــا تعدد المجالس مثل فأقر
اربع مرات ، فانها تحمل على ان كل اقرار كان بمجلس ٠

كما استدل الأحناف على مذهبهم بأن لاتحاد المجلس أثرا فى جمع المتفرقات فعند اتحاد المجلس تتحقق شبهة الاتحاد فى الاقرار ٠

المقصود من تعدد المجالس :

المقصود من تعدد المجالس اختلاف مجالس المقر ، بأن يخرج حتى يتوارى عن بصر القاضى ، ثم يعود فيقر مرة اخرى ٠

هذا هو الصحيح عند الاحناف القائلين بتعدد المجالس ٠

وقيل ان المراد بتعدد المجالس اختلاف مجالس القاضى بمعنى ان يقع كل اقرار فى مجلس مستقل من مجالس القاضى ، فلو أقر ثم عاد فأقر مرة اخرى والقاضى لا يزال فى مجلسه (١) اعتبر اقرارا واحدا ٠

واستدل الحنابلة لمذهبهم بما يأتى :

روى البخارى ومسلم عن ابى هريرة رضى الله عنه انه قال : « اتى رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال: انى زنيت فأعرض عنه فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه النبى صلى الله عليه وسلم فقال: أبك جنون؟ قال: لا، قال: هل احصنت؟ قال نعم٠ قال : اذهبوا به فارجموه ٠

ووجه الدلالة من هذا الحديث ، أن النبى صلى الله عليه وسلم أعرض عنه حتى أقر اربع مرات ، فظاهر ذلك انه أقر اربع مرات فى مجلس واحد ٠

وأما الغامدية فقد أقرت فى اربعة مجالس فدل ذلك على ان الاقرار اربع مرات فى مجلس واحد او فى مجالس متعددة سواء فى ثبوت الزنا ٠

واستدلوا كذلك بأن الاقرار احدى حجتى الزنا فيكتفى به فى مجلس واحد كالبينة ٠

---

(١) يمكن تفسير مجلس القاضى الان بانعقاد الجلسة فى المحكمة

وقالوا : ان الحديث الصحيح يدل على ان ماعزا اقر اربع مرات ف
مجلس واحد ٠

مناقشـــة أدلـــة الحنـــابلة :

ناقش الحنفية الحنابلة فيما استدلوا به فقالوا : ان حديث ماعز هذ
الذى استدلوا به لا يدل على عدم اشتراط تعدد المجالس وهو محمول على انه
شهد على نفسه اربع مرات فى اربعة مجالس ٠

واعترضوا على قول الحنابلة : ان الاقرار كالشهادة فى عدم اشتراط
تعدد المجالس ، بأن هناك فرقا بين الاقرار والشهادة :

« فان الاربع فيها اعتبر فى مجلس واحد ، حتى لو جاءوا فى مجالس
حدوا لأنها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا ، بخـــلاف اقرار
المقر فانه من واحد ، فأمكن فيه اعتبار الاتحاد فى اتحـاد المجالس فاعتبر
كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط » (١)

التـــرجيـــح :

سبق أن رجحت رأى المالكية والشافعية بعدم اشتراط تعدد الاقرار ،
والكلام فى تعدد المجالس انما هو بين الحنفية والحنـابلة القائلين باشتراط
تعدد الاقرار ، اذ ان الكلام فى تعدد المجالس متفرع عن تعدد الاقرار ٠ ولكن
على فرض التسليم بتعدد الاقرار ، فان الراجح عدم اشتراط تعدد المجالس
فالمجلس الواحد والمجالس المتعددة سواء فى صحة الاقرار ٠

وقد اوضح هذا الامام الشوكانى وأتى بالادلة التى لم يبق معها كلام
فقال (١) :

« لو فرضنا اشتراط كون الاقرار اربعـــا لم يستلزم كون مواضعه

---

(١) فتح القـدير ج / ٥ ص ٢٢٢
(١) نيـل الاوطار جـ ٧ ص ١١١

متعددة ، اما عقلا فظاهر ، لأن الاقرار اربـــع مرات واكثر منها فى موضع واحد من غير انتقال مما لا يخالف فى امكانه عاقل · وأمـــا شرعا فليس فى الشرع ما يدل على ان الاقرار الواقع بين يديه صلى الله عليه وسلم وقع من رجل فى اربعة مواضع فضلا عن وجود ما يدل على ان ذلـــك شرط ، واكثر الالفاظ فى حديث ماعز بلفظ « أنه اقر اربع مرات ، وشهد على نفسه اربـــع شهادات » ·

وأما الرد الواقع بعد كل مرة كما فى حديث أبى بكر المذكـور فليس فى ذلك انه رد المقر من ذلك الموضع الى موضع آخر، ولو سلم فليس الغرض من ذلك الرد هو تعدد المجالس ، بل الاستثبات كما يدل على ذلك ما وقع منه صلى الله عليه وسلم من الالفاظ الدالة على ان ذلك الرد لأجله· ومما يؤيـد ذلك حديث ابن عباس المذكور فى الباب ، فان فيه « أنه جاء اليوم الاول فأقر مرتين فطرده ، ثم جاء اليوم الثانى فأقر مرتين فأمر برجمه »· وهكذا يجاب على الاستدلال بما روى نعيم بن هزال أنه صلى الله عليه وسلم أعرض عـن ماعز فى المرة الاولى ، والثانية ، والثالثة كما اخرجه ابو داود واخرجـــه ايضا أبو داود والنسائى من حديث ابى هريرة · والاعراض لا يستلزم ان تكون المواضع التى أقر فيها المقر اربعة بلا شك ولا ريب ، ولو سلم انـــه يستلزم ذلك بقرينة ما روى أنه جاء من جهة وجهه أولا ، ثم من عن يمينه، ثم من عن شماله ، ثم من ورائه ، وسيأتى قريبا انه كان يقر فى كل مرة من جهة غير الجهة الاولى ، فهذا ليس فيه ايضا أن الاعراض لقصد تعـــدد الاقرار او تعدد مجالسه ، بل لقصد الاستثبات كما سلف · « انتهى »

الشـــرط الثـــانى :

أن يكون الاقرار صريحا ·

ذهب أبو حنيفة (١) الى انه يشترط فى الاقرار بالزنا ان يكون صريحا،

---

(١) راجع رد المحتار حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢١ وفتح القدير جـ / ٥ ص ٢١٨ ·

احترازا عن اقرار الأخرس بالاشارة ، او الكتابة ، فانه لا يعتبر· وذلك لان الاشارة تحتمل ما فهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة فى درء الحد ·

وأما الأئمة الثلاثة (١) فقد اتفقوا على أن اشارة الاخرس ان فهمت كانت مقيدة كالقول ، لان الاخرس يصح اقراره بغير الزنا ، ومن صح اقراره بغير الزنا صح اقراره بالزنا ، أما ان لم تفهم اشارته فلا يتصور اقراره اتفاقا ·

الترجيـــــح :

يبدو لى ان رأى ابى حنيفة ارجح بالنسبة للاشارة ، لأن المقر بالزنا يطلب منه ذكر حقيقـــــة الزنا ، ومن العسير على الاخرس أن يبين ذلـــك بالاشارة ، ومن العسير على القاضى ان يفهم ذلك منه ·

أما ان كان يستطيع الكتـــابة فينبغى فى هذه الحالة العمـــل برأى الجمهور،لانه يمكن للقاضى ان يستفسر منه عما يشاء بالكتابة،وبها تزول كل شبهة ، ويكون اقراره مساويا لاقرار الناطق ، بـــل ان الكتابة قد تكون اقوى ، لان الانسان عندما يكتب يفكر اكثر من تفكيره عند الكلام ·

الشـــرط الثـــالث :

أن لا يكذبه الآخر :

ذهب ابو حنيفة (٢) الى اشتراط ذلك ، فمن اقر بأنه زنى بفلانة فكذبته فلا حد عليه، وكذلك اذا اقرت المرأة انها زنت بفلان فكذبها فلا حد عليها·

وذهب الصاحبان ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة(٣) الى وجوب الحد على المقر بالزنا ولو كذبه الآخر ·

---

(١) راجع المغنى جـ٨ ص١٩٥ ، ١٩٦ ،وكشاف القناع جـ/٤ ص٥٩ ومغنى المحتاج جـ/٤ص١٥٠

(٢) راجع رد المحتار وحاشية ابن عابدين جـ/٣ ص ٢٢١ ، ٢٢٢ ،وفتح القدير جـ /٥ص٢٢٣

(٣) راجع المصـدرين السابقين والمغنى جـ/٨ ص ١٩٣ ، ١٩٤ وكشاف القناع جـ/٤ ص ٥٩ ومغنى المحتـاج جـ / ٤ ص ١٥٠

وقد استدلوا بما رواه ابو داود واحمد عن سهل بن سعد ان رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : انه قد زنى بامرأة سماها فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم الى المرأة فدعاها ، فسألها عما قال فانكرت فحده وتركها ٠

ووجه الدلالة من هذا الحديث ان النبى صلى الله عليه وسلم حد المرجل المقر بالزنا مع انكار المرأة التى قال الرجل أنه قد زنى بها ، فدل ذلك على أن المقر بالزنا يحد ولو انكر شريكه ٠ ولكن هذا الحديث فيه مقال (١)٠

واستدلوا بأن عموم الخبر يدل على وجوب الحد على من اقر بالزنا ، وانتفاء ثبوته فى حق المنكر لا يبطل اقرار المقر ٠

وقد قال عمر : « ٠٠٠ اذا كان الحبل ، او الاعتراف » ٠

واستدل ابو حنيفة على عدم وجوب الحد بأن الزنا لا يتصور الا من شخصين ، ونحن قد صدقنا المرأة فى انكارها فـــلا يثبت على الرجل ، او صدقنا الرجل فى انكاره فلا يثبت على المرأة فى الصورة الثانية ٠

وأجيب على ذلك بأننا لم نصدق المنكر فى انكاره ، وانما سقط الحد عنه لعدم وجود المقتضى وهو : الاقرار ، او البينة كما لو سكت ، او لم تكمل البينـــة ٠

هذا وقد زعم ابن قدامة ان أبا يوسف وافق أبا حنيفة فى عدم وجوب الحد حيث قال(٢) : «فان اقر انه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة وابو يوسف لا حد عليه الخ ٠٠ » ٠

لكن بالرجـــوع الى مرجعين من اهم مراجـــع الاحناف وجدت ان

---

(١) راجع نيـل الاوطار جـ/٧ ص ١٢٠

(٢) المغنى جـ / ٨ ص ١٩٣٨ ٠

ابا يوسف لم يوافق ابا حنيفة ، بل وافق الجمهور فى وجوب الحد ٠

قال ابن الهمام فى فتح القدير: (١) « ولو اقر انه زنى بفلانـــة فكذبته وقالت : لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابى حنيفة وقالا : يحد ٠ وعلى هـــذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر تحد هى عندهما لا عنده » ٠

وقال ابن عابدين فى حاشيته (٢) : « فلو أقر بالزنـــا بفلانة فكذبتـه درىء الحد عنه، سواء قالت تزوجنى، او لا اعرفه اصلا، وعليه المهر ان ادعته المرأة، وان أقرت بالزنا بفلان فكذبها فلا حد عليها ايضا عنده ، خلافا لهما فى المسألتين » ٠

وواضح من هذين النصين ان الصاحبين يوافقـــان الجمهور ، اذ الضمير فى قول ابن الهمام: « وقالا »وفى قول ابن عابدين: « خلافـــا لهما» يعود الى الصاحبين (ابى يوسف ومحمد) كما جرى على ذلك اصطلاحهما٠

وبهذا استطيع ان اقول : ان ابا يوسف موافـــق للجمهور مخالف لأبى حنيفة فى هذه المسألة ٠

الترجيـــح :

رأى الجمهور هو الراجـــح لما استندوا اليـــه من الأدلة ، ولأن الاحاديث الدالة على ثبوت الحد بالاقـــرار لم يأت فيها أن اقامة الحد على المقر مشروط بتصديق المطـرف الآخر ٠

وقد حكم النبى صلى الله عليه وسلم فى قضية العسيف ان عليه الحد (الجلد، والتغريب) ثم قال : « واغد يا أنيس الى امرأة هذا ، فان اعترفت فارجمها»، ولم يجعل اقامة الحد على الرجل متوقفة على اعتراف المرأة،فلو كان

---

(١) فتح القدير جـ / ٥ ص ٢٢٣

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢١ ، ٢٢٢ ٠

أنكارها مسقطا للحد عن الرجل لقال له النبى صلى الله عليه وسلم : انتظر حتى نسأل المرأة عمـــا اذا كانت تصدق ابنك أم لا ؟

وليس من المعقول أن يقال لمن اعتـــرف على نفسه بالزنا كذبت ، او اعترافك فيه شبهة ، ولا حد عليك لا لشىء الا لأن الطرف الآخر قد انكر ما نسب اليه ٠

الشـــرط الرابـــع :

ان يسأله الامام عن الأمور الآتية :

(١) ما هو الزنا ؟

(٢) وكيف هو ؟

(٣) واين هو ؟

(٤) ومتى زنا ؟

(٥) وبمن زنا ؟

هكذا ذهب الاحناف (١) والمقصود من السؤالين الاولين التحقق من الايلاج وانه كان طائعا ، اذ يحتمل انه قد ظن ان مماسة الفرجين حراما بغير ايلاج يعتبر زنا ٠

أو يكون قد أكره على الزنا فظن ان الاكراه لا يمنع من اقامة الحد ٠

فاذا بين ذلك زالت هذه الاحتمالات ٠

والمقصود من السؤال عن المكان التحقـــق من ان زناه وقع فى دار الاسلام، اذ يحتمل ان يكون قد زنا فى دار الحرب، وهـو لا يوجب حدا عند الاحناف ٠

---

(١) راجع رد المحتار على الدر المختار وحاشية ابن عـابدين — ج ٣ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ ٠

والمقصود من السؤال عن الزمان ، التحقق من ان زناه كان بعد بلوغه اذ يحتمل ان يكون قد زنى فى صباه فظن ان ذلك موجب للحد بعد بلوغه فاذا بين تاريخ زناه زال هذا الاحتمال ٠

والمقصود من السؤال عمن زنى بها ، التحقق من انه زنى بمن يوجب زناه بها الحد ، لئلا يكون قد زنى بجارية ابنه ، او وطىء زوجته او جاريته فى الحيض فظن ان هذا الوطء المحـــرم يعتبر زنا ٠

فان قال لا اعرف من زنيت بها وجب الحد ، لأن الانسان لا يجهـل زوجته أو أمته او أمة ابنه فى العادة ٠

وقد استدل الأحناف على اشتراط ذكر هذه الامـور فى الاقرار بالزنا بأدلة بعضها عام فى هذه الامور الخمسة وبعضها خاص ببعض هذه الامور٠

اما الدليل العام فهو ان الاحتياط فى ذلـك واجب ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله ، فان الامام ان يخطىء فى العضو خير من ان يخطىء فى العقوبة» رواه الترمذى عن عائشة رضى الله عنها ٠

وهذا الحديث وان كان فيه مقال ، الا أن هذا الحكم وهو درء الحدود مجمع عليه ٠

قال ابن الهمام : (١) « ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى » اى اقوى من سند هذا الحديث ٠

أما الأدلة الخاصة ببعض هذه الامور فمن ذلك مـا اخرجه ابو داود والنسائى عن ابى هريرة رضى الله تعالى عنه قال:«جاء الاسلمى الى نبى الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه اصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه ، فأقبل فى الخامسة فقال : انكحتها؟ قال نعم ٠ قال: حتى

---

(١) فتح القـدير جـ / ٥ ص ٢١٧

غاب ذلك منك فى ذلك منها ؟ قال : نعم. قال كمـــا يغيب المرود فى المكحلة، وكما يغيب الرشاء فى البئر ؟ قـــال : نعم ، قال : فهل تدرى ما الزنـــا ؟ قال : نعم ، اتيت منها حراما مثل ما يأتى الرجل من امرأته حلالا ، قال فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرنى فأمر به فرجم ... الحديث » .

فهذا الحديث يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم استفسر من المقر عن حقيقة الزنا وكيفيته .

وهناك حديث آخر يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم استفسر عن الزنى وهو ما اخرجه ابو داود عن يزيد بن نعيم بن هـــزال عن ابيه قال : « كان ماعز فى حجر أبى ، فأصاب جارية من الحـــى ، فقال له أبى : ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت فلعله يستغفر لك ، قـال فأتاه فقال : يا رسول الله انى زنيت فأقم على كتاب الله فاعرض عنه ، فعاد حتى قالها اربع مرات فقال عليه الصلاة والسلام انك قد قلتهـا اربع مرات فبمن زنيت ؟ قال : بفلانة ... الحديث » .

وواضح من هذا الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم سأل مـاعزا عمن زنى بها وهذا يدل على ان الامام يجب عليه ان يسأل عن المزنى بها .

هذا هو مذهب الحنفية ، ولننظر بقية المذاهب .

أما ذكر حقيقة الزنا ، وبيان انه أدخل ذكره فى فرجها فقد اشترطـه ايضا الشافعية والحنابلة ، غير انهـــم اختلفوا فى اشتراط التشبيه بالمرود والمكحلة ، فظاهر مذهب الاحناف اشتراط ذلك .

واشترط الشافعية (١) ذلك ايضا ، الا أنهم قالوا : اذا كـان الشهود عارفين بالحكم ، وقالوا : انه زنى بها زنا يوجب الحد فان ذلك يكفى . ثم احالوا الاقرار على الشهادة أى سووا بينهما ، وعلى ذلك فان المقر

---

(١) راجع مغنى المحتاج جـ / ٤ ص ١٤٩ ، ١٥٠

بالزنا يشترط فى صحة اقراره ان يذكر المرود والمكحلة الا اذا كان عارف بالحكم فانه يكفى ان يقول : زنيت بها زنا يوجب الحد ·

واما الحنابلة (١) فلم يشترطوا ذلك وقالوا ان ذكر هذه العبارة زيادة تأكيد ·

واما المالكية فلم يشترطوا شيئا من هذه الامور الخمسة بل لم يتعرضوا لها اطلاقا فيما اطلعت عليه من كتبهم (٢) ·

وأما ذكر المزنى بها فقد وافق الشافعية الحنفية فى اشتراطه غير أنهم يرون انه يكفى ان يقول زنيت بها زنا يوجب الحد ان كان عارفا بحكم الزنا

واما الحنابلة فلم يشترطوا (٣) التصريح بالمزنى بها مستدلين على عدم اعتبار ذكر ذلك بحديث أبى داود عن سهل بن سعد والذىجاء فيه ان النبى اقام الحد على الزانى مع انكار المزنى بها · واما ذكر المكان فقد اشترطه الشافعية ايضا ولم ينصوا على اشتراط الزمان ، كما لم ينص الحنابلة على اشتراط الزمان أو المكان ·

الشرط الخامس :

أن لا يرجع المقر عن اقراره ·

اذا أقر بالزنا ثم رجع عن اقراره قبل اقامة الحد ، أو فى اثنائه سقط الحد عند الحنفية والشافعية والحنابلة واكثر المالكية (٤) ·

---

(١) راجع المغنى ج / ٨ ص ١٩٣ وكشاف القناع ج ٤ ص ٥٩

(٢) راجع ثبوت الزنا بالاقرار فى كل من حاشية الدسوقى على الشرح الكبير وحاشية الخرشى وحاشية العدوى عليها ومجموع الامير وعليه حاشية ضوء الشموع وحاشية العدوى ، والحطاب والمواق بهامشه ومنح الجليل للشيخ عليش ·

(٣) راجع شرح المنتهى للشيخ منصور بن ادريس البهوتى الحنبلى بهامش كشاف القناع ج / ٤ ص ٨٦

(٤) راجع الهداية وفتح القدير ج ٥ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ورد المحتار وحاشية ابن عابدين ج ٢

وذهب أشهب وابى عبد الملك (من المالكية) الى ان المقر بالزنا اذا رجع عن اقراره لشبهة سقط عنه الحد ، اما اذا كان رجوعـه لغير شبهة فلا يعذر بل يقام عليه الحد ، وهذا القول مروى عن مالك ايضا ٠

الأدلـــــة :

استدل الجمهور على ان الحد يسقط بالرجوع بما روى فى قصة ماعز انه قال : ردونى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلم يسمعوا له وقتلوه فلما بلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم قال: «هل تركتموه يتوب فيتوب الله عليه؟»

وفى رواية لأبى داود عن جابر انه قال: « كنت فيمة رجم المرجل، انـا لما خرجنا به فرجمناه فوجد مس الحجارة صرخ بنا يا قوم ردونى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قومى قتلونى وغرونى من نفسى ، واخبرونى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتلى ، فلم ننزع عنه حتى قتلناه ، فلمـا رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبرنـــاه قال : فهل تركتموه وجئتمونى به؟ ليستثبت رسول الله صلى اللهعليه وسلم منه، فأما ترك حد فلا»

ووجه الدلالة : ان النبى صلى الله عليه وسلم عاتب الذين اقاموا الحد على ماعز لأنهم اتموه عليه بعد ان رجع عن اقراره وطلب الرجوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ٠

فلو لم يكن مقبولا لما عاتبهم النبى صلى الله عليه وسلم لانه لا فائدة فى رده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عند قبول رجوعه ٠

غير ان هذا الحديث غير واضح الدلالـــة على قبول رجوع المقر لانه يحتمل ان يكون النبى صلى الله عليه وسلم قد قال لهم ذلك ، لانه كان يريد ان يسمع لماعز ، فلعله ان يكون عنده شبهة لم يذكرها ، ويريد ذكرها الآن ٠

= ص ٢٢٣ ، ومغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٥٠ وكشاف القناع جـ ٤ ص ٥٩ وحاشية الخرشى جـ ٨ ص ٨٠ ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ / ٤ ص ٣١٨ و ٣١٩ ٠

وقد صرح بذلك جابر رضى الله تعالى عنه فى روايـــة ابى داود ال
تقدمت حيث قال : « ليستثبت رسول الله صلى الله عليه وسلم منه ، فأما ت
حد فـــلا » ٠

قال الشوكانى (١) معلقا على قول جابر ليستثبت ٠٠ الخ « هـــذا
كلام جابر ، يعنى إن النبى صلى الله عليه وسلم انما قال كذلك لأجل الاستث
والاستفصال فان وجد شبهة يسقط بها الحد أسقطها لأجلها ، وان لم يج
شبهة كذلك اقام عليه الحد، وليس المراد ان النبى صلى الله عليه وسلم أمر
ان يدعوه ، وان هرب المحدود من الحد من جملة المسقطات ، ولهـــذا قال
« فهلا تركتموه وجئتمونى به ؟ » ٠

هذا كما استدل الجمهور على مذهبهم فى قبول الرجوع : بأن رجوع الم
عن اقراره وتكذيب نفسه محتمل للصدق فيكون شـــبهة ، والحدود تد
بالشبهات ٠

وقد استدلوا ايضا على مذهبهم : بأن الاقرار احـــدى بينتى الحد ، فيس
بالرجوع عنه كالبينة اذا رجعت قبل اقامة الحد » (٢) ٠

هذا حكم الرجوع عن الاقرار ، واما الهروب من الحـــد فهل يعت
كالرجوع أم لا ؟ ٠

اختلف العلماء فى ذلك :

فذهب الحنابلة والحنفية (٣) الى أن الهروب من الحد الثابت بالاقر
كالرجوع عن الاقرار فيسقط الحد بالهروب منه كما يسقط بالرجوع عن الاقرار

وذهب الشافعية على الأصح ، والمالكية على ما حققـه المتأخرون (

---

(١) نيـل الاوطـار جـ ٧ ص ١١٦
(٢) المغنى جـ ٨ ص ١٩٧
(٣) راجع كشاف القنـاع جـ ٤ ص ٥٩ الدر المختـار وحاشية ابن عـابدين جـ ٢ ص ٣٢
(٤) راجع مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٥١ وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣١٩

الى ان مجرد الهروب من الحد لا يعتبر رجوعا ، فـــلا يكون مسقطا للحد ، ويجب ان يستفسر منه فان تبين انه هرب خوفا من الألم أقيم عليه الحد ، وان تبين انه رجع عن اقراره سقط عنه الحد ٠

وهذا بالنسبة للمالكية مفرع على القول بأن الرجوع مسقط للحد مطلقا سواء كان لشبهة أم كان بدون شبهة ٠

أما على القول الآخر القائل بأن الرجوع لغير شبهة لا يقبل فان الهارب من الحد لا يسقط عنه الحد الا اذا رجع لشبهة ٠

هذا وقد فرق الخرشى (١) فى حاشيته بين الهروب قبل اقامة الحـــد والهروب فى اثنائه ، وتبعه بعض فقهاء المذهـــب ، فرأوا ان الهروب فى اثناء الحد مسقط له ، وأما الهروب قبل اقامة الحد فلا يعتبر رجوعا ٠

قال العدوى (٢) معلقا على ذلك : « قد يقول قائل ان الاشبه هو العكس وأما هروبه بعد الحد فقد يدعى انه لاجل العذاب فقط » ٠

قلت : لعل الدافع لهم على هذه التفرقة الغريبة ، وعلى هذا التعليل الأغرب ، لعل الدافع لهم على ذلك هو ان هروب ماعز كان اثناء الحد ٠

لكن محققى المالكية يرون ان الهروب قبـــل اقامة الحد ، او فى اثنائه سواء ــ كما سبق ان ذكرت ــ وأن الهارب يستفسر منه ، فان رجع عن اقراره قبل منه ، وان تبين ان هروبه كان خوفا من العذاب أقيم عليه الحد ٠

قال الدسوقى (٣) فى حاشيته على الشرح الكبير : « والحق ــ كما يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ماعز بن مالك لما هرب فى اثناء الحد فاتبعوه ، فقال ردونى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يردوه ورجموه

---

(١) راجع حاشية الخرشى ج ٨ ص ٨٠

(٢) المرجـع الســابق

(٣) ج / ٤ ص ٣١٩

حتى مات ، ثم اخبروا النبى بقوله فقال : هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب
عليه ـ أن الهارب سواء كان قبل الحد او فى اثنائه يستفسر ، فان كـــ
اقراره ترك ، لا ان كان لمجرد الخوف أو الألم » ٠

الترجيـــح :

اننا لا نجد نصا صريحا ، ولا قياسا صحيحا فى اعتبـــار الرجوع
الاقرار مسقطا للحد مطلقا ٠

فحديث ماعز ليس صريحا ن الدلالة على ذلك كما سبق ذكـره من كا
جابر رضى الله عنه ، وتعليق الامام الشوكانى عليه ٠

وأما قياس الاقرار على الشهادة فى الرجوع فقياس مع الفارق لأن رجو
المشهود، او بعضهم يدل على انهم كانوا كاذبين فيما شهدوا به، او على الا
يحتمل ذلك احتمالا قويا ، لان الشخص قد يشـــهد على غيره زورا لامر
نفسه٠ لكن رجوع المقر عن اقراره دون شبهة لا يـــدل على انه كانكاذبا
اقراره ، لأن الشخص العاقل لا يكذب على نفسه بما فيه هلاكه ، أو ضـــر
والتشهير به ٠

ولذلك فان الشهود اشترطت فيهم العدالة باتفاق العلماء ، أما الاقر
فلم يشترط احد فى صاحبه العدالة ٠

لهذا كله فانى أرى ان الارجح ، والاقرب الى روح الشـــريعة بالنسـ
للرجوع عن الاقرار بالزنا هو ما ذهب اليه بعض المالكية من التفصيل بين م
رجع لشبهة كقوله وطئت جارية ابنى مثلا فظننت ذلك موجبا للحد، وبين م
رجع لغير شبهة كقوله : كذبت على نفسى ، او لم يقع منى اقرار٠

فالاول يقبل رجوعه ويدرأ عنه الحد ، والثانى لا يقبل رجوعه ويقـ
عليـــه الحـــد ٠

واما الهروب من الحـــد ، فانى ارجح فيه ما حققه المالكية وصحح

الشافعية من ان الهارب يسأل فان تبين انه هرب خوفا من العذاب اقيم عليه الحد ، وان تبين انه قد رجع عن اقراره عومل بما يعامل به الراجع عن اقراره ٠

وسبق ان اخترت ان الرجوع عن الاقرار لا يكون مسقطا للحد الا اذا كان لشبهة ٠

الشـــرط الســـادس :

ان يبدأ الامـــام بالرجم :

ذهب الحنفية (١) الى انه اذا كان حد المقر بالزنا الرجم ، فانه يشترط ان يبدأ الامام بالرمى، ثم يليه الناس٠ فان لم يبـــدأ الامام بالرمى لم يجز للناس رميه ٠

وذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة الى عدم اشتراط ذلك (٢) ٠

الأدلـــــة :

استدل الحنفية على مذهبهـــم بما رواه عبد الرحمن بن عبـــدالله بن مسعود عن على رضى الله عنه انه قال : « أيها الناس ان الزنا زناءان : زنا سر ، وزنا علانية ، فزنا السر ان يشهد الشـــهود فيكون الشهود اول من يرمى ، ثم الامام، ثم الناس، وزنا العلانية ان يظهر الحبل، أو الاعتراف ، فيكون الامام اول من يرمى » قال : وفى يده ثلاثة احجار فرماها بحجـــر فأصاب صدغها ، فاستدارت ، ورمى الناس بعدد » ٠

وروى عن الشعبى انه قال : « كان لشراحة زوج غائب بالشام ، وانها

---

(١) راجع فتح القدير جـ٥ ص ٢٢٦، ٢٢٧ والدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٢٢٤، ٢٢٥٠

(٢) راجع المغنى جـ ٨ ص ١٧٠ ؛ ١٧١ حاشـــية الخرشى جـ ٨ ص ٨٠ ومغنى المحتـــاج جـ / ٤ ص ١٥٢

حبلت فجاء بها مولاها ، فقـــال : ان هذه زنت ، فاعترفت ، فجلدها يـــو
الخميس ورجمها يوم الجمعة ، وحفر لها الى السرة وأنـــا شاهد ثم قال
الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو كان شهد على هذه اح
لكان اول من يرمى الشاهد ، يشهد ثم يتبع شهادته حجره، ولكنها اقرت
فانا اول من يرميها فرماها بحجر ، ثم رماها الناس » .

وجـــه الدلالـــة :

أن عليا كرم الله وجهه صرح بأن الزنا الثابت بالاقرار يبدأ فيه الامـام
بالرجم ثم يتبعه الناس. فدل ذلك على ان بدء الامام شرط فى اقامة حد الرج
الثابت بالاقرار . وقد أوردوا اعتراضا على مذهبهم ثم اجابوا عنه .

وحاصل الاعتراض والجواب عنه ما يأتى :

مقتضى هذا الشرط انه اذا امتنع الامام لم يجز للناس رجمـــه ، ول
أمرهم بذلك،لعلمهم بفوات شرط الرجم،فكيف يصح ذلك مع ان النبى صلى الله
عليه وسلم لم يحضر ماعزا وهذا أمر مقطوع به ؟ (١) .

والجواب هو ان حقيقة ما يدل عليه قول على كرم الله وجهه ان الامام
يجب عليه ان يبدأ بالرمى فى حالة الاعتراف ، لينكشف للناس عدم تساهله
فى بعض شروط القضاء والحد ، فاذا امتنع عن الرمى ظهرت امارة الرجوع
وامتنع الحد لظهور الشبهة .

وهذا منتف فى حق النبى صلى الله عليه وسلم ، أى انه لا يتصور ان
يتهم بشىء من ذلك . وهو جواب فى غاية الوجاهة .

أدلـــة الجمهـــور :

استدل المالكية، والشافعية ، والحنابلة على مذهبهم بالسنة والقياس.

---

(١) بدليل أن ماعزا قال ردونى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

أما السنة : فـــان النبى صلى الله عليه وسلم قد أمر برجم ماعـــز والغامدية ولم يحضرهما ٠

وقال : «واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» ولم يقل له فاعلمنى حتى احضـــر ٠

وقد اجاب الاحناف عن هذا اجابة فى غاية الوجاهة كما سبق ٠

واما القياس : فقد قاسوا الرجم على الجلد فكما لا يشترط بدء الامام فى الجلد لا يشترط بدؤه فى الرجم ٠

ويمكن الرد على ذلك بأن الرجم ينبغى فيه الاحتياط اكثر من الجلد، لأنه اتـــلاف نفس ٠

اجابة الجمهور على دليل الاحناف :

اجابوا على الاستدلال بحديث على كـــرم الله وجهه بأنه لا يـــدل على الوجوب بل على المشروعية فقط ولا خلاف فى ان ذلك مستحب ٠

وقد روى ابو بكر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه رجم امرأة فحفر لها الى التندوة ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ، ثم قال : « ارموا واتقوا الوجه » اخرجه ابو داود ٠

اذن فالذين لا يقولون بوجوب بدء الامام بالرجم يقولون باستجبابه ٠

ويبدو لى ان رأى الأحناف ارجح صونا للنفوس ، وليتثبت الامـــام فيما يوجب الحد ٠

الفصل الثانى

ثبوت الزنا بطريق البينة

وفيه مبحثان :

المبحث الاول : فى تعريف البينة وحجيتها

المبحث الثانى : فى شروطها

المبحث الأول

تعريف البينة وحجيتها

المراد بالبينة الشهود ، وسمى الشهود بينة لان بهم يتبين الحق ·

تعريف الشهادة :

الشهادة فى اللغة هى الخبر القاطع ، قال فى القاموس المحيط :

« الشهادة خبر قاطع ، وشهده كسمعه » ، و « شهد(١) الله انه لا اله الا هو» اى علم، او قال، أو كتب الله،واشهد ان لا اله الا الله، أى اعلم وابين·

وأما فى عرف اهل الشرع فقد عرفها ابن الهمام بقوله : (٢) ·

« وفى عرف اهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة فى مجلس القضاء » ·

وعرفها ابن عرفة المالكى (٣) بقوله : « والصواب ان الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه ان عدل قائله مع تعدده او حلف طالبه » ·

والتعريفان متقاربان الا ان ابن عرفة تعرض لشرط التعدد او ما يقوم مقامه ·

حجية البينة :

الدليل (٤) على حجية البينة عامة ، الكتاب ، والسنة ، والاجماع·

---

(١) من الاية ١٨ سورة آل عمران
(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٢٦٤
(٣) حاشية الخرشى ج ٧ ص ١٧٥ ص ١٤٥ ، ١٤٦
(٤) راجع المغنى لابن قدامه ج ٩ ص ١٤٥ ، ١٤٦

اما الكتاب فقول الله تعالى (١) : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » ٠

واما السنة ، فما رواه الترمـــذى من ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل ادعى على آخر انه غلبه على ارض له : « ألك بينة قال: لا، قال: فلك يمينه » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ٠

وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ٠

وهذا الحديث وان كان فى سنده مقال الا ان اهـــل العلم اجمعوا على صحة معناه ٠

وبهذا انعقد الاجماع على حجية البينة ولم يخالف فى ذلك احد ٠

واما الدليل على حجية البينة فى اثبات الزنـــا خاصة فمن الكتاب والسنة والاجماع ايضا ٠ أما الكتاب فقول الله تعـــالى « والذين يرمون المحصنات ، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ، فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون (٢) » ٠

وقوله تعالى : « والذين يرمون ازواجهـــم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين (٣) ٠

وقوله تعالى : « لولا جاءوا عليه بأربعـــة شهداء ، فاذ لم يأتـــوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون » (٤) ٠

---

(١) الاية ٢٨٢ من سورة البقرة ٠

(٢) الاية ٤ من سـورة النـور

(٣) الاية ٦ من سـورة النـور

(٤) الاية ١٣ من سـورة النـور

وأما السنة فما رواه مالك فى الموطأ وابو داود فى سننه ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: « ارأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا امهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : نعم » ٠

وأما الاجماع فقد اجمع علماء الأمة على ذلك ولـــم يشذ عنه مسلم واحـــد ٠

والبينة هى احدى حجتى الزنا المتفق عليهما (والاخرى الاقرار كما سبق) وما عداهما فمختلف فيه كما سيأتى ان شاء الله ٠

والبينة هى حجة الزنا الوحيدة المذكورة فى القرآن الكريم صراحة، وقد قدم ذكرها كطريق لثبوت الزنا كثير من المصنفين ٠

منهم ابو زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى فى المنهاج ٠

وشيخ الاسلام برهان الدين على بن ابى بكر المرغينانى الحنفى فى بداية المبتدىء ٠

وشيخ الاسلام محمد بن عبدالله التمرتاشى الحنفى فى تنوير الابصار٠ وعلل ابن الهمام ، وابن عابدين (١) ذلك ، بأن ثبوت الزنا بالبينة هو المذكور فى القرآن ، وان الثابت بها أقوى ولذلك لا يندفع بالفرار ولا بالتقادم (٢) ٠

وانها حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة ٠

هذا وقد زعم ابن الهمام(٣) فى فتح القدير ان الزنا لم يثبت بالبينة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عند احد من خلفائه الاربعة ٠

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٥ ص ٢١٨ ، ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢١

(٢) نقل ابن عابدين ذلك عن الفتح والبحر ثم استدرك بأن هذا خلاف المقـرر ، اذ المقـرر أن التقادم يمنع قبول البينة على الزنا

(٣) راجع فتح القـدير جـ ٥ ص ٢٧٨

وزعم ابن عابدين (١) فى حاشيته انه لم يثبت بالبينة عند رسول صلى الله عليه وسلم ، ولا عند اصـــحابه من بعده .

وما قالاه موضع نظر ، فقـــد ثبت الزنا عند رسول الله صـــلى عليه وسلم بالبينة وذلك فى قصـــة اليهوديين .

فقد روى ابو داود باسناده عن جابر قال : « جاءت اليهود برجـ منهم وامرأة زنيا فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ائتونى بأعلم رجلين منـ فأتوه بابنى صوريا ، فنشدهما كيف تجدان امر هذين فى التوراة ؟

قالا : نجد فى التوراة اذا شهد اربعة منكم انهم رأوا ذكره فى فرجه مثل الميل فى المكحلة رجما ، قال : فما يمنعكم ان ترجموهمـــا ؟ قالا : ذهـ سلطاننا وكرهنا القتل ، فدعا رسول الله صلى الله عليـــه وسلم بالشهود فجاء اربعة فشهدوا انهم رأوا ذكره فى فرجها مثل الميـــل فى المكحلة ، فأمـ النبى صلى الله عليه وسلم برجمهما » .

ووجه الدلالة قوله : فدعا رسول الله صلى الله عليـــه وسلم بالشهو ... الـــخ .

فهذا يدل على ان الزنا قد ثبت عنـــــد رسول الله صلى الله عليه وسل بالبينة ، وقد ذكر ابن الهمام هذا الحديث فى باب الشهادات (٢) .

وسواء كان حكم النبى صلى الله عليه وسلم بما فى التوراة كما رأى البعض ـ ومنهم الاحنـــاف ـ او كان بمقتضـــى دينه كما جزم بذلـــ كثيرون (٣) فانه مما لا نزاع فيه ان النبى صلى الله عليه وسلم حكم بثبوت الزنا استنادا الى شهادة الشهود ، وهـــــذا كاف فى الرد على من زعم ان الزنا لم يثبت بالبينة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم .

---

(١) راجع حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٤٤

(٢) فتح القـدير جـ ٧ ص ٤١٧ ، ٤١٨

(٣) راجع المغنى لابن قدامه جـ ٨ ص ١٦٤ سبل السلام جـ ٤ ص ١٥ ، ١٦ ، نيـل الاوطار للشـوكانى جـ ٧ ص ١١٥ ، ١١٦

المبحث الثانى

شـــروط الشـــهادة

للشهادة شروط بعضها عام فى كل شهادة ، وبعضها خاص بالشهادة على الزنـــا ٠

وسانكر الشروط العامة باختصار، ثم اذكر الشروط الخاصة بالزنا مفصلة ان شاء الله تعالى ٠

الشـــروط العـــامة : (١)

الشـــرط الاول : الاســـلام :

والجمهور على انه شرط فى كل شهادة ، فـــلا تصح شهادة ذمى على مسلم ولا على ذمى مثله ٠

ويرى الامام احمد ان شهادة الذمى على المسلم مقبولة على الوصية فى السفر اذا لم يوجد مسلمون لقوله تعالى : (٢) « يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصـــــية اثنان ذوا عدل منكم ، أو آخران من غيركم » ٠

فقوله من غيركـــم اى من غير المسلمين ٠

والجمهور على ان شهادة غير المسلم فى الوصية فى السفر كغيرها فلا تقبـــل ٠

وأولوا الآية تأويلات ، اهمها ان المـــراد بقوله تعالى : « من غيركم »

---

(١) راجع المغنى ج ٧ ص ١٦٤ وما بعدها

(٢) من الاية ١٠٦ ســـورة المائدة ٠

من غير عشيرتكم ، وبعضهم قال : انها منسوخة (١) ٠

وقال ابو حنيفة تجوز شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض فى السفر والحضر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فاذا عقدوا عقد الذمة فأعلمهم ان لهم ما للمسلمين ، وعليهم ما على المسلمين » ٠

« ولأن الحاجة الى صيانة حقوقهم ماسة ومعاملاتهم وتصرفاتهم انما يحضرها بعضهم دون المسلمين غالبا (٢) » ٠

الشرط الثانى : البلوغ :

فلا تقبل شهادة الصبيان عند الجمهور ٠

ويرى الامام مالك رضى الله عنه ان شهادة الصبيان على بعضهم مقبولة فى الجرح والقتل بشروط خاصة ٠

الشرط الثالث : العقل :

فلا تصح شهادة فاقد العقل بجنون او سكر ونحوه ٠

ولا خلاف بين العلماء فى ذلك ٠

الشرط الرابع : الحرية :

فلا تصح شهادة المملوك ، خلافا للامام احمد (٤) فانه قال تصح لانه مسلم عدل ٠

والجمهور يقولون انه لا ولاية له على نفسه فكيف يكون له ولاية على غيره ، اذ ان الشهادة من باب الولاية ٠

---

(١) راجع القرطبى ج ٦ ص ٤٦ الى ٥٠

(٢) بدائع الصنائع للكسائى الطبعة الاولى مطبعة الجمالية ج ٦ ص ٢٨٠ ، ٢٨١

(٣) راجع الشرح الكبير على مختصر خليل ج / ٤ ص ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥

(٤) راجع المغنى ج ٨ ص ١٩٩

الشـــرط الخـــامس : العـدالة :

والعدالة شرط باتفاق العلماء لقوله تعالى : (١) « واستشهدوا ذوى عدل منكم » ٠

وقوله تعالى (٢) : « يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين » ٠

والعدل هو الذى لا يرتكب الكبائر ، ولا يصر على الصغائر عند كثير من العلماء ٠

الشـــرط السـادس : المروءة :

وذو المروءة هو الذى يبتعد عن الأمـور التى تزرى بمثله ولو كانت مباحة كالأكل فى السوق ، ويجتنب الحرف الدنيئة ٠

الشـرط السابـع : الحفـظ والتيقـظ :

فلا تقبل شهادة من عرف بالغفلة او كثرة الغلط والنسيان ٠

الشـرط الثـامن : انتفـاء الموانـع :

كالقرابـة والعـدواة ٠

الشروط الخاصة بالشهادة على الزنا :

يجب ان تتحقق فى الشهادة على الزنا شروط خاصة وهى ثمانية : —

الشرط الاول : ان يكون الشهود اربعة :

وهذا الشرط لا خلاف فيه بين العلماء وذلك لقولـــه تعالى : « لولا

---

(١) من الاية ٢ سـورة الطـلاق

(٢) الاية ٦ من سـورة الحجرات

جاءوا عليه بأربعة شهداء » (١) ٠

وقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ٠٠٠ » (٣) ٠

ولما رواه مالك فى الموطأ وأبو داود فى سننه ان سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « ارأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا امهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : نعم » ٠

وجاء فى قصة اليهوديين اللذين رجمهما رسول الله صلى اللهعليه وسلم لثبوت الزنا عليهما بالبينة كما تقدم : «فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاء اربعة فشهدوا ٠٠ الخ » ٠

هذا وليس هناك حق او حد يشترط فى ثبوته اربعة شهود الا الزنا ٠

ولذلك حاول العلماء التماس الحكمة فى هـذا الشرط، فذهب بعضهم الى ان الحكمة من اشتراط هذا العدد فى الزنا خاصة هى ان الشهادة على الزنا تتضمن الشهادة على اثنين، وفعل كل واحـــد يحتاج الى شاهدين فلزمت الأربعـــة ٠

وقد ضعف القرطبى (٣) هذا القول ٠

وهو ظاهر الضعف ، لأن الشهود لا يتعددون بتعدد الجناة ، ارأيت لو ان عشرة رجال اشتركوا فى قتل رجل وقلنا بوجوب القصاص عليهـــم جميعا فهل يشترط ان يكون على كل قاتل شاهدان ، فيشهد عشرون رجلا ؟ لم يقل بذلك احـد ٠

بل الحكمة فى ذلك هو التغليـــظ على المدعى ، والســـتر على العباد

---

(١) الاية ١٣ سـورة النـور
(٢) الاية ٦ سـورة النـور
(٣) راجع القرطبى جـ ٥ ص ٨٤

والرحمة بهم كما جاء ف القرطبى (١) ايضا ٠

: ثم انظر الى كنف ستر الله كيف اسبله على العصاة بتضييق المطريق ف كشفه فنرجو من الله ان لا نحرم هذا من هذا يوم تبلى السرائر (٢) ٠

الشرط الثانى : ان يكون كل الشهود ذكورا :

وهذا الشرط مجمع عليه بين العلماء وشذ قول من قال : انه يقبل فيه شهادة ثلاثة رجال وامرأتان وهو مروى عن عطاء وحماد (٣) ٠ ولم يلتفت القرطبى لهذا القول اذ قال (٤) : « ولا بد ان يكون الشهود ذكورا لقوله : (منكم) ولا خـــلاف فيـــه بين الامـــة » ٠

ووجه الدلالة ف قوله تعالى : (٥) « فاستشهدوا عليهن اربعة منكم » كما اشار القرطبى ان الخطاب للرجال، فقوله : «منكم» دليل على أن الشهود يجب ان يكونوا من المخاطبين وهم الرجال ٠

ويدل على ذلك ايضا تأنيث العدد ، فان العدد من ثلاثـــة الى تسعه يؤنث مع المذكر ويذكر مع المؤنث كما هو معلوم ٠

وقد رد ابن قدامة (٦) على من قال بجواز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين بقوله : « وهو شذوذ لا يعول عليه ، لان لفظ الاربعـــة اسم لعدد المذكورين ويقتضى ان يكتفى فيه بأربعة » ٠

ولا خلاف ف ان الاربعة اذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم وان أقل

---

(١) راجع القرطبى ج ٥ ص ٨٤

(٢) المواق على خليل هامش الحطاب ج ٦ ص ١٧٩

(٣) راجع المغنى ج ٨ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٤) القرطبى ج ٥ ص ٨٤

(٥) الاية ١٥ ســورة النســاء

(٦) المغنى ج ٨ ص ١٩٨ ، ١٩٩

ما يجزىء خمسة وهذا خـــلاف النص ، ولأن فى شهاتهن شبهـــة لتطرق الضلالة اليهن • قال الله تعالى : (١) « ان تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » والحدود تدرأ بالشبهات (٢) •

الشرط الثالث : ان لا يكون احد الشهود زوجا للمشهود عليها :

ذهب الى هذا مالك واحمد والشافعى (٣) •

واستدلوا بقوله تعالى (٤) : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ••• الآية » •

« فأخبر ان من قذف محصنا ولم يأت بأربعة شهداء حـد ، فظاهره يقتضى ان يأتى باربعة شهداء سوى الرامى ، والزوج رام لزوجته فخرج عن ان يكون احد الشهود (٥) » •

ولأن الزوج بشهادته مقر بعداوته فيكون متهما فى شهادته «لانه يدعى خيانتها فراشه (٦) » •

وخالف فى هذا ابو حنيفة رضى الله تعالى عنه فقال : (٧) ان شهادة الزوج على زوجته فى الزنا مقبولة اذا لم يكن قد قذفها ، لأنه فى هذه الحـال يدفع عن نفسه اللعان •

وكذلك اذا لم يكن قد رماها بالزنا بولده ، لأن شهادته حينئذ تجر نفعا

---

(١) الاية ٢٨٢ سـورة البقرة

(٢) جـ ٨ ص ١٩٩

(٣) راجع القرطبى جـ ١٢ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٦٠ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٣٥

(٤) الاية ٤ سـورة النـور

(٥) القرطبى جـ ١٢ ص ١٨٩

(٦) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٣٥

(٧) راجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢٠ ، فتح القدير جـ / ٥ ص ١١٤

له وهو اسقاط نصف المهر ان لم يكن قد دخل بها، وذلك لمجيء الفرقة من قبلها.

أو اسقاط نفقة العدة ان كان قد دخل بها لنشوزهـا .

وقد رد الاحناف على من منع شهادة الزوج للتهمـــة : بأن التهمة ما توجب جر نفع ، والزوج مدخل على نفسه بهذه الشهادة لحوق العار ، وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منهـــا اولاد صغار .

قلت : وتعليل القرطبى فيما سبق عجيب ، لأنه اذا كـان يريد العمل بظاهر الآية فانه يلزم منه ان من رمى غيره بالزنا عليه ان يأتى باربعة شهود غيره ولو كان القذوف رجلا او امرأة غير زوجته ولم يقـل بذلك احد ، فمن اين جاءت التفرقة بين قذف الزوجة وغيرها ؟ ولعل رأى ابى حنيفة ارجح، وعلى كل حال فليس لأحد المذهبين دليل أقوى من دليل الآخر فى نظرى .

الشرط الرابع : اجتماع الشهود عند أداء الشهادة فى مجلس واحد :

يرى المالكية والحنفية والحنابلة ان اجتماع الشهود فى مجلس واحد شرط فى قبول شهادتهم (١) .

فلو جاء بعضهم فى المجلس وجاء البعض الاخر بعد انقضائه لم تقبل شهادتهم .

ويرى الشافعية ان اتحـــاد المجلس ليس بشرط ، فســـواء جاءوا مجتمعين او متفرقين ، فى مجلس واحد او فى مجالس قبلت شهادتهم .

الأدلـــــة (٢) :

استدل الجمهور على اشتراط اتحاد المجلس بمـــا يأتى .

---

(١) راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١٨٥ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢١٩ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٦٠

(٢) راجع المغنى جـ ٨ ص ٢٠٠ ، ٢٠١

اولا ـ ان الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة قد حدهم عمر رضى الله عنه قبل انقضاء المجلس ٠

وهذا يدل على ان اتحاد المجلس شرط ، اذ لو كان اتحاد المجلس غير شرط ما حدهم عمر ، لجواز ان يكملوا برابع فى مجلس آخر ٠

ثانيا ـ لو شهد ثلاثة فحدوا ، ثم جاء رابع يشهد لم تقبل شهادته ٠

وهذا دليل على ان المجلس شرط ولولا ذلك لكملت شهادتهم ٠

واستدل الشافعية على عـــدم اشتراط المجلس بما يأتى : قـــال الله تعالى:(١) « لولا جاءوا عليه باربعة شهداء » ٠ وقال تعالى :(٢) فاستشهدوا عليهن اربعة منكم » ٠

ووجه الدلالة ان الله سبحانه ذكر الشهادة ولم يذكـــر لها مجلسا ، فدل ذلك على أن المجلس غير شـــرط ٠

كما استدلوا بالقياس فقالوا : ان كل شـــهادة تقبل ان اتفقت تقبل اذا افتـــرقت فى المجالـــس كسائر الشـــهادات ٠

وقد ناقش الجمهـور أدلـــة الشافعية كمـــا يأتى :

أما القياس فهو غير صحيح لأن الشهادة على الزنا تختلف عن سائر الشهادات بدليل ما روى عن عمر رضى الله عنه كمـــا سبق ذكره فى قصة الذين شهدوا على المغيرة ٠

واما الآية فانها لم تتعرض للشروط ، ولهذا لم تذكر العدالة ووصف الزنا وهما شرطان اتفاقـــا ٠

---

(١) آية ١٣ ن ســورة النــور

(٢) آية ١٥ من ســورة النســاء

واضاف الجمهور قائلين : ان قوله تعالى : (١) ثـــم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ، لا يخلو من ان يكون مطلقا فى الزمان كله ، او مقيدا ·

لا يجوز ان يكون مطلقا لأنه يمنع من جواز جلدهـــم ، اذ انه ما من زمان الا ويجوز ان يأتى فيه باربعة شهداء او ما يكملهم ان كان قد شـهد بعضهم، فيمتنع جلدهم، والجلد مأمور به فيكون تناقضا، فلا بد من التقييد · واذا ثبت كونه مقيدا فتقييده بالمجلس اولى لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحـــدة ·

الترجيـــح :

أرى ان رأى الشافعية هو الراجح لاننا لم نجد دليـــلا قويا لرأى الجمهور ·

اما قولهم : ان رجم عمر للثلاثة الذين شـــهدوا على المغيرة يدل على اشتراط المجلس ، فنقول لهم : ان هذا يصلح دليـــلا لو ادعى الثلاثة أن هناك شاهدا آخر غير الذى تحفظ فى شهادته ولم يقبل منهم عمر · لكنهم لم يدعوا ذلك ، ولم يطلبوا مهلة ، فلم يكن هناك ما يدعو للانتظار فتعجيل الحد ليس دليلا على اشتراط المجلس ·

واما قولهم : ان قوله تعالى: « ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم » اما ان يكون مطلقا فى الزمان او مقيدا ·· الخ ، فنقول لهم نختار ان يكون مقيدا ، لكن لا نسلم بوجوب تقييده بالمجلس ، اذ انه يمكن تقييده باجتهاد الحاكم ، كأن ينظرهم يومين او ثلاثة ويسألهم عما اذا كان عندهم من يكمل شهادتهم ام لا ؟

هذا وقد اختلف اصحاب القول الأول فيمـا بينهم فى اشتراط مجىء

---

(١) آية ٤ من سـورة النـور

الشهود فى وقت واحد بعد ان اتفقوا على اشتراط أداء الشهادة فى مجلس واحد ٠

فذهب المالكية والحنفية (١) الى اشتراط اجتماع الشهود فى وقت واحد بأن يأتوا مجتمعين ، او يأتوا فرادى ويجلسوا مجلس الشاهد ، ثم يقوم لأداء الشهادة واحد تلو الآخر ٠ اما ان شهدوا متفرقين فى مجلس واحد لم تقبل شهادتهم كالذين لم يشهدوا فى مجلس واحد ٠

وذهب الحنابلة (٢) الى ان اجتماعهم غير شرط فلو جاءوا متفرقين وشهدوا متفرقين والقاضى فى مجلسه قبلت شهادتهم كالمجتمعين ٠ واستدلوا على ذلك بأن الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة رضى الله عنه انما جاءوا متفرقين وقبلت شهادتهم ولكنهم حدوا لعدم كمالها لأن الرابع لم يشهد برؤية الذكر فى الفرج ٠

ويؤكد ذلك ان ابا بكرة (وهو احد الذين شهدوا) قال لعمر ارأيت ان جاء آخر يشهد اكنت ترجمه ؟ فقال عمر اى والذى نفسى بيده ٠

ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه ، فمجيئهم فى مجلس واحد متفرقين يشبه ما لو جاءوا مجتمعين ٠

وقد سبق ان رجحت مذهب الشافعية فى عدم اشتراط المجلس مطلقا ٠

---

(١) راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١٨٥ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢١٩

(٢) راجع كشاف القناع جـ ٤ ص ٦٠ شرح المنتهى هامش كشاف القناع جـ ٤ ص ٨٦

الشرط الخامس : ان يصفوا الزنا (١) :

وذلك بأن يقولوا : رأينا ذكره فى فرجها كالمرود فى المكحلة والرشاء فى البئر · والدليل على ذلـــك :

اولا ـ ما جاء فى قصة ماعز ان النبى صلى الله عليـه وسلم استفسر منه بعد اقراره قائلا : انكتها ؟ فقال : نعم ، قال : حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر ؟ قال : نعم ·

واذا اعتبر التصريح فى الاقرار كان اعتبـاره فى الشهادة اولى ايضا فقد جاء فى قصة اليهوديين اللذين رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : ائتونى بأعلم رجلين منكم فأتوه بابنى صوريـــا فنشدهما : كيف تجدان أمر هذين فى التوراة؟ فقالا: نجد فى التوراة اذا شهد أربعة أنهم رأوا ذكره فى فرجها مثل الميل فى المكحلة رجما، قال: فما يمنعكما ان ترجماهما؟· قالا : ذهب سلطاننا وكرهنا القتل · فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود ، فجاء اربعة فشهدوا انهم رأوا ذكـــره فى فرجها مثل الميل فى المكحلة ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم برجمهما ·

ثانيا ـ انهم اذا لم يذكروا ذلك احتمل ان يكون ما رأوه لا يوجب حدا كأن رأوه يطأ بين فخديها، او رأوا ذكره ملاصقا لفرجها دون ايلاج فظنوا ان مثل هذا يعتبر زنا موجبا للحد ، فوجب وصفهم ذلـــك احتياطيا لتزول الشـــبهة ·

وهل يشترط أن يقولوا كالمرود فى المكحلة ام انه يكفى ان يقولوا أدخل ذكره فى فرجهـــا ؟

---

(١) راجع المغنى جـ ٨ ص ٢٠٠ كشاف القناع جـ ٤ ص ٦٠ الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١٨٥ ، ١٨٦ ، ٣١٩ مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٤٩ ، ١٥٠ ، ٤٤١ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢١٧ وحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢٠ ، ٢٢١

يرى الشافعية ، والحنابلة ، والمالكية فى قول لهم ان التشبيه بالمرود والمكحلة غير شرط ٠

بل يرى الشافعية انه اذا كان الشهود عالمين بالحكم فيكفى ان يقولوا: زنا بها زناً يوجب الحد ٠

ويشترط الشافعية دون غيرهم ان يتقدم لفظ أشهد على انه زنى ٠

ويرى المالكية فى قول لهم والاحناف فى ظاهر نصوصهم ان التشبيه بالمرود والمكحلة شرط لا بد منه ٠

ويلاحظ ان بعض المالكية القائلين بأن التشبيه غير واجب يقولون انه مطلوب ندبا ٠

ومفهوم اشتراط رؤيتهم للزنا كالمرود فى المكحلة انه يشترط ان يكون الشاهد بصيرا، وهو كذلك فلا تصح شهادة الأعمى بالزنا عند الجمهور(١) ٠

وذهب بعض المالكية (٢) الى ان شهادته تصح ان تحملها قبل العمى اى علمها بعد العمى بطريق الجس ، وبهذا قال بعض الشافعية ، اذ قال صاحب مغنى المحتاج عند قول صاحب المنهاج : « ولا تجوز شهادة على فعل الزنا وغصب واتلاف وولادة الا بالابصار » قال : « تنبيه : أورد البلقينى صورا يقبل فيها شهادة الاعمى على الفعل :

الاول ـ الزنا اذا وضع يده على ذكر داخل فى فرج امرأة او دبر صبى مثلا فأمسكهما ولزمهما حتى شهد عند الحاكم بما عرفه بمقتضى وضع اليد فهذا ابلغ من الرؤية (٣) ٠٠ الخ » ٠

ومن المتفق عليه ان تكون الشهادة على فعل واحد غير ان المالكية

---

(١) راجع المغنى جـ ٨ ص ٢٠٣

(٢) راجع حاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١٦٧

(٣) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ٤٤٥ ، ٤٤٦

يتشددون فى ذلك فيشترطون ان يكون الشهود قد تحملوا الشهادة فى وقت واحد بأن ينظروا جميعا فى لحظة واحدة ، او ينظروا متعاقبين مع الاتصال، كأن تكون هناك كوة ينظر منها احدهم ثم الذى يليه وهكذا ٠

ويرى المالكية فى المشهور عندهم (١) انه يجب ذكر الكيفية من كونهما راقدين او واقفين ، وهل هو فوقها او تحتها ٠

ويرى ابن رشد ان ذلك غير واجب ، وعليه فيندب للامام ان يسألهم عن ذلـــك ٠

وسبب الخلاف اختلافهم فى تفسير عبارة المدونة ونصها (٢): « وينبغى اذا شهدت بينة عنده على رجل بالزنا ان يكشفهم عن شهادتهم ٠٠٠ الخ » ٠

فحملها ابو الحسن على الواجب ، وحملها ابن رشد على الندب ٠

وعلى قول ابن رشد مشى خليل فى مختصره ٠

وعلى كلا القولين لو سألهم الحاكم فاختلفوا لم تقبـــل شهادتهم قولا واحدا ، هكذا جزم الدسوقى فى حاشيته (٣) ٠

اما ان مات الشهود او غابوا فان الحد يقـــام بشهادتهم ان كانوا من اهل العلم بموجب الحد (٤) ٠

---

(١) راجع مجموع الامير وحاشية العدوى عليه جـ ٢ ص ٩٣٣ ، الشرح الكبير وحاشـــية الدســـوقى جـ ٤ ص ١٨٥ ، ١٨٦

(٢) من الخطاب على خليل جـ ٦ ص ١٨٠

(٣) حاشية الدســـوقى جـ ٤ ص ١٨٦

(٤) منح الجليل جـ ص ٢٥٢

حكم ذكر المزنى بها والزمان والمكان :

اشترط الحنفية (١) ان يذكر الشهود المزنى بها ان كان المشهود عليه رجلا ، او الزانى ان كان المشهود عليها امرأة ، ويجب ان يذكروا الزمان والمكان ٠

وقد عللوا ذلك كما سبق فى الكلام على الاقرار ، بأن ذكر المزنى بها لازم لئلا تكون ممن لا يوجب زناه بها حدا ٠

او تكون المرأة قد زنت بصبى ، وزناها بالصبى لا يوجب حدا ٠

واما ذكر الزمان فلئلا يكون قد زنا فى صباه ، او زنى فى زمن متقادم ، والشهادة على الزنا عند الاحناف لا تصح عند التقادم كما سيأتى ٠

واما ذكر المكان فلئلا يكون الزنا وقع فى دار الحرب ، والزنا فى دار الحرب لا يوجب حدا عندهم ٠

واستدلوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم لماعز بعد ان اقر عنده « انك اقررت أربعا فبمن زنيت ؟ » ٠

قالوا وهذا فى الاقرار بالزنا الا أنه اذا اعتبر ذلك فى الاقرار كان اعتباره فى الشهادة أولى ٠

هذا هو مذهب الاحناف ولننظر المذاهب الأخرى ٠

الشافعية والحنابلة على المذهب (٢) يرون ما يرى الأحناف وان اختلف تعليلهم عن تعليل الأحناف فى بعض هذه الامور ٠

ويرى أبو حامد من الحنابلة انه لا يشترط ذكر المزنى بها ان كانت الشهادة على رجل ولا ذكر الزانى ان كانت الشهادة على امرأة ، ولا ذكر

---

(١) راجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٢٢٠ ، والهداية وفتح القدير جـ٥ ص٢١٥

(٢) راجع مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٤٩ ، ١٥٠ ، وكشاف القناع جـ ٤ ص ٦٠

المكان لأنه لم يرد ذلك فى الحديث الصحيح ، لكن قال فى كشاف القناع (١): « وقطع فى المنتهى فى الشهادات بأنه يعتبر ذكرهما » .

اما المالكية فلم يشترطوا ذكر الزمان او المكان غير انهم قالوا: يسألون عن ذلك ندبـــا .

قال الشيخ عليش فى منح الجليل(٢): « ليس من شرطها (اى الشهادة) تسمية الموضع ، ولا اليوم ، ولا الساعة ، انما الشرط عند ابن القاسم ان لا يختلف الأربعة فى ذلك ، فان اختلفوا فى ذلك بطلت الشهادة عنـد ابن القاسم وصحت عند ابن الماجشون ، لأنهـــم اختلفوا فيما لو لم يذكروه لصـــحت شهادتهم » ، والله اعلم .

الشرط السادس : ان لا يظهر كذبهم :

اذا شهدوا على رجل بالزنا فتبين انه مجبوب ، او شـــهدوا على امراة بالزنا فتبين انها عذراء ، او رتقاء ، فلا تقبل شهادتهم لتبين كذبهـــم اذ ان المجبوب لا يتصور منه الوطء ، وكذلك الرتقاء لا يتصور وطؤهـــا لانسداد فرجها ، وكذلك العذراء لأن العـــذراء هى التى لم توطأ ، اذ ان الوطء لا يتصور مع بقاء العذرة .

هذا هو مذهب الجمهور (٣) .

وقد ذهب (٤) المالكية الى انه اذا شهد الشهود على امرأة بالزنا فقامت البينة على انها عذراء لم يسقط الحد، وفرق بعضهم بين ثبوت البكارة بشهادة

---

(١) المرجـع الســابق .

(٢) منح الجليل ج ٤ ص ٢٥٠

(٣) راجع المغنى ج ٨ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٢ وكشاف القناع ج ٤ ص ٦١ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٥١

(٤) راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج ٤ ص ٢١٩ ومجموع الامير وحاشية العـدوى ج ٢ ص ٢٨٩ ، ٣٩٠

النساء وثبوتها بشهادة الرجال ، فقال فى الصورة الاولى لا يسقط الحد لأنه لا مدخل لشهادة النساء هنا ٠

وفى الصورة الثانية يسقط الحد ٠

لكن التحقيق انه لا فرق بين ثبوت البكارة بشهادة النساء وثبوتها بشهادة الرجال ، بل لقد قال بعضهم : اذا قلنا بعدم سقوط الحد بشهادة النساء على البكارة فعدم سقوطه بشهادة الرجال أولى لتجاسرهم على النظر للعورة (١) ٠

ويعلل كثير من المالكية عدم سقوط الحد مع قيام البينة على البكارة بأن البكارة قد تكون غائرة فلا تمنع من الوطء الموجب للحد ٠

وذهب اللخمى (من المالكية) مذهب الجمهور فقال : ان وجود العذرة يسقط الحد ، لأنه وان كان لا يمنع تصور الوطء الا انه على الاقل يكون شبهة ، اذ الظاهر من حالها انها لم توطء والحدود تدرأ بالشبهات ٠

وقيد الشافعية عدم سقوط الحد بما اذا كان بين الزنا وثبوت العذرة زمن يمكن عودة العذرة فيها ٠

اما ان شهدوا انها زنت الساعة ، وشهدت أنها عذراء وجب الحد ، وكذلك قيدوا سقوط الحد بثبوت البكارة بما اذا لم تكن غوراء ، فان كانت غوراء يمكن تغيب الحشفة مع بقاء البكارة فانها تحد لثبوت الزنا وعدم التنافى ٠

ويبدو لى ان الراجح هو مذهب الشافعية ، لأنهم فرقوا بين من كانت بكارتها لا تمنع من الوطء ، وبين من كانت بكارتها تمنع منه ، فأوجبوا الحد على الأولى دون الثانية ٠

وهذا يتفق مع الواقع ٠

---

(١) المرجع السابق

فقد ثبت لدى علماء الطب بالاستقصاء أن البكارة على انواع منها ما يمكن الوطء معها كأن تكون غائرة فيمكن الايلاج دون الوصول الى البكارة ٠

او تكون هلالية الشكل فيمكن الايـــــلاج من فتحتها دون ان يتمزق غشاء البكارة ٠

ومنها ما لا يمكن الوطء معها ، بأن تكون قريبة من سطح الفرج ، وما بها من ثقوب لا يسمح لاكثر من تسرب الدم ٠

بـم تثبـت البكـارة ؟ (١) :

تثبت البكارة عند المالكية بأربع نسوة ، او اربعة رجال كما رواه ابن مرزوق عن ابن القاسم ٠

وعند الشافعية تثبت بأربع نسوة او برجلين ، كما قـــال البلقينى او برجل وامرأتين كما قال غيره ٠

وعند الحنابلة تكفى شهادة امرأة واحدة ٠

وكذلك الحنفية كما يؤخذ من عبارات ابن الهمام (٢) ٠

هذا ومن ظهور كذبهم تناقض البينتين كأن يشهد اربعة رجال ان فلانا زنى بفلانة عند الساعة الخامسة مساء يوم الخميس الموافق كذا بالقاهرة٠

ويشهد اربعة آخرون انه زنى بها فى نفس الساعة باسيوط مثلا ، فلا حد عليهما للتيقن بكذب احد الفريقين دون تعيين ، لأن الانسان لا يتصور منـه الزنا فى وقت واحد فى مكانين متباعدين ، بل لا يتصور وجوده كذلك ٠

والحد لا يجب بالشك ٠

هذا ما قرره الاحناف (٣) ولا اظن انه موضع خلاف ٠

---

(١) المرجـع الســـابق

(٢) راجع فتح القـدير جـ ٥ ص ٢٦٨

(٣) راجع البـداية وفتح القـدير جـ ٥ ص ٢٨٧

الشرط السابع : ان يبدأ الشهود بالرجم :

يرى ابو حنيفة رضى الله عنه ان من شروط اقامة الحد الثابت بالبينة ان يبدأ الشهود بالرجم ولو بحصاة صغيرة ٠

ويرى الجمهور ان ذلك مستحب فقط ٠

الأدلـــــة :

استدل ابو حنيفة (١) بما روى عن على رضى الله عنه انه قال : « ايها الناس ان الزنا زناءان : زنا السر ، وزنا العلانية ، فزنا السـر ان يشهد الشهود فيكون اول من يرمى ، وزنا العلانية ان يظهر الحبل ، او الاعتراف فيكون الامام اول من يرجم » ٠

واستدل كذلك بأن الشهود قد يتجاسرون على الشـــهادة كذبا ، ثم يستعظمون ذلك عند الرمى ، وبأن فيه الزجـر عن التساهل ، والترغيب فى التثبـت ٠

وهذا عند قدرتهم على الرجم ، فان قطعوا قبل الشهادة فلا يسقط الحد ٠

الترجيـــح :

والراجح عندى ما ذهب اليه ابو حنيفة من اشتراط حضـور الشهود ابتداءتهم بالرمى ، لأن فى ذلك مزيد احتياط وتثبت وهو أمر ميسور وذلك عند عدم قيام مانع ٠

اما ان ماتوا او مرضوا او قطعوا فان الأخـذ بمذهب الجمهور أولى حتى لا يسقط الحد دون شبهة قوية ، والله اعلم ٠

---

(١) راجع الدر المختـار وحاشـية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢٤ والمغنى جـ ٨ ص ١٧٠ ، ١٧١ ونيـل الاوطار جـ ٧ ص ١٢٢

الشرط الثامن : ان لا يشهدوا بزنا متقادم :

ذهب الحنفية (١) الى ان الشهادة بعد التقادم لا تقبل على الزنا او غيره من الحدود غير القذف · وعن الامام احمد رواية كمذهب الاحناف · امـــا الجمهور فلا يمنعون قبول الشهادة بسبب التقادم ·

الأدلـــــة :

استدل الحنفية على مذهبهم بأن الشهادة بعد التقادم شهادة متهـــم وشهادة المتهم غير مقبولة ·

أما انها شهادة متهم فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد امرين :

(١) الترك احتسابا لقوله صلى الله عليه وسلم : « ومن ستر مسلما ستره الله فى الدنيا الآخرة » ·

(٢) الشهادة احتسابا لمقصد اخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد · فأحد الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لأن كـــلا من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخى ·

فان شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد امرين :

اما الفسق ، واما تهمة العداوة ·

لأنه ان حمل على انه من الاصل اختار الأداء وعـــدم الستر ثم أخره لزمـــه الأول ·

وان حمل على انه اختار الستر ثم شهد لزمه الثانى ، وذلك لأنه سقط عنـــه الواجب باختيار احدهما فانصرافه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن انه حركه حدوث عداوة · واما ان شهادة المتهم غير مقبولة فلقوله صلى الله عليه وسلم:

« لا تقبل شهادة خصم ، ولا ظنين » ·

---

(١) راجع الهداية وفتح القدير جـ ٥ ، ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ والمغنى جـ ٨ ص ٢٠٧

ويحتج الأحناف كذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال :

« أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم » ٠

لكن ما هو زمن التقادم ؟ :

للحنفية فى تحديد زمن التقادم اقوال ثلاثة : ـ

القول الأول لمحمد وابى يوسف ـ وهو رواية عن ابى حنيفة ـ انه مقدر بشهر ، وذلك لأن ما دون الشهر يعتبر عاجلا كما اذا حلف ليقضين دينه فورا ٠ وهذا القول هو الأصح ٠

على انه اذا كان بينهم وبين الامام مسيرة شهر فان شهادتهم تقبل ولا يعتبر الشهر تقادما ٠

القول الثانى انه مقدر بستة اشهر ، اشار الى ذلك محمد فى الجامع الصغير حيث قال : فشهدوا بعد حين « وقد جعلوه عند عدم النية ستة اشهر كما جاء فى الايمان ، اذا حلف لا يكمله الا بعد حين » ٠

القول الثالث انه غير مقدر بزمن بل الامر مفوض فى ذلك الى رأى القاضى ، اذ ان ذلك مما يختلف باختلاف الزمان والمكان فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا فهو تقادم ، وما لا يراه تفريطا فهو غير تقادم ٠

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على عدم رد الشهادة بالتقادم بما يأتى :

اولا ـ عموم قول الله تعالى : « (١) والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ٠٠٠ الآية » ٠

---

(١) الاية ٤ سورة النور

ثانيا ـ ان الزنا حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقـــوق ٠

مناقشـــة أدلـــة الحنفيـــة :

قال الجمهور بشأن ما روى عن عمر انه قال « ايما شهود ٠٠٠ الخ » بأن هذا رواه الحسن مرسلا ومراسيل الحسن ليست بالقوية ٠

واما ان التأخير يعتبر تهمة فانه غير مسلم ، لجواز ان يكون لعذر او غيبة والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال ، ولو ســقط بمطلق الاحتمال ما وجب حـــد اصـــلا ٠

قلت : اذا كان تأخير الشهادة لعذر فقد يكون ذلك فى غير موضع النزاع لأن ابا حنيفة يرى ان الأمر مفوض للقاضى فى تحديد التقـــادم ولا شك ان القاضى سيقدر الاعذار التى أدت الى تأخير الشهادة ٠

وكذلك قول محمد بأن حد التقادم شهر مقيد بما اذا لم يكن هناك عذر والا قبلت ولو بعد شهر ٠

وبهذا يمكن القول بأن التأخير لعذر لا يمنع قبول الشهادة على الزنـا عند الاحناف وغيرهـــم ٠

الترجيـــــح :

وأرى ان رأى الاحناف هو الراجح اذ ان من يشهد على الزنا بعد مضى زمن دون ان يبدى عذرا مقبولا فان الشك يتطرق الى شهادته بلا ريب ٠

الفصل الثالث

ثبوت الزنا بطريق الحمل

سبق ان بينت ان طرق ثبوت الزنا بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه ٠

وقد انتهيت فى الفصلين السابقين من الطريقين المتفق عليهما وهما البينة والاقرار ٠

ويتميز هذان الطريقان ايضا بأنهما عامان فى الرجال والنساء ، والاحرار والعبيد ٠

وها انذا ابدأ بعون الله فى الطرق المختلف فيها ٠

وقد جعلت هذا الفصل فى ثبوت الزنا بطريق الحمل ٠

اختلف العلماء فى ثبوت الزنا الموجب للحد بالحمل ٠

فذهب الجمهور الى ان الحمل لا يثبت به الزنا ٠

وذهب المالكية الى انه يثبت به الزنا ، اذ ان الحمل يعتبر قرينة على الزنا ،وجعلوا ذلك مقيدا بقيود معينة ٠

وقد تتبعت القيود التى اوردوها فى كتبهم وحواشيهم فوجدت انه يمكن حصرها فى شروط اربعة وهى (١) :

الشرط الاول :

ان لا يكون للمرأة زوج يلحقه الحمل او سيد مقر بالوطء ، وذلك بأن لم يكن لها زوج او سيد اصلا ٠

او كان لها زوج لا يلحقه الحمل لكونه صبيا ، او مجبوبا ، او لكونها اتت بالمولود لدون ستة اشهر بكثير من يوم العقد ٠

---

(١) راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٤٤٩ و جـ ٤ ص ٣١٩ ،حاشية الخرشى وحاشية العدوى عليها جـ ٨ ص ٨١ ؛ منح الجليل جـ ٤ ص ٢٩٦ المواق ، هامش الحطاب جـ ٦ ص ٢٩٤

او كان لها سيد لا يلحقه الحمل لكونه غير مقر بالوطء ٠

اما ان كان لها سيد مقر بالوطء او زوج يلحقه الحمـل فان الحمل لا يعتبر حجة فى ثبوت الزنا ٠

الشـــرط الثـــانى :

ان لا تكون قد ادعت الاكراه بقرينة ، وذلك بأن لم تدع الاكراه اصلا، او ادعته ولكن بدون قرينة تصدقها ٠

اما ان ادعته بقرينة تصدقها فان الزنا لا يثبت عليها وذلك بأن تدعى انها أكرهت وتتعلق بمن ادعت عليه سواء أكـــان من تعلقت به صالحا او فاسقا ، او مجهول الحال ٠

والمراد بتعلقها به ان تأتى مستغيثة منه ، او تأتى البكـــر تدمى عقب الوطء قائلة ان فلانا اكرهنى ٠

هذا وقد نقل المواق عن اللخمى ما حاصله : ان الحد يدرأ عنها ولو لم تأت متعلقة بمن ادعت عليه ان كان سماع ، واشتكت ، وادعـت على من يشبه ، او لم تسم من غصبها وكانت معروفة بالخير ، الا انهـا فى الصورة الثانية تعزر ٠

ولم أر هذه الرواية فى غير هذا المرجع (١) ٠

الشـــرط الثـــالث :

ان لا تدعى انها حملت بغير وطء انسى لها بقرينة تصدقها ٠

وذلك بأن لم تدع انها حملت بغير وطء انسى اصلا او ادعتـــه وليس هناك قرينة تصدقها ٠

---

(١) المواق هامش الحطاب جـ ٦ ص ٢٩٤

اما ان ادعته بقرينة تصدقها فلا حد عليها • وذلك بأن تدعى ان جنيا وطئها ، او تدعى ان فرجها قد شرب منيا فى الحمام وكانت عذراء عفيفة •

الشـــرط الرابـــع :

ان لا تدعى انها وطئت بشبهة ، او غلط ، او وطئت وهى نائمة •

فان ادعت ذلك قبل منها لأن هذا يقع كثيرا •

والخـــلاصة :

ان الحمل يعتبر حجة فى ثبوت الزنا الموجب للحد عنـد المالكية ان لم يكن للمرأة زوج يلحقه الحمل ، او سيد مقر بالوطء ، ولم تدع الاكراه متعلقة بمن ادعت عليه ولم تدع الحمل بغير وطء انسى لها وهى عذراء عفيفة ، ولم تدع انها وطئت بشبهة او غلط او فى نوم •

الأدلـــــة :

استدل المالكية على ان الحمل يعتبر حجة فى ثبوت الزنا (١) بما يأتى :

روى البخارى ومسلم وغيرهما عن عمر بن الخطـاب رضى الله تعالى عنه انه خطب على المنبر فقال : « ان الله بعث محمدا بالحق ، وانزل عليـــه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم ، فقرأناها ، ووعيناها ، وعقلناها• فرجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده •

فأخشى ان طال بالناس زمان ان يقول قائل : ما نجـد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى •

وان الرجم حق فى كتـــاب الله على من زنا اذا احصن من الرجـــال والنساء اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف » •

---

(١) راجع المغنى جـ ٨ ص ٢١٠ ، ٢١١ ، نيل الاوطار جـ ٧ ص ١١٨ ، ١١٩ ، سبل السلام جـ ٤ ص ٩ ، ١٠

ووجه الدلالة من هذا الحديث قولـــه : « ... اذا قامت البينة ، او كان الحبل ، او الاعتراف » .

فقد جعل الحبل (الحمـــل) حجة من حجج الزنـــا الموجب للحد ، كالاقرار ، والبينة .

وقال ذلك على المنبر ولم ينكر عليه احد فكـــان كالاجماع . واستدل المالكية ايضا بما روى عن على رضى الله تعالى عنه انه قال :

« ايها الناس ان الزنا زناءان : زنا السر ، وزنا العلانية ، فزنـــا السر ان يشهد الشهود ، فيكون الشهود اول من يرمى ، وزنـــا العلانية ان يظهر الحبل ، او الاعتراف ، فيكون الامام اول من يرمى » .

ووجه الدلالة قوله : « وزنا العلانية ان يظهر الحبل » فهذا دليل على ان الحبل حجة فى ثبوت الزنا الموجب للحد .

واستدلوا ايضا بما روى عن عثمان رضى الله تعالى عنـــه : انه أتى اليه بامرأة ولدت لستة اشهر ، فأمر بها ان ترجم، فقال له على: ليس لـــك عليها سبيل ، قال الله تعالى: (١) « وحمله وفصاله ثلاثون شـــهرا » اى ان اقل مدة الحمل ستة شهور .

وهذا يدل على انه كان يريد رجمها لحملها لا لدليل آخر ولولا ذلك لما تركها ، وروى عن عمر نحو هذا .

وهذا قول سادة الصحابة ولم يظهر لهم فى عصـــرهم مخالف فيكون اجماعـــا .

ادلـــة الجمهـــور :

استدل الجمهور (٢) على عدم اعتبار الحمل حجة فى ثبوت الزنـــا

---

(١) سـورة الاحقـاف : ١٥

(٢) المراجـــع الســـابقة

الموجب للحد ، بالأحاديث التى توجب درء الحدود بالشبهات ٠

من ذلك مارواه الدارقطنى باسناده عن عبدالله بن مسعود ومعاذ بن جبل ، وعقبة بن عامر انهم قالوا :

« اذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت » ٠

وروى عن على وابن عباس انهما قالا : « اذا كان فى الحد لعل وعسى فهو معطل » ٠

قالوا : والشبهة متحققة هنا ، اذ ان وجود امرأة حبلى بدون زوج ، او سيد لا يدل على الزنا الموجب للحد دلالة قوية ، لانه يحتمل ان يكون قد وصل اليها المنى دون جماع ، كما ثبت ان بعض النســـــاء يحملن وهن عذارى لوصول المنى اليهن من الحمام ٠

مناقشــة ادلــة المالكيــة :

قال الجمهور ردا على المالكية :

ان ما ادعيتموه من اجماع الصحابة غير مسلم وذلـــك لأن الروايات عنهم قد اختلفت فقد روى ان امرأة رفعت الى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت فسألها عمر فقالت : انى امرأة ثقيلة الرأس وقد وقع على رجـل وانا نائمة ، فما استيقظت حتى فرغ ، فدرأ عنها الحد ٠

وروى ان امرأة رفعت الى عمر ايضا وهى حامل فادعت انها أكرهت فقال : خل سبيلها ٠

وكتب الى امراء الاجناد : أن لا يقتل احد الا بأذنه ٠

قلت : أما ما جاء فى الرواية الأولى ففى غير موضع النزاع ٠

لأن المالكية يقولون : ان المرأة الحـامل بلا زوج او سيد ان ادعت فى وطئها الغلط ، او النوم ، او الاشتباه صدقت لأن هذا يقع كثيرا ٠

وقال بعض المدافعين عن مذهب الجمهور ، ان ما قاله عمـر على المنبر لا يصلح دليـــلا ٠

قال الصنعانى (١) فى ذلك : ٠٠٠ « واستدل الأولون بأنه قاله عمر على المنبر ، ولم ينكر عليه فينزل منزلة الاجماع ٠

قلت : لا يخفى ان الدليل هو الاجماع لا ما ينزل منزلته » ٠

وقال الشوكانى (٢) : « والحاصل ان هذا من قول عمر ، ومثل ذلك لا يثبت به مثل هذا الأمر العظيم الذى يفضى الى هلاك النفوس ٠

وكونه قاله فى مجمع من الصحابة ، ولم ينكر عليه لا يستلزم ان يكون اجماعا كما بينا ذلك فى غير موضع من هذا الشرح ، لأن الانكـار فى مسائل الاجتهاد غير لازم للمخالف ، ولا سيما والقائل بذلك عمر ، وهـو بمنزلة من المهابة فى صدور الصحابة وغيرهم ٠

اللهم الا ان يدعى ان قولـــه : اذا قامت البينة او كان الحبـــل ، او الاعتراف من تمام ما يرويه عن كتاب الله تعالى ، ولكنه خلاف الظاهر ، لأن الذى كان فى كتاب الله هو ما اسلفناه فى اول كتاب الحدود ٠

وقد اجاب الطحاوى بتأويل ذلك على ان المراد ان الحبل اذا كان من زنا وجب فيه الرجم ، ولا بد لثبوت كونه من زنا ٠

وتعقب بأنه يأبى ذلك جعل الحبل مقابلا للبينة والاعتراف » ٠

انتهى كلام الشوكانى ٠

قال ناقله : اما ما رواه عن الطحاوى فقد تكفل بالرد عليه ٠

واما ما ذكره من استبعاد ان يكون قول عمـر : « اذا قامت البينة او

---

(١) سبل السلام جـ ٤ ص ١٠

(٢) نيل الاوطار جـ ٧ ص ١١٩

كان الحبل او الاعتراف » من كتاب الله فهو الصواب ، وامـــا ما ذكره من مهابة عمر فى نفوس الناس فهو أمر غريب لأن مهابة عمر لا تمنعهم من رده الى الحق اذا علموه وعمر نفسه يسر عندما يرى من يرده الى الحق ٠

ولا أدل على ذلك مما روى عنه انه كان يخطب على المنبر مناديا بتحديد المهور، فتصدت له امرأة قائلة : ان الله يعطينا بالقنطار ، وانت تمنعنا ، فما كان من عمر الا ان اعلنها مدوية صريحة « اصابت امرأة واخطأ عمر » ٠

فاذا كان هذا موقف عمر من الحق ولو قالته امرأة من عـامة النساء فكيف يظن بكبار الصحابة رضوان الله عليهم ان يسمعوا منه كلاما فى اخطر أمور الدين ، فيمنعهم من رده مهابته فى صدورهم ؟

هذا ويرى الحنابلة (١) انه يستحب ان تسأل المرأة الحامل بلا زوج او سيد فان ادعت انها أكرهت على الزنا او وطئت بشبهة لم تحد لامكان صدقها والحدود تدرأ بالشبهات ، وان اعترفت بالزنا اربع مرات حدت ٠

تحريـر موضـع النـزاع :

من هذا كله يتبين ان الفقهاء اجمعوا على ان الحمل لا يعتبر موجبـــا لحد الزنا ان ادعـت المرأة الغلـــط او الاشتباه او النـــوم ، أو ادعـــت الاكراه ومعها قرينة ، أما ان ادعت الاكراه أو أدعت الحمل بغير وطء وليس هناك قرينة على صدقها فهذا موضع النزاع ٠

فالجمهور يقبلون دعواها ويدرءون عنها الحـــد ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ٠

والمالكية لا يقبلون دعواها المجردة من القرينة ، ويوجبون الحد عليها لما تقدم من الادلة ، وسدا لباب الفساد ٠

---

(١) راجع المغنى جـ ٨ ص ٢١٠ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٦٢ ، شرح المنتهى هامش كشاف القنـاع جـ ٤ ص ٨٩ ، ٩٠

الترجيـــــح :

وأرى ان رأى المالكية هو الراجح ، لأن الاصل فى الحمل ان يكون من وطء • واذا لم يكن للحامل زوج او سيد، ولم يكن هناك غلط ولا شبهة ولا نوم اثناء الوطء فان ذلك يعتبر زنا موجبا للحد ، وعلى مـن تدعى الغصب اثبات ذلـــك •

والأخذ بمذهب المالكية يعتبر سدا لباب الفســـاد ، اذ ان كثيرا من الناس يتحاشون الزنا خشية الحمل لما يترتب عليه من الفضيحة فاذا انضم الى ذلك خشية اقامة الحد ، كـــان ذلك اشد ردعا لمن يريد ارتكاب هـــذه الفاحشة •

الفصل الرابع

ثبوت الزنا بطريق اللعان

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : فى مشروعية اللعان .

المبحث الثانى : فى الخلاف فى حجية اللعان فى ثبوت الزنا .

المبحث الأول

مشـــروعية اللعـــان

قال فى المصباح : « ولا عن الرجل زوجته قذفها بالفجـــور ، وقال ابن دريد كلمة اسلامية فى لغة فصيحة » ا٠ هـ ٠

قال الشوكانى (١) « قال فى الفتح اللعان مأخوذ من اللعن ، لأن الملاعن يقول فى الخامسة : لعنة الله عليه ان كان من الكـــاذبين واختير لفظ اللعن دون الغضب فى التسمية لأنه قول الرجـــل ، وهو الذى بدء به الآية ، وهو ايضا يبدأ به ، وقيل سمى لعانا لأن اللعن : الطرد والابعـــاد وهو مشترك بينهما ، وانما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب بالنسبة اليها ٠

تمهيـــد :

قال الله تعالى (٢) : « والذين يرمون المحصـــنات ، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ، واولئك هـــم الفاسقون » ٠

وواضح من هذه الآية ان من يرمى غيره بالزنا فاما ان يأتى بأربعـــة شهداء يشهدون بصحة ما قال (وفى معنى الشهادة الاقرار) ، واما ان يحد حد القذف ثمانين جلدة ويفسق فلا تقبل شـــهادته ٠ ويستطيع الانسان ان يتحاشى الوقوع فى هذا المأزق فلا يرمى غيره بالزنا ٠

لكن ماذا يفعل الانسان عندما يرى زوجته تزنى ولم يستطـــع اقامة البينة على زناها ؟

انه من الشاق عليه حينئذ ان يسكت ، وهب انه طلقها فماذا يفعل فيما قد تكون حملت به من غيره ونسب اليه ؟

---

(١) نيـــل الاوطار جـ ٦ ص ٢٠١

(٢) ســـورة النـــور : ٤

ولقد سأل سعد بن عبادة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخرج من هذا الامر كما سيأتى :

مشـــروعية اللعـــان :

روى عن ابى عباس رضى الله عنه انه قال : « لما نزلت هذه الآيـــة « والذين يرمون المحصنات ... الآية » قال سعد بن عبـادة اهكذا نزلت يا رسول الله ؟

لو اتيت لكاع وقد تفخذها رجل لم يكن لى ان اهيجـــه ، واخرجه ، فوالله ما كنت لآتى بأربعة شهداء حتى يفرغ من حاجته .

فقال رسول الله صلى الله عليه وســـلم : « يا معشر الأنصـــار : أما تسمعون ما يقول سيدكم ؟

قالوا لا تلمه فانه رجل غيور ما تزوج فينا قط الا عذراء ولا طلق امرأة قط فاجترأ رجل منا ان يتزوجها .

قال سعد : يا رسول الله بأبى وأمى والله لأعرف انها من الله وانهـــا الحق، فوالله ما لبثوا الا يسيرا حتى جاء هلال بن امية من حديقة له، فرأى بعينيه وسمع بأذنيه فأمسك حتى أصبح ، ثم غـــدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله : انى جئت اهلى عشاء ، فرأيت رجلا مـــع اهلى رأيت بعينى ، وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم مـــا اتاه وثقل عليه جدا ، حتى عرفت الكراهية فى وجهه ، فقال هلال : يا رسول الله انى ارى الكراهية فى وجهك مما آتيك به ، والله يعلم انى لصادق ، وانى لأرجو ان يجعل الله فرجا .

فقالوا ابتلينا بما قال سعد ، أيجلد هلال وتبطل شهادته فى المسلمين .

فهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بضربه ، وانه لكذلك يريد ان يأمر بضربه اذ نزل عليه الوحى : (١) « والذين يرمون ازواجهم ، ولم يكن لهـــم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين .... الآيـــات » .

---

(١) ســـورة النـــور : ٦ وما بعدها

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ارسلوا اليهـــا ، فلما اجتمعا قيل لها فكذبت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الله يعلم ان احدكما لكاذب ، فهل فيكما تائب ؟

فقال هلال : لقد صدقت وما قلت الا حقا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاعنوا بينهما ·

قيل لهلال : اشهد ، فشهد اربع شهادات انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين· فقيل له عند الخامسة : يا هلال، اتق الله ، فان عذاب الله اشد من عذاب الناس ، وانها الموجبة التى توجب عليك العقوبة ، فقال هلال : والله ما يعذبنى الله عليها كمـا لم يجلدنى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كانمن الكاذبين·

ثم قيل لها: تشهدى، فشهدت اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين· ثم قيل لها عند الخامسة : اتق الله فان عذاب الله اشد من عذاب الناس ، وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت : والله لا افضـح قومى ، فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ·

ففرق رسول الله صلى لله عليه وسلم بينهما وقضى أن الولـد لها ولا يدعى لأبيه ولا يرمى ولدها ·

وفى رواية : ان جاءت به كذا وكذا فهو لزوجها وان جاءت به كذا وكذا فهو للذى قيل فجاءت به كأنه جمل اورق ، فكان بعـد اميرا بمصر لا يعرف نسبه وقيل لا يدرى من ابوه » ·

ومما تقدم يعلم ان اللعان مشروع بالكتاب والسنة وانـــه يكون بين الزوجين اذا ادعى المزوج زنا الزوجة ولم يقم البينة على ذلك ولم يقع منهـــا اعتراف ، ففى هذه الحالة يتلاعن الزوجان على الصيغة الواردة فى الآيـات والحديث ·

---

(١) من أحكام القرآن لابن العربى جـ ٣ ص ١٣٢٨ ، ١٣٢٩ ، ١٣٣٠

ويترتب على اللعان عدة امور كدرء العـــذاب عنهما والتفريق بينهما وقطع النســـب ٠

الا ان الذى يعنينا هنا هو : هل اللعان طريق من طـــرق ثبوت الزنا الموجب للحد شرعا ام لا ؟ ٠ هذا ما سأتحدث عنه فى المبحث التالى ٠

المبحث الثانى

الخـلاف فى حجيـة اللعـان فى ثبـوت الزنـا

اذا لاعنت المرأة يدرأ عنها العذاب ولا يثبت عليها زنا باتفاق العلماء ٠

إما ان امتنعت عن اللعان بعد ان لاعن الرجل فهذا هو موضوع النزاع ٠ فقد اختلف العلماء فى ذلك ٠

فذهب جمهور العلماء ومنهم المـالكية والشافعية الى ان نكول المرأة عن اللعان بعد وجوبه عليها يعتبر طريقا من طرق ثبوت الزنا ، فتحد المرأة حـــد الزنا ٠

وذهب الأحناف والحنابلة الى ان الزنا لا يثبت بنكولها ولا يجب عليها الحـد بذلـك ٠

الأدلـــة :

استدل المالكية والشافعية (١) على وجوب حد الزنا بنكول الملاعنة بقول

---

(١) راجع مغنى المحتاج جـ ٢ ص٣٨٠،احكام القرآن لابن العربى جـ ٢ ص ١٣٣٤ والقرطبى ص ١٨٢ ، وما بعدها ، المغنى جـ ٧ ص ٤٤٤ وما بعدها

الله تعالى: (١)« ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله٠٠٠ الآية»٠

قالوا : والمراد بالعذاب هنا الحد والدليل على هذا قوله تعالى (٢) : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » ٠ فالمراد بالعذاب هنا الحد ، فسمى الحد عذابا فى آية اللعان ، وهو بعينه الحد المذكور فى آية الجلد ٠

« ولأنه بلعانه حقق زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها اربعة » (٣) ٠

أدلة الحنفية والحنابلة : (٤)

استدل الحنفية والحنابلة بقول الله تعالى: (٥) والذين يرمون ازواجهم، ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم ، فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين » ٠

ووجه الدلالة : ان الفاء فى قوله تعالى « فشهادة احدهم » داخلة على محذوف والتقدير فالواجب شهادة احدهم الخ ٠٠

فدل ذلك على ان الواجب فى قذف الزوجات اللعان ، وهذا اما ان يكون ناسخا لعموم قوله تعالى: (٦) « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ٠٠ الآية » ٠

---

(١) سورة النور : ٦

(٢) سورة النور : ٢

(٣) المغنى جـ ٧ ص ٤٤٥

(٤) راجع فتح القدير جـ ٤ ص ٢٨٢ والمغنى وابن العربى والقرطبى فى الصفحات المشار اليها سابقا

(٥) سورة النور : ٥

(٦) سورة النور : ٤

واما ان يكون مخصصا له وعلى كلا التقديرين يلزم ان يكون الثابت فى قذف الزوجات انما هو اللعان فقط فلا يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل تحبس لايفائه كما فى كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه ٠

اعتراض المذهب الثانى على المذهب الاول :

قالوا : ان قوله تعالى : « ويدرأ عنها العذاب الخ » لا يلزم منه الحد، بل يجوز ان يكون المراد منه الحبس او غيره فلا يتعين فى الحد ٠

فان قيل انه يحتمل ان يكون المراد به الحد ، فالحـــد لا يجب بمجرد الاحتمـــال ٠

وقد اجاب ابن العربى على هذا الاعتراض بقولـــه (١) : « وقال ابو حنيفة : العذاب المراد بالآية الحبس ، فيقال : ولم تحبس ، ولم يجب عليها بقول الزوج شىء عندك ؟

ثم قلت : اللعان حد ، فكيف وجب عليها بقول الزوج حد ؟

والله تعالى يقول (٢) : « ويدرأ عنها العذاب » وهو الحد ، بدليل قوله تعالى (٣) : « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » يعنى الحد، فسماه عذابا ها هنا وهو ذاك بعينه لاتحاد المقصد فيهما ٠

واعترضوا كذلك على القائلين بوجوب الحد بنكول الملاعنة فقالوا : ان زناها اما ان يثبت بلعان الزوج او بنكولها او بهما وكل ذلك باطل ٠

اما ان زناها لا يثبت بلعان الزوج فلأنه لو ثبت به لما سمع لعانها ولما وجب الحد على قاذفها ٠

ولأنه اما يمين او شهادة ٠ فان كان يمينا فلا يثبت الزنا باليمين وان

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى جـ ٢ ص ١٣٣٤
(٢) سورة النور : ٦
(٣) سورة النور : ٤

كان شهادة فلا يثبت الزنا بشهادة الواحد ٠

وأما ان نكولها لا يثبت به زناها فلأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يثبت بالنكول لأن النكول يحتمل ان يكون حياء منها فى مجمع الناس او لتلجلج لسانها فلا يجوز ان يقضى بالنكول فى حد من اخطر الحدود اشترط فيه فى البينة ضعف عدد ما اشترط فى غيره وان يصرحوا بلفظه ، وغير ذلك ، مبالغة فى نفى الشبهات عنه وتوصلا لاسقاطه ٠

واذا كان النكول لا يقضى به فى شىء من العقوبات او الحدود ولا ما عدا الاموال فلأن لا يقضى به فى ثبوت الزنا الذى هو من اعظم الأمور أولى٠

واذا كان الشافعى (وهو من القائلين بثبوت الزنا بنكول الملاعنة) لا يرى القضاء بالنكول فى شىء فكيف يقضى به فى اعظم الامور وأبعدها ثبوتا واسرعها سقوطا ؟

واذا كان رجوعها عن الاقرار الصريح يسقط عنها الحد فكيف يجب عليها بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها ؟

وأما انه لا يثبت بهما معا (لعان الزوج ونكول الزوجة) فلأن ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق ولأن ما فى كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفى بضم احدهما الى الآخر ٠

قالوا : ويرجح ذلك (القول بعدم ثبوت الزنا) قول عمر رضى الله تعالى عنه : « والرجم واجب على كل من زنى من الرجال ، والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان الحبل ، او الاعتراف » ٠

فذكر ما يثبت به الحد ، ولم يذكر اللعان ٠

جواب هذا الاعتراض :

اختار ابن العربى (١) ان الحد يثبت بلعان الزوج ، وأنه يمين قائم مقام

---

(١) أحكام القران لابن العربى جـ ٣ ص ١٢٢٥

الشهادة بدليل انه يخلص به الزوج من الحد ٠

وهنا يقال : وما الجواب على ما جاء فى الاعتراض من أنه اذا كان ثبوت الزنا بلعان الزوج فانه يلزم عليه ان لا يسمع لعان الزوجة ولا يحد قاذفها ؟

ويمكن ان يجاب عن ذلك : بأن الحد قد وجب على الزوجة بلعان الزوج لكنه يسقط بلعانها ، ولذلك يجب الحد على قاذفها ٠

الترجيـــــح :

وأرى ان الراجح ما ذهب اليه الاحناف والحنابلة من عدم وجوب حد الزنا بنكول الملاعنة ٠

لأن ما ذكروه من امتناعها عن اللعان قد يكون لتلجلج لسانها وخجلها امام جمع من الناس ، فهو شبهة قوية لا سيما بالنسبة لمن لم تعتد ذلك ٠

ولأن حدها يكون غالبا الرجم ، والدماء يجب ان تصـان فلا تهدر الا حيث تنتفى الشبهات ٠

وما ذكره ابن العربى : من أن المراد بدرء العذاب الحد فهو أمر محتمل ولكن كما قالوا : لا تجب الحدود بالاحتمالات ، والله اعلم ٠

الفصل الخامس

ثبوت الزنا بعلم الامام أو السيد

وفيـــه مبحثـــان :

المبحث الأول : فى ثبوت الزنا بعلم الامام ٠

المبحث الثانى : فى ثبوت الزنا بعلم السيد ٠

---

(١) لم أعبر بثبوت الزنا بطريق علم الامام أو السيد ، كما عبرت فى الاقرار والبينـة ألخ ٠ وفضلت اسقاط كلمة طريق هنا لان الزنا يثبت عند الامام أو السيد مباشرة دون طريق ٠

الفصل الخامس

ثبوت الزنا بعلم الامام أو السيد

وفيـــه مبحثـــان :

المبحث الأول : فى ثبوت الزنا بعلم الامام ·

المبحث الثانى : فى ثبوت الزنا بعلم السيد ·

---

(١) لم أعبر بثبوت الزنا بطريق علم الامام أو السيد ، كما عبرت فى الاقرار والبينـة الخ ·
وفضلت اسقاط كلمة طريق هنا لان الزنا يثبت عند الامام أو السيد مباشرة دون طريق ·

المبحث الاول

ثبوت الزنا بعلم الامام

ذهب جمهور العلماء (١) الى أن الامام لا يقيم الحد بعلمه ، بل لا بد من ثبوته عن طرقه المعروفة (الاقرار ، والبينة ، وكذلك الحمل واللعان عند من يقول بهما) ٠

وذهب ابو ثور الى أن الامام يقيم الحد بعلمه ٠

وجاء فى المغنى لابن قدامة ونيل الأوطار للشوكانى أن هذا احد قولى الشافعى ٠

الأدلـــة :

استدل الجمهور على ان الامام لا يقيم الحد بعلمه الحاصل بالمشاهدة لقوله تعالى : (٢) « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فـاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون » ٠

وقوله تعالى : (٣) « واللاتى يأتين الفاحشة من نسـائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم » ٠

وقول عمر : « ٠٠٠ اذا قامت البينة او كان الحبل ، او الاعتراف » ٠

فهذا يدل على ان علم الامام لا عبرة به ولا يترتب عليه اقامة الحد على الزانى ، بل لا بد من ثبوت الزنا بأدلته المعروفة ٠

---

(١) راجع المغنى جـ ٨ ص ٢١٠ ، نيـل الاوطار جـ ٨ ص ٣٢٤ الى ٣٢٧ ، ومغنى المحتـاج جـ ٤ ص ١٥٠ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢١٢ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ٤٨

(٢) سـورة النـور : ١٣

(٣) سـورة النسـاء : ١٥

كما استدلوا بما رواه مسلم واحمد عن جابر أنه قال : « أتى رجل من الجعرانة منصرفه من حنين وفى ثوب بلال فضة والنبى صلى الله عليه وآله وسلم يقبض منها يعطى الناس فقال يا محمد اعدل ، فقال : ويلك ومن يعدل اذا لم اعدل ، لقد خبت وخسرت ان لم اكن اعدل، فقال عمر : دعنى يا رسول الله اقتل هذا المنافق · فقال : معاذ الله ان يتحدث الناس انى اقتل أصحابى ·

ان هذا واصحابه يقرؤون القرآن لا يجاوز حناجرهم ، يمرقون منه كما يمرق السهم من الرمية » ·

ووجه الدلالة فى هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امتنع عن ان يقتل من علم بأنهم منافقون فدل ذلك على ان الامام لا يقيم الحد بعلمه·

وقد اعترض على هذا بأن هذا الحديث لا يدل على المطلوب بأى وجه من الوجود ، وغاية ما يدل عليه هو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امتنع عن قتل من كان فى الظاهر من الصحابة ، وذلك لئلا يقول الناس: ان محمدا يقتل اصحابه ·

واحتج للجمهور بالاجماع على أن القاضى لا يحكم فى الحدود بعلمه ·

نقل الاجماع ابن العربى ، وقد اعترض على هذا الحافظ فقال : « كذا قال (ابن العربى) فجرى على عادته فى التهويل والاقدام على نقل الاجماع مع شهرة الاختلاف (١) » ·

دليل القائلين بالجواز :

استدل القائلون بجواز أن يقضى الامام بعلمه فى الحدود بالقياس : فقالوا ان الامام اذا جاز له الحكم بالبينة التى لا تفيد الا الظن فأولى علمه الحاصل بمشاهدة الزانى يزنى ·

---

(١) نيل الاوطار جـ ٨ ص ٣٢٥

واعترض على ذلك بأن هذا ما يقتضيه القياس ، ولكن الشارع أهدر علمه بالآيات السابقة واجمع الصحابة على ذلك ، ولو جاز للامام أن يقيم حد الزنا بعلمه لكان له ان يقتل من شاء من المحصنين بدعوى انه رآه يزنى ، وبهذا لا يأمن الناس على انفسهم .

قال الشوكانى فى ابطال قول من قال يجوز للامام ان يحكم بعلمه فى الحدود وغيرها(١) : قال الكرابيسى : لا يقضى القاضى بعلمه لوجود التهمة اذ لا يؤمن على التقى أن تتطرق اليه التهمة ، قال ويلزم من أجاز للقاضى ان يقضى بعلمه مطلقا انه لو عمد الى رجل مستور لم يعهد منه فجور قط أن يرجمه ويدعى انه رآه يزنى او يفرق بينه وبين زوجته ويزعم انه سمعه بطلقها او بينه وبين امته ويزعم انه سمعه يعتقها ، فان هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضى السبيل الى قتل عدوه وتفسيقه ، والتفريق بينه وبين من يحب ، ومن ثم قال الشافعى : لولا قضاة السوء لقلت ان للامام ان يقيم الحد بعلمه » .

الترجيح :

ومن هذا كله يتبين لنا ضعف قول من قال : ان للامام ان يقيم حد الزنا بعلمه . ورجحان رأى الجمهور ، بل ان الخلاف فى هذا يكاد يكون غير ذى بال .

ولو لم يوجد عند الجمهور أى دليل لكان رأيهم هو الراجح ايضا اذ ان من قال بأن للامام ان يقيم الحد بعلمه عليه ان يقيم الدليل على ذلك ، ويكفى المخالف ان يبطل دليله .

---

(١) نيل الاوطار ج ٨ ص ٣٢٤

المبحث الثانى

ثبوت الزنا بعلم السيد

جمهور العلماء يرون أن للسيد أن يقيم الحد على مملوكه ٠

وبعضهم يفرق بين الامة المزوجة وغير المزوجة فيجيز للامام اقامة الحد على غير المزوجة ويمنعه من اقامته على المزوجة الا اذا كانت مزوجة من عبده فان له اقامته كذلك ٠

وبعضهم يشترط أن يحصل السيد على اذن من الامام ٠

وبعضهم لا يشترط ذلك (١) ٠

ولكن الذى يعنينا هنا هو هل يقيم السيد الحد بعلمه أم لا ؟

أى هل يثبت الزنا بعلم السيد ام انه لا يثبت الا بما يثبت به الزنا فى حق الاحرار ؟ ٠

اختلف العلماء فى ذلك على قولين (٢) :

القول الأول : هو أن الزنا يثبت بعلم السيد ، ذهب الى ذلك الشافعية والحنابلة ٠

القول الثانى : هو ان الزنا لا يثبت بعلم السيد ، وانما يثبت بما يثبت به زنا الاحرار ، ذهب الى هذا مالك واحمد فى رواية عنه ٠

الأدلـــة :

استدل اصحاب القول الأول بما يأتى :

---

(١) راجع نيل الاوطار جـ ٧ ص ١٢٨ ، ١٢٩

(٢) راجع مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٥٠ وكشاف القناع جـ ٤ ص ٤٨ والمغنى جـ ٨ ص ١٧٦ ، ٢١٠ ، نيل الاوطار جـ ٧ ص ١٢٧ ، ١٢٨

عن إبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ، ولا يثرب عليها ، ثم ان زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ، ثم ان زنت فليبعهـــا ولو بحبل من شعر » متفق عليه ·

ووجه الدلالة قوله : « فتبين زناها » قالوا ان المـراد بالتبين ان يعلم السيد بذلك وان لم يقع اقرار ولا قامت شهادة ·

واعترض على هذا الاستدلال بأنه خلاف الظاهر اذ الظاهر ان المـراد تبينه بما يثبت به فى حق الحر كالشهادة والاقرار ·

واستدلوا كذلك بأنه اذا ثبت زنا عبده بعلمه فكأنه اقر عنده ، وانـــه يملك تأديبه بعلمه فكذلك الحد ·

دليل القول الثانى :

استدل اصحاب القول الثانى : بأن الامام لا يقيم الحد بعلمه ، فاذا لم يجز ذلك للامام فان السيد أولى ، لأن ولاية الامام أقوى من ولايـــة السيد لكونها متفقا عليها وثابتة بالاجماع ·

واعترض على هذا الدليل بأن هناك فرقا بين الامام والسيد ، فالسيد يملك تأديب عبده بعلمه وهذا يجرى مجرى التأديب ، والسيد اخص بعبده واتم ولاية عليه واشفق من الامام على سائر الناس ·

فكما ان السيد له تأديب عبده بعلمه فكذلك له اقامة الحد بعلمه ·

الترجيـــح :

الراجح هو القول الأول (القول بأن للسيد اقامة الحد بعلمه) لمـــا ذكروه من تعليل لمذهبهـــم ، ولما اوردوه من ردود على مخالفيهم ·

ولأن الرقيق اذا علم ان الحد يقام عليه بعلم سيده فان ذلك يعتبر رادعا له لأنه يخشى من ان يطلع عليه سيده اذا زنا لكونه على صـــلة به فى غالب الأوقات ·

خاتمة البحث

لقد وضح من خلال هذا البحث ان طرق ثبوت الزنا بعضها متفق عليه، والبعض الآخر مختلف فيه ٠

فقد اجمع العلماء على ان الزنا يثبت بالاقرار ، والبينـــة واختلفوا فى ثبوته بالحمل واللعان ، وعلم الامام ، وعلم السيد ٠

وهم وان اجمعوا على ثبوته بالاقرار والبينة فقد اختلفوا فى شروطهما ٠

ومن ابرز مواضع الخلاف ما يلى :

اولا – بالنسبة للاقرار :

(١) كون الاقرار اربع مرات ٠

وقد رجحت ما ذهب اليه المالكية ، والشافعية من ان ذلك غير شـــرط وان الاقرار مرة واحدة كاف فى ثبوت الزنا ٠

(٢) اذا قلنا باشتراط تعدد الاقرار ، فهل يشترط ان يقـــع كل اقرار فى **مجلس** ٠

وقد رجحت ما ذهب اليه الحنابلة من ان تعدد المجالس غير شرط ٠

(٣) هل يشترط فى صحة اقرار الزانى ان يقر شريكه ٠

ورجحت فى هذا مذهب الجمهور القائلين بعدم اشتراط ذلك وبأن الحد يقام على المقر سواء أنكر شريكه او اعترف ٠

(٤) سقوط الحد برجوع المقر ، او هروبه ٠

ورجحت ما ذهب اليه بعض المالكية من ان الرجوع ان كان لشبهة قبل والا فلا يقبل ٠

واما بشأن الهروب فقد رجحت ما ذهب اليه الشافعية والمالكية من ان الهارب يسأل عن سبب هروبه فان تبين انه هرب من الألم اقيم عليه الحد وان تبين انه قد رجع عن اقراره عومل بما يعامل به الراجع عن اقراره ٠

(٥) اشتراط بدء الامام بالرمى اذا كان الحد هو الرجم ٠

وقد رجحت مذهب الأحناف القائلين بذلك ٠

ثانيـا ـ بالنسـبة للبينـة :

(١) اجتماع الشهود عند أداء الشهادة ٠

وقد رجحت ما ذهب اليه الشافعية من ان ذلك غير شرط، وان الشهادة تقبل ولو جاءوا فى مجالس متعددة ٠

(٢) ظهور كذب الشهود كأن شهدوا على امرأة بالزنا فتبين انها عذراء ٠

وقد رجحت فى هذه الصورة ما ذهب اليه الشافعية من التفصيل بين من كانت بكارتها لا يتأتى معها الوطء وبين من لم تكن كذلك ، فالأولى لا تحد والثانية تحد ٠

(٣) اشتراط بدء الشهود بالرمى اذا كان الحد هو الرجم ٠

وقد رجحت مذهب الأحناف القائلين بذلك ٠

(٤) اشتراط عدم التقادم فيما شهدوا به ٠

وقد حررت موضـــع النزاع فى ذلك وهـــو : اذا كان التأخير فى أداء الشهادة لغير عذر ٠

ثم رجحت مذهب الأحناف القائلين بعدم قبولها عند التقادم ٠

أما الطرق المختلف فيها فهى :

(١) الحمـــل :

فانه يثبت به الزنا عند المالكية خلافا للجمهور ٠

وقد حررت موضع النزاع فتبين ان الخلاف ينحصر فى دعوى الحامل الغصب دون قرينة او دعواها الحمل بغير وطء ، دون قرينة ايضا ٠

ورجحت فى هذا مذهب المالكية ٠

(٢) نكـول المرأة فى اللعـان :

فقد ذهب المالكية والشافعية الى ان الملاعنة ان نكلت ثبت عليها الزنا٠

وخالفهم الأحناف والحنابلة ٠

وقد رجحت ما ذهب اليه الأحناف والحنابلة ٠

(٣) علـــم الامـــام :

وقد تبين لى ان القول بثبوت الزنا بعلم الامام ضعيف لا يلتفت اليه ٠

(٤) علـم السـيد بالنسـبة للرقيق :

وقد تبين لى رجحان مذهب الشافعية والحنابلة (على المشهور عندهم) القائلين بثبوت الزنا بعلم السيد ٠

هذا ويمكن بيان ما يثبت به الزنا عند كل مذهب من المذاهب الأربعـة فيما يأتى :

الحنفيـــة :

يثبت الزنا عندهم بالاقرار ، والبينة فقط ٠

الحنـــابلة :

يثبت الزنا عندهم بالاقرار ، والبينة ، وعلم السيد ٠

المالكيـــــة :

يثبت الزنا عندهم بالاقرار والبينة والحمل واللعان ٠

الشـــــافعية :

يثبت الزنا عندهم بالاقرار والبينة واللعـــــان وعلم السيد ٠ وروى بعضهم عن الشافعى انه يثبت بعلم الامام ايضا ٠

والله اعلم ٠

المراجـــع

(١) القرآن الكريـــم ٠

(٢) شرح فتح القدير ، لكمال الدين محمد بن عبد الواحـــد السيواسى المعروف بابن الهمام ٠
وتكملته المسماة بنتائج الافكار لشمس الدين احمد بن قودر ٠
كلاهما على الهداية شرح بداية المبتدىء لشيخ الاسلام برهان الدين على ابن ابى بكر المرغينانى طبعة مصطفى الحلبى ٠

(٣) شرح العناية على الهداية ٠
لكمال الدين محمود البابرتى ٠ مطبوع مع فتح القدير ٠

(٤) حاشية ابن عابدين المسماة برد المحتار على الدر المختار ٠
لمحمد امين الشهير بابن عابدين ٠

(٥) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ٠
لعلاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى ـ مطبعة الجمالية الطبعة الاولى ٠

(٦) تبيين الحقائق من شرح كنز الدقائق ٠
لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى الحنفى ٠

(٧) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٠
لمحمد عرفه الدسوقى طبعة عيسى الحلبى ٠

(٨) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٠
لابى عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقربى المعروف بالحطاب
مطبعة السعادة الطبعة الاولى ٠

(٩) التاج والاكليل لمختصر خليل ٠

لابى عبدالله سيدى محمد بن يوسف بن ابى القاسم العبدرى الشهير بالمواق مطبوع بهامش مواهب الجليل ٠

(١٠) منح الجليل على مختصر خليل ٠
لمحمد عليش طبعة بولاق ٠

(١١) شرح الخرشى على مختصر خليل ٠
لسيدى ابى عبدالله محمد الخرشى ٠
وعليه حاشية العدوى للشيخ على العدوى المطبعة الكبرى الأميرية طبعة ثانية ٠

(١٢) مجموع الأمير لسيدى محمد الأمير ٠
وعليه حاشيتان : احداهما للشيخ حجازى العدوى والاخرى للمؤلف وهى المسماة بضوء الشموع المطبعة البهية السلفية ٠

(١٣) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ٠
لمحمد الشربينى الخطيب طبعة مصطفى الحلبى ٠

(١٤) اسنى المطالب شرح روض الطالب ٠
لابى يحيى زكريا الانصارى ٠

(١٥) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ٠
لشمس الدين محمد الرملى

(١٦) كشاف القناع على متن الاقناع ٠
لمنصور ابن ادريس الحنبلى المطبعة العامرة الشرقية الطبعة الاولى ٠

(١٧) شرح المنتهى ٠
لمنصور ابن ادريس البهوتى الحنبلى مطبوع بهامش كشاف القناع ٠

(١٨) المغنى ٠
لابى عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه الناشر مكتبة الجمهورية العربية مكتبة الرياض الحديثة ٠

(١٩) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٠
لمحمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبى مطبعة الاستقامة بالقاهرة ٠

(٢٠) اعلام الموقعين عن رب العالمين ٠
لشمس الدين ابى عبدالله محمد بن ابى بكر المعروف بابن قيم الجوزية الناشر مكتبة الكليات الازهرية ٠

(٢١) الجامع لاحكام القرآن (تفسير القرطبى) ٠
لابى عبدالله محمد بن احمد الانصارى القرطبى طبعة دار الكتب ٠

(٢٢) احكـام القرآن ٠
لابى بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربى طبعـة عيسى الحلبى الطبعة الثانية ٠

(٢٣) نيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخبار ٠
لمحمد بن على بن محمد الشوكانى طبعة مصطفى الحلبى الطبعة الاخيرة

(٢٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الاحكام ٠
لمحمد بن اسماعيل الصنعانى مطبعة الاستقامة بالقاهرة ٠

(٢٥) فتح البارى بشرح البخارى ٠
للحافظ شهاب الدين ابو الفضل العسقلانى المعروف بابن حجر طبعة مصطفى الحلبى ٠

(٢٦) القاموس المحيط ٠
لمحمد محيى الدين الفيروز آبادى ٠

(٢٧) الصباح المنير فى غريب الشرح الكبير ٠
لاحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى ٠

القصد الجنائى

فى جريمة إعطاء صك دون مقابل الوفاء

تعليق على حكم المحكمة العليا الليبية فى الطعن الجنائى رقم ١٩/١٠٢ ق
جلسة ٩ ربيع الاول ١٣٩٤هـ الموافق ٢ ابريل ١٩٧٤م

للدكتور ادوار غالى الدهبى
استاذ القانون الجنائى المشارك
بكلية الحقوق بجامعة بنغازى

المبـــدأ :

ان المشرع لم ير الاكتفاء بالقصد الجنائى العـــام فى جريمة اصدار صك بدون رصيد واشترط لتوقيع العقاب وجوب توفـــر القصد الجنائى الخاص لدى مصدر الصك ، فعبر عن ذلك بقوله كل من اعطـى بسوء نية ، أى انه لا يمكن تجريم الساحب ومعاقبته الا بعد ان تقتنع محكمة الموضوع بأن نيته كانت منصرفة الى التدليس والاحتيال على المستفيد بالهائه بهـذه الورقة دون ان يحصل على قيمة الصك اضرارا بـه او اثراء على حسابه ، لأن عبارة سوء النية تفيد معنى زائدا عن مجرد علم الساحب بعدم وجود رصيد له وقت اعطائه الصـــك ، وهذا المعنى هو الـــذى يتضمن معنى الاساءة ٠

الوقائـع والاســباب :

اتهمت النيابة العامة (٠٠٠) بأنه بتاريخ ٢٣ـ٤ـ١٩٧٠ م بدائـــرة مركز شرطة مالتصرفية ومحافظة الجبل الاخضر ، اعطى بسوء نية صكا لا يقابله رصيد الى المجنى عليه (٠٠٠) وطلبت معـــاقبته بالمادة ١/٤٦٢ عقوبات ٠

وبتاريخ ١٠ـ٢ـ١٩٧١ قضت محكمة البيضاء الجزئية غيابيـــا بتغريم المتهم خمسة وعشرين جنيها مع النفاذ وبلا مصاريف ٠

عارض المتهم فى هذا الحكم امام محكمة البيضاء الجزئية ، وقرر انه كان قد اعطى الشاكى الصك المذكور بدون تاريخ كضمان اتمام بناء العقار الا ان المجنى عليه وضع له تاريخا وتقدم الى المصرف لصرفه فلم يجد له رصيدا ٠

وبتاريخ ١ـ١٢ـ١٩٧١ قضت المحكمة المذكورة حضوريا ببراءة المتهم مما نسب اليه ، وجاء بهذا الحكم قوله : وحيث حضـــر المعارض بالجلسة

وقال فى اسباب معارضته بأنه اعطى الصك الى المجنى عليه كضمان ليتم بناء العقار المتفق عليه فيما بينهما ، ذلك ان المجنى عليه قد تخلف عن التقيد بالتزامه فاضطر الى اعطائه الصك سالف الذكر بدون تاريخ الا ان المجنى عليه قد حدد تاريخا فيه وتقدم فلم يجد له رصيدا ، وقد تم الاتفاق على اعطاء الصك على النحو المشار اليه امام المحكمة الابتدائية المدنية ، وقدم صورة من الحكم الصادر فى هذا الشأن الذى اثبت اتفاق المتهم مع المجنى عليه على النحو الذى ذكره المتهم وجعله فى قوة السند التنفيذى واعتباره ٠ وحيث يبين مما تقدم ان التهمة غير ثابتة فى حق المتهم لانتفاء الركن المعنوى للجريمة ، ذلك ان المتهم قد اعطى الصك كضمان وبدون تاريخ دون ان يستهدف صرفه باتفاقه مع المجنى عليه ، ومن ثم يتعين الحكم ببراءته مما نسب اليه ٠

استأنفت النيابة الحكم للخطأ فى تطبيق القانون على اساس ان عدم وضع تاريخ للصك لا يؤثر شيئا لان العبرة تكون بالتاريخ الذى يضعه المستفيد ٠

وبتاريخ ١ ـ ٢ ـ ١٩٧٢ قضت المحكمة الاستئنافية حضوريا بقبول الاستئناف شكلا وفى الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف وبلا مصاريف٠

وبتاريخ ٢٧ـ٢ـ١٩٧٢ قررت النيابة العامة الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض بتقرير لدى قلم كتاب محكمة البيضاء الابتدائية وأودعت فى ذات التاريخ مذكرة بأسباب الطعن انتهت فيها الى طلب الحكم بقبول الطعن شكلا ونقض الحكم المطعون فيه وتصحيح الخطأ الذى وقعت فيه المحكمة ٠ وكان مبنى الطعن ما يأتى :

١ ـ ان الصك أداة وفاء كالنقود وهو واجب الدفع فور تقديمه ، وان اعطاء الصك بدون رصيد قائم له قابل للسحب يؤدى الى الاخلال بالثقة التى

ينبغى ان يكون محلا لها والاضرار بحسنى النية الذين قد يصل اليهم عن طريق التدوير ٠

٢ ـ ان القصد الجنائى فى هذه الجريمة هو قصد عام وهو علم الساحب بأنه ليس لديه رصيد قائم قابل للسحب وقت اصدار الصك ، وان العلم بعدم وجود رصيد مفترض لدى الساحب،وان علم المستفيد بأن الساحب ليس لديه رصيد لا يمنع من قيام الجريمة لأن توفر سوء القصد لا علاقة له بالباعث على تحرير الصك ، ولا عبرة بقول المتهم انه اراد تحرير الصك ضمانا لدينه ٠

٣ ـ ان عدم وضع تاريخ على الصك لا يؤثر شيئا لأن العبرة بالتاريخ الذى يضعه المستفيد ، ولا يستطيع المتهم ان يغير من طبيعة الصك ولا يخرجه عما خصه به القانون ٠ ولما كان الركن المعنوى لهذه الجريمة يكون متوافرا كلما كان المتهم يعلم وقت اصداره للصك بعدم وجود رصيد وقت اصداره للصك كما فى واقعة الحال ، فان محكمة الاستئناف تكون قد اخطأت فى تطبيق القانون عندما استندت الى اسباب حكم اول درجة وقضت بتأييد حكم البراءة المستأنف ، مما يتعين معه نقض الحكم وتصحيحه وفقا للقانون ٠

وبتاريخ ٢ـ٤ـ١٩٧٤ حكمت المحكمة العليا بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا ، وقالت فى اسباب حكمها : « ٠٠٠ لما كانت المادة ٤٦٢ عقوبات وهى مادة الاتهام تنص على معاقبة كل من اعطى بسوء نية صكا (شيك) لا يقابله رصيدقابل للسحب الخ،فان الحكم المطعون فيه يكون فى محله،ذلك ان المشرع لم ير الاكتفاء بتوفر القصد الجنائى العام فى جريمة الصك واشترط لتوقيع العقاب وجوب توفر القصد الجنائى الخاص لدى مصدر الصك فعبر عن ذلك بقوله كل من اعطى بسوء نية ، اى انه لا يمكن تجريم الساحب ومعاقبته الا بعد ان تقتنع محكمة الموضوع بأن نيته كانت منصرفة الى التدليس والاحتيال على المستفيد بالهائه بهذه الورقة دون ان يحصل على قيمة

الصك اضرارا به او اثراء على حسابه ، لان عبارة سوء النية تفيـــد معنى زائدا عن مجرد علم الساحب بعدم وجود رصيد له وقت اعطائه الصك ، وهذا المعنى هو الذى يتضمن معنى الاساءة ذلك ان المستفيد لا يتصـور الاساءة اليه الا اذا وقع عليه ضرر او استغل ماله بطريق غير مشروع ، وعندما تتجه نية الساحب لذلك يكون سيء النية ، ولو اراد المشرع الاكتفاء بتوفر القصد العام فى هذه الجريمة لما اعجـــزه اللفظ لما للغة العربية من سعة وغنـــى مفرداتها بالمعانى التى يمكنها التعبير عن كل ارادة وكل معنى مراد بدقـــة ووضوح · ويعزز هذا الرأى ان جريمة اصدار صك بدون رصيد هى ضرب من ضروب النصب والاحتيال ، وقد وردت فى قانون العقوبات ضمن جرائـم هذا الفصل ، وجرائم النصب يشترط لتوفرها قصد خاص كما فى المادة ٤٦١ عقوبات وما بعدهـــا · وعلى ذلك فلا بد من توفر القصد الخـــاص فى هذه الجريمـــة ·· » ·

التعليـــق :

حتى نتمكن من الوصول الى معرفة نطاق القصد الجنائى فى جريمـــة اعطاء صك دون مقابل الوفاء (١)، نرى من واجبنا ان نتعرض اولا الى معنى الصك فى نظر قانون العقوبات ، ثم نبين ما اذا كان هـــذا المعنى ينطبق على الصك المعطى فى القضية موضوع هذا التعليق ·

---

(١) يلاحظ أن عنوان المادة ٤٦٢ عقوبات اســتعمل تعبير « مقــابل الوفاء » ، أما نص المــادة نفسها فقد وردت به كلمة « رصيد » . والصحيح عندنا هو تعبير « مقابل الوفاء » وهو يقابل فى اللغة الفرنســـية كلمــة provision اما كلمة « رصـــيد » فتطلــق على كلمــة solde والرصيد يطلق على نتيجة الحساب دون أن تفيد ما اذا كان هذا الحساب دائنا أو مدينا،ولذلك يقال «الرصيد الدائن أو المدين» solde créditeur ou débiteur
يراجـــع : محمد صــالح ـ الوفـــاء بالشيك ومقـــابل الوفاء ـ مجلــة القانــون والاقتصـــاد ـ س ٩ ص ١١٩ .

معنى الصك فى نظر قانون العقوبات :

يمكن تعريف الصك بأنه امر مكتوب وفقا لاوضاع معينة ، يطلب بـــه الساحب الى المسحوب عليه ان يدفع بمقتضاه وبمجرد الاطلاع عليه، لشخص معين او لأمر شخص معين او لحامله ، مبلغا معينـــا من النقود مما اودعه الساحب لديـــه (١) ٠

وتنص المادة ٣٩٤ من القانون التجارى على ان : « يشتمل الصك على البيانات التالية : ١ ـ كلمة صك (شيك) مدرجة فى متن المسند وباللغة التى كتب بها ٠ ٢ ـ أمر غير معلق على شرط بدفع قدر معين من النقود٠ ٣ ـ اسم من تعين عليه الدفع ٠ ٤ ـ مكان الدفع ٠ ٥ ـ تاريخ اصدار الصك ومكانه ٠ ٦ ـ توقيع من اصدر الصك (الساحب) » ٠ وتنص المادة ٣٩٥ تجارى على انه : « اذا خلا الصك من احد البيانات الواردة فى المادة السابقة فقد حكـــم الصك الا فى الحالات التالية : ١ ـ يعد المكان المبين الى جانب اسم المسحوب عليه مكانا للدفع اذا خلا الصك من ذكر مكان خاص ٠ واذا تعددت الاماكن المبينة الى جانب اسم المسحوب عليه عد الصك واجب الدفع فى اول مكـــان منها ٠ ٢ ـ واذا خلا الصك من هذه البيانات وجب دفعه فى المكان الذى صدر فيه ، واذا لم يكن للمصرف مقر فى المكان المذكور وجب دفعه فى المكان الذى به مقره الرئيسى ٠ ٣ ـ واذا خلا الصك من ذكر مكان الاصدار عد ناشئا فى المكان المشار اليه الى جانب اسم الساحب » ٠

وبالاضافة الى هذه الشروط الشكلية لصحة الصك ، يخضع الصـــك من الناحية الموضوعية لشروط صحة الاعمال القانونية وهى الاهلية والرضا

---

(١) أمين محمد بدر ـ معنى الشيك فى خصوص المادة ٣٢٧ عقوبات ـ مجلة مصر المعاصرة ـ س ٤٥ ـ عدد ٢٧٥ ـ يناير ١٩٥٤ ـ ص ٥ ٤ فريد مشرقى ـ معنى الشـــيك فى القانون الجنائى ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ س ٢٥ ـ العددان الاول والثانى ـ مارس ١٩٥٥ ـ ص ٢٨٠ ٠

والمحل والسبب (١) ٠

والسؤال الهام الذى أثار جدلا طويلا هو : هل اخـذ القضاء الجنائى بمعنى الصك كما حدده القانون التجارى، ام وضع له معنى آخر جعله أساسا للعقاب فى جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفاء ؟! ٠ لقد لوحظ ان اقرب دفاع يلجأ اليه المتهم فى جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفاء هو التشكيك فى طبيعة الورقة الصادرة منه ، فتارة يتمسك بأنها أداة ضمان سلمت الى المستفيد على هذا الاساس وبالتالى فهى لا تعتبر صكا لأن الصك اداة وفاء ، وتارة يتمسك بأنها اداة ائتمان حررت فى تاريخ سابق على التاريخ المكتوب عليها وبالتالى فهى اقرب لان تكون كمبيالة او سندا اذنيا ، وحتى فى الحـــالات التى يسلم فيها المتهم بانه قد اعطى صكا فغالبا ما يدفع ببطلان هذه الورقة لعيب شكلى او موضوعى ويرتب على ذلك القول بأن هذه الورقة غير جديرة بحماية قانون العقوبات (٢) ٠

من البديهى ان نستبعد من دائرة البحث الشك الصحيح الذى استوفى جميع شروطه الشكلية والموضوعية التى يتطلبها القانون ، فهـــذا الصك لا يثير اى خلاف بشأن مسئولية محرره ٠

واذن فالحديث مقصور على الصك المشوب بعيب يبطله فى نظر القانون التجارى ، والرأى الذى استقر عليه القضاءان الفرنسى والمصـرى هو ان هذا الصك يتمتع بحماية قانون العقوبات ما دام مظهره الخارجى يدل على انه صك وجرى التعامل به على هذا الاساس ، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما شهيرا فى سنة ١٩٤٠ قالت فيه ان الشيك فى نظر قانون العقوبات هـــو

---

(١) خالـد الشـاوى ـ الاوراق فى التشريعين الليبى والعـــراقى ـ طبـعة أولى ســـنة ١٩٧١ ـ ص ٢٤ وما بعدها ، حسن صادق المرصفاوى ـ جرائم الشـيك ـ طبعـة أولى سنة ١٩٦٣ ـ ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) فريد مشرقى ـ ص ٢٨٣

السند الذى يحمل جميع مظاهر الشيك ، متى كان قد اصدره الساحب وقبله المستفيد بوصفه شيكا (١) ٠

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كان مظهر الشيك وصيغته يدلان على انه مستحق الاداء بمجرد الاطلاع وانه اداة وفاء لا اداة ائتمان ، فان حقيقة سبب اعطاء الشيك لا اثر له على طبيعته (٢) ٠ وقضت ايضا بأنه اذا كان مظهر الشيك وصيغته يدلان على أنه مستحق الاداء بمجرد الاطلاع ، وكان قد استوفى الشكل الذى يتطلبه القانون لكى تجرى الورقة مجرى النقود ، فانه يعد شيكا بالمعنى المقصود فى المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات (تقابلها المادة ٤٦٢ عقوبات ليبى) (٣) ٠

والسؤال الذى يتبادر الى الذهن الآن هو : ما الذى دفع القضاء الجنائى الى ان ينظر الى الصك نظرة مغايرة لنظرة القانون التجارى ؟! ٠ يمكن رد ذلك الى سببين رئيسيين هما :

١ ــ ان قانون العقوبات له ذاتية خاصة بحيث لا يعتبر قانونا تبعيا لغيره من القوانين ، فهو قانون الدفاع الاجتماعى الذى يحمى المجتمع من كافة الاعمال التى تمثل خطورة على المصالح الاجتماعية الهامة ٠ ولا يمكن تشبيه الجزاءات الجنائية بالجزاءات المدنية أو التجارية أو الادارية ، لأن

---

(١) نقض ٩ أكتوبر سنة ١٩٤٠ سيرى ١٩٤٢ ــ ١ ــ ١٤٩ مع تعليق هيجينى Hugueney وجاء بأسباب هذا الحكم :

" si le titre ... présente toutes les apparences d'un chéque et s'il avait été émis et accepté comme tel " .

انظر أيضا : نقض ٣ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ ــ ٢٤٧٢ ، ١٨ مارس سنة ١٩٥١ بليتان ١٩٥١ ــ ٧١ ، ٥ يونية سنة ١٩٥٦ بليتان ١٩٥٦ ــ ٤٢٥ ، ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ بليتان ١٩٦١ ــ ٥٥٥ .

(٢) نقض ٦ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض س ١٣ رقم ٣٣ ص ١٢٤ .

(٣) نقض ٢٥ أبريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ٩٠ ص ٣٦٦ ، نقض ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٥٤ ص ٢١٩ .

قانون العقوبات قد شرع لتحقيق هدف آخر هو الدفاع الاجتماعى · ومؤدى ذلك ان يعتد قانون العقوبات بالواقع والظاهر من الامـــور بغض النظر عن الآثار الاعتبارية التى ترتبها القوانين الاخرى (١) · وبنـاء عليه فان قانون العقوبـات يسبغ حمايته على الصك حتى ولو لم يكن مستوفيا لشروط صحته المنصوص عليها فى القانون التجارى ، لان الدفاع الاجتماعى يقتضى حماية الافراد الذين قد ينخدعون بمظهر الصك ويتعاملون به على هذا الاساس رغم بطلانه فى نظر القانون التجارى (٢) ·

وفى هذا الصدد يقول الاستاذ « بوزا » Bouzat ان اختلاف مفهوم الشيك فى نظر قانون العقوبات عن مفهومه فى نظر القانون التجـارى مرجعه الى ذاتية قانون العقوبات واستقلاله عن غيره من النظم القانونية ، بحيث لا يجوز تكبيل القضاء الجنائى بنصوص غير جنائية مغرقـة فى الشكلية ويؤدى تطبيقها الحرفى الى عجز هذا القضاء عن بلوغ الاهداف التى رمى اليهـا المشرع من تجريم اعطاء شيك دون مقابل الوفاء (٣) ·

ويقول الاستاذ « هيجينى » Hugueney ان التفرقة بين الشـيك الصحيح والشيك الباطل وفقا لاحكام القانون التجارى تفرقة دقيقة وهشة ، ومن الخطورة بمكان نقلها من غير حذر او روية الى نطاق قـانون العقوبات

---

(١) Stefani, Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Paris, 1956, Préface; Michel Cabrillac, l'indépendance du droit pénal à l'egard de quelques régles du droit commercial, dans "quelques aspects de l'autonomie du droit pénal ", p. 294.; Michel Vasseur, Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines, Rev. sc. Crim: 1951, p. 1 et suiv.; F. Goyet, M. Rousselet et M. Patin, Droit pénal spécial, 7e ed. 1958, n. 863.

(٢) انظر كتابنا فى شرح قانون العقوبات الليبى ـ القسم الخاص ـ سنة ١٩٧١ ـ ص٣٧٩.

(٣) تعليقات بوزا ـ مجلة العلم الجنائى وقانون العقوبات المقارن ـ سنة ١٩٤٥ ـ ص ٢٩٧، وسنة ١٩٤٦ ـ ص ٢٤٢ .

حيث تبنى الاحكام على الواقع وعلى حقيقة ما قصده الناس من تصرفاتهم(١) ٠

٢ ـ ان علة تجريم اعطاء صك دون مقابل الوفاء هى نظرة المشرع الى الصك كنظرته الى النقود سواء بسواء ، فالصك أداة وفـــاء تجرى مجرى النقود فى التعامل بحيث يطمئن المستفيد من الصك الى ان الورقة التى يحملها تتساوى مع النقود (٢) ٠ ولا يتاح للصك اداء هذه الوظيفة الا اذا كان محل ثقة كاملة من جمهور المتعاملين ، وتوفير هذه الثقة يقتضى العقـــاب على كل عبث بها ، فالورقة التى تحمل مظهر الصك يجب احاطتهـــا بالحماية التى تكفل ثقة المتعاملين بها ، حتى ولو كانت فاقدة لشرط او اكثر من الشروط القانونية اللازمة لصحتها فى نظر القانون التجارى ، ما دام هـــذا العيب لا يحول دون تداولها بين الناس باعتبارها صكا ٠

وقد حرصت محكمة النقض المصرية فى العديد من احكامهـا على ابراز علة تجريم اعطاء شيك دون مقابل الوفاء ، ونكتفى بالاشارة الى حكم حديث لها قالت فيه : « ٠٠٠ بمجرد اعطاء الشيك على وضع يـدل مظهره وصيغته على انه مستحق الاداء بمجرد الاطلاع وانه اداة وفاء لا أداة ائتمان يتم طرحه فى التداول فتنعطف عليه الحماية القانونية التى اسبغها الشارع على الشيك بالعقاب على هذه الجريمة باعتبـــاره أداة وفاء تجرى مجـــرى النقود فى المعاملات٠٠٠٠ ولما كان مراد الشارع من العقاب فى جريمة اعطاء شيك بدون رصيد هو حماية الشيك وقبوله فى التداول على اعتبار ان الوفاء به كالوفاء بالنقود سواء بسواء ، فلا عبرة بالاسباب التى دعت صـــاحب الشيك الى اصداره اذ انها لا تؤثر على طبيعته ٠٠٠ » (٣) ٠

---

(١) تعليق هيجينى فى ســيرى ١٩٤٢ ـ ١ ـ ١٤٩ ٠

(٢) وقيام الصك بهذه الوظيفة يحقق مصلحة اجتماعية هامة اذ يقلل من مخاطر حمل النقود، ويشجع على ايداع النقود فى المصارف وبالتالى استثمارها فى مختلف المشروعات ٠

(٣) نقض ١٤ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٣٧ ص ١٤٢ ٠

وخلاصة القول ان قانون العقوبات يحمى كل صك يدل مظهره الخارجى على انه مستحق الاداء بمجـــرد الاطلاع باعتباره اداة وفـــاء ، حتى ولو استخدمه الساحب على اعتبار انه اداة ضمان او ائتمان ٠

الصـك موضوع الدعوى :

بعد أن بينا مفهوم الصك فى نظر قانون العقوبات ، يجدر بنا ان نتناول بالتحليل الصك موضوع الدعوى لنتبين العيوب التى شابته وهل من شأنها أن تؤثر على طبيعته القانونية ٠

واضح من استعراض واقعات الدعوى ان المتهم نعى على الصك انـــه مشوب بعيبين هما : خلوه من التاريخ ، وتحريره كضمان لاتمام بناء العقار المتفق عليه مع المجنى عليه ٠

وقد اخذت محكمة الموضوع بهذا النظر وانتهت الى الحكـــم ببراءة المتهـــم ٠

والحقيقة ان هذين العيبين لا يحولان دون تداول الصك باعتباره اداة وفاء تجرى مجرى النقود فى المعاملات ، وبالتالى ليس من شأنهما حرمان هـــذه الورقة من الحماية التى قررها لها قانون العقوبات ٠ والقول فيه تفصيل على النحو التالى :

١ ـ خلو الصك من التاريخ :

تاريخ اصدار الصك من اهم البيانات التى يترتب على اغفالهـا بطلان الورقة كصك فى نظر القانون التجارى ، ولذلك اشترطت المادة ٣٩٤ تجارى ان يشتمل الصك على تاريخ الاصدار ٠ ولكن خلو الصك من هـذا البيان لا يجرده من صفته فى نظر قانون العقوبات ، وقد حرص المشـــرع الليبى على النص صراحة على معاقبة من اصدر صكا خاليا من تاريـــخ الاصدار او

اصدره بتاريخ كاذب (مادة ٢/٤٦٢ عقوبات (١) ٠

ولا يدرأ المسئولية عن كاهـــل المتهم ان يكون ثمة اتفـــاق بينه وبين المستفيد على تأخير تقديم الصـــك الى المصرف ، او عـــدم تقديمه الا بعد استئذان الساحب (٢) ، فالصك بطبيعته أداة وفاء جعل لها القانون نفس قوة العملة الرسمية فى التعامل ، ولذلك فأى شرط او اتفاق يهـدف الى الخروج بهذه الورقة عما قصده المشرع يعتبر كأن لم يكن (٣) ٠

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ان توقيع الساحب للشيك على بياض دون ان يدرج فيه القيمة التى يحق للمستفيد تسلمها من المسحوب عليه او دون اثبات تاريخ به ، لا يؤثر على صحة الشيك ما دام قد استوفى تلك البيانات قبل تقديمه للمسحوب عليه ، اذ ان اعطاء الشيك للصادر لمصلحته بغير اثبات القيمة او التاريخ يفيد ان مصدره قد فوض المستفيد فى وضـــع هذين البيانين قبل تقديمه الى المسحوب عليه (٤) ٠ وقضت ايضا بأن ملكية مقابل الوفاء تنتقل الى المستفيد بمجرد اصدار الشيك وتسليمه اليـه ، ولا يكون للساحب اى حق على الشيك بعد ان سلمه للمستفيد ، فـلا يجوز له ان يسترد قيمته او يعمل على تأخير الوفاء لصاحبه ، بل انـه لا يكفى ان يكون

---

(١) أنظر تفصيل ذلك فى كتابنا : شرح قانون العقوبات الليبى ـ القسم الخـاص ـ سـنة ١٩٧١ ـ ص ٤٠١ ٠

(٢) نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ ـ ٢ ـ ٢٤٧ ٠

(٣) فريد مشرقى ـ ص ٢٩٧ ٠

(٤) نقض ٢٥ أبريل سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ٩٠ ص ٣٦٦ ٠
وبهذا المعنى أيضا : نقض ١٠ يونية سنة ١٩٥٢ مجمـوعة أحـكام النقض س ٣ رقم ٤٠١ ص ١٠٧١ ٠
وقد عرضت على محكمة جنح باريس قضية تخلص واقعاتها فى أن أحد الاشخاص حرر شيكا على بياض وسلمه لزوجته فقامت بملء بيانات الشيك وسـلمته الى ابنتهـا ، فقضت المحكمة بدانة الزوج تأسيسا على أن الشيك أداة وفاء وليس أداة ائتمان ، ولا يجـوز النظر الى البواعث التى دفعت الجانى الى تحرير الشيك (محكمة جنح باريس ٢٢مارس سنة ١٩٦٩ مجلة العلم الجنائى سنة ١٩٧٠ ص ١١٢ مع تعليق بوزا) ٠

الرصيد قائما وقابلا للسحب وقت اصدار الشيك ولكن يتعين ان يظل على هذا النحو حتى يقدم الشـــيك للصرف ويتم الوفاء بقيمتـــه ، لان تقديم الشيك للصرف لا شأن له فى توافر اركان الجريمة بل هو اجراء مادى يتجـــه الى استيفاء مقابل الشيك ، وما افادة المصرف بعدم وجود الرصـــيد الا اجراء كاشف للجريمة التى تحققت باصدار الشيك واعطائه للمستفيد مع قيـــام القصد الجنائى وسواء عاصرهذا الاجراء وقوع الجريمة او تراخىعنها(١)٠ وقضت أيضا بأنه لا يؤثر فى قيام الجريمة ان يكون تاريخ الشيك قد اثبت على خلاف الواقع ما دام هو بذاته يدل على انه يستحق الاداء بمجرد الاطلاع عليه، ومن ثم فليس يجدى الطاعن منازعته فى صحة تاريخ اعطاء الشيك موضوع الدعوى (٢) ٠

٢ ـ اعطـاء الصـك كضـمان :

لا شك ان استخدام الصك كضمان يعد خروجا به عما قصده الشارع له من كونه أداة وفاء مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع ٠ وقـد حرص المشرع الليبى على محاربة استخدام الصك كضمان عندما نص فى المادة ٤٠٩ تجارى على ان : « الصك واجب الدفع لدى الاطلاع ويعتبر لاغيا كل بيان يفيد التأجيل فى الدفع ٠ والصك المقدم للدفع قبل اليوم المبين فيه كتاريخ الاصدار واجب الدفع فى يوم تقديمه » ٠ وعملا بهذا النص اذا حرر صك بالفعل فى اول يناير ولكن كتب فيه تاريخ الاصدار انه اول فبراير ، فان الصك يكون واجب الدفع فى يوم تقديمه للمصرف حتى ولو كان ذلك سابقا على يوم اول فبراير (٣) ٠

---

(١) نقض ١٤ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٣٧ ص ١٤٢ ٠

وبهذا المعنى أيضا : نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ٢٩١ ص ١٢٠٣ ، ٢٣٤ نوفمبرسنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س٢١ رقم٢٧٣ ص ١١٣٤.

(٢) نقض ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٥٤ ص ٢١٩ ، نقض ١١ يناير سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ١٢ ص ٥٤ ٠

(٣) والشيك الصادر بتاريخ متأخر عن تاريخ اصداره الحقيقى يطلق عليـه اسم « الشـيك

كذلك فان الصك الذى يحمل تاريخين مختلفين احدهما لاصداره والآخـــر لاستحقاقه لا يفقد صفة الصك ، اذ يعتبر لاغيا تاريخ الاستحقاق لانه « بيان يفيد التأجيل فى الدفع » (١) .

ذو التاريخ المقدم » chèque postdaté

أنظر فى هذا الموضوع : أحمد رمزى ـ اصدار الشـيك لاجل والمادة ٣٣٧ من قانون العقوبات ـ مجلة المحاماة ـ س ٢٠ ص ١٣٤ .

(١) جرى قضاء محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها على أن الشـيك الذى يحمـل تاريخين مختلفين يفقد مقوماته كأداة وفاء تجرى مجرى النقود وينقلب الى أداة ائتمان ، وبالتالى يخرج من نطاق تطبيق المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات (تقابلها المادة ٤٦٢ عقوبات ليبى) التى تسبغ حمايتها على الشيك بمعناه المعروف به قانونا (نقض ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد جـ ٥ رقم ٣٠٠ ص ٥٦٨ ، أول ديسمبر سـنة ١٩٤١ مجمـوعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٣١٣ ص ٥٩١ ، ١٠ يناير سـنة ١٩٤٤ مجمـوعة القـواعد القانونية جـ ٦ رقم ٢٨٧ ص ٣٨٣ ، ٧ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ رقم ٤١ ص ٢٠٨ ، ٩ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض س ١٤ رقم٦٤ ص ٣١٧، ١٨ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعةأحكام النقض س ١٦ رقم ١٩ ص ٧٩ ، ١٢ أبريل سـنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ١٣٤ ص ٥٦٢ ، ١٧ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ١٢ ص ٥١ ، ٢٧ يونية سنة ١٩٧١ مجمـوعة أحـكام النقض س ٢٢ رقم ١٢١ ص ٤٩٧) .

وفى رأينا أن قضاء محكمة النقض المصرية لا يسـتقيم مع نصـوص القانون الليبى ، فالمادة ٤٠٩ تجارى المذكورة بالمتن صريحة فى الغاء كل بيان « يفيد التأجيل فى الدفع » واذن فالورقة التى تحمل مظهر الصك ، لا تفقد طبيعتها كصك حتى ولو تضمنت تاريخين أولهما تاريخ الاصدار وثانيهما تاريخ الوفاء ، اذ فى هذه الحالة يعتبر لاغيا تاريخ الوفاء، ولا يصح القول فى هذه الحالة بأن الصـك يتحول الى كمبيالة ، اذ من الاركان الجوهرية للكمبيالة أن تذكر كلمة « كمبيالة » مكتوبة فى متن السند وباللغة التى كتبت بها ، واذا خلا السند من هذا البيان فلا يعتبر كمبيالة (مادة ٢٨٧ و ٢٨٨ تجارى) . أنظر أيضا : خالد الشاوى ـ ص ٤٩ . وبناء عليه فالصـك الذى يحمل تاريخين مختلفين لا يفقـد طبيعته كصك ، على الاقل من ناحية الحماية الجنائية التى أسبغها عليه قانون العقوبات ، ويجب معاقبة الساحب فى هذه الحالة عملا بنص المادة ٤٦٢ عقوبات .

أنظر فى نقد قضاء النقض المصرى : أنور سلطان ـ أثر بطلان الشيك على مسـئولية الساحب الجنائية ـ مجلة الحقوق ـ س ١ ص ٤٧ .

ويلاحظ ايضا ان المشرع الليبى يعاقب كل من اعطى صكا خاليا من أمر الدفع بدون قيد (مادة ٢/٤٦٢ عقوبات) (١) .

وبناء عليه فان اعطاء الصك كضمان لا يحول دون طرحه فى التداول باعتباره اداة وفاء تجرى مجرى النقود ، بحيث يسقط الشرط المعلق عليه الوفاء ، وكذلك الأجل المضاف اليه .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يجدى الطاعن ما يتذرع به فى صدد نفى مسئوليته الجنائية قوله ان الشيك كان مسلما منه لشركة كتأمين فى مناقصة تقدم اليها وان المدير المالى لها تحصل عليه عن طريق اختلاسه من الشركة وسلمه للمدعى بالحقوق المدنية ، لان هذه الحالة لا تدخل – بالنسبة الى الطاعن – فى حالات الاستثناء التى تندرج تحت مفهوم حالة ضياع الشيك ، وهى الحالات التى يتحصل فيها الشيك عن طريق احدى جرائم سلب المال كالسرقة البسيطة والسرقة بظروف والنصب والتبديد وايضا الحصول عليه بطريق التهديد (٢) .

ولا يحول دون معاقبة من اعطى الصك كضمان ان يكون الاتفاق على

---

(١) أنظر تفصيل ذلك فى كتابنا : شرح قانون العقوبات الليبى – القسم الخاص – ص ٤٠٠.

(٢) نقض ١٤ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٣٧ ص ١٤٢ .
وكان الطاعن فى هذا الطعن قد أسس دفاعه على أن الشيك سلم منه لشركة النجمة للزجاج تأمينا لدخوله فى مناقصة للحصول على توكيل بتوزيع منتجاتها عن عام ١٩٦٧ . ولما كان عقد التوزيع لم يرس عليه ، فقد قام فى يوم ٣١ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ –وهو آخر موعد للبت فى المناقصة واليوم التالى لتاريخ استحقاق الشيك – بسحب رصيده من البنك . وقدم شهادة صادرة من البنك تفيد أن الرصيد يوم سحبه كان يزيد بأضعاف عن قيمة الشيك ، ومضى يقول ان الشيك كان مودعا منه لدى الشركة على سبيل الامانة وليس كأداة وفاء وكان معلقا على شرط رسو المناقصة عليه ومادام قد تخلف هذا الشرط فان الشيك يعتبر كأن لم يكن بما يحق معه للطاعن سحب الرصيد . ثم أضاف قائلا أن الشيك يعد متحصلا من جريمة سرقة لانه أصلا مسلم من الطاعن للشركة ولكن مديرها المالى (....) استغل وظيفته واختلس الشيك لنفسه وسلمه للمطعون ضده وهو محامى الشركة .

استخدام الصك على هذا النحو قد تم امام المحكمة الابتدائية المدنية ـ كما حدث فى القضية محل التعليق ـ فلا الساحب ولا المحكمة يستطيعان اخراج الصك عن نطاق الوظيفة التى رسمها له القانون والحيلولة دون اعتباره أداة وفاء واجبة الدفع بمجرد الاطلاع • وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا محل لما يحتج به الطاعن من صدور حكم مدنى حائز لقوة الشىء المقضى بأن الشيك حرر ضمانا لعملية تجارية ، لما هو مقرر وفقا للمادة ٤٥٧ من قانون الاجراءات الجنائية (تقابلها المادة ٤١٨ اجراءات جنائية ليبى) من انه لا تكون للاحكام الصادرة من المحاكم المدنية قوة الشىء المحكوم به امام المحاكم الجنائية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها الى فاعلها ، ذلك ان الاصل ان المحكمة الجنائية مختصة بموجب المادة ٢٢١ من قانون الاجراءات الجنائية (تقابلها المادة ١٩٤ اجراءات جنائية ليبى) بالفصل فى جميع المسائل التى يتوقف عليها الحكم فى الدعوى الجنائية امامها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، وهى فى محاكمة المتهمين عن الجرائم التى يعرض عليها المفصل فيها لا يمكن ان تتقيد بأى حكم صادر من اية جهة اخرى مهما كانت ، وذلك ليس فقط على اساس ان مثل هذا الحكم لا تكون له قوة الشىء المحكوم فيه بالنسبة للدعوى الجنائية لانعدام الوحدة فى الخصوم او السبب او الموضوع ، بل لان وظيفة المحاكم الجنائية والسلطة الواسعة التى خولها القانون اياها للقيام بهذه الوظيفة بما يكفل لها اكتشاف الواقعة على حقيقتها كى لا يعاقب برىء او يفلت مجرم ، ذلك يقتضى الا تكون مقيدة فى أداء وظيفتها بأى قيد لم يرد به نص فى القانون (١) •

ونستطيع ان نخلص من كل ما سبق الى ان الصك المحرر فى الدعوى

---

(١) نقض ١٨ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ رقم ١٩ ص ٧٨ •
انظر تفصيل هذا الموضوع فى رسالتنا للدكتوراه : حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى ـ جامعة القاهرة سنة ١٩٦٠ .

محل التعليق يتمتع بحماية قانون العقوبات ، ولا يجـــدى فى درء مسئولية ساحبه ان يدفع بخلو الصك من التاريخ او بأنه اعطاه للمستفيد كضمان ٠

القصـد الجنـائى :

فى ضوء مفهوم الصك فى نظر قانون العقوبات، وعلة تجريم اعطاء صك دون مقابل الوفاء ، نستطيع ان نحدد طبيعة الركن المعنوى فى هذه الجريمة٠

لا شك ان جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفاء من الجرائم العمدية التى لا بد من توافر القصد الجنائى لقيامها (١) ، ولكن ما هو نطاق هذا القصد، هل يكفى ان يتوافر القصد العام ام يلزم بالاضافة اليه توافر القصد الخاص؟ وان قيل بضرورة القصد الخاص فما هو هذا القصد المطلوب ؟ !

واضح من الحكم محل التعليق ان المحكمة العليـا ذهبت الى ضرورة توافر القصد الجنائى الخاص لمساءلة من اعطى صكا دون مقابل الوفـاء ، وان هذا القصد الخاص هو « التدليس والاحتيال على المستفيد بالهائه بهـذه الورقة دون ان يحصل على قيمة الصك اضرارا به او اثراء على حسابه ٠٠ »٠ وأسست قضاءها على الحجتين الآتيتين :

١ ـ ان عبارة « بسوء نية » تعنى اشتراط القصد الخاص ، ولو اراد المشرع الاكتفاء بتوفر القصد العام فى هذه الجريمة لما اعجزه اللفظ لما للغـة العربية من سعة وغنى مفرداتها بالمعانى التى يمكنها التعبير عن كـل ارادة وكل معنى بدقة ووضوح ٠

٢ ـ ان جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفـــاء هى ضرب من ضروب

---

(١) ذهب رأى متطرف فى الفقه الفرنسى ـ آستنادا الى تحليـل بعض أحكام القضاء ـ الى أن سوء النية لا يختلف معناه عن الاهمال وعدم الاحتياط . أنظر :

Jean Louis Costa, Les infractions involontaires du point de vue de la responsabilité pénale en France, Rev. sc. crim. 1963, p. 731.

النصب والاحتيال ، وقد وردت فى قانون العقوبات ضمن جرائم هذا الفصل ، وجرائم النصب يشترط لتوفرها قصد خاص (مادة ٤٦١ عقوبات) ، وعلى ذلك فلا بد من توفر القصد الخاص فى هذه الجريمة

وعندنا ان هاتين الحجتين لا تكفيان للقول بضرورة توافـــر القصد الخاص فى جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفاء • وفيما يلى بيان ذلك :

١ ــ ان تعبير « بسوء نية » هو نفس التعبير الذى استعمله القانونان الفرنسى والمصرى(١) ، ومع ذلك فالاجماع منعقد على انه يكفى لقيام الجريمة توافر القصد العام ، اى ان يعلم الساحب وقت اعطاء الصك انه لم يودع من قبل مقابل الوفاء الكافى والقابل للسحب (٢) •

---

(١) أنظر المادة ٦٦ من القانون الفرنسى الصادر فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ ، والمادة ٣٣٧من قانون العقوبات المصرى •

ويلاحظ أن مشروع المادة ٣٣٧ عقوبات المقدم الى مجلس النواب المصرى قد وردت به عبارة « مع علمه » ولم ترد به عبارة « بسوء نية » وبعد مناقشة طويلة استبدلت عبارة «بسوء نية » بعبارة «مع علمه » . وقد جاء على لسان أحد النواب قوله : « لا أستطيع التفرقة بين سوء النية والعلم ، كما لا أفهم أن شخصا يجهل مقدار رصيده فى البنك ثم هو مع هذا الجهل يعطى شيكا ونفرض فيه بعد ذلك حسن النية ، وهل يمكن التفريق فى هذه الحالة بين سوء النية والعلم » . وقد رد وزير الماليـة بأن ضرب المثال الاتى : « من الجائز أن يحرر شخص شيكا وهو يعلم أنه ليس له رصيد فى البنك ولكنه ينتظر أن يكون له رصيد فى موعد الدفع يفى بصرف قيمة الشيك ، فليس فى هذا جريمة وان كان فيه اهمال ظاهر » . وهذا المثال الذى ضربه الوزير ينطوى على تجاهل طبيعة الشيك وكونه أداة وفاء مثل النقود بحيث لا يجوز تأجيل دفع قيمته والا كان أداة ائتمان ، ومن ناحية أخرى فان كلام الوزير يوحى بأن سوء النية معناه انصراف نية الساحب وقت تحرير الشيك الى عدم دفع قيمته .

(٢) فيما يتعلق بالقضاء الفرنسى أنظر : نقض ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ ــ ١ ــ ٤٩٨ ، ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ بليتان ١٩٥٢ ــ ١٣٣ ، ٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بليتان ١٩٥٥ ــ ٥٨٨ ، ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٩ بليتان ١٩٥٩ ــ ١٤٧ ، ٦ نوفمبر ١٩٦٢ بليتان ١٩٦٢ ــ ٣٠٢ ، ١٨ يولية سنة ١٩٦٨ جازيت دى باليه ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦٨ وجاء بهذا الحكم تعريفا للقصد الجنائى بأنه :

والاكتفاء بالقصد العام لقيام جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفاء هو الذى يتفق مع طبيعةالصك والغرض الذى أعد له ، باعتباره أداة دفع ووفاء تغنى عن النقود وتستحق الاداء لدى الاطلاع دائمـا . أما القول بضرورة توافر القصد الخاص لدى المتهم فمن شأنه اهدار الوظيفة الاساسية للصك باعتباره ورقة تجرى مجرى النقود فى التعامل ، واضعاف الثقـــة فيه اذ يصعب فى كثير من الاحيان اثبات القصد الخاص لدى المتهم مما يترتب عليه افلاته من العقاب ، وبالتالى تضيع الحماية التى فرضها المشرع للصـــك ويفوت الغرض الذى ابتغاه من تجريم العبث به .

وامعانا فى توفير الحماية القانونية للصك وكفالة ثقة جمهور المتعاملين فيه ، ذهبت محكمة النقض المصرية الى اقامة قرينة على علم المتهم بعـــدم وجود مقابل الوفاء وألقت على عاتقه عبء اثبـــات عكس هذه القرينة ، فقضت بأن سوء النية فى جريمة اصدار الشيك بدون رصيد يتوفر بمجرد علم

... la simple connaissance que doit avoir le tireur, lors de l'emission du defaut, de l'insuffisance ou de l'indisponibilité de la provision ...

وفيما يتعلق بالقضاء المصرى أنظر : نقض ١٣ نوفمبر ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ رقم ٣٢٠ ص ١١٥٧ ، ١٩ يونية ١٩٥٧ س ٨ رقم ١٨٧ ص ٦٩٢ ، ٩ فبراير سنة ١٩٥٩ س ١٠ رقم ٣٨ ص ١٧٥ ، ١٠ أكتوبر سنة ١٩٦٠ س ١١ رقم ١٢٧ ص ٦٧٠ ، ٢٣ يناير سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ٢٠ ص ٧٧ ، ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٣ س ١٤ رقم ١٣٨ ص ٧٦٨ ، ٢٤ أكتوبر سنة ٦٦ ١٩ س ١٧ رقم ١٨٨ ص ١٠٠٥ ، ١٣ أكتوبر سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ١٠٢٧ ، ١٢ أبريل سنة ١٩٧٠ س ٢١ رقم ١٣٤ ص٥٦٢ ، ١٨يناير سنة ١٩٧١ س ٢٢ رقم ١٩ ص ٧٨ ، ١٤ فبراير سنة ١٩٧٢ س ٢٣ رقم ٣٧ ص ١٤٢ .

والفقه ـ سواء فى فرنسا أو مصر ـ يؤيد مسلك القضاء من حيث الاكتفاء بالقصد العام . أنظر : جواييه وروسيليه وباتان ـ بند ٨٦٣ ، محمود محمود مصطفى ـ شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ الطبعة السادسة سنة ١٩٦٤ ـ بند ٤٨١ ، رؤوف عبيد ـ جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال ـ الطبعة الخامسة ـ ص ٤٥٩ ، حسن المرصفاوى ـ جرائم الشيك ـ ص ١٣٢ ، أحمد فتحى سرور ـ الوسيط فى شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص ـ سنة ١٩٦٨ ـ بند ٥٣٣ ، توفيق محمد الشاوى ـ جرائم الاموال ـ سنة ١٩٥١ ـ ص ١٥٢.

مدر الشيك بعدم وجود مقابل وفاء له فى تاريخ اصداره ، وهو علـــم نرض فى حق الساحب ، وعليه متابعة حركات الرصيد لدى المسحوب عليه ستيثاق من قدرته على الوفاء حتى يتم صرفه (١) ٠

ويلاحظ ان المحكمة العليا قد ذهبت فى الحكـــم محل التعليق الى تراط اتجاه نية الساحب الى الاضرار بالمستفيد أو الاثراء على حسابه ، ى بذلك تكون قد اخذت بما ذهبت اليه محكمـة النقض المصرية المختلطة حكم قديم لها اذ قضت بأنه لا يكفى لتوافر القصـــد الجنائى ان يكون ساحب عالما وقت اعطاء الشيك بأنه لا يقابله رصيد كاف قابل للسحب ، ما يلزم ان يتوافر لديه وقت ذلكقصد الاضـــرار او الاثراء على حساب ير (٢) ٠

والصحيح عندنا ان القصد الجنائى فى هذه الجريمة لا يتطلب نيـــة ضرار بالمستفيد او الاثراء على حسابه ، وانما يكفى لتحقـــق القصد ان م المتهم ـ وقت اعطاء الصك ـ أنه ليس لديه مقابل الوفاء الكافى والقابل سحب ٠ وبناء عليه فان القصد يتوافر حتى ولو كان الجانى ينوى ـ وقت طاء الصك ـ ان يسلم الى المستفيد المبلغ المدون فى الصـك حينما يعود

نقض ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٥٤ ص ٢١٩ ٠

انظر أيضا : نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجمـوعة أحكام النقض س ١٥ رقم ١٤١ ص ٧١٧ ، ١٢ يناير سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٤ ص ٥٨ ، ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٦ س١٧ رقم ١٩٣ ص ١٠٢٧ ، وجاء بهذا الحكم الاخير أنه يتعين على الساحب أن يقيم الدليـل على انتفاء علمه بعدم وجود الرصيد أو بعدم كفايته ٠

ويذهب القضاء الفرنسى الى مساءلة الســاحب فى حالة عدم اتخاذه الحيطـة نحـو التحقق من وجود مقابل الوفاء الـكافى (نقض ٦ نوفمبر سـنة ١٩٦٢ بليتـان ١٩٦٢ ـ ٣٠٢) ٠ وقد اعتمد القضاء فى ذلك على فكرة القصد الاحتمالى ؛ أنظر :

Herzog, Réflexions sur la législation pénale du chèque, Mèlanges Pa Paris, 1965, p. 300.

نقض مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٦ مجلة التشريع والقضاء المختلط ـ س ٥٨ ص ٨٥ ٠

اليه بعد رفض المصرف الدفع لعدم وجود مقابل الوفاء(١) ٠كذلك يتوافر القصد الجنائى حتى ولو كان الجانى ينوى ان يودع لدى المصرف ـ قبل ان يتقدم المستفيد لصرف الصك ـ مبلغا كافيا للوفاء بقيمة الصك (٢) ٠ بل وحتى اذا قام الساحب بالوفاء بقيمة الصك الى المستفيد قبل ان يقدمه هذا الاخير للمصرف المسحوب عليه ، فان هذا الوفاء لا يحول دون مساءلة الساحب ما دام الثابت ان الصك لم يكن له مقابل وفاء وقت اعطائه للمستفيد ولم يسترده منه بعد وفائه بقيمته (٣) ٠ ولذلك يقول الاستاذ « بوزا » Bouzat انه يجب عدم الخلط بين سوء النية القانونى la mauvaise fai légale وسوء النية النفسانى la mauvaise fai psychologique فالاول يتوفر بمجرد العلم بعدم وجود مقابل الوفاء القابل للسحب او بعدم كفايته ، وهذا العلم وحده كاف للعقاب ٠ اما الثانى فيدخل فى البواعث ، وهى لا يعتد بها قانون العقوبات (٤) ٠

٢ ـ أما الحجة الثانية التى ساقتها المحكمة العليا فهى حجة قياسية،

---

(١) محمود نجيب حسنى ـ جرائم الاعتداء على الاموال فى قانون العقوبات اللبنانى ـ سنة ١٩٦٩ ـ بنـــد ٤٠٠ .

(٢) محمود مصطفى ـ بنـــد ٤٨١ .

وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية ، فقضت بأن ما تمسك به الطاعن من أن توقيع الحجز على حسابه لدى البنك واتخاذ اجراءات دعوى الصلح الواقى بعـد تحرير الشيك وقبل حلول تاريخ الوفاء بقيمته هو الذى جعله يعجز عن أداء هذا المقابل ـ ما دفع به من ذلك لا يرفع عنه المسئولية الجنائية مادام لا يقبل منه الادعاء بأن الشيك حرر فى تاريخ سابق على التاريخ الذى يحمله (نقض ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٢ ـ سبقت الاشارة اليه) ٠ أنظر أيضا : نقض ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س٤ رقم ١١٢ ص ٣٨٩ ، ٩ فبراير سنة ١٩٥٩ س ١٠ رقم ٣٨ ص ١٧٥ ، ٢٧ يونيـة سـنة ١٩٧١ س ٢٢ رقم ١٢١ ص ٤٩٧ .

(٣) نقض مصرى ٥ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ٦٤ ص ٢٧٤ .

(٤) بوزا ـ مجلة العلم الجنائى سنة ١٩٦٥ ص ٤٢٦ ـ أنظر عرضنا لهذا الرأى بمجلة ادارة قضـايا الحكومة س ١١ عدد ١ ص ١٤٦ .

اذ قاست جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفاء على جريمة النصب ، وقالت ان كلا الجريمتين من جرائم الاحتيال ، ولما كانت جريمة النصب يشترط لتوفرها قصد خاص عملا بنص المادة ٤٦١ عقوبات فلا بد اذن من توفر القصد الخاص فى هذه الجريمة ايضا ٠

ويمكن الرد على هذه الحجة بأنه لا وجه لقياس جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفاء على جريمة النصب ، لاختلاف علة التجريم فى كل منهما٠ فعلة تجريم النصب هى حماية المجنى عليه الذى وقع فريسة لاحتيال الجانى ، أما علة تجريم اعطاء صك دون مقابل الوفاء فهى ـ كما سلف القول ـ حماية الثقة العامة فى الصك باعتباره أداة وفاء تجرى مجرى النقود فى التعامل ٠

وخلاصة ما سلف ان الثقة العامة التى كفلها المشرع للصك باعتباره أداة وفاء مثل النقود ، تؤدى الى القول بأن القصد الجنائى فى جريمة اعطاء صك دون مقابل الوفاء هو قصد عام قوامه اتجاه ارادة الجانى الى اعطاء الصك مع علمه بعدم وجود مقابل الوفاء القائم والقابل للسحب ٠ ولذلك فاننا نؤيد الاسباب التى اتخذتها النيابة العامة أساسا لطعنها بالنقض فى الحكم محل التعليق ، وكنا نود لو ان المحكمة العليا قد اخذت بتلك الاسباب، وأملنا ان تعدل المحكمة العليا عن قضائها فى هذا الصدد تحقيقا للثقة العامة التى كفلها القانون للصك باعتباره أداة وفاء تجرى مجرى النقود فى المعاملات ٠

مطابع دار الحقيقة هـ ٨٦٦٧٧ بنغازى

انتاج ادارة المطبوعات والنشر . جامعة
تنفيذ : محمد نبيل الهنداوى

مطابع دار الحقيقة