

محل السرقة الموجبة للقطع في التشريع الليبي

للدكتور

عوض محمد عوض

استاذ القانون الجنائي بجامعة 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 منقولاً متمولاً محترماً مملوكاً للغير فى حرز مثله وألا تقل قيمته عن عشرة دينارات ليبية وقت حدوث السرقة . ويتضح من هذا النص أن شروط المسروق هى :

اولا - 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 الشيء الذى يحوزه الانسان بالفعل بحيث ينفرد به عن 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 الشيء تثبت بمجموع أمرين : أولهما إمكان الحيازة ، وثانيهما إمكان الانتفاع المعتاد به . فاذا فقد أحد الأمرين أو كلاهما انتفت المالية (٢) . فما تمتنع حيازته لا يعد مالا وان أمكن الانتفاع به كالرياح وضوء القمر ، ومثله مالا ينتفع به أصلا وان كانت حيازته ممكنة كالطعام المسموم ، وكذلك ما ينتفع به انتفاعا غير عادى كالحم الميتة وحب القمح وقطرة الماء .

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

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

وقد يبدو للوهلة الاولى أن هذا التعريف يسمح باعتبار الانسان مالا على أساس أن الاستيلاء عليه ممكن وكذلك الانتفاع به . وقد يعزز هذا التصور أن فقهاء الشريعة عالجوا أحكام الرق وأجروا على الرقيق أحكاما يستدل منها على أنه مال . بيد أن هذا التصور غير صحيح ، فالاحتياز والانتفاع - وهما المنان في اعتبار الشيء مالا - عملان يصدران عن الانسان ، وذلك يعنى أن وصف المال يثبت من أجله أو بسببه ، فلا يمكن أن ينبسط هذا الوصف عليه . أما الرق فليس نظاما استحدثته الشريعة الاسلامية وإن كانت قد نظمت أحكامه . وليس مما يقتضيه هذا البحث أن نتحرى الاسباب التي دعت الشريعة الى عدم انغاء الرق جملة ، وإنما يعزينا أن نقرر هنا أن الرقيق في فقه الشريعة لا يعتبر مالا حقيقيا ، وإنما كان يعتبر كذلك حكما . وقد صرح بعض الفقهاء بهذا المعنى ، جاء في البحر عن الحاوي : المال اسم لغير آدمي خالق لمصالح آدمي وأمكن احراره والقصر فيه على وجه الاختيار . والعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله واهلاكه (١) .

ويترتب على ذلك أن الانسان لا يصلح محلا للسرقة فلا يقطع سارقه . وخالف المالكية في ذلك جمهور الفقهاء فأوجبوا المقطع إذا وقع فعل السرقة على انسان لا يعقل سواء لصغره أو لجنونه (٢) . واحتجوا بأن المسارق لا يقطع في

(١) انظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤ . بل ان الظاهرية وبعض الحنابلة يقولون بقتل المالك بعبد لقوله صلى الله عليه وسلم : من قتل عبده قتلناه ومن جده جده . ولو كان العبد مالا من كل الوجوه ما عوقب ببه على هذا النحو . وذهب ابو يوسف الى عدم القطع في سرقة العبد لانه ليس بمال محض ، بل هو مال من وجه ، آدمي من وجه ، فكان محل السرقة من وجه دون وجه . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٢) وليس مبنى رأيهم أن الانسان مال ، وإنما هم يجعلون للسرقة الموجبة للقطع محلين على سبيل البدل ، هما الانسان الذي لا يعقل ، والمال . ولذلك يعرف بعض المالكية السرقة بأنها أخذ مكلف حرا لا يعقل أو مالا محترما لغيره . انظر الخرشى على خليل ج ٨ ص ١١٠ ، الشرح الصغير للردير ج ٥ ص ١٢٥ ، البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٣٥٩ . وقد نسب بعض الباحثين الى المالكية انهم متفقون على ان السرقة لا تقع الا على مال . انظر أحكام السرقة في الشريعة الاسلامية والقانون . احمد الكبيسي . بغداد ١٩٧١ ص ١٢٦ . 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 الأدمى حكم الانسان ذاته . فثمة اجزاء من الجسم يمكن فصلها عنه ، كالشعر والاسنان والدم . والرأى عند رجال القانون أن هذه الاجزاء لا تعتبر مالا ما دامت متصلة بصاحبها ، فاذا انفصلت عنه 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 ، بل لنفسه ومجتمعه ، وأن أخذ جزء من الميت لينتفع به الحى أيسر عملا وأهم شأننا من التضحية بالنفس فى باب المذقة 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 الشيء

(١) تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٦٨ ، التاج والاكيل ج ٦ ص ٣٠٦ ، الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ١٢٥ ، الخرشي على خليل ج ٨ ص ١١٠ ، البهجة فى شرح التحفة للتسولى ج ٢ ص ٣٥٩ . أما الحنابلة فظاهر المذهب عندهم انه لا يقطع بسرقة الحر الصغير ، وعن أحمد رواية ثانية انه يقطع بها . ونال بالقطع ايضا الحسن البصرى والشعبى واسحاق بن راهويه . أما الشافعى وأبو حنيفة وسفيان وأبو ثور وابن المنذر فيرون عدم القطع . انظر المغنى ج ١٠ ص ٢٤٥ ، والشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٤ ، والمحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٣٦ و ٣٣٧ .

(٢) انظر فى ذلك : عوض محمد - جرائم الاشخاص والاموال ص ٢٥١ ، نجيب حسنى - جرائم الاعتداء على الاموال فى قانون العقوبات اللبناني ص ٣٣ .

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

٤
مالاً أن يكون الاختفاع به مألوفاً أو معتاداً ، وهذا الشرط غير قائم في الحال
المعروضة ، لان الحاجة الى اعضاء الغير لا تكون الا عند الضرورة . وقد
حرصت اللجنة القنوية على تقييد الاجازة بهذا القيد ، فقد صرحت بأن استئصال
القلب بأخذه من جسم انسان غير جائز ابتداءً ومحظور الا اذا دعت الضرورة
الى غير ذلك ، فيجوز العدول عن هذا الاساس وبالقدر الذي تقتضيه
الضرورة (١) . واذا كانت الضرورات تبيح المحظورات ، فالاحكام لا تبنى
عليها . ولذلك فان ما يباح للضرورة يعود لاصله في حال السعة والاختيار
ويلزمه من الاحكام ما يوافق هذا الاصل . ويترتب على ذلك أن اجزاء جسم
الانسان - سواء فصلت منه في حياته أو بعد مماته - لا تعتبر في فقه الشريعة
مالاً ولا يقطع بسرقتها في أى حال ، حتى ولو وقعت عليها السرقة في لحظة من
اللحظات التي تدعو الضرورة فيها الى فصلها من انسان توطئه لنقلها الى
انسان آخر ، ذلك بأن الضرورة اذا كانت تبيح فصلها ونقلها فانها لا تسبب
عليها وصف المال . ولا يحول هذا النظر دون التعزير على سرقتها بمقتضى
النصوص الاخرى المقررة في قانون العقوبات .

أما الاطراف والاعضاء الصناعية التي يستخدمها الانسان بدلاً من
اطرافه واعضائه الطبيعية فعلى الرغم من انها تؤدي وظائف الاعضاء الطبيعية
الا انها لا تعد جزءاً من الانسان ، ولذلك فانها تظل معتبرة على أصلها
الاموال مهما تكن درجة اتصالها به (٢) . ويترتب على ذلك انها تصلح
للسرقة ويتعين القطع فيها اذا اكتملت سائر شروط القطع .

واذا كان الانسان لا يعتبر مالاً في حياته ، فان حكمه لا يختلف بعد مماته
ولذلك لا يقطع بسرقة اجساد الموتى (٣) .

(١) المرجع السابق .

(٢) عوض محمد - المرجع السابق ص ٢٥١ و ٢٥٢ .

(٣) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٤٠ ، حاشية العدوي بهامش الخرشى ج ٨ ص ١١
وامتناع القطع في سرقة جثث الموتى مطلق ، سواء كانت الجثة لانسان مات حديثاً
و

أما الحيوان فإنه يعتبر مالا ، غير أنه اذا نفق فلا قطع فى سرقة لأن لحم الميتة ليس بمال ، ان لا ينتفع به عادة . أما جلد الميتة فمختلف فى سرقة (١) ، على أن الخلاف لا ينصب فى الحقيقة على ماليتها ، 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 لاجاب القطع « أن يكون المال المسروق منقولاً متمولاً » . وظاهر النص يحمل على الاعتقاد بأن واضع القانون يعتبر التمول شرطاً قائماً 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 وبإباحة الانتفاع بها شرعاً . فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون منقولاً كالخمر . واذا عدم

= لانسان مات من قرون ، وسواء كانت الجثة عند السرقة مدفونة فى قبر أو 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 قطع فى سرقة لأنه ليس بمال . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ . أما المالكية فيوجبون القطع فيه اذا سرق بعد دبعه وكان الدبع قد زاده على قيمة أصله بما يسارى نصاباً . الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ١٢٧ . أما أهل الظاهر فيرون القطع لان جلد الميتة - على خلاف لحمها وشحمها - يبقى على ملك صاحبها ، ومثله شعرها وصوفها ووبرها ، فلا يخرج شيء من ذلك عن ملكه الا بإباحته لانسان بعينه أو لمن أخذه ، ويعلم ذلك بطرحه الجميع وتبريه منه ، فهو ما لم يطرحه مالك لذلك ، فان سرقة سارق تعين قطعه . المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ و٣٣٦ . ورأى الظاهرية اقرب الآراء الى الفكر القانونى المعاصر ، غير ان ما ينبغى العمل به هو مذهب الامام مالك وذلك نزولاً على حكم المادة ٢٣ من القانون التى توجب العمل بالمشهور فى هذا المذهب فيما لم يرد به نص .

الامران لم يثبت واحد منهما كالدّم (١) . ومن قبل ذلك قال ابن نجيم هذا القول في البحر الرائق (٢) . ولذلك فنحن نستبعد أن يكون واضع القانون قد قصد بالتمول شرطا آخر تلزم اضافته غير المالية . ولا يعدو الامر في اعتقادنا أن يكون عدم دقة في الصياغة ، وكانت عبارة النص تستقيم لو أن واضع القانون اشترط « أن يكون المسروق مالا محترما منقولا مملوكا للغير . . . الخ » .

هل يعتبر كمال المالية شرطا في المسروق ؟

يتميز مذهب أبى حنيفة بالاحتياط البالغ لدرء الحد . ومن مظاهر ذلك أن فقهاء لا يكتفون في ايجاب القطع بمجرد كون المسروق مالا ، وانما يشترطون فوق ذلك ان يكون كامل المالية . فاذا كان المال غير مطلق او كانت مالهية 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 ما ليس كذلك وان تموله الناس احيانا وتعاملوا فيه بالبيع والشراء . وحجة الحنفية في ذلك ان قصور المالية يورث نقصانا ، وفي النقصان شبهة لعدم والحدود تدروها الشبهات .

ومن الاموال غير المطلقة عندهم الاموال التافهة . والمراد بالتفاهة هنا تفاهة الجنس لا تفاهة المقدار او القيمة، حتى انه ليمتنع القطع فيها ولو جاوزت قيمة المسروق منها نصاب القطع . ومما يعتبر تافها بهذا المعنى التراب والطين

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢ و ٤ . غير أن في الحاشية مع ذلك استطرادا قد يوهم بصحة مذهب القانون ، اذ يقول ابن عابدين معقباً : وحاصله - ان ما تقدم - ان المال اعم من التمول ، لان المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر . والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الاباحة ، والخمر مال لا متقوم . ولا يعني صدر هذا التعقيب أن بين المالية والتمول اختلافاً ، واعلمها زلة قلم من ابن عابدين ، بل هو كذلك في الواقع بدليل بقية عبارته . فهو لم يقصد المقارنة بين المالية والتمول ، وانما قصد المقارنة بين المالية والتقوم . ولمن شاء أن يعيد قراءة عبارته .

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٧٧ . ويلاحظ ان عبارة ابن عابدين هي ذات عبارة ابن نجيم ، ولا تختلف عنها الا في التعقيب الذي استطرد اليه ابن عابدين .



والآجر والفخار والتبن والحشيش والخطب • واستدل الحنفية بحديث لعائشة رضى الله عنها ، قالت : كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشيء القافه ، أى الحقير • وصرفوا التفاهة الواردة فى الحديث الى تفاهة الجنس ، وعللوا ذلك بأن الناس لا يتمولون هذه الاشياء ولا يضمنون بها لعدم عزتها وقلة خطرهما ، 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 تضمن بها الطباع ، فقلما تؤخذ 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 يندريء بها (٢) •

ومن الاموال غير المطلقة أيضا ما يتسارع اليها الفساد ، كاللحم واللبن والخبز والفاكهة الرطبة والبقول والرياحين والزرع الذى لم 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 قطع 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 سناجلها لم تحصد فلا قطع عليه ، لان الثمار ما دامت فى رؤوس الاشجار فانه يتسارع اليها الفساد • ألا ترى انها لو تركت كذلك فسدت ، وما كان كذلك كان تفاهها

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ ، المبسوط ج ٩ ص ١٥٥ •

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ، المبسوط ج ٩ ص ١٥٤ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ •

(٣) الكثر بفتحين جمار النخل وقيل طلعا • مختار الصحاح •

جنساً (١) . ويقول الكاساني: لو سرق تمرا من نخل أو شجر آخر مطلقاً فيه فلا قطع عليه ، لأنه ما دام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع اليه الفساد ، أما إذا جذ الثمر وجعل في جرين ثم سرق ، فإن كان قد استحكم جفافه قطع ، لأنه صار مالا مطلقاً قابلاً للادخار (٢) . ولهذا أجاز الحنفية القطع في الحنطة والسكر لان الفساد لا يتسارع اليهما (٣) .

ويرى الحنفية كذلك الا قطع في سرقة المصحف وكتب الشريعة وغيرها من كتب اللغة . ومن حججهم أن السارق يسرقها لا لورقها أو ما قد يكون عليها من حلى ، وإنما يسرقها لما فيها ، وما فيها ليس بمال ، إذ لا يجوز أخذ العوض عنه . ولا اعتبار عندهم بالورق ولا الغلاف ولا الحلية، فهذه الاشياء توابع ، ولا اعتداد بالتبع ، وإنما يعتد بالاصل . واختلف فقهاء الحنفية فيما عدا ذلك من الكتب غير المحرمة، فمنهم من أوجب القطع في سرقتها ومنهم من منعه (٤) .

هذا هو رأى الحنفية بوجه عام : لا قطع عندهم الا اذا كان المسروق مالا مطلقاً لا قصور في ماليته . أما الائمة الثلاثة فيختلفون معهم ولا يذهبون مذهبهم في اشتراط كمال المالية ، ويكفى لديهم أن يكون المسروق مما يجوز بيعه وشراؤه (٥) .

ويعيننا في هذا المقام أن نبرز بوجه خاص رأى المالكية نظراً لأهمية القانونية . ومذهبهم أن القطع واجب في كل ما بلغت قيمته نصاباً ، مما كان قافه الجنس أو مباح الاصل أو مما يسرع اليه الفساد ، حتى الماء يقتص

(١) المبسوط ج ٩ ص ١٥٥ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٤) انظر فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ - ٢٣١ .

(٥) وبلاحظ أن رأى أبى يوسف في هذا الشأن كراى الجمهور ، فهو يرى القطع فى كل الا الطين والتراب والسرقيين . انظر فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ والمبسوط ج ٩ ص ١٣ ويرى القطع كذلك فى سرقة المصحف والكتب النافعة المباحة . فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ .

فيه اذا أخذ للوضوء او للشرب (١) . ويقرر الخرشي ان من أخذ ماء او حطباً او غير ذلك مما هو مباح فى الاصل ويملك بوضع اليد عليه وأخرج من حرز مثله ما يساوى نصاباً فإنه يقطع لعموم الآية ، وكذلك لو كان المسروق فاكهة رطبة او غيرها مما يتسارع اليه الفساد (٢) . ويقطع كذلك فى سرقة 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 ، كالأشياء القافهة الحقيمة . وليس فى هذه العبارة معنى العدول صراحة عن مذهب مالك والانحياز الى مذهب أبى حنيفة ، فهى تقرر أصلاً متفقاً عليه ، وهو أنه لا قطع فيما ليس بمال . واذا كانت المذكرة الايضاحية قد مثلت لذلك بالأشياء القافهة الحقيمة ، فإنها لم ترم بذلك الى اشتراط كتمان المالية ، بل رمت فحسب الى ضرورة ثبوت أصل المالية فى المسروق (٤) .

ثانياً - احترام المال أو تقومه :

الشرط الثانى من شروط المسروق أن يكون مالا محترماً . وهذا الرصف

(١) التاج والاكلیل ج ٦ ص ٣٠٦ .

(٢) الخرشي ج ٨ ص ١١٣ ، وانظر كذلك الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ١٢٦ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٤ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ٤٥١ .

(٤) عكس ذلك عبد العزيز عامر : احكام حد السرقة - مجلة كلية اللغة العربية والدراسات الاسلامية - السنة الاولى ، العدد الاول ص ٤٨٧ - ٤٨٨ . ولو صح جدلاً ان واضع المذكرة الايضاحية ارادوا بالتفاهة هنا تفاهة الجنس لا تفاهة المقدار ، فإنه يتعين اطراح هذا التفسير ، لانه من الاصول المقررة لدى فقهاء القانون ان المذكرة الايضاحية للتشريع يؤخذ بها على سبيل الاستثناس لا الالتزام ، لانها لا تعتبر تفسيراً تشريعياً . فاذا تعارض رأى جاءت به المذكرة الايضاحية مع نص فى القانون وجب اغفال رأيا . وعندنا أن التعارض قائم بين عبارة المذكرة الايضاحية - اذا اولت على ذلك الوجه - وبين نص المادة ٢٣ التى تحيل فيما لا نص فيه على المشهور فى مذهب الامام مالك .

أكثر شيوعاً في اصطلاح الشرعيين في باب السرقة ، وبه أخذ المشرع الوضعي 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 شرعاً . ويلاحظ في هذا الصدد أن صلاحية الشيء للانتفاع به شرط في ماليتة من جهة ، وفي احترامه أو تقومه من جهة أخرى . فاما الانتفاع الذي تثبت به المالية فيقصد به القدرة الفعلية على ذلك ، وأما الانتفاع الذي يكتسب المال به وصف المتقوم أو الاحترام فيراد به الانتفاع المباح شرعاً دون ما عداه من صور الانتفاع الممكنة . فما يمكن الانتفاع به من الأشياء المحازة يعتبر مالا ، ولكنه قد لا يكون محترماً بالضرورة ، وإنما يكون كذلك حين يبيح الشرع لصاحبه الانتفاع به . ومن هذا يتضح أن فكرة المال في أساسها فكرة واقعية ، أما احترامه أو تقومه ففكرة شرعية .

والإباحة التي تكسب المال وصف المتقوم أو الاحترام هي الإباحة العادية، لا الطارئة أو الاستثنائية . فمن الأموال ما تحرم الشريعة الانتفاع به بحسب الأصل ، ولكنها تبيحه عند الضرورة . وما يباح للضرورة لا يكون متقوماً، وإنما يبقى على حكمه الأصلي الذي ثبت له في حال السعة والاختيار .

وللمال المحترم أو المتقوم في فقه الشريعة مقابل في اصطلاح القانون الوضعي ، وهو المال الذي يجوز التعامل فيه . فالقانون الوضعي - كالشريعة - ينص على إخراج طائفة من الأموال من دائرة التعامل ، ومن هذه الأموال ما يصح اعتباره غير محترم أو غير متقوم . غير أن نطاق المحظر في كل من الشريعة والقانون الوضعي مختلف ، فمن الأموال ما يعتبر محترماً في القانون وغير محترم في نظر الشريعة . والرأي عندنا أنه في حالة التعارض يجب الاعتداد بنظر الشريعة لا بنظر القانون . وفي هذا الصدد نقرر قاعدة عامة نلتزمها في الأحوال المماثلة . وخلاصة هذه القاعدة أنه كلما استعمل تشريع السرقة والحراقة مصطلحاً له مفهوم قانوني وآخر شرعي ، فالغلبة

عند المتعارض تكون للمفهوم الشرعى، وعلى وجه التحديد للمشهور فى مذهب الامام مالك . وهذا الرأى يؤيده أمران : الاول أن تشريع السرقة والحراية 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 السروق محترما شرعا . والامر الثانى أن المادة ٢٢ من تشريع السرقة والحراية 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 النقيض سدا لفراغ تشريعى، الا انه مع ذلك وثيق الصلة به، وينبغى ان يهتدى فيه بنفس الضابط ، وعلى الاخص حين يكون للمصطلح مفهوم شرعى متداول يرادى 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 هذه 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 الدسوقي والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥١ .

باطلاق . فاذا كان محترما بالنسبة الى قوم دون قوم ، أو في حال دون حال ، فلا قطع فيه على الاطلاق .

ويتضح ذلك مما قرروه في 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 مملوكة لمسلم أو لذمى ، وكذلك الشأن في سرقة الخنزير (١) . ويصرح فقهاء المالكية في هذا الصدد بأن من سرق خمرا لذمى لا يقطع مع انها مال محترم (٢) . ولا ينفرد المالكية بهذا الرأي ، وانما يتفق معهم في نتيجته الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية (٣) .

(١) وفي الفقه الاسلامي من يعتبر الخمر والخنزير مالا غير محترم اطلاقا ، سواء بالنسبة للمسلمين أو للذميين . وحجته أن العمدة في ذلك هو حكم الاسلام ، والاسلام لم يحل لاحد شرب الخمر ولا بيعها ، بل حرم ذلك على المسلم والكافر جميعا . قال تعالى : يا ايها الناس اني رسول الله اليكم جميعا ، وقال عليه الصلاة والسلام : كل مسكر حرام . وهذا رأي الشافعية والحنابلة والظاهرية . انظر مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ ، والمغنى ج ١٠ ص ٢٨٢ ، والشرح الكبير لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٤٧ ، والمحلى ج ١١ ص ٣٣٥ .

أما الحنفية فمذهبهم عدم القطع كالمالكية . قال الكاساني : يشترط أن يكون المال متقوما مطلقا ، فلا يقطع في سرقة الخمر من مسلم ، مسلما كان السارق أو ذميا ، لانه لا قيمة للخمر في 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 ج ٧ ص ٧٠ - ٧١ .

(٢) الخرشى ج ٨ ص ١١١ و ١١٦ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٦ ، البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٢٦١ ، الشرح الصغير ج ٥ ص ١٢٧ .

(٣) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ - ٧١ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ ، الام ج ٦ ص ١٢٤ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٨٢ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٧ ، كشاف القناع ج ٦ ص ١٣١ ، المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ .

ومن فقهاء الشريعة من أوجب القطع في سرقة خمر الذمى وخنزيره لانهما حلال في دينه . ويرى ذلك عن عطاء . انظر المحلى ج ١١ ص ٣٣٤ .

أما التبغ فقد افتى المالكية بأنه متقوم ، سواء كان مما يدخن أو يستنشق لانه =

ويتضح مذهب المالكية أيضا مما قرروه في شأن سرقة الاموال التي يجوز تملكها أو هبتها دون بيعها . من ذلك سرقة الكلب المأذون في اتخاذه ، سرقه للصيد أو للحراسة (١) ، فقد روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه . والرأى عند المالكية انه لا يقطع بسرقة بالرجم من ثبوت ملكيته (٢) . ومن ذلك أيضا سرقة الاضحية ، فهي ان سرقت بعد ذبحها وقبل التصديق بها على فقير أو اهدائها لغنى فلا قطع فيها لامتناع بيعها (٣) .

اما اذا كان المال مما يجوز اتخاذه 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 ففيها القطع ، والا فلا . وفي هذا الصدد يقول الدسوقي في حاشيته : لا قطع على سارق آلات اللهو الا ان تساوى بعد كسرها نصابا . وليس المقصود كسرها فعلا لاتمام التقدير ، بل يكفي في اعتبار قيمة الآلة تقدير كسرها وان لم تكسر بالفعل (٤) . أما الصلبان المصنوعة من الذهب أو الفضة فيقوم ما فيها من

= طاهر فيه منفعة شرعية لمن اختلت طبيعته نتيجة لاستعماله . فهو عندهم كسائر العقاقير التي 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 سرقة 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 والاكلیل ج ٦ ص ٣٠٧ ، البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٣٦١ ، الخرشى ج ٨ ص ١١٦ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٢٦ ، وانظر كذلك فى عرض الخلاف : تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٦٨ .

(٣) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٢٦ ، الشرح الصغير ج ٥ ص ١٢٧ ، القرطبى ج ٦ ص ١٦٨ .

(٤) انظر المراجع الثلاثة السابقة والمواضع المشار اليها فيها . ويلاحظ أن المسألة مختلف عليها فى الفقه الإسلامى . فالحنفية يرون عدم القطع فى آلات اللهو اطلاقا لعدم تقومها =

١٢
١ المعدن دون صنعه ، فان بلغ نصابا ففيه القطع (١) .

واما اذا كان المال ممسا يستخدم في العادة لاغراض مشروعة ولك
صاحبه انصرف به فصرفه الى غرض محرم ، فالرأى عند المالكية وجوب القط
ات ١ بلغ نصابا دون اعتداد بعدم مشروعية الغرض ، ومثال ذلك أوعية الذهب
سواء كانت فارغة او مملوءة (٢) .

سرقة الاموال التي يحظر القانون التعامل فيها أو يقيده :

من الاموال طائفة يحظر القانون على الناس تملكها الا بشروط معينة

== عندهم . ولذلك فهم لا يوجبون الضمان على منلقها . وعند أبي حنيفة ان متلفها
ضمنها لغير اللهو فإنه يتسأل أخذها ، وهذا شبهة قدر 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 لأخذها حق
في أخذها لكسرها ، فكان ذلك شبهة مانعة من القطع . الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٧ ، الف
ج ١٠ ص ٢٨٢ ، كشاف القناع ج ٦ ص ١٣٠ - ١٣١ . وفي المذهب الشافعي قولان
أحدهما يوافق قول الحنفية والحنابلة ، والثاني كراى المالكية . ويرى الخطيب
الثاني أصح عند الاكثرين ونص عليه في الام . معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ وانظر كذا
الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٢ ، وقارن الام ج ٦ ص ١٣٤ .

(١) القرطبي ج ٦ ص ١٦٨ . ويرى الشافعية رأى المالكية . انظر معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٠
اما الحنفية فلا يرون القطع اطلاقا لانه يتأول أخذها لكسرها . انظر بدائع الصنائع ج
ص ٧٢ . وفي مذهب الامام أحمد قولان ، انظر المعنى ج ١٠ ص ٢٨٣ ، الشرح الك
ج ١٠ ص ٢٤٨ .

(٢) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٦ ، الخرشي ج ٨ ص ١١٦ . وفي المذهب الشافعي
قولان ، أحدهما يقطع بسرقة الاناء ولو كان فيه خمر لانه يقطع به ولو كان فيه
والآخر لا يقطع اذا كان فيه خمر لان ما فيه مستحق الإراقة فيكون شبهة . انظر مف
المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ . وفي مذهب أحمد قولان أيضا ، أحدهما يوجب القطع ولو كان
في الاناء خمر لانه كمن سرقه ولا شيء فيه ، والآخر لا يقطع اذا كان في الاناء خمر
لا اتصاله بما لا يقطع فيه . المعنى ج ١٠ ص ٢٨٢ و ٢٨٣ ، والشرح الكبير ج
ص ٢٤٧ و ٢٤٨ . فأما ان كان الاناء فارغا فلا خلاف في وجوب القطع لان الاناء لا
فيه وانما تحرم على صاحبه نيته ، فأشبهه مالو سرق سكيما معدة للذبح الخنازير لا
معدا لقطع الطريق . الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٩ .

ومن قبيلها المواد المخدرة والاسلحة والنقد الاجنبى . والراجع فى فقه 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 غير 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 هو حظر التملك والاستثناء جوازه ، فان هذه الاموال - بالنظر الى جنسها - لا تعتبر محترمة باطلاق . ويؤدى أصل المالكية الى امتناع القطع فيها تماما ولو انصبت السرقة على ما يبلغ منها نصابا مأنونا فى تملكه وفقا 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 والحراية مناطه حكم الشريعة لا حكم القانون . وعند التأمل يتضح أنه لا تعارض مطلقا بين ما قررناه من قبل وما نقرره هنا . ذلك أن احترام المال فى القانون 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 مالكا ذميا أو مسلما ، فى حين أن علماء الشريعة متفقون على أنها غير محترمة بالنسبة للمسلم ومختلفون عليها بالنسبة للذمى . ومن هنا وجب الاعتداد بحكم

(١) انظر جرائم الاشخاص والاموال - عوض محمد ص ٢٦١ وما بعدها . ولكن جمبوز الفقهاء

واحكام القضاء فى مصر على غير ذلك . انظر المراجع والاحكام المشار اليها فى مؤلفنا المذكور .

الشريعة ، فلا يقطع بسرقة الخمر والخنزير لأن كلا منهما غير محترم باطلاق .
 أما الصورة العكسية فمختلفة ، لأنه 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 المالكية يجعلون الاستصلاح طريقا شرعيا لا ستنباط الحكم فيما 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 المرسله . ووجه اعتبارها مرسله - أى مطلقة - 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 ، وبالتالي يمتنع القطع فى سرقتها ، لان المحذور شرعا كالمعدوم حسا .

ثالثا - صفة المنقول :

لا تقع السرقة بحسب تنظيمها الشرعى الا على منقول . ففعلها يتمثل فى اخراج مال من حرزه ، وهذا لا يتأتى الا اذا كان المسروق منقولا . أما العقار فيأبى بطبيعته أن يكون محلا للسرقة . وقد يتصور أن يقوم احد الملاك بنقل الحد الفاصل بين عقاره وعقار جاره ويتمكن بذلك من الاستيلاء على جزء من أرضه ، ومع ذلك ففعله لا يعتبر سرقة ، لأنه 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 - عبد الوهاب خلاف - دار القلم - الكويت ١٣٩٠ - ١٩٧٠ ص ٨٨ - ٨٩ . ويشترط الاصوليون لبناء الحكم على المصلحة المرسله شروطا ثلاثة : اولها أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية ، وثانيها أن تكون مصلحة عامة ، وثالثها ألا يعارضها نص ولا اجماع . المرجع السابق ص ٩٩ - ١٠٠ . وانظر فى الموضوع أيضا : الجريمة فى الفقه الاسلامى - محمد أبو زهرة دار الفكر العربى . القاهرة ص ٢٢٧ - ٢٢٩ .

واذا كان فقهاء الشريعة لم ينصوا فى باب السرقة على شرط المنقول استقلالا ، فلانه شرط 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 - على كثرتها - ما يلقي ظلا من الشك فى أن صفة المنقول شرط لازم . ولكن هذه الصفة لفرط لزومها أغنت الفقهاء عن ذكرها . أما قانون السرقة والحراية فقد نص عليها صراحة ، وجاء بالذاكرة الايضاحية أنه لا قطع فى غير المنقول من العقارات ونحوها ، وذلك لعدم امكان نقلها واخراجها من الحرز الذى هو أساسى لاقامة حد السرقة .

فكرة المنقول فى تطبيق أحكام السرقة :

المنقول فى النظر القانونى أما منقول بطبيعته أو منقول بحسب المأل . فاما المنقول بالطبيعة فهو كل شىء يمكن نقله من مكانه دون تلف (م ١/٨٢ مدنى) . وأما المنقول بحسب المأل فهو عقار فى ذاته ، ولكنه يحمل اسم المنقول تجوزا ويستعير أحكامه على أساس أنه سينقلب منقولا فى زمن قريب . ومن قبيله الاشجار المعدة للقطع ، والمبـانى 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 التجارى 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 هذه المعنويات من قبيل المنقول ، استنادا الى أن كل ما ليس عقارا فهو منقول .

أما العقار فى النظر القانونى فهو كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه 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 اتصالاً مادياً
فحمل اسمه وأخذ حكمه . ومن أمثله أبواب المنازل ونوافذها ، والأحجار
والمعادن فوق ظهر الأرض أو في باطنها . وهناك العقار بالتخصيص ، وهو
منقول بطبيعته اتصل بالعقار اتصال الخادم بالمخدوم فحمل اسمه وأخذ حكمه .
ومن أمثله دواب الزراعة وآلاتها ، وأدوات المصانع ونحوها (م ٨٢/٢
مدنى) .

وبتفق هذا التقسيم في خطوطه العامة مع ما هو مقرر في مذهب الإمام
مالك . فالمنقول في 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 إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله . ويشمل العقار عند المالكية الأرض
والبناء والشجر ، لأن الأرض لا يمكن نقلها ، ولأن البناء والشجر متصلان
بها اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع احتفاظهما بشكلهما ، وإنما بالنقل
يصبح الشجر حطباً والبناء انقاضاً (١) .

ولدينا أن التزام المفهوم التقليدي للمنقول والعقار في تطبيق أحكام
السرقعة لا يستقيم ، لأنه يسفر عن نتائج يتوقف الباحث عن قبولها . من ذلك
أنه لا يعد سارقاً من ينزع أبواب منزل أو نوافذه بنية تملكها ، كما لا يعد
كذلك من يأخذ في الخفاء دابة من دواب الزراعة أو بعض آلاتها ، بدعوى أن
هذه الأشياء تعتبر من العقارات . وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لقوانين
السرقعة والحرابة لهذه المشكلة وحرصت على تفادي تلك النتيجة الشاذة
فصرحت بإمكان وقوع السرقعة على أنواع معينة من العقارات ، ولكنها عللت
ذلك تعليلاً لا يصمد أمام المنطق القانوني السليم ، فقد جاء بها أنه إذا استغل
الجاني أخشاب منزل أو اقتلع باباً أو شباكاً منه صارت منقولة وطبقت عليها

(١) انظر : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي - مصطفى الزرقا ج ٢
ص ١٦٨ - ١٦٩ ط ١٣٧٧ - ١٩٥٨ ، والمدخل لـ محمد مصطفى شلبى ، ص ٢٩١ - ٢٩٢ ،
والمدخل للفقه الإسلامي - محمد سلام مذكور ص ٣٧٣ - ٣٧٤ ط ١٣٨٠ - ١٩٦٠ .

أحكام السرقة لتمام الشروط وكمال الأركان حينذاك (١) . وهذا التعليل يعتمد أساسا على التزام المفهوم التقليدى لكل من العقار والمنقول . غير أن الانطلاق من هذا المنطلق يفضى حتما الى غير ما انتهت اليه المذكرة الايضاحية، ذلك بأنه إذا كانت أخشاب المنزل وأبوابه ونوافذه لا تكتسب وصف المنقول إلا بعد استئلالها من مواضعها فإنه يمتنع القطع فيها حتما، لأنها لحظة أخذها كانت عقارا ولا قطع فى سرقة العقار ، وهى حين أصبحت منقولا لم تعد محرزة ولا قطع فى سرقة غير المحرز .

والصحيح أن مفهوم المنقول فى تطبيق أحكام السرقة يختلف عن مفهومه فى نظرية الأموال . وهذا الاختلاف محل إجماع لدى فقهاء القانون الجنائى الموضعى ، فالرأى عندهم أن العقار بالاتصال تجوز سرقة ، ومثله العقار بالتخصيص (٢) . وتأصيلا لهذا الإجماع 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 شئ لا يستحيل نقله من مكانه . وينطبق هذا التعريف تمام الانطباق على حد السرقة . وعلى ذلك يقطع بسرقة أبواب المنازل ونوافذها، ودواب الزراعة وآلاتها ، وأتربة الأرض وأحجارها ومعادنها ، باعتبار هذه الأموال 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 أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن المالكية لم يشترطوا صراحة فى المسروق أن يكون منقولا ، وإنما هذا الشرط اجتهاد من واضع القانون خلص اليه باعتباره من لوازم الفعل المكون للسرقة ، وهى

(١) انظر فى هذا المعنى أيضا : عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون

الموضعى ج ٢ ص ٥٤٢ ، وانظر كذلك عبد العزيز عامر - أحكام حد السرقة - مجلة كلية

اللغة العربية والدراسات الإسلامية ص ٤٧٩ - ٤٨٠ .

(٢) انظر : عوض محمد - المرجع السابق ص ٢٤٩ - ٢٥٠ والمراجع المشار اليها فيه .

« خراج المال خفية من حرزه » ولعل واضع القانون عندما نص على هذا الشرط كان متأثرا بالطريقة التي صيغت بها نصوص السرقة المعاقب عليها تعزيرا في قانون العقوبات . أما المالكية وغيرهم من فقهاء الشريعة فلم يعرضوا لهذا الشرط استقلالا . ويمكن القول بأن المالكية لم يجل بخاطرهم قصر السرقة الموجبة للحد على المنقول بمفهومه الضيق الذي حدده فقهاؤهم في نظرية المال . بل اننا نجد في كتبهم ما يثبت امكان وقوع السرقة على أنواع من الاموال تعتبر في التصور القانوني وفي تصور المالكية عقارات . فالمذهب عندهم قطع من سرق باب المسجد أو الدار أو سرق سقفه أو بلاطة أو قناديله أو حصره (١) . وفي نصوص القانون ذاته ما ينفي اتجاه قصد واضعه الى صرف معنى المنقول فيه ذلك المنصرف الذي انتقدناه . فالمادة الثالثة تدرأ الحد للمشبهة « اذا كان المسروق ثمارا على الشجر أو ما يشابهها كالنبات غير المحصود وأكلها الجاني من غير أن يخرج بها » (م ٣ بند ٤) . ويستفاد من هذا النص بمفهوم المخالفة أن القطع يتعين اذا كان المسروق ثمارا على الشجر أو نباتا غير محصود ، وأخرج الجاني منه ما يساوي نصابا . ولا خلاف في أن الثمر على شجره والنبات في أرضه عقار بمفهوم المالكية .

ونخلص من كل ما سبق الى الملاحظات الآتية :

أولا : ان المالكية وغيرهم من فقهاء المذاهب الثلاثة لم يشترطوا صراحة في المسروق أن يكون منقولا ، وانما يستفاد من جملة أقوالهم أنه يلزم أن يكون المحل صالحا لوقوع الفعل عليه .

ثانيا : ان المالكية يقطعون في سرقة طائفة من الاموال تعتبر في التصور القانوني عقارات .

ثالثا : أن نصوص القانون ذاته تسمح بالقطع في سرقة أموال يعدها المالكية عقارات .

(١) الخرشى ج ٨ ص ١١٩ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٤١ .

رابعاً : أن المذكرة الايضاحية صرحت بالقطع فى سرقة أموال تعد من العقار وان كانت قد احتالت لاسباغ وصف المنقول بمعناه الضيق عليها .

ومؤدى هذه الملاحظات جميعاً 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 سالماً أو تعرض للتلغ . 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 .

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 . والرأى متفق فى الفقه الجنائى على أن ما عدا المنقول المادى من أموال معنوية كالحقوق والابتكارات على اختلاف صورها لا تصلح محلاً للسرقة . على أن هذه الاموال اذا اتخذت مظهراً مادياً تمثل فى وثيقة أو محرر ، فهذه الوثائق والمحركات تكون عندئذ منقولات مادية يصح ان ترد عليها السرقة . ولهذا يمكن وقوع الجريمة على الاصول التى دونت فيها المؤلفات والاختراعات ، وعلى العقود والايصالات والسندات والصكوك والاسهم والحوالات .

والشئ المادى هو ما يشغل حيزاً من فراغ الكون ويمكن ادراكه بحواس الانسان . ويعرف أيضاً بأنه كل ما له كيان ذاتى مستقل فى العالم الخارجى . وقد يكون الشئ المادى جسماً صلباً أو سائلاً أو غازياً . أما المواد الصلبة

(١) يرى الحنابلة والشافعية القطع فى سرقة أبواب الدور ونوافذها وجدرانها وأسقفها . انظر المغنى ج ١٠ ص ٢٥٥ ، كشاف القناع ج ٦ ص ١٣٩ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٥ . أما الحنفية فلا يوجبون القطع لعلة تتصل بشرط الحرز كما سنرى ولا شأن لها بما نحن بصددده .

فهي في غنى عن التمثيل لها لانها أكثر المواد شيوعاً . ولا تختلف المواد السائلة عنها ايضاً ، ومن قبيلها النفط والزيت والمخل والكحول والمداد وسائر المشروبات المباحة وعلى رأسها الماء . والغازات بدورها تأخذ حكم الجوامد والسوائل ، ولو أنها - عدا الملون منها - 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 واليوتاجاز والكلور .

حكم المطاقات 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 - كما أثبتت الكشوف العلمية - تتكون من ذرات صغيرة تنتقل في الفضاء وفي الأسلاك ، ولهذا تمكن سرقتها كغيرها من الاشياء المادية ، وذهب آخرون الى أن الكهرباء ليست مادة ، وانما هي قوة طبيعية لم يهتد العلماء بيقين الى معرفة كنهها ، او هي حالة خاصة تعترى المادة في ظروف معينة ، فالأسلاك تطرأ عليها في هذه الظروف تموجات كهربائية من غير أن يمر بها شيء ، وحيث « لا شيء » فلا سرقة .

والحق أن الكهرباء في المعنى القانوني مادة ، ولا يمكن أن تكون شيئاً معنوياً كالآراء والافكار . وليس يعنينا البحث عن كنهه الكهربائي : أهى موجات تسرى ، أم تيار ينساب ، أم ذرات تهتز وتختلج ، وحسبنا التحقق من وجودها المادي . وهذا الوجود حقيقة لا تقبل الانكار . فالكهرباء يمكن تعبئتها ونقلها وقياسها وحبسها واطلاقها . ولا يمكن أن يكون الشيء الذي يخضع لهذا الحشد من ضروب السيطرة شيئاً معنوياً ، فمن المحال أن يتحكم الانسان في شيء معنوي وأن يسخره لارادته على هذا النحو المتقن الدقيق . وعلى أى حال فالبحث في هذا الموضوع لم يعد يثير لدى رجال القانون

اهتماما كبيرا ، فقد اتفقت آراء الفقهاء واستقرت احكام القضاء فى معظم الدول على أن الكهرباء تصلح محلا للسرقة . أما الدول التى رفض قضائها 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 ٢٤٤/٢ منه بأنه يعد من الاموال المنقولة فى حكم قانون العقوبات الطاقة الكهربائية وجميع أنواع الطاقة ذات القيمة الاقتصادية . وليس فى هذا النص ما يخالف أصلا 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 على سارق الكهرباء وغيرها من الطاقات اذا اكتملت سائر الشروط التى يتوقف الحد على ثبوتها (١) .

رابعا - 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 على السرقة ليس مقصودا به حماية « مائية » الشيء ، وانما المقصود به حماية « ملكية » الغير له . وهذا الشرط لا يقتضى عناء فى استخلاصه ، فحكمة التشريع توجبه ، والفقهاء مجمعون 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 ، لعدة أخرى . فالمادة الثالثة من تشريع السرقة والحراقة تنص على عدم تطبيق الحد - للشبهة - اذا كان المسروق مملوكا لبيت المال ، أى اذا كان مالا عاما . ومرفق الكهرباء فى ليبيا مرفق عام تملكه الدولة وتديره فلا يقطع فى سرقة ماله .

١٤
١ - مستولى الشخص على مال من القسمين الاولين ، ولكنها تقع اذا استولى على
مال من القسم الثالث . غير أن الامر مع ذلك يقتضى شيئاً من التفصيل .

١ - الاستيلاء على مال لا مالك له :

يكون المال غير مملوك لاحد فى حالات ثلاث : الاولى ألا يكون قد نشأ
عليه حق ملكية بعد ، والثانية ان يكون حق الملكية قد ثبت عليه زمناً ثم زال
والتالثة أن يكون محظوراً على الناس تملكه ، سواء كان المصدر المباشر
للحظر هو الشريعة أو القانون . وفى الحالة الاولى يكون المال مباحاً ، وفى
الثانية يكون مفروكاً أو يعود مباحاً ، وفى الثالثة يكون محظوراً .

وقد عرضنا من قبل للمال المحظور وخلصنا الى عدم القطع فى سرقة
ويختلف المال المحظور عن المال المباح والمال المتروك من وجهين : الاول أنه غير
مستقوّم ، أى غير محترم بسبب حظر التعامل فيه ، ولذلك فهو غير قابل للملكية
إلا فى الحدود وبالقيود التى يضعها القانون . والثانى أن القطع فيه ممتنع
اطلاقاً ، ولو كان ما سرق منه مأثوناً فيه قانوناً ، لان الأصل عند المالكية ألا
قطع فيما ليس محترماً باطلاق . ولهذا السبب رأيناهم يمنعون القطع فى سرقة
خمر المذمى 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 امتناع
القطع فى سرقة المال المحظور لا يرجع أساساً الى أنه غير مملوك لاحد ، وانما
يرجع ابتداءً الى أنه غير محترم أصلاً أو غير محترم باطلاق . ولهذا فسوف
نقتصر هنا على المال المباح والمال المتروك ، لان امتناع القطع فيهما يرجع الى
اختلال شرط الملكية .

أ - المال المباح :

لا يعد سارقاً من يستولى على مال مباح ، بل ان الاستيلاء عليه سبب
من أسباب كسب ملكيته لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق الى ما لم يسبق

اليه مسلم فهو له ، وقوله : الصيد لمن أخذه . وقد اعتمد القانون الوضعي هذه القاعدة فنصت المادة ٨٧٤ من القانون المدني 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 في حيازة أحد وان أمكن حيازته . فالماء في الانهار ، والكلا في الصحراء ، والسماك في الماء ، والطير في الهواء والحيوان في الغابات والفلوات ، والاحجار فوق ظهر الارض أو في 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 في الحقيقة مالا مباحا عام المنفعة وهو في فراش بحره ونهره ، الا انه متى فصل منه ووضع في حرز كالمواسير والقرب والاناء بحيث يمكن شموله بحق الملكية ، يصير كغيره من الاشياء الماثلة له ملكا عند وضع اليد ، فاذا اختلس المال بعد ذلك كان اختلاسه سرقة (١) .

والكلا الذي ينبت في الصحراء أو على شطآن 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 في المحيطات والبحار والانهار والبحيرات العامة أموال مباحة ، لكل انسان أن يملكها 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 في الصيد من منطقته التى رخص له بالصيد فيها ، ففعل هذا الغير لا يعد سرقة ، وانما يجوز الرجوع عليه بالتعويض المدني . أما احواض السمك

(١) استئناف مصر ٢٨ / ٨ / ١٨٩٤ القضاء س ٢ ص ٣١١ .

والبحيرات الخاصة فحكمها مختلف ، اذ يعتبر الصيد فيها سرقة ، لا
أعمالها لا تعد أموالا مباحة ، بل هي أموال مملوكة لأصحاب تلك الاحواض
والبحيرات (١) .

ويعتبر الصائد مالكا للسماك المباح بمجرد انحباسه في شبكته او ابتلاعه
شخصه ولو لم يتم اخراجه بعد من مياه البحر أو النهر أو البحيرة . ولكن
السماك يعود مالا مباحا اذا استطاع الافلات من الشبكة أو الشخص قبل أن
تصل اليه يد الصائد ، فاذا استولى عليه انسان بعد ذلك بالصيد ففعله لا
يعد سرقة ، لانه لم يستول على مال مملوك لغيره . .

وتأخذ الطيور والحيوانات التي لا مالك لها والتي تمتنع على الناس
لطيرها أو فرارها حكم السمك . فالصائد يمتلك ما يصيده منها ، ولا يعد
سارقا حتى ولو دخل في سبيل الاستيلاء عليها ملك غيره . فاذا وقع الصيد في
يده دخل ملكه ، واذا استولى عليه بعد ذلك احد كان سارقا . اما اذا انطلقت
الطيور أو الحيوانات من محابسها واستردت من جديد حريتها ولم يتبعها
الصائد فررا أو كف عن تعقبها ، فانها تعود مالا مباحا يحق لأي انسان أن
يصطادها ويملكها .

ولكن الطيور المستأنسة والحيوانات الأليفة لا يسرى عليها هذا الحكم ،
فهى لا تعتبر مالا مباحا ولو خرجت من يد صاحبها ، لان حق الملكية
يلازمها (٢) .

وتعتبر الاراضى الحرة بدورها وكذلك الجبال والصحارى التي لا
يملكها الافراد ولم تضع الدولة يدها عليها بطريقة ما أموالا مباحة يجوز
تملكها بوضع اليد عليها ، فلا يعد سرقة اخذ الاحجار والمعادن والرمال من
تلك الجبال والصحارى . واذا كان القانون المدنى ينص على أن الاراضى غير

(١) نقض مصرى ١٦ / ١ / ١٨٩٧ القضاء س ٤ من ١٢٣ .

(٢) ومع ذلك لا يقطع من يستولى عليها ، لانه اذا كانت ملكيتها للغير باقية فانها بخروجها
من يده تصبح غير محرزة .

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 ملكية ضعيفة يجوز الاستيلاء عليها . وقد جرى قضاء محكمة النقض فى مصر على أن أخذ الاحجار من الجبال من غير المناطق المخصصة للمحاجر لا يعتبر سرقة ، لان تلك الاموال مباحة ، وملكية الحكومة لها هى من قبيل الملكية السياسية العليا لا الملكية المدنية التى يعد اختلاسها سرقة (١) . واذا امتنع العقاب على هذه السرقة تعزيرا ، فأولى - للسبب عينه - الا يعاقب عليها

حدا .

أما الكنز فقد نظم القانون المدنى أحكامه وحدد مالكه ، وبين ذلك فى المادة ٨٧٦ ونص فيها على ما يلى :

- ١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو للمالك رقبته .
- ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته .
- ٣ - واذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كنز فى مال مملوك للغير اقتسمه مع المالك مناصفة .

ب - المال المتروك :

يصبح المنقول بغير مالك اذا تخطى عنه صاحبه بقصد النزول عن ملكيته (م ٨٧٥/١ مدنى) . ومن أمثلته الثياب الخلقة ، 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 ٢٣٥ ص ٤٨٢ .

في الماء أو في الطرق العامة أو في الأماكن الخربة . ولا يعد الاستيلاء على المال المتروك سرقة ، لأنه مال بغير مالك ، ولأنه فضلا عن ذلك يكون غير محروما في الغالب . وقد حكم القضاء في مصر بأنه لا يعد سارقا في تطبيق أحكام قانون العقوبات من أخذ جزءا من كناسة الشوارع ، لأنها من المهملات التي يجوز لكل انسان تملكها ، وأنه لا يغير من ذلك وجود اتفاق بين المجلس البلدى وأحد الافراد على بيع كناسة شوارع المدينة ، لأن المجلس البلدى والمشتري من لا يملكان مثل هذه الاشياء بمجرد وجودها في الطريق ، وإنما بوضع اليد عليها فعلا . فإذا صدرت لائحة تمنع الغير من أخذ تلك الاشياء فلاستيلاء عليها يعد مخالفة للائحة لا سرقة (١) .

وإذا كان المؤلف أن المرء لا يتخلى عن شيء إلا إذا كان تافه القيمة فليس هناك مع ذلك ما يحول قانونا بينه وبين التخلي عن مال كبير القيمة بشرط أن يكون أهلا للتصرف في هذا المال . والفصل في ذلك دائما هو قصد المالك ولهذا يجب تحريره في كل حالة على حدة . وتطبيقا لذلك قضى بأنه إذا تراهن شخصان بسبب نزاع بينهما على القاء نقود في البحر ، ثم ألقى كل منهما بالفعل ورقة من فئة العشرة دنانير ، فإنه يكون قد تنازل عن ملكيتها بمحض اختياره ، وتعتبر ملكا لأول واضع يد عليها ، فإذا التقطها شخص آخر ولم يردّها لصاحبها الاصلى فلا يكون سارقا (٢) .

وثار الجدل بين الشرعيين حول سرقة أكفان الموتى ، فذهب طائفة الى امتناع القطع، منهم أبو حنيفة ومحمد والثوري والاوزاعي ومكحول والزهرى، وهو رأى بعض الصحابة منهم ابن عباس ، وذهب آخرون وهم الكثرة الى رجوب 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) أسيرط 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 والحزبية . ونؤثر فى هذا المقام أن ننقل عن كتاب المبسوط للسرخسى وبعبارة حجج الفريقين ، فهى صورة رائعة للجدل الفقهي الرفيع . قال السرخسى : « فأما من أوجب القطع استدله بقوله صلى الله عليه وسلم : من نبش قطعناه ، والمعنى فيه أنه سرق مالا كاملا المقدار من حرز لا شبهة فيه فيقطع ، كما لو سرق لباس الحى ، وهذا لأن الأذى محترم حيا وميتا . وبيان هذه الأوصاف : 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 فلأن الناس تعارفوا منذ ولدوا أحراز الأكفان بالقبور ، ولا يحرزونه بأحصن من هذا الموضع ، فكان حرزا متعينا له باتفاق جميع الناس ، ولا يبقى فى أحرازه شبهة لما كان لا يحرز بأحصن منه عادة . والدليل عليه أنه ليس بمضيع ، حتى لا يضمن الأب والوصى إذا 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 بلفة أهل المدينة .. وإن وجوب القطع إنما هو بسرقة مال محرز مملوك ، وجميع هذه الأوصاف اختلت فى الكفن . فأما السرقة فهو اسم أخذ المال على وجه يسارق عين صاحبه ، ولا تتصور مسارقة عين الميت ، وإنما يختفى النباش باعتبار أنه يرتكب الكبيرة كالزنى وشارب الخمر .. فأما المالية فأنها عبارة عن التمول والإدخار لوقت الحاجة ، وهذا المقصود يفوت فى الكفن ، فإن الكفن مع الميت يوضع فى القبر للبلى ، ولهذا يوضع فى أقرب الأماكن من الهلاك . فأما انعدام صفة المملوكية فلأن المملوك لا يكون إلا لملك ، والكفن ليس بملك لأحد ، لأنه 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 لأن الموت مناف للملكية ، فإن الملكية عبارة عن القدرة ، وأدنى درجاته باعتبار صفة الحياة ، فعرفنا أن الوصف مختل أيضا . والميت لا يحرز نفسه فكيف يحرز لغيره ! والمكان حفرة فى الصحراء فلا يكون حرزا ، ألا ترى أنه لا يجعل حرزا لثوب آخر من جنس الكفن ، ومن ضرورة كونه حرزا لثوب أن يكون حرزا لثوب آخر من جنسه . وكذلك لا يكون حرزا قبل وضع الميت فيه . وقوله أن الناس تعارفوا أحراز الكفن فى القبر فليس كذلك ، بل إنما يدفنون الميت للموارة عن أعين الناس ! وما يخاف عليه من السباع لا لأحراز . ألا ترى أن الدفن يكون فى ملا من الناس ! ومن دفن مالا على قصد الإحراز فإنه يخفيه عن الناس ، وإذا فعله على ملا منهم على قصد الإحراز ينسب إلى الجنون . ولا نقول أنه مضيع ، لكنه مصروف إلى حاجته ، وصرف الشيء إلى الحاجة لا يكون تضييعا ولا إحراز ، كتناول الطعام والقاء البذور فى الأرض لا يكون تضييعا ولا إحراز » . المبسوط ج ٩ ص ١٦٠ .

واختلف القائلون بوجوب القطع في صفة الكفن الذي يقطع بسرقة .
فأما الحنفية فيرون أن الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعاً ، فلا يقطع في
الزائد على كفن السنة ، ولا فيما ترك مع الميت من طيب أو مال ، ذهب أو
غيره ، لأنه تضييع وسفه فليس محرراً (١) . وهذا رأى الحنابلة أيضاً .
فالكفن المشروع هو وحده ما يقطع به عندهم ، فإن كفن الرجل في أكثر من ثلاث
لغائف ، أو المرأة في أكثر من خمس ، فسرق الزائد عن ذلك ، أو ترك معه
طيب أو ذهب أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك ، لأنه ليس
بكفن مشروع ، فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرراً ولا يقطع سارقه (٢) .
وأما المالكية فبينهم خلاف ، فظاهر المدونة والرسالة والجلاب والمثلقين
أنه لا يشترط للقطع أن يكون الكفن مأذوناً فيه شرعاً . وقيد بعضهم الكفن بهذا
الشرط . فمن سرق من كفن شخص كفن بعشرة أثواب ما زاد على الشرعى
يقطع على الأول لا على الثانى (٣) .

وعلى ذلك فإن سرقة الكفن في تطبيق القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢

- (١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٤ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٨١ و ٢٨٢ ، الشرح الكبير ج ١ ص ٢٦٩ و ٢٧٠ .
(٣) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٠ ، الخرشى ج ٨ ص ١١٩ . والراجع في فقه القانون
الوضعى أن أكفان الموتى وسائر ما يودع معهم في قبورهم لا تعتبر أموالاً متروكة ، لأن
مناط الترك هو انصراف نية المالك الى التخلّى عن ملكه وفقدان اهتمامه بمصيره بحيث
يستوى لديه أن يبقى المال حيث هو أو أن تمتد اليه يد الغير لتأخذه . ولا شك أن
الأميرين لا يستويان عند أهل الموتى ، فهم لم يقصدوا الى التخلّى عما تركوه مع ذويهم ،
بل وضعوه معهم لغرض خاص لا يستقيم مع استيلاء الغير عليه . وبهذا الرأى أخذت
محكمة النقض في مصر ، فقد قضت بأن الأكفان والملابس والحلى وغيرها من الأشياء
التي اعتاد الناس ايداعها القبور مع الموتى إنما هي مملوكة لورثة هؤلاء ، وقد خصصوها لتبقى
مع جثث أهلهم لما وقر في نفوسهم واستقر في ضمائرهم من وجوب إكرامهم في
أجدانهم على هذا النحو الذى رأوه ، موقنين بألا حق لاحد في العبث بشيء مما أودع ،
ولذا فإن هذه الأشياء لا يمكن بحال ما عداها من قبيل المال المباح الذى يسوغ لكل شخص
تملكه بالاستيلاء عليه . نقض ١٩٣٦/٤/٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٥٩٢
رقم 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 الشرعي . أما ما عدا الكفن من أموال ، كالحلى والاسنان الذهبية وغيرها مما اعتاد الناس ايداعه مع موتاهم في قبورهم فلا قطع فيه . وليس مرجع ذلك الى اختلال شرط الملكية ، وانما يرجعه الى اختلال شرط آخر وهو الحرزية . ولذلك فامتناع القطع في هذه الاشياء لا يحول دون التعزير فيها وفقا لنصوص السرقة العامة في قانون العقوبات

٢ - الاستيلاء على مال مملوك لمن استولى عليه :

إذا استولى الشخص على منقول يملكه معتقدا انه مال غيره ، فإنه لا يكون سارقا له ، لان السرقة اعتداء على الملكية ، ولا يستقيم عقلا ولا شرعا أن تنسب سرقة الشيء الى مالكه . وهذا الامر لا خلاف فيه ، وعليه نصت المادة ٣/١ من قانون السرقة والحراية . ولا اعتداد في 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 ماله من مستأجر او مستعير او مستودع او مرتهن ولو ان لهم حقا في الانتفاع بالمال أو حبسه (١) . ولا يعتبر الفعل سرقة - من باب أولى - 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 ينشئ لغيره عليه ملكية معتبرة ، فاذا اخذ المالك متاعه المغصوب فإنه لا يعتدى على مال مملوك لغيره .

(١) انظر الخرشى ج ٨ ص ١١٥ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٢٦ ، الشرح الصغير ج ٥ ص ١٢٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦١ ، الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٢ . غير أن امتناع القطع لا يحول دون التعزير على هذا الفعل اذا اكتملت الشروط المبينة في المادة ٤٤٥ من قانون العقوبات ، وهي تنص على أن يعاقب بالحبس كل من اختلس شيئا من أمواله الخاصة المثقلة بحق انتفاع أو تأمين عيني أو بحق 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 ، فإن 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 أو وصية . غير أن القانون خرج على هذا الاصل واعتبر الملكية الطارئة شبهة تدرا الحد (١) .

وإذا أخذ الشخص مالا ينازعه الغير فى ملكيته وجب الفصل ابتداء فى موضوع الملكية . فإذا ثبتت الملكية لمن أخذ المال فلا وجه لمساءلته عن سرقة ، أما اذا ثبتت لخصمه فإن الركن المادى لجريمة السرقة يكون متوافرا ، ولا يحول دون اكتمال الجريمة الا تخلف القصد ، وذلك يقتضى بحثا ليس المقام هنا مقامه (٢) .

٣ - الاستيلاء على مال مملوك للغير :

إذا كان المال المستولى عليه غير مباح ولا مملوك لمن أخذه ، بل كان مملوكا لغيره تعين اقامة الحد . ويكفى لايجاب القطع أن تكون الملكية ثابتة للغير ، فلا يحول دون وقوع السرقة أن يكون للجانى حق متصل بالمال المسروق . فإذا أجر شخص لغيره منقولا أو اتفق معه على رهنه فأقدم المستأجر أو المرتهن على سرقة المال من حرزه قبل قبضه وجب قطعه (٣) .

(١) ويدحض أن المالك 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 الخفية فجعل الملكية الطارئة أو اللاحقة شبهة تدرا الحد .

(٢) ويرى بعض الفقهاء أن ادعاء السارق ملكية المال المسروق يعتبر بمجرد شبهة تدرا الحد عنه ولو لم يقم على صحة دعواه بينة .

(٣) حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدريز ج ٤ ص ٢٣٦ ، الخرشي ج ٨ ص ١١٥ ، والعدوى فى هامش الخرشي .

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 تقضى المال عن يده ، ولذلك يبقى المال حتى بعد سرقة 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 ،

(٢) الخرشى ج ٨ ص ١١٥ . ولا بكتفى المالكية وسائر الفقهاء فى القطع بمطلق الملكية ، بل يشترطون كذلك أن يكون المسروق تام الملك لغير السارق . وقد أخذ قانون السرقة والحراية 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 تدرك الحد ، ولا نعتبره شرطا لوقوع السرقة وذلك هو مذهب القانون أيضا ، فقد تحدث عن سرقة الشريك للمال المشترك فى النص الخاص بالشبهات - وهو نص المادة الثالثة - لا فى النص الخاص بشروط السرقة - وهو نص المادة الاولى - ، ولذلك فان سرقة المال المشترك محلها موضوع الشبهة لا موضوعنا الذى نعالجه فى هذا البحث .

(٢) انظر عوض محمد - المرجع السابق ص ٢٦٤ و ٢٦٥ .

(٣) الخرشى ج ٨ ص ١١١ و ١١٥ . وسئل ابن القاسم : أرايت ان سرق رجل متاعا فسرقه منه سارق آخر ثم سرق من ذلك السارق ذلك المتاع سارق آخر ، أقطعهم جميعا فى قول مالك ؟ قال : نعم ولو كانوا سبعين قطعوا كلهم ، كذلك قال مالك . المدونة الكبرى ج ١٦ ص ٢٦٩ .

والقول الثانى هو الاظهر عندهم (١) . اما الحنفية والحنابلة فيرون عدم القطع (٢) . وحجة القائلين بعدم القطع ان السارق الثانى يسرق من يد غير معتبرة ومن غير حرز، فيد السارق ليست يدا صحيحة، فهي 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 تنزل باقية ، والمال يعتبر فى ضمان السارق الاول ، واذا كان الملك باقيا والحرز قائما فلا وجه لامتناع القطع (٣) . والذي يعنينا تقريره فى هذا المقام ان المال المسروق - باتفاق الائمة - يظل ملكا لصاحبه رغم سرقة ، اما الخلاف بينهم فيدور 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) معنى المحتاج ج ٤ ص ١٧١ ، 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) القرطبي ج ٦ ص ١٦٦ ، البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٢٥٩ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٦ .

(٤) قطع المسلم بسرقة مال الذمي والذمي بسرقة مال المسلم يكاد يكون محل اجماع الائمة ، وهذا الرأى هو المشهور عند الشافعية ، ومع ذلك ففى مذهبهم قول بعدم قطع المسلم اذا سرق مالا لذمي ، لانه لما كان المسلم عندهم لا يقتل بالذمي فكذلك لا يقطع بسرقة ماله . معنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٥ .

(٥) وفى سرقة مال المرتد مع ذلك تفصيل . فالرأى عند الملكية ان مال المرتد يوقف بمجرد رده حتى يعلم حاله ، ولا يمكن من التصرف فيه مدة الاستتابة . وينحصر الخلاف بين المالكية فى مصير مال المرتد اذا اتاب : هل يرجع اليه أو يكون فينا مطلقا كالمأخوذ من مال الحربى . والاول هو المشهور وهو مذهب المدونة ، والثانى لسحنون . انظر المدونة ج ٨ ص ٢٨٨ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٠٤ و ٣٠٦ ، والخرشي ج ٨ ص ٨٠ ، وحاشية العدوى على الخرشي ج ٨ ص ٨٠ . واذا مات المرتد أو قتل دون ان يتوب =

أما المحاربون فالأصل أن مالهم غير معصوم ، ويطلق الشرعيون على هذا المال اسم « المملوك المباح » . غير أنه إذا أعطى المحاربون عهدا أو أمانا ففى سرقة مالهم خلاف . والراجح لدى الجمهور أنه يتعين القطع ، لأن مال المستأمن أصبح معصوما بأمانه ، فإذا أهدر كان ذلك غدرا وخيانة يأباهما الإسلام . وهذا مذهب مالك والشافعى وأحمد ، وهو رأى أبى يوسف أيضا .

أما سائر الحنفية فيرون عدم القطع لشبهة الإباحة . ويقول الكاسانى : لا قطع على من سرق مال الحربى المستأمن فى دار الإسلام ، والقياس أن يقطع . وجه القياس أنه سرق مالا معصوما ، لأن الحربى استفاد العصمة بالأمان بمنزلة الذمى ، ولهذا كان ماله مضمونا بالاتلاف كمال الذمى . والاستحسان عدم القطع ، لأن هذا مال فيه شبهة الإباحة ، لأن الحربى المستأمن من أهل دار الحرب ، وإنما دخل دار الإسلام ليقضى بعض حوائجه ثم يعود عن قريب . فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الإباحة فى ماله . ويعلل الفرق بين سرقة ماله وسرقة مال الذمى بأن الذمى من أهل دار الإسلام وقد استفاد العصمة

= كان ماله فينا محله بيت المال ليس لورثته منه شيء . المدونة ، المرجع السابق ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٠٤ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٠٤ ، الخرشي ج ٨ ص ٧٩ ، العدوى على الخرشي ج ٨ ص ٧٩ .

ومقتضى رأى المالكية أن سرقة مال المرتد موجبة للقطع بحسب الأصل ، ولا يندرى القطع إلا فى الحالة التى يصبح مال المرتد فيها ملكا لبيت المال ، لأن سرقة الأموال المملوكة لبيت المال يمتنع القطع فيها للشبهة بصريح النص (٩/٣) .

وللفقهاء فى بيان حكم مال المرتد أقوال مختلفة أجمالها استاذنا المرحوم محمد أبو زهرة فى ثلاثة أقوال : الأول أن مال المرتد يبقى على ملكه الى أن يموت أو يتوب ، فإن تاب استمرت ملكيته ، وإن مات أو قتل مرتدا كان ميراثا أو فينا للمسلمين على الخلاف فى ذلك . وهذا هو رأى جمهور الفقهاء ورأى الصالحين من الحنفية . والثانى أن ملكيته تزول ويصبح ماله فى حكم الفئ ، فإن 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 . فإن تاب بقيت الملكية ، وإن مات أو قتل زالت . وفى خلال مدة الوقف تكون كل تصرفات المرتد فيما يملك موقوفة ، فإن قتل أو مات مرتدا بطلت ، وإن تاب نفذت ، وهذا رأى أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى .

انظر : العقوبة للشيخ محمد أبى زهرة ص ١٩٧ و ١٩٨ .

بأمان مؤبد فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة (١) .
والرأى الأول أكثر اتفاقاً مع مبادئ القانون الدولي ، وهو الواجب الاتباع
قانوناً لأنه موافق للمشهور في مذهب الامام مالك (م ٢٣) (٢) .

خامساً - احراز المال في حرز مثله :

يشترط جمهور الفقهاء في السرقة المعاقب عليها حداً أن يكون المال حين
السرقة في حرز مثله . وهذا الشرط غريب على الفكر القانوني المعاصر .
فالتشريعات الوضعية لا تعرفه ، وإنما هي تعاقب على السرقة سواء كان
المال محرزاً بالمعنى الشرعي أو غير محرز . وقد لمس فقهاء الشريعة منذ
البداية ما في حد السرقة من صرامة ، فاجتهدوا بحس إسلامي دقيق في تحري
شروطها واحاطة حدها بالضمانات التي تتكافأ مع شدته ، وانتهوا الى أن
السرقة الموجبة للحد ليست مجرد استيلاء شخص على مال غيره ، ولكنها
الاستيلاء عليه رغم احتياط صاحبه في صيانتة والمحافظة عليه ، وهذا ما
عبروا عنه بشرط الحرز . وقد لحظ الفقهاء أن المال وإن كان جديراً بالحماية
لذاته حيثما كان ، إلا أن التفريط في صونه يغري ضعاف النفوس باغتياله ، ولما
كان القطع عقوبة محضة فإنه يستوجب جنائية محضّة ، فكان الحرز لازماً
ليتحقق التناسب بين فحش الجرم وغلظة الحد . وفي ذلك يقول القرطبي : إن
الأموال خلقت مهياًة للانتفاع بها للخلق أجمعين ، ثم الحكمة الأولية حكمت
فيها بالاختصاص الذي هو الملك شرعاً ، وبقيت الاطماع متعلقة بها والآمال
محومة عليها ، فتكفها المروءة والديانة في أقل الخلق ، ويكفها الصون والحرز عند
أكثرهم . فإذا أحرزها مالكها فقد اجتمع فيها الصون والحرز الذي هو غاية
الامكان للإنسان ، فإذا هتكاً فحشت الجريمة فعظمت العقوبة . وإذا هتك أحد
الصونين وهو الملك - أي حيث لا حرز - وجب المضمن والادب دون الحد (٣) .
وقال ابن العربي : إن المالك لا يمكنه بعد الحرز من الصون شيء ، فلما كان

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧١ .

(٢) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٥١ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٢٦ .

(٣) القرطبي ج ٦ ص ١٦٣ ، وانظر كذلك معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ .

غاية الامكان رتب عليه الشرع غاية العقوبة (١) * وعلى الكاسانى شرط الحرز تعليلا آخر بقوله : ان القطع وجب لصيانة الاموال على اربابها قطعاً لا طماع السراق عن أموال الناس ، والناس تميل الى ماله خطر فى القلوب ، وغير المحرز لا خطر له فى القلوب عادة فلا تميل الاطماع اليه 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 ، ان 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 - كما بسطها ابن حزم - أنه لا مدخل للحرز فيما يقتضاه اسم السرقة ، فقد ورد هذا اللفظ فى الكتاب والسنة عاماً ، والناس تدرى بالضرورة الحسية وباللغة ان من سرق من حرز او غير حرز فهو سارق ، ولو اراد الله عز وجل ألا يقطع السارق حتى يسرق من حرز ويخرجه منه لما أغفل ذلك ولا أهمله ولا أعنتنا بأن يكلفنا علم شريعة لم يطلعنا عليه ، ولبينه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اما فى الوحي واما فى النقل المنقول * فاذا 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 . فالأخذ عندهم على ما يظهر يتحقق بمجرد أخذ المال من حرزه وان لم يخرج به السارق منه .

يكون باطلاً بيقين لا شك فيه (١) .

أما اسانيد الجمهور فثلاثة ، سند من العقل ، وسند من النقل ، وثالث من الاجماع . فأما السند العقلي فيعتمد على طبيعة السرقة ، فهي عند أهل اللغة تفيد الاخذ خفية او على وجه الاستتار . وليس بالسارق حاجة الى التخفى أو التستر اذا كان المال سائباً أو مضيعاً أو غير محرز بلحاظ حافظ ولا بمكان حصين . وفي 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 سائباً فلا يتحقق اخفاء الاخذ فلا تتحقق السرقة . 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) .

وأما السند النقلى فقوامه احاديث معتمدة لدى الجمهور ، منها قوله صلى الله عليه وسلم : لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل ، فاذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما يبلغ ثمن المجن (٣) . ولا يرجع امتناع القطع الى علة تخص ذات الثمر ولا حريسة الجبل ، وانما المعنى أنه لا قطع في أى منها حتى يضمه الجرين أو المراح . والجرين حرز الثمر والمراح حرز الماشية

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٣٦ و ٢٣٧ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٣) المقصود الثمر المعلق بالنخل والشجر قبل أن يجلد ويحرز . وقال ابن الاثير في حريسة الجبل : ليس فيما يحرس بالجبل اذا سرق قطع لانه ليس بحرزه وحريسة فعيلة بمعنى مفعولة ، أى ان لها من يحرسها ويحفظها . ومنهم من يجعل الحريسة السرقة نفسها ، أى ليس فيما يسرق من الماشية بالجبل قطع . والمراح يضم الميم موضع مبيت الفئيم ، والجرين الموضع الذى تجفف فيه الثمار . شرح الزرقانى ج ٤ ص ١٧ . اما المجن بكسر الميم وتشديد النون فهو الترس ، وهو من آلة الحرب ، والمراد بثمان المجن نصاب السرقة كما سنرى .

وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلاً 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 . رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما .

فكأنما المقصود بالحديث تقرير قاعدة عامة ، هى أنه لا قطع فى غير المحرز من الأموال .

وأما السند الثالث فهو أن الأئمة المشهود لهم بالفتوى متفقون على لزوم المحرز . بهذا قال عطاء والشعبى وأبو الاسود الدؤلى وعمر بن عبد العزيز والزهرى وعمرو بن دينار والثورى ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأحمد . وعرض ابن قدامة للاقوال المخالفة المنسوبة الى بعض الصحابة فوصفها بأنها أقوال شاذة غير ثابتة عن نقلت عنه . وقال ابن المنذر : ليس فى ذلك خبر ثابت ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرناه ، فهو كالأجماع ، والأجماع حجة على من خالفه (١) .

وقد أخذ القانون بما اتفقت عليه كلمة الجمهور فاشتراط فى السرقة الموجبة للحد أن يكون المال فى حرز مثله (م ٣/١) .

مفهوم الحرز وضابطه :

من القواعد المقررة لدى الفقهاء أن كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا فى اللغة فالمرجع فيه الى العرف (٢) . وقال ابن قدامة: الحرز ما عد حرزا فى العرف ، فانه لما ثبت اعتباره فى الشرع من غير تنصيص على بيانه ، علم أنه رد ذلك الى طريق العرف ، لانه لا طريق الى معرفته الا من جهته فيرجع اليه (٣) .

وللفقهاء فى تعريف الحرز أقوال متعددة تنتظمها فكرة واحدة وان اختلفت عبارتهم . ويمكن تعريف الحرز بأنه كل ما جرت العادة بحفظ المال به أو فيه (٤) . ولما كان الحرز مداره على العرف فانه يختلف باختلاف

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ - ٢٥٠ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٥٨ - ٢٥٩ .

(٢) الأشباه والنظائر فى الفروع للسيوطى ص ٨٨ و ٨٩ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٠ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٦٢ و ٢٦٣ ، وانظر فتح القدير

ج ٤ ص ٢٣٨ .

(٤) من تعريفات الحرز عند الفقهاء أنه ما من شأنه أن تحفظ به الاموال كي يعمر اخلاها .

الاموال والاحوال والاوقات، فقد يكون الشيء حرزا في وقت دون وقت بحسب صلاح احوال الناس وفسادها ، وقوة السلطان وضعفه (١) . وقال الماوردي : الاحراز تختلف من خمسة أوجه : باختلاف نفاسة المال وخسته ، وباختلاف سعة البلد وكثرة دعاره وعكسه ، وباختلاف الوقت أمنا وعكسه ، وباختلاف السلطان عدلا وغلظة على المفسدين وعكسه ، وباختلاف الليل والنهار ، واحراز الليل اغلظ (٢) .

ومن الاحراز التي عني قدامى الشرعيين بذكرها تفصيلا : مرابط الدواب ومراسى السفن ومخازن الغلال . وكانت عنايتهم بها استجابة لظروف عصرهم ، فقد كانت هذه الاشياء - فضلا عن الدور - هي أهم الاحراز حينذاك . وما فصلوه في هذا الشأن يكشف بوضوح عن مدى سلطان العرف في تحديد ما يعتبر حرزا وما لا يعتبر . من ذلك ما قرره فقهاء المالكية : لو كان للدواب مرابط معروفة في السكة فمن سرقها من مرابطها قطع ، لان ذلك حرزها (٣) . ويقطع من سرق دابة من موقوفها الذي اوقفت فيه للبيع ، سواء

= بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٩ . ونريب من هذا المعنى تعريف السرقة بأنها أخذ المال من موضع ممنوع الوصول اليه . شرح الزرقاني ج ٤ ص ٢٤ . أما الغزالي فيعرف المال الحرز بأنه ما على سارقه خطر لكونه ملحوظا غير مضيع ، اما بلحاظ دائم ان لم يكن الموضع حصينا كالمناخ الموضوع في صحراء ، او بلحاظ معتاد ان كان في الموضع حصانة كالحوانيت والدور ، والمحكم فيه العرف . الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٣ . ويعرف بعض الفقهاء الحرز بأنه كل شيء جرت العادة بحفظ المال فيه . الشرح الكبير ج ١ ص ٢٦٢ . وشبيه بهذا التعريف قول القرطبي : الحرز هو ما نصب عادة لحفظ أموال الناس ، وهو يختلف في كل شيء بحسب حاله . تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٦٣ . أما التعريف الشائع لدى الفقهاء فهو أن الحرز مالا يعد الواضع فيه مضيعا . الخرشي ج ٨ ص ١١٧ ، البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٣٥٩ ، التاج والاكيل ج ٦ ص ٣٠٨ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٨ .

(١) معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ ، الخرشي ج ٨ ص ١١٧ ، الشرح الكبير ج ١ ص ٢٦٢ ،

فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٨ .

(٢) مشار اليه في معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ .

(٣) التاج والاكيل ج ٦ ص ٣٠٩ .

كانت مربوطة أم لا ، وسواء كان معها صاحبها أم لا . وكذلك إذا كانت مربوطة في الزقاق دائما ثم سرقها من موقفها لان ذلك حرزها . وكذلك يقطع من سرق من غلال المطامير التي يخزن فيها القمح بشرط أن يكون المطمور قريبا من المسكن بحيث يكون حس ربه عليه ، فلو بعد فلا قطع لانه لم يحرز طعامه بحال . وكذلك يقطع من سرق من القطار ، وهو الابل المربوطة بعضها في بعض ، سواء كانت سائرة أو نازلة . فاذا حل السارق واحدا منها وأخذه قطع ولو لم يبن به . ومثل القطار الابل أو الدواب المسوقة الى المرمى غير مربوطة ، أى غير مقطورة (١) . والسفينة ان كانت في المرسى على اوتادها أو بين السفن أو بموضع هو لها حرز فعلى سارقها القطع حتى وان لم يكن معها أحد . وان كانت مخلاة أو أفلقت ولا أحد معها فلا قطع فيها الا ان يكون معها احد . وان كان مسافرون فأرسوها في مرسى وربطوها ونزلوا كلهم وتركوها فقال ابن القاسم : يقطع من سرقها (٢) .

وثمة أحرار أخرى عني بها الفقهاء تفصيلا على النحو السابق ، وانما اجتزأنا بما قدمناه كنموذج لبيان أهمية العرف بوصفه ضابطا يحتكم اليه في مسألة الحرز . ولذلك فانه يتعين على القاضى عند الفصل في هذه المسألة أن يجعل العرف السائد في وقته عمدته ، سواء وافق رأيه أقوال الفقهاء القدامى أو خالفهم، فهؤلاء الفقهاء عندما عرضوا لانواع الاحراز وفصلوها لم يقصدوا من وراء ذلك تقرير أحكام مطلقة ، ولكنهم احتكموا فحسب الى اعرافهم السائدة ، فأثبتوا وصف الحرز بناء عليها أو نفوه . ويمكننا اليوم أن نعرض بهذا المنطق للسيارات كمثال . فقد جرى العرف في كل البلاد على ترك السيارات في الطرق العامة أثناء النهار ، سواء كانت في حفظ حارس أو لم تكن ، فوجب اعتبار الطريق حرزا للسيارة . أما في الليل فيختلف العرف باختلاف البلاد . فليس من المتعارف عليه في مصر ترك السيارات طوال الليل بالطرق العامة ، وانما تعد لمبيتها حظائر خاصة أو مشتركة . أما في ليبيا

(١) الخرشى ج ٨ ص ١١٩ ، الدونة ج ١٦ ص ٢٧٤ و ٢٧٩ .

(٢) التاج والاكلیل ج ٦ ص ٢٠٩ .

فالعرف يجرى في مدنها على ترك السيارات في الطرق العامة طوال ساعات الليل باعتبارها مكانا معتادا لمبيتها ، فكانت الطرق العامة حرزا للسيارات في ليبيا في النهار وفي الليل ، ولم تكن حرزا لها في مصر الا في النهار وشطرا من الليل .

وجدير بالذكر أن المراد بالعرف ما جرت به عادة الناس لاعادة رب المال . فالفرد الواحد مهما اطرده سلوكه لا ينشئ عرفا ، وانما العرف ما تعارف عليه جمهور الناس والتزموه . فاذا اعتاد شخص على ترك ماله في العراء مخالفا بذلك مسلك عامة الناس فانه يكون مفرطا ويكون ماله غير محرز . فلا يقطع سارقه وانما يعاقب تعزيرا فحسب .

الغاية من الحرز :

عرفنا الحرز قبلا بأنه كل ما جرى العرف بحفظ المال به أو فيه، وفضلنا هذا التعريف على تعريف أكثر شيوعا يحد الحرز بأنه مالا يعد الواضع فيه مضيعا . ورغم ما يبدو من تقارب بين التعريفين فإن بينهما فارقا دقيقا تبني عليه نتائج هامة . فحفظ المال فكرة ايجابية محددة ، أما عدم اضاعته ففكرة سلبية تتسع للفكرة الاولى وتتسع لغيرها . وعلى سبيل المثال فإن من يلقي الحب في الارض لا يتهم بأنه وضع ماله بأرض مضيعة ، لان كل زارع يفعل فعله ، ولكنه مع ذلك لا يوصف بأنه وضع ماله في هذا الموضع ليصونه ، فليس بذر الحب في الارض عملا مقصودا به حفظ المال، وانما يوضع المال هذا الموضع للنماء لا للحفظ (١) . ولو أننا أقمنا تعريف الحرز على فكرة عدم الاضاعة لوجب الحد في سرقة الثمار والمحاصيل من الارض الزراعية لتمام شرط الحرز، أما لو أقمناها على فكرة الحفظ فالحفظ ممتنع لان الارض ليست بحرز . والاجماع يكاد ينعقد بين فقهاء الشريعة الذين يشترطون الحرز على

(١) وفي المذهب الشافعي في هذا الشأن خلاف . جاء في معنى المحتاج أن الارض حرز للبئر والزرع للمادة ، وقيل ليست حرزا الا بحارس . وقال الاذرمي : وقد يختلف ذلك باختلاف عرف النواحي ، فيكون محرزا في ناحية بحارس وفي غيرها مطلقا ، ويقول الخطيب : وهذا أوجه . معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٥ .

أنه لا قطع في هذه الحالة لان الأرض لا تعد حرزا ، وذلك لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل ، فاذا آواها المراح أو الجرين ففيما يبلغ ثمن المجن ، فهذا الحديث قاطع في الدلالة على أن الأرض ليست حرزا للثمر - ولا للشجر أيضا - وانما الجرين هو الحرز المألوف للثمار .

من أجل هذا فإنه لا يكفي للقول بتوافر شروط الحرز أن يثبت أن صاحبه لم يكن مضيعا حين وضعه حيث وضعه ، بل يجب أن يكون قد وضعه موضعا جرى العرف باعتباره سبيلا مألوفا لحفظه . ويرى المالكية أن القبر حرز للكفن ، وهذا حق ، لأن المقصود بوضعه فيه أن يبقى محفوظا مع الميت لا ينزع عنه . ولهذا يجب القطع عندهم بسرقة الكفن من القبر ، سواء كان القبر قريبا من العمران أم بعيدا . والبحر عند المالكية كالقبر إذا مات الشخص في البحر فكفن ثم طرح فيه (١) . أما الغريق فلا يعتبر البحر حرزا للملابسه فلا قطع على سارقها (٢) .

نظرية الحرز في فقه الشريعة ونظرية الحيازة في فقه القانون الوضعي :

قد يتصور البعض أن نظرية الحرز هي الصيغة الشرعية لنظرية الحيازة التي اهتمت إليها أخيرا فقهاء القانون الجنائي الوضعي فأعانتهم على ضبط جريمة السرقة وتذليل كثير من مشاكلها الدقيقة . وهذا التصور فيه بعد ، لأن لكل نظرية مجالا يختلف تماما عن مجال الأخرى بحيث يمكن القول - لهذا السبب - بأن العلاقة بينهما غير قائمة . وليس يرفع قدر الفقه الشرعي أو يغض منه أن نثبت التطابق أو التباين بينه وبين ما وصل إليه الفكر المعاصر ، فهذا الوهم عقدة يجب على مفكرى المسلمين أن يبرأوا منها .

فالاحراز عند فقهاء الشريعة معناه حفظ المال على نحو ما يجرى به

(١) الخرشي ج ٨ ص ١١٩ ، التاج والاكلیل ج ٦ ص ٣٠٩ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٩٠ .

المعرف . وهذا الشرط عنصر أساسي في المال الذي يقطع في سرقة ، وهو شرط مستقل بذاته لا يغنى عنه شرط الملكية . أما الحيازة عند رجال القانون فليست في حقيقة أمرها من عناصر محل السرقة ، وإنما هي من عناصر الفعل المكون لها . فالسرقة فعل ينشئ به الجاني حيازة مبتدأة على منقول مملوك لغيره بنية تملكه ، سواء كان هذا المنقول محازا من قبل أو غير محاز . غير أنه لما كان الأصل أن كل مملوك محاز ، فقد اختلط الأمر على بعض فقهاء القانون فبدأ لهم أن انشاء حيازة جديدة على مال معين يقتضى بالضرورة إنهاء حيازة قائمة عليه ، ومن ثم فانه يشترط على وفق منطقهم أن يكون المسروق وقت ارتكاب السرقة في حيازة شخص غير الجاني . وهذا الظن يصدق غالبا ولكنه لا يصح دائما . وهو على فرض صحته لا يفيد بحكم اللزوم أن الحيازة في القانون والاحراز في الشريعة أمران متماثلان .

أما أنه ليس صحيحا أن من شروط السرقة المعاقب عليها تعزيرا أن يكون المال المسروق في حيازة شخص غير الجاني فيؤكد أنه المال المضائع يمكن أن ترد عليه السرقة قانونا ، وذلك متى استولى عليه من التقطه بنية تملكه . فهذا الاستيلاء ينشئ للجاني 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 ، وإن الاستيلاء المكون للسرقة يكتمل متى انشأ المجاني حيازة على المنقول ، سواء كان هذا الانشاء مقترنا أو غير مقترن بانتهاء حيازة قائمة .

وحتى مع التسليم جدلا باشتراط حيازة الغير للمنقول عند سرقة ، فذلك ليس من شأنه اعتبار الحيازة في القانون صنوا للاحراز في الشريعة ، لأن مفهوم كل منهما مختلف . فالاحراز في مفهومه الشرعي هو حفظ المال وفقا للعرف السائد ، أما الحيازة في فقه القانون الوضعي فهي 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 الملاحية للغير أساسا ، ولإزالة حيازة هذا الغير عند من يعتد بشرط الحيازة ايضا .

نوعا الحرز :

اتفق الفقهاء على أن الحرز نوعان : حرز بالمكان وحرز 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 خلافا بين الفقهاء حول شروط هذا الحرز . ولا يرجع الخلاف بينهم الى اختلافهم فى مفهوم الحرز أو ضابطه ، وإنما يرجع فى اعتقادنا الى اختلاف العرف 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 ، وإنما المعتبر فيه عوائد الناس ، فيستوى مع الحجر الخشب والقصب والحطب . ويكفى لاعتبار المكان حرزا أن يحاط بسيج يمنع من

(١) ويرى الحنفية قطع السارق فى هذه الحالة ، لان البناء بمجردده يكفى عندهم للاحراز ، سواء أغلق بابه أو لم يفتح 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 في الحرز البناء ، وانما يعتبر المكان عندهم حرزا بمجرد اعداده لحفظ المال أو بالاعتقاد على حفظه فيه دون حاجة لاحاطته ببناء (٣) ، ولهذا اعتبروا القبر والبحر حرزا للكفن اذا ألقى الميت في هذا أو دفن في ذاك (٤) .

ومن الفقهاء من يشترط في 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 الغزالي - وهو من أئمة الشافعية - بأن المحفوظ في قلعة محكمة اذا لم يكن ملحوظا فليس بمحرز (٥) . ويعلل ابن قدامة - وهو من فقهاء الحنابلة - هذا الشرط بقوله : ان من ترك متاعه في مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظا له وان اغلق عليه (٦) . أما المالكية فلا يعتقدون 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 في سرقة الكفن ، جاء في حاشية الدسوقي : اعلم أن القبر سواء كان قريبا من العمران أو بعيدا عنه حرز للكفن ولو فنى الميت وبقي الكفن (٧) . وطبقوا القاعدة ايضا في سرقة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠ - ٢٤٦ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ .

(٣) شرح الزقارنى ج ٨ ص ٩٨ - ١٠٠ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٥ ، التاج والاكلیل ج ٦ ص ٣٠٩ .

(٤) حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٠ .

(٥) الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٤ ، وانظر كذلك معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ وجاء فيه نقلا عن الرافعي : الدار البعيدة لا تكون حرزا وان تناهت في الحصانة .

(٦) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٦ .

(٧) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٠ . أما الشافعية فلا يقطعون في سرقة الكفن الا اذا

كان في قبر بيت محرز ، أما سرقة الاكفان من مقابر البلاد ففيها وجهان . انظر معنى

المحتاج ج ٤ ص ١٦٩ ، والوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٤ .

الحب ، قال الدسوقى فى حاشيته : اذا جمع الحب فى جرين فذلك حرزه سواء كان قريبا من العمران او بعيدا منه (١) .

ويشترط عامة الفقهاء أن يكون الحرز بالمكان على درجة من المنع والحصانة تمنع الخارج من الدخول . ويكفى لاعتباره كذلك أن يكون عليه جدار أو خيام أو زرب أو قصب أو بيت شعر . ويوجب البعض ان يكون للحرز باب والا ما كان حرزا بنفسه (٢) . ويشترط معظم الفقهاء ان يكون باب الحرز حين السرقة مغلقا . فان كان بابه مفتوحا أو لم يكن له باب أو كان حائطه مهدما أو به نقب فانه لا يعتبر حرزا بنفسه . وهذه الاجتهادات مقبولة فى جملتها بوجه عام ، غير أنه لا ينبغى النظر اليها باعتبارها شروطا مطلقة ، لان التسليم بذلك ينطوى على نقض لاهل مجمع عليه ، وهو أن المحكم فى موضوع الحرز هو العرف . 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 . ولهذا فانه يتعين النظر فى كل حالة على حدة ، فقد يوجب العرف من الشروط فى حرز ما لا يوجب فى غيره ولو كان من جنسه . 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 بالاعتقاد وان لم يكن كذلك بالاعداد . 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 .

سرقة الحرز ذاته :

تدق المسألة عندما ينصب الأخذ على ذات الحرز لا على ما فيه . فالدار

(١) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٩ .

(٢) وهذا رأى الشيعة الزيدية ، راجع شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٠ .

حرز بالنسبة الى ما فيها، فهل هي كذلك بالنسبة الى أبوابها ونوافذها وسقفها وحوائطها ؟

مذهب أبى حنيفة أنه لا قطع على سارق الحرز أو بعضه ، 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 - أى خيمة - لا يقطع لذات العلة (١) .

أما الأئمة الثلاثة فيوجبون القطع . وحجتهم أن ما كان حرزا لغيره فهو حرز لنفسه . فمن سرق الخباء أو ما فيه قطع ، لان الخباء حرز لنفسه ولما 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 يحرز 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 أرجح ، فالسرقة ركنها الاخراج ، والاخراج يقتضى الظرفية ، بمعنى أنه يتعين لوقوع السرقة أن يكون المسروق « فى » حرز لى يرد عليه « الاخراج » . والظرفية 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) الخرشي ج ٨ ص ١١٨ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٠ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٩ ، المدونة ج ١٦ ص ٢٧٩ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٥ ، كشف 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 هتكاً له ، والسرقة
لا تتم بهتك الحرز ، ولكن باخراج المسروق منه .

ويبدو أن الأئمة 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 منطقاً لا يخلو من ضعف فى بعض حلقاته .
ولنقرأ فى هذا المصدد بعض ما كتبه ابن قدامة ، قال : ان أخذ من اجزاء
الحائط أو خشبه نصاباً وجب قطعه ، لان الحائط حرز لغيره فيكون حرزاً
لنفسه . فان كانت الدار بحيث لا تكون حرزاً لما فيها كدار فى الصحراء لا حافظ
فيها فلا قطع على من أخذ شيئاً من حائطها ، لانها لم تكن حرزاً لما فيها فلنفسها
أولى . وأما باب الدار فان كان منصوباً فى مكانه فهو محرز ، سواء كان مغلقاً
أو مفتوحاً لانه هكذا يحفظ ، وعلى سارقه القطع ان كانت الدار محرزة بما
ذكرنا (١) . ولو صح أن باب الدار يحفظ بنصبه لوجب القطع فيه اطلاقاً ،
سواء اعتبرت الدار حرزاً لما فيها أو لم تعتبر ، لان نصبه فى الحالين قائم ،
وهو المناط فى اعتباره محرزاً . 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 أبى حنيفة عندنا فالعمل فى ظل تشريع السرقة الجديد
يجب ان يكون على مذهب الجمهور ، لانه يوافق المشهور فى مذهب الامام
مالك .

ثانياً : الحرز بالحافظ :

ويطلق عليه كذلك الحرز بغيره . والاصل فيه حديث صفوان ، فقد روى
عبدالله بن صفوان عن ابيه أنه طاف بالببيت 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 به
النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان هذا سرق ردائي ، فقال له النبي (ص) :
سرقت رداء هذا ؟ قال : نعم ، قال : اذهب به فاقطع يده . ولما كان المسجد لا
يعد حرزا بنفسه فقد استنتج الفقهاء من قطع السارق ان الثوب كان محرزا
بصاحبه .

شروط الحافظ :

اختلف الائمة في صفة الحافظ ، وفي مدى العلاقة المتى يجب ان تقوم بينه
وبين المال ، وذلك على تفصيل نبينه .

١ - 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 في الحافظ القدرة على منع السارق من الاخذ
لو انه اطلع عليه . وثبتت 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 الصبي غير المميز
من حلى وثياب أو ما معه الا أن يكون معه حافظ يحرسه أو ان يكون في حرز
مثله كالدار . والمجنون كالصبي غير المميز ، ومثلهما السكران ان كان سكره
بحلال ، فان كان سكره بحرام وقع فيه دون أن يظن اليه ففيه قولان (٣) . أما

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٢٨١ ، الاقناع ج ١٠ ص ٢٥١ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦ .

(٢) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ ، الوجيز للفرالى ج ٢ ص ١٧٣ .

(٣) انظر حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٠ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٣ ، الخرشي

ج ٨ ص ١٢١ ، القدوى ج ٨ ص ١١٩ .

قوة الحافظ أو امكان غوثه لو استغاث فلا اعتبار لهما عند المالكية • ورأى المالكية هو الواجب الاتباع قانونا •

٢ - صلة الحافظ بالمال :

جمهور الفقهاء على أنه يشترط فى الحافظ ان يكون قريبا من المال ، فلو وضعه بعيدا عنه كان فعله نضييعا لا احرازا • غير أنهم اختلفوا مع ذلك فى مسائل فرعية لا تمس أصل الحكم ، ولكنها تتعلق بتطبيقه • ويبدى الشافعية والحنابلة بوجه عام تشددا أكثر 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 أو يتكىء عليه • فان كان مالا لا ينام عنه صاحبه فنام عنه الحافظ اختل حرزه فلا يقطع سارقه (٢) أما الحنفية والمالكية فيستوى عندهم أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده وهو بحيث يراه ، لأن النائم عند متاعه وبحضرته كيفما نام - مضطجعا أو لا -

(١) يقول الخطيب فى معنى المحتاج: يشترط مع الملاحظة أمران : أحدهما ألا يكون فى الموضع ازدحام للطاوقين • نعم ان كثر الملاحظون عادل كثرة الطارقين • والثانى أن يكون الملاحظ فى موضع بحيث يراه السارق حتى يمتنع من السرقة الا بتفله • فان كان فى موضع لا يراه فلا قطع ، اذ لا حرز يظهر للسارق حتى يمتنع من السرقة • معنى 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 وضع شخص متاعا بقربه فى صحراء أو شارع أو مسجد ان لاحظته بنظره فهو محرز لقضاء العرف بذلك ، وان لم يلاحظه بأن نام أو ولاه ظهره أو ذهل عنه فلا يكون محرزا • معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٥ - ١٦٦ • وقول الحنابلة ذلك كقول الشافعية • المعنى ج ١٠ ص ٢٥١ •

يعتبر حافظاً له في العادة (١) فالمعتبر عندهم هو الحفظ المعتاد ، والجلوس عند الشيء والنوم عليه يعد حفظاً له في العادة ، وكذلك النوم بقرب منه (٢) .
ويقرر المالكية أن وجود الشخص بالقرب من ماله يعتبر حفظاً له ، لأن الحضرة تقتضى الشعور ولو حكماً ، كالنائم لسرعة انتباهه (٣) .

ولما كانت نظرية الحرز بأكملها محكومة بالعرف ، فإنه يتعين الوقوف عنده والنزول على حكمه . ومن المسلم به أن ما يلتزم به الحافظ من يقظة وحرص في حراسة المال يتحدد مداه تبعاً لنوع المال ، وموضعه ، وزمن الحراسة ليلاً أو نهاراً ، وحالة الأمن اضطراباً أو استقراراً وكثرة المارة أو قلتهم ، وغير ذلك من الاعتبارات . وقد حفلت كتب الفقه بكثير من الامثلة تباينت فيها حلول الفقهاء ، ولكنها لا تعتبر أحكاماً قاطعة في الحالات التي وردت في شأنها نظراً لكثرة المتغيرات وتداخل العوامل التي تبين مدى التزام الحافظ وتحدد متى يعتبر مفراطاً فيختل حرزه ومتى لا يعتبر كذلك فيسلم حرزه .

اجتماع الحرزين على مال واحد ممقن ولكن تعاقبهما جائز :

يذهب فقهاء الحنفية الى أن الحرز بالمكان والحرز بالحافظ لا يجتمعان على مال واحد . فالحرز بالمكان لا يقتضى وجود حافظ ، ولو وجد فلا عبرة لوجوده ، بل وجوده والعدم سواء . وعندهم أن الحرز بالمكان هو الاصل والحرز بالحافظ فرع ، ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل (٤) . ويذهب المالكية

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٣) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٠ .

(٤) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ . وجاء في فتح القدير :

لا قطع على من سرق من بيت مأذون للناس في دخوله ولو كان صاحب المتاع عنده يحفظه . ويدخل في ذلك الخانات والحوانيت ، فيثبت فيها حكم عدم القطع نهاراً ، فإن الناجر يفتح حانوته نهاراً في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه ، فإذا سرق واحد منه شيئاً 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 عن يسرق من الحمام وقت الاذن بدخوله ولو كان بجوار المسروق حافظ (٢) . وقالوا ايضا : لو اذن لافسان 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 ، كالساجد والطرق والصحراء ، وأخرجوا الدور والحوانيت والحظائر فلم يجعلوا ما

(١) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٠ .

(٢) فتح القدير ج 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 والصدور والشهيد وفى الكافى ، وعليه الفئوى ، وهو ظاهر المذهب .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ و ٧٤ .

فيها محرزا بالحافظ ، لأنها معدة للاحراز ببنائها .

أما المالكية فعلى الرغم من انهم يغفلون الحافظ عند توافر الحرز بالمكان ، الا أنهم على خلاف الحنفية يعتقدون بالحافظ عند اختلال هذا الحرز ، فيجعلون المال محرزا به ويوجبون القطع فى سرقة ما يحفظه . فالان بدخول الدار عندهم يخرجها من أن تكون حرزا بنفسها ، ولكنها تكون حرزا بالحافظ ان وجد حافظ (١) . وهذا هو مذهب الشافعى ورواية عن احمد . 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 مالك والشافعى واسحاق وأبى ثور وابن المنذر لانه متاع له حافظ فيجب قطع سارقه كما لو كان فى بيت (٢) .

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 . لذا فان ما كان المال محرزا به فهو حرز أيا كان نوعه . ويؤخذ على الحنفية أيضا أن رأيهم مخالف لاصل من أصولهم ، فالعرف عندهم أصل فى الحرز ، والعرف يقضى بأن المال فى الحرز المختل يكون محرزا بالحافظ ان وجد (٣) .

وهذا النقد فى محله ، وهو يردنا الى العرف وهو المحكم فى باب الحرز . والعرف لا يأبى حفظ المال بالحارس عندما يختل حرز المكان برضا المالك أو برغمه . ويتضح ذلك فى العمل فى كثير من الحالات ، فالمحال التجارية مثلا تفتح

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠١ - ١٠٤ ، الخرشى ج ٨ ص ٩٨ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ . والرواية الاخرى عن أحمد تمنع القطع الا أن يكون على المتاع قاعد مثل ما صنع بصفوان . ويرجح ابن قدامة هذه الرواية ، ويرى أن عدم القطع أصح . وانظر فى المذهب الشافعى : مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٤ ، أسنى المطالب ج ١٤٢ - ١٤٧ .

(٣) احكام السرقة للدكتور أحمد الكبيسى ص ١٨٥ - ١٨٦ .

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 نطن 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 (م ٣ بند 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 شيء 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 واذن بالدخول فيه والمال غير محرز عن الجانى ، وذلك لعدم كمال أركان السرقة بفقدانها 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) الخرشي ج ٨ ص ١١٧ .

العادة والعرف ، وذلك يختلف باختلاف عادات الناس في احراز أموالهم (١) . ويرى الشافعية هذا الرأي أيضا ، فالاحراز عندهم يختلف باختلاف الأموال اعتبارا بالعرف فيها ، فيخف الحرز فيما قلت قيمته ، ويغلظ ويشدد فيما كثرت قيمته ، فلا يجعل حرز الحطب حرزا للفضة والذهب ، فيقطع سارق الحطب منه ولا يقطع سارق الذهب والفضة منه (٢) . والاصطبل حرز للدواب لا للثياب ، وعرصه الدار حرز للأواني وثياب البذلة - أى الحرفة - لا للنقود والحلى (٣) ولو توسد شيئا لا يعد التوسد حرزا له كما لو توسد كيسا فيه نقد أو جواهر ونام فليس بمحرز حتى يشده بوسطه تحت ثيابه . أما الثوب فيعتبر محرزا بتوسده أو اقتراشه . وقيد الشافعية القطع في سرقة الخاتم من يد النائم بالألا يكون مخلخلا في أصبعه أو موضوعا في الأنملة العليا (٤) .

ويقرر الحنابلة بأن حرز الذهب والفضة والجواهر الصناديق تحت الأغلاق والأقفال الوثيقة في العمران ، وحرز الثياب وما خف كالنحاس والرصاص في الدكاكين والبيوت (٥) .

ومن الحنابلة مع ذلك من يخالف عن اشتراط حرز المثل . وقد أشار ابن قدامة الى هذا الرأي وفنده . قال ابو بكر : ما كان حرزا لمال فهو حرز لمال آخر قياسا لاحدهما على الآخر . وقال ابن قدامة ردا عليه : الصحيح خلاف ذلك ، لانا انما رجعنا في الحرز الى العرف ، والعادة أن الجواهر والدراهم والدنانير لا تحرز في الصبر والحظائر ، ومن أحرزها أو نحوها في ذلك عد مفرطا ، فكان العمل بالمعروف أولى (٦) .

(١) التاج والاكلیل بهامش مواهب الجلیل ج ٦ ص ٣٠٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٩ و ٤٥٠ .

(٢) الاحكام السلطانية للمارودي ص ٢٢٧ .

(٣) الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٣ .

(٤) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٦ ، وانظر كذلك ص ١٦٤ و ١٦٥ .

(٥) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٠ .

(٦) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٧٤ .

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 - مقتفيا أثر الكرخى - 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 المحكم ، ولا معتبر بما ساقه ابو بكر الحنبلى من قياس ، لأنه لا وجه للقياس مع وجود عرف . وقد أخذ تشريع السرقة والحراية برأى الجمهور فاشتراط 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 سبب 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 ٢٢٤ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ .

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٢٧٤ وانظر كذلك : التاج والاكلیل ج ٦ ص ٣١٠ ، الخرشى

ج ٨ ص ١٢٢ ، حاشية العدوى ج ٨ ص ١٢١ ، حاشية الدسوفى والشرح الكبير

للدردير ج ٤ ص ٣٤٣ و ٣٤٤ .

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٥ .

اختلال الحرز :

السرقه الموجبة للحد هي التي تقع على المال وهو في 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 التي اختلف فيها فهي المتصلة بشروط الحرز . فقد رأينا بعض المذاهب يشترط في 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 التي اتفق عليها فترجع في جملتها اما الى ثبوت الحق في دخول الحرز ، أو الى انتهاكه بسبب لا شأن للسارق به .

ويلاحظ أن أسباب الاختلال ليست وفقا 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 التي تعرض لهذا الحرز ، ولكننا في الوقت نفسه سنخرج على الحرز بالحافظ حين تقتضى المناسبة التعرّيج عليه .

أولا - الحق في دخول الحرز :

يثبت الحق في دخول الحرز لفئتين من الناس : أما الفئة الاولى فهم أصحاب الحق في الانتفاع بالعين ، سواء كانت الملكية ثابتة لهم أو لغيرهم ، لأن 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 مالكة أو غيره .

أ - مالك الحرز :

مالك الحرز هو صاحب الحق الاصلى فى الانتفاع به ، لان الانتفاع من عناصر الملكية . والاصل أن المكان لا يكون حرزا فى مواجهة صاحبه ، بل فى مواجهة الآخرين ، لانه ما جعل حرزا الا لصون متاعه . 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 خائن . ومن المالكية من يقيد السرقة بهذا القيد صراحة فيعرفها بأنها اخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه (١) . ويعمل الحنفية امتناع قطع الامين بقصور الحرز ، لان المال وقت اغتياله كان فى يد الخائن وحرزه ، لا حرز مالكة على الخلوص (٢) . والشافعية والحنابلة بدورهم على أن جاحد الوديعة والعارية لا يقطع (٣) .

أما الظاهرية فيوجبون قطع الخائن ، لانهم يخالفون الجمهور فى أساس الحرز فلا يشترطونه أصلا . وسندهم فى وجوب القطع ما روى عن عائشة رضى الله عنها ، قالت : كانت امرأة تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع يدها ، فأتى أهلها أسامة فكلموه فكلم النبي (ص) فقال النبي : ألا أراك تكلمنى فى حد من حدود الله ؟ ثم قام النبي خطيبا فقال : انما أهلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٥ . وانظر كذلك البهجة فى شرح التحفة ج ٢ ص ٣٥٩ ، وقد عرف التسولى السرقة فى هذا المؤلف نقلا عن شيوخه بأنها اخذ مال أو غيره من حرز خفية لم يؤتمن .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٣ و ٢٣٤ .

(٣) معنى المحتاج ج ٤ ص ١٧١ ، الاحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٧ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٤٠ و ٢٤١ ، كشف القناع ج ٦ ص ١٢٩ ، وعن الامام أحمد رواية أخرى أن جاحد العارية يقطع .

سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها . ويرى ابن حزم ان المرأة قطعت لاجحود العارية باعتباره سرقة ، ولم تقطع بفعل آخر - غير الجحود - مما يصدق عليه وصف السرقة في رأى الجمهور (١) .

(١) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٦٢ . وجاء فى صحيح سنن السجستاني ما يؤيد ابن حزم ، فقد روى فى باب « القطع فى العارية اذا جحدت » أن امرأة مخزومية كانت تستعير المتاع فتجده ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بها فقطعت يدها . وروى عن عائشة قالت : استعارت امرأة - تعنى حلياً - على السنة 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 وتجده فأمر النبى (ص) بقطع يدها . السجستاني على هامش الزرقانى ج ٤ ص ١١٣ و ١١٤ . ولهذا السبب قال أحمد بن حنبل فى احدى روايتين عنه : لا أعرف شيئاً يدفع القطع .

ولكن الجمهور يدفع القطع عن جاحد العارية كما قدمنا . يقول ابن قدامة : لا قطع عليه لقوله (ص) : « لا قطع على الخائن » ، ولأن الواجب قطع السارق ، والخائن ليس بسارق ، فأشبهه 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 فطيفة فروى الاثرم باسناده عن مسعود بن الاسود قال : لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله (ص) أعظمنا ذلك ، وكانت امرأة من قريش ، فجننا 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 فقطعت لسرقتها ، وانما عرفت عائشة بجحدها للعارية لكونها مشهورة بذلك ، ولا يلزم أن يكون ذلك سبباً للقطع كما لو عرفت بها 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 أيضاً بجحد العارية فعرفت عائشة بوصفها المشهور ، والثانى هو أن امرأة قطعت بجحد العارية ثم نسخ القطع بالعارية ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٣ و ٢٣٤ . وجاء فى الموطن : قال مالك فى =

وخلاصة ما تقدم أن صاحب الحرز - فى رأى الجمهور - 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 نقل أو استصناع أو غير ذلك . غير أنه لا يكفى لامتناع القطع 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 فيه مالا ثم دخله صاحب البيت وأخذ ما فيه فانه لا يقطع ، لان فعل الغاصب لا يسلب صاحب البيت حقه فى الدخول اليه متى شاء ، فلا ينقلب البيت حرزا فى مواضعه . وهذا الحكم غير مختلف فيه ، جاء فى مغنى المحتاج للخطيب : لو غصب حرزا لم يقطع ماله بسرقه ما أحرزه الغاصب فيه جزما ، لان له الدخول والهجوم عليه فلا يكون محرزا عنه ، وصاحب المتاع ظالم (١) . وجاء فى المغنى لابن قدامة : ان غصب بيتا فأحرز فيه ماله فسرقه منه المصوب 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 ، على أساس أن الحرز لا يصلح حرزا لمال الغاصب على الاطلاق ، أو يصح الحرز

= الذى يستعير العارية فيجحدتها انه ليس عليه قطع ، وانما مثل ذلك مثل رجل كان له على رجل دين فجحدته ذلك فليس عليه فيما جحدته قطع . موطأ الامام مالك وشرحه تنوير الحوالك . ط البابى الحلبي ١٣٧٠ - ١٩٥١ ج ٢ ص ١٧٧ . وقال ابن رشد : رد الجمهور حديث عائشة لانه مخالف للاصول ، وقالوا : وفى الحديث حذف وهو أنها سرقته مع أنها جحدت . ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : انما أهلك من كان قبلكم الخ . وروى هذا الحديث عن الليث بن سعد ، وفيه أن المخزومية سرقته ، وهذا يدل على أنها فعلت الامرين جميعا : الجحد والسرقة . بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٦ .

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٠ ، الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٤ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٧ ، الشرح الكبير ج 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 لتعديده وظلمه (١) . وفى المذهب الشافعى قولان أصحابهما عدم القطع . قال الخطيب : لا يقطع الاجنبى فى الاصح ، لان الاحراز من المنافع ، والغاصب لا يستحقها ، والرأى الثانى يقطع ، اذ لا حق للاجنبى فيه وليس له الدخول (٢) .

وعرض الشرعيون لفرض آخر لا يبلغ الامر فيه بصاحب المال حد اغتصاب الحرز جهرا أو علانية ، ولكنه مع ذلك يضع ماله فيه دون علم صاحبه أو بغير رضاه . ولا يختلف حكم هذه الحالة عن حكم الحالة السابقة ، لان الفعل فى الحالىن اغتصاب ، ولهذا سوى الفقهاء فى الحكم بينهما (٣) .

ب - المنتفع بالحرز وليس مالكة :

إذا آلت منفعة الحرز بطريق معتبر الى غير مالكة 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 ذلك : غير الساكن اجنبى ولو شريكا فى الذات - أى ذات الحرز - اذا كان لا يدخل الا باذن ، فاذا سرق من الحرز قطع (٤) .

(١) المرجعان والموضعان السابقان .

(٢) معنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٠ ، الوجيز للفرالى ج ٢ ص ١٧٤ .

(٣) جاء فى معنى 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 نفسه حرزا . وقيل يقطع ، لان الحرز يرجع الى صون المتاع وهو موجود هنا . وقال الحناطى فى فتاويه : والثانى - يريد القطع - أشبه بالحق عندى . غير ان الخطيب يرجع الوجه الاول لانه داخل فى قول النووى : لو غصب حرزا لم يقطع مالكة ولا الاجنبى بسرقة ما فيه . معنى المحتاج ج ٤ ص ١٧١ .

(٤) حاشية الدسوقى ج ٤ ص ٣٣٩ .

وعلى ذلك يقطع 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 بشروطه . 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) المذهب ج ٢ ص ٢٨٢ ، الفنى ج ١٠ ، ص ٢٥٦ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٨٤
و ٢٨٥ ، المبسوط ج ٩ ص ١٧٩ - ١٨٠ .

(٢) معنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٠ .

(٣) الفنى 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 الشيء 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
السرقه 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 على من أعار غيره ثوبا فارتداه
ووضع فيه مالا فطر المعير جيب الثوب وأخذ المال (٢) .

ج - 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 فى الفنادق 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 - أى شققا - وتؤجر لأشخاص مختلفين ، فكل وحدة منها
تعتبر حرزا فى ذاتها . والمسكن الواحد نفسه - أعنى الشقة - يمكن أن ينحل
الى مجموعة أحرار ، وذلك اذا وزعت غرفه على أشخاص متعددين لكل منهم

(١) معنى المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ ، الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٨٢ .

(٢) معنى المحتاج ج 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 فيه متاعه ، كالنازلين فى غرفة واحدة بفندق ، والرفقاء فى مقصورة واحدة 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 جماعة 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 لم 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 أو ساحتها وسطحها . وهذه الأجزاء 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 الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٩ و ٣٤٠ والشرح الكبير للدردير فى هامش الدسوقي . ويحدد الدردير معنى الحجر - ضبطا للمسألة - فيقول : والحجر انما يعتبر بفلق لا بمجرد منع بكلام ، فلو سرق مما يحجر عنه - بهذا المعنى - لم يقطع لانه خائن لا سارق .

(٢) والمسألة مع ذلك محل خلاف فى الفقه ، فالشافعية ورأى عند المالكية على انه لا يقطع 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 . مفنى المحتاج ج ٤ ص ١٧٤ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ .

(٣) موطأ الامام مالك وشرحه تنوير الحوالك ج ٢ ص ١٧٥ ، تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٧٠ التاج والاكلیل ج ٦ ص ٣٠٨ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير ج ٤ 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 خلال 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 ، وكلا الامرين غير صحيح فى حالة الاذن ، فالسرقة الموجبة 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 - بالقول أو بالفعل - أو هو تصريح مباشر للغير بدخول الحرز . أما الاذن الضمنى فيستنتج من أى واقعة يسوغ معها القول بقيامه عقلا . من ذلك تخصيص المكان - سواء كان مملوكا ملكية عامة أو خاصة - لغرض معين لا يمكن تحقيقه الا بالسماح للغير بدخوله ، كالجوامع والمدارس والمستشفيات والمساجد والمعارض ودور القضاء ومحال التجارة . فهذا التخصيص واقعة تفيد ضمنا وبحكم اللزوم العقلى الاذن للغير بدخول المكان . ويستنتج الاذن الضمنى كذلك من وجود علاقة وثيقة بين صاحب الحرز وغيره ، كعلاقة الابوة والبنوة والاخوة والمصاهرة والصدقة 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 بينهم مفترض ضمنا والاستثناء اشتراطه .

صفة الاذن :

الاصل ان الاذن بدخول الحرز منوط بصاحبه ، لأن حرمة المنزل او المكان عموما انما تقررت من اجله . ولا يختلف الحكم ولو كان ما فى الحرز مملوكا لغيره . فالمدين الذى يأذن لغيره بأخذ ماله المرهون من حرز دائنه

المرتتهن ، أى ماله المحجوز بأمر القضاء من حرز من نصب حارسا عليه ، لا يعتبر ذا صفة تخوله الاذن لهذا الغير بدخول المكان . وإذا كان من أخذ المال لا يقطع في هذه الحالة فما ذلك لخلل في ذات الحرز ، بل لاعتبار آخر يتمثل في رضا المالك (١) . ويثبت الحق في الاذن بالدخول كذلك لمن يقيم مع صاحب الحرز وبخاصة أهله ، كالزوجة والابناء والابوين والاخوة ، وذلك في حدود ما يجيزه العرف .

وقد يتدخل القانون نفسه في 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 في 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 في حالات كثيرة كالحريق والغرق والفرار من خطر داهم . وقد نصت المادة ٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه لا يجوز لرجال السلطة الدخول في أى محل مسكون الا في الاحوال المبينة في القانون أو في حالة طلب المساعدة من الداخل ، أو في 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 الاذن . وليس في أقوال فقهاء الشريعة ولا في عبارة القانون ما يعارض هذا الرأى ، بل ان صيغة البند الاول من المادة

(١) ولهذا يقطع الداخل لو سرق متاعا آخر غير المتاع الذى اذن له صاحبه فى أخذه لان دخوله الحرز كان بغير اذن فكان هتكا له .

المثالثة من القانون تعززه ، فهى تقرر عدم تطبيق الحد اذا حصلت السرقة من الاماكن العامة اثناء العمل فيها - وهذا اذن قانونى - او 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 :

للان حدان ، أحدهما شخصى والآخر عينى . ويراد بالحد الشخصى دائرة من يشملهم الاذن ، أما الحد العينى فيقصد به المجال المكانى الذى يشمل له 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 - 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 عبثا يحمله به القانون . فقد تنص بعض العقود على التزام العاملين فى أماكن معينة بالخضوع للتفتيش الشخصى عند الدخول أو الخروج . ومن القوانين ما يوجب تفتيش اشخاص وأمتعة الراغبين فى تحقيق نتيجة معينة ، كالمسافرين من البلاد والقادمين اليها ، وكزوار السجون . وقد يفرض التفتيش على الشخص دون أن يسعى الى موجهه ، كما هو الشأن فى الاحوال التى تأمر فيها النيابة بتفتيش الشخص أو تفتيش أمتعته . ويسرى على السرقة فى كل ما تقدم - وهى سرقة من حرز بالحافظ - ما يسرى على السرقة من الحرز المكانى ، فلا قطع على السارق فى هذه ولا فى تلك لاختلال الحرز .

الحرز حرزا في 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 في كثير من الاماكن العامة وفي الاماكن المفتوحة للجمهور ، ومن امثلتها مكاتب البريد والبرق ودور القضاء ومعاهد التعليم والاسواق والمساجد ، ومنها كذلك محال التجارة وحوانيت الحرفيين وعيادات الاطباء ومكاتب محرري العقود والمحاسبين والمهندسين .

وقد عرضت المادة الثالثة من قانون السرقة والحراقة للسرقة من الاماكن العامة ومنعت فيها القطع ، ولكنها لم تفصح عن معنى «العموم» في المكان . وهنا لا بد من وقفة لجلاء شبهة ، فالذهن يتجه عادة في هذه الحال - وبحكم ما درج عليه الاصطلاح القانوني - الى صرف العموم في 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 في هذا المقام ان مناط العموم هو الاذن لا الملك . فيعتبر المكان عاما في 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 بصفات لها ولو كان مملوكا ملكية عامة . وعبرة المذكرة الايضاحية للقانون تعزز هذا الرأي .

ولما كان المعول عليه في تحديد صفة المكان هو الاذن ، فانه يتعين التسليم بان المكان يمكن ان يكون عاما في وقت وخصوصا في وقت آخر ، وذلك تبعا لقيام الاذن أو تخلفه (١) . فمن الاماكن ما يكون عاما في النهار دون الليل أو العكس . وقد يكون المكان عاما في ظرف وخصوصا في ظرف آخر . ولهذا

(١) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٢ .

فان تحديد وقت ارتكاب السرقة يعتبر أمرا بالغ الاهمية فى بعض الاحوال، اذ يتوقف عليه قطع السارق أو عدم قطعه .

ومن المالكية من يتشدد فلا يكتفى لامتناع القطع بمجرد الاذن ، بل يشترط كذلك أن يكون الجانى قد دخل المكان ابتداء لغرض مشروع ثم طرأت له فكرة السرقة من بعد . أما اذا ساء قصده وقت دخوله بأن انصرفت نيته منذ البداية الى ارتكاب عمل غير مشروع ، فإن الاذن يسقط بالنسبة اليه ويعود المكان حرزا عليه ، فان سرق منه نصابا قطع . ذلك لان الاذن مرتبط بالغاية من دخول المكان ، ولا يعقل أن يؤذن لشخص بالدخول لارتكاب عمل غير مشروع ، فهو اذ دخل المكان بسوء قصد فقد دخله بغير اذن . يقول المدسوقى فى حاشيته، اذا اعترف أنه لم يدخل الحمام الا للسرقة فقد اعترف أنه لا اذن له فى الدخول ، فاندفع ما يقال ان المواضع المأذون فيها لكل أحد لم يفصلوا فى السرقة منها ، بل نفوا القطع مطلقا (١) .

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 - بل وقبل ذلك - أن يكون هذا المكان على شىء من المنعة والحصانة يصد الغير عن دخوله الا باذن من صاحبه أو بانتهاكه . 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 . وليس يدحض هذا الرأى أن يقال ان الداخل بقصد السرقة قد سقط اذنه قبل دخوله . فهذا القول مع تسليمنا بصحته لا يغير من الأمر كثيرا ، لانه لا يكفى للقطع ان يكون السارق قد دخل المكان بغير اذن ، وانما يلزم كذلك أن يكون قد سرق من حرز . والذى نراه ان سقوط الاذن فى حق فرد لا يقيم الحرز فى حقه بالضرورة ، بل ينبغى أن يعقب السقوط صد عن الدخول يتمثل فى اقامة حاجز أو تنصيب حارس . فان وقف الامر عند سقوط الاذن فانه لا يكفى بمجرد

(١) حاشية المدسوقى ج ٤ ص ٣٤٢ .

لايجاب القطع (١) .

أما الاذن الخاص فيقتصر على فرد أو على فئة من الناس معلومة بذواتها أو بصفاتهما . ومن هؤلاء اقارب صاحب الحرز وأصدقائه وخدمه وضيوفه ومن يستدعيهم من العمال أو المهنيين الى حرزه لبعض شأنه . فمن سرق من هؤلاء من الحرز قدر نصاب لم يقطع ، أما غيرهم فيقطع . ولا يحول دون اعتبار المكان خاصا في باب السرقة ان يكون مملوكا ملكية عامة ، فقد قررنا أن عموم الملك لا يقتضى بالضرورة عموم الاذن، كما أن العكس صحيح . ويلاحظ في هذا الصدد أيضا أن خصوص المكان - كعمومه - ليس وصفا ثابتا يلزمه ولا ينفك عنه ، فقد ينقلب الخاص عاما في بعض الاوقات ثم يعود خاصا في وقت آخر ، ولكل حال حكمها .

ثانيا - الحد العيني :

يقصد بهذا الحد مدى ما يباح للمأذون دخوله من الحرز . ويمكن تقسيم الاذن من هذه الزاوية الى مطلق ومقيد . ويكون الاذن مطلقا حين يسمح للمأذون بدخول الحرز في أى موضع شاء ، ويكون مقيدا حين يباح له الدخول في موضع ويحجر عليه غيره . وليس بين الفقهاء خلاف في امتناع القطع اذا وقعت السرقة في موضع شمله الاذن ، لأن الجاني لما دخل باذن فسرق كان خائنا لا سارقا حقيقة (٢) .

غير أن الخلاف بين الفقهاء يثور حول مسألتين : الاولى عندما تقع السرقة من محل لم يشمل الاذن ، والثانية عندما تقع من محل شمله الاذن ولكن المال عند سرقة كان محرزا بالحافظ .

(١) وانظر تأييدا لذلك ما قرره الدردير في سرقة الأزواج، فهو لم يعتبر الحجر قائما بمجرد

المنع من الاختلاط بل اشترط الفلق . الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٠ .

(٢) حاشية الدسوقي والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٤٦ ، الخرشي وحاشية المدوى ج ٨

ص ١٢٠ و ١٢١ .

١ - 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 ، لأن البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه مأذونا فى دخوله ، ولأنه بالاذن صار بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة . وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار - أى غرفها - التى أذن فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ، لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد . ولهذا اذا اخرج اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرج من الدار كلها . واذا كان واحدا فبالاذن فى الدار يختل الحرز فى البيوت (١) .

أما الحنابلة فيقصر حكم الاذن على محله ، ولا يرتبون عليه أثرا فيما تجاوزه . ولذلك يقطع الضيف عندهم اذا سرق من موضع محرز دونه (٢) . ويعمل ابن قدامة ذلك بأنه سرق مالا محرزا لا شبهة له فيه فلزمه القطع كالأجنبى . ويعترض على دعوى الحنفية - أن المضيف بسط ضيفه فى بيته وماله - 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 ، فإنه لا يسقط عنه القطع بالسرقة من غير ما تصدق به عليه أو أهدى اليه (٣) . أما المالكية فيقفون موقفا وسطا ، إذ يفرقون بين اذن العام وذنوى

(١) البسوط ج ٩ ص ١٥٠ ، بدائع الصنائع ج 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 لأنه 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 أحمد أنه لا قطع على الضيف ، ويرى ابن قدامة أن هذا محمول على احدى الحالتين الاوليين . المغنى ج ١٠ ص ٢٥٧ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٧٤ .

(٣) المرجعان والموضعان السابقان .

الاذن الخاص . فالدار المأذون في دخولها لكل الناس - كدار العالم ودار الطبيب وما أشبه ذلك - إذا سرق شخص من بيوتها المحجورة عليه نصابا فانه يقطع . أما إذا كان الاذن خاصا كالرجل يضيف الضيف فيدخله داره ، أو يبعث الرجل الى داره ليأتيه من بعض بيوتها بمتاعه فاختلف إذا سرق الضيف أو الرجل المبعوث من بيت مغلق قد حجر عليه دخوله على قولين . وقول المدونة أنه لا يقطع وإن خرج بما سرق من جميع الدار لأنه خائن وليس بسارق (١) . فكأن المالكية يوافقون الحنفية في عدم تبعض الاذن إذا كان خاصا ، ويوافقون الحنابلة في تبعضه إذا كان عاما .

ب - السرقة من موضع مأذون بدخوله والمال محرز بحافظ :

صور هذا الفرض عديدة : منها أن يذهب الرجل الى المسجد للصلاة فيضع ماله بجواره ويصلى ، فينتهز أحد اللصوص فرصة استغراقه في الصلاة ويسرق ماله ، ومنها أن يدخل الشخص محلا تجاريا ويقصد المصراف لبعض شأنه ثم يغافله فيسرق من النقد الذي أمامه قدر نصاب ، ومنها أن يستقبل الرجل الرجل في بيته ويجلس اليه في غرفة الاستقبال فيغافل الضيف رب البيت فيسرق مما حوله من المتاع ما يساوى نصابا . وقد عرضنا من قبل لهذه المسألة وبسطنا وجه الخلاف فيها بين الحنفية والجمهور فنحيل في شأنها الى

(١) المدونة ج ١٦ ص ٢٧٢ ، الخرشي ج ٨ ص ١٢٠ و ١٢١ ، التاج والاكلیل ج ٦ ص ٣١٠ . وقد لاحظ المالكية ما في القول بامتناع قطع الضيف والمبعوث من مخالفة لرأيهم في سرقة الأزواج والشركاء ، فهؤلاء يقطعون إذا سرقوا من محل محجور عليهم . وعلل العدوى في 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 ليس باذن المسروق منه ، بل بما له من الشركة بخلاف الضيف . انظر العدوى بهامش الخرشي ج ٨ ص ١٢٦ . واذن فالمسألة عند المالكية تؤيد الى تحرى قصد الاذن . وهذا الضابط واضح ولكنهم لم يلتزموه في المبعوث .

• ما تقدم (١) •

حكم القانون فى المسالتين :

عرض قانون السرقة والحراقة لموضوع الاذن فى البند الاول من المادة الثالثة ونص فيه على ما يأتى : « لا يطبق حد السرقة . . . اذا حصلت السرقة من الاماكن العامة أثناء العمل فيها أو أى مكان آخر مأذون للجانى فى دخوله ولم يكن المسروق محرزا » • وظاهر أن امتناع القطع فى حالة الاذن مشروط دائما بكون المال غير محرز ، فان كان محرزا بالحافظ وجب القطع ولو كان المكان مأذونا فى دخوله • وهذا يعنى ان القانون قد اطرح رأى الحنفية •

غير ان صيغة النص مع ذلك تقبل التأويل • فقد يمكن القول بأن الشرط ينصرف فحسب الى الاماكن الخاصة المأذون فى دخولها دون الاماكن العامة ، لان الاماكن الخاصة ذكرت فى النص آخرًا وتعلق الشرط بها مباشرة • ومؤدى ذلك ان السرقة من محل الاذن العام لا قطع فيها مطلقا ، سواء كان المال المسروق محرزا فى داخل المكان أو غير محرز ، وانما يقتصر القطع على سرقة المال من حرز فى داخل محل الاذن الخاص •

أما المذكرة الايضاحية للنص فقد صيغت بطريقة تفتح الباب لاحتمال ثالث ، فقد فرقت عبارتها بين السرقة من محل الاذن العام والسرقة من محل الاذن الخاص • اذ قررت أن القطع يمتنع اذا كان المكان عاما مفتوحا للجمهور ولا حافظ للمال ، أو مكانا خاصا وأذن بالدخول فيه والمال غير محرز عن الجانى • ومفاد ذلك أن السرقة من مكان عام لا قطع فيها الا أن يكون المال محرزا بالحافظ ، فاذا كان المسروق محرزا بالمكان - كحجرة مغلقة أو خزانة مغلقة فى داخل المكان العام - فإن عبارة المذكرة الايضاحية توحى بامتناع القطع فيه •

(١) انظر ما تقدم ص ٢٢٤/٥٣ وما بعدها •

ويبدو لنا من استعراض الآراء الثلاثة أن أضعفها هو الرأي الذي يستنتج من عبارة المذكرة الإيضاحية ، فهو رأى فريد لم يسبق إليه فقيه فيما نعلم . وهو فضلا عن ذلك يفرق بين الحرز بالمكان والحرز بالحافظ لخير علة مفهومة . والرأى الثانى مرفوض بدوره ، فليس له من الفقه الشرعى سند . ويلاحظ ان فيه قلبا لرأى المائكية دون علة واضحة ، بل على خلاف علتهم الواضحة . فمظنة الاذن عند احراز المال فى داخل المكان العام أبعد من مظنته عند أحراره فى داخل المكان الخاص . وإذا 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 فإن 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 هو 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 - ابطال الحرز بفعل الغير :

قد يبطل الحرز - سواء كان حرزا بالمكان أو بالحافظ - 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 ، كأن يحطم نافذة منزله أو يفتح بابه بمفتاح مصطنع، أو يفقد الحارس وعيه بمخدر أو مسكر ، أو يوثقه ويكتم فمه ، ثم يأتى السارق - وليس بينه وبين من هتك الحرز اتفاق - 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 ، وهو وجوب أن يكون المال عند السرقة محرزا . أما ابطال الحرز لسبب لا يرجع الى صاحبه ولا للسارق فقد يثير بعض التردد ، نظرا لان رب المقاع لم يدخر وسعا فى صون متاعه ، فهو لا يعتبر مضيعا اياه ، ومن ثم فمنطق العدالة يقتضى حمايته ويوجب قطع السارق . غير أن هذا الاعتبار يقابله اعتبار آخر هو أولى بالرعاية والترجيح . ويقوم هذا الاعتبار على أساس النظر الى الجانى نفسه وإلى 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 رأى 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 - بلوغ المال المسروق نصابا :

أخذ القانون بشرط النصاب فى السرقة المعاقب عليها حدا ، 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 أن النصاب شرط لازم ، فلا قطع فيما دونه ، وليس على الجانى سوى التعزير . وخالفت طائفة من العلماء عن هذا رأى ، فقد حكى عن الحسن البصرى وداود الظاهرى والخوارج وبعض المتكلمين أن النصاب غير لازم ، وأن القطع يثبت فى الكثير وفى القليل .

(١) التاج والاكلیل ج ٦ ص ٣١٢ .

واستدل منكره النصاب بعموم قوله تعالى : والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ، وذهبوا الى انه ليس في اسم السرقة ما يدل على النصاب فكان اشتراطه زيادة على النص ، وذلك يعدل النسخ . واستدلوا كذلك بما روى عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده ، واستنتجوا من ذلك أن القطع واجب في كل سرقة ، قل المسروق أو كثر ، لان القطع في الحديث شمل سرقة الحبل والبيضة ، وليس لاي منهما قيمة تذكر .

واستدل الجمهور على وجوب النصاب بدلالة النص ، وبجملة من الاحاديث الصحيحة ، واخيرا 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 في الاستخفاء فيما له خطر ، فكان ايجاب القطع على السارق اشتراطا للنصاب دلالة (١) . وقيل أيضا ان في اسم السرقة ما ينبىء عن صفة الاحراز ، فصار كون المال محرزا شرطاً بالنص . والاحراز انما يتم في المال الخطير دون الحقيق ، فالقليل لا يقصد الانسان احرازه عادة (٢) .

وأما الحديث فقد روت كتب الصحاح عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقطع يد السارق في 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 ج ٧ ص ٧٧ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ ، المبسوط ج ٩ ص ١٣٦ .

(٣) نيل الاوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٣١ . والمجن بكسر الميم وفتح الجيم وتشديد النون هو الترس ، وهو من آلة الحرب ، وبه يتقى المقاتل ضربات العدو حتى لا يبلغ السيف منه مقتلا .

وأما الاجماع فان الصحابة - وعامة الفقهاء من بعدهم - اجمعوا على اعتبار النصاب ، وانما جرى الاختلاف بينهم فى تقديره . والاختلاف فى التقدير اجماع على ان أصل النصاب شرط (١) .

أما ما رواه أبو هريرة فليس موضع قبول من الجمهور . وعندهم ان الحديث غير ثابت او منسوخ ، وهو - حتى مع التسليم بصحته - قابل للتأويل (٢) .

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور فاشتراط النصاب لقوة سنده ، ولان اشتراطه - فضلا عن ذلك - ضرب من التيسير .

مقدار النصاب :

لم يختلف الفقهاء فى أمر من أمور السرقة كما اختلفوا فى نصابها ، فلم فى ذلك اقوال كثيرة ذكر الشوكانى عشرة منها ، وختم الحديث عنها بقوله : هذه جملة المذاهب المذكورة فى المسألة ، وقد جعلها فى المفتح 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 مرض 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 ابتدا 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 ج ٦ ص ١٦١ و ١٦٢ ونيل الاوطار

للشوكانى ج ٧ ص ١٣٣ و ١٣٤ .

(٣) نيل الاوطار ج 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 حجه . وأما النقطة الثانية فقد اختلفت فيها الآراء اختلافا كبيرا . ويتراوح النصاب بين درهم واحد وأربعين 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 في مذهب الامام مالك أن نصاب السرقة ثلاثة دراهم أو ربع دينار . وسند هذا الرأي ما اتفق عليه من أن القطع على عهد الرسول (ص)

(١) جاء في المحلى لابن حزم : اختلف الناس في مقدار ما يجب فيه قطع السارق ، فقالت طائفة : يقطع في كل ماله قيمة ، قل أو كثر . وقالت طائفة : أما من الذهب فلا تقطع اليد فيه الا في ربع دينار فصاعدا ، وأما من غير الذهب ففي كل ماله قيمة ، قلت أو كثرت . وقالت طائفة : لا تقطع اليد الا في درهم أو ما يساوي درهما فصاعدا . وقالت طائفة : لا تقطع اليد الا في درهين أو ما يساوي درهين فصاعدا . وقالت طائفة أما من الذهب فلا تقطع اليد الا في ربع دينار فصاعدا ، وأما من غير الذهب فلا تقطع الا فيما قيمته ثلاثة دراهم ، فان ساوى ربع دينار أو نصف دينار فأكثر ولم يساو - لرخص الذهب - ثلاثة دراهم فلا تقطع اليد فيه ، وان ساوى ثلاثة دراهم ولم يساو عشر دينار لفلاء الذهب فلا قطع فيه . وقالت طائفة : أما من الذهب فلا تقطع اليد في أقل من ربع دينار ، وأما من غير الذهب نكل ما يساوي ربع دينار فصاعدا ففيه القطع ، فان ساوى عشرة دراهم أو أكثر أو أقل ولا يساوي ربع دينار لفلاء الذهب ، أو ساوى ربع دينار ولم يساو نصف درهم لرخص الذهب فالقطع في كل ذلك . وقالت طائفة : أما من الذهب فلا قطع في 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 في كل ذلك ، وان لم يساو ربع دينار ولا ثلاثة دراهم فلا قطع فيه . وقالت طائفة : لا تقطع اليد الا في أربعة دراهم أو ما يساويها فصاعدا . وقالت طائفة : لا تقطع الا في خمسة دراهم أو ما يساويها فصاعدا . وقالت طائفة : لا تقطع الا في دينار ذهب أو عشرة دراهم أو ما يساوي أحد العددين فصاعدا ، فان لم يساو لا دينار ولا عشرة دراهم لم تقطع . وقالت طائفة : لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم مضروبة أو ما يساويها فصاعدا ، ولا تقطع في أقل . المحلى ج ١١ ص ٣٦٢ .

ما كان الا في ثمن المجن • واختلف في ثمن المجن ، وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالاقل • وأقل ما نقل فيه ثلاثة دراهم • وكان الصرف على عهد الرسول (ص) اثني عشر درهما بدينار ، وكان كذلك بعده ، فقد فرض عمر الدية على أهل الورق اثني عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، فتلاثة دراهم تكون ربع دينار •

ومشهور المذهب أيضا أن الدراهم والدنانير كل منها أصل بنفسه • فلو سرق المجاني درهمين وكافا يعدلان ربع دينار لانحطاط الصرف لم يقطع ، لان الأصل ألا قطع فيما دون الثلاثة •

واذا كان المسروق متاعا من جنس آخر غير الذهب والفضة فإنه يقوم في المشهور بالدرهم لا بالدينار • فإذا اختلفت القيمتان فلا قطع الا أن تبلغ قيمة المسروق ثلاثة دراهم (١) •

وقد ا طرح القانون مذهب الامام مالك في مقدار النصاب وأخذ برأى لم يقل به مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة ، وانما هو رأى نقل عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري وإبراهيم النخعي • ولم يكن انحياز القانون الى هذا الرأى ناشداً عن ترجيح دليله على دليل غيره ، ولكنه أثره لأنه أكثر الآراء تيسيرا ، فقد جعل نصاب السرقة أربعين درهما فدرأ القطع فيما دون ذلك • وقد اعترفت المذكرة الايضاحية بذلك فصرحت بأن القانون أخذ برأى أبي هريرة وأبي سعيد الخدري وإبراهيم النخعي فحدد النصاب بأربعين درهما تنفيذا لمبدأ التيسير في الحدود وامتنالا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الامام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة •

وقد عرض الشوكاني هذا الرأى في نيل الاوطار وعلق عليه قائلا: وهذا قول لا دليل عليه فيما أعلم • والصحيح أنه ليس عاريا من الدليل تماما ، فقد

(١) تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٦٠ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٧ •

روى أن عائشة رضى الله عنها قالت : كانت اليد لا تقطع في عهد رسول الله (ص) في الشيء القافه ، فكانت تقطع في ثمن المجن ، وكان يومئذ ذا ثمن ، وهذا منها اشارة الى انه كان مالا خطيرا ، والخطير ما كان مقدارا يعتبر لايجاب الزكاة فيه ، وأدنى ذلك الاربعون في نصاب الشياه (١) .

وقررت المذكرة الايضاحية أن الاربعين درهما تساوى سبعة عشر جراما من الذهب الخالص او ما يعادل قيمتها من العملة الليبية، وقد ردت ذلك في الوقت الحاضر بعشرة دنانير ليبية بناء على رسالة من المصرف المركزي . واختيار القانون موفق فيما نعتقد ، فهو محمول على رأى تناقلته كتب الفقه وان نازع البعض في سنده ، وهو الى ذلك أحفظ للطرف فكان غير مستهجن (٢) . ولو جعل القانون نصاب السرقة ثلاثة دراهم لوجب القطع فيما دون دينار ليبى ، وهذا من الناحية العملية يعنى ايجاب القطع في كل سرقة تقريبا (٣) .

(١) انظر المذكرة الايضاحية للقانون ، وانظر كذلك المبسوط ج ٦ ص ١٢٧ و ١٢٨ ، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ .

(٢) ومن الباحثين من ينتقد مسلك التشريع بدعوى انه اعتمد على رأى شاذ لا وزن له عند جمهور الفقهاء ، ويحبد العدول عن هذا المسلك والاخذ بمذهب فى الفقه معتبر . انظر : عبد العزيز عامر ، أحكام حد السرقة المرجع السابق ص ٥٠٤-٥٠٥ . 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 أصاب 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 استيائهم 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 ، وحاد فى لمس السبب الذى من أجله تقطع اليد فى سرقة القليل ، فاذا اعتدى معتد فقطعها وديت بالكثير . ويؤثر عنه فى ذلك قوله :

يد بخمس مئتين عسجد وديت ما بالها قطعت فى ربع دينار !

وأجابه القاضى عبد الوهاب المالكى بقوله :

وقاية النفس أخلاها ، وأرخصها ذل الخيانة فافهم حكمة البارى

ويقول الخطيب فى معنى 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 سرقة أو نقص بعدها ، فإنه يمتنع قطع السارق (١) وذلك اعمالا لقاعدة اجرائية مقررة حاصلها ان المشك يفسر لمصلحة المتهم .

كمال النصاب موجب للقطع ولو تعدد الجنى عليهم :

يتعين القطع فى السرقة اذا بلغ المسروق نصابا ولو كان مملوكا لجماعة لا تبلغ حصة كل منهم فيه على انفراد عشرة دنانير . 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 جماعة . وهذا المراءى لا خلاف عليه عند فقهاء المالكية . جاء فى حاشية المدسوقى : يشترط أن

= لو كانت تودى بما تقطع فيه لكثرت الجنايات على الاطراف لسهولة الغرم فى مقابلتها ، فقلظ الغرم حفاظا لها . معنى المحتاج ج ٤ ص ١٥٨ . والواقع أن المراءى لم يقصد الى المعنى الذى فهمه الخطيب ، فهو لم يكن يدعو الى بخص 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 المراءى ، فالدية جزاء على معصية هى قطع يد الغير بدون حق ، أما قطع اليد - حدا - 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 الأرقام 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 المراءى : لما كانت - أى اليد - امينة كانت ثمينة ، فلما خانت هانت .

(١) انظر فى هذا المعنى كشاف القناع ج ١ ص ١٢٢ ، الفنى ج ١٠٠ ص ٢٧٨ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٥٢ .

يكون المتاع المسروق مملوكا لغير السارق ، سواء كان ذلك الغير واحدا أو متعددا ، فلا يشترط اتحاد المالك للنصاب (١) . وجاء في مواهب الجليل : من سرق نصابا من مال مشترك بين جماعة وحصاة كل واحد منهم دون النصاب فإنه يقطع . قال في المقدمات : لا اختلاف أحفظه في سرقة الواحد ما يجب فيه القطع من الجماعة المشتركين أنه يقطع (٢) .

وجود النصاب بأكمله في حرز واحد شرط لازم :

توجب المادة الاولى من القانون أن يكون المال المسروق في حرز مثله وألا تقل قيمته عن نصاب . ولو وقفنا عند ظاهر النص فقد تصح المجادلة فيما اذا كان من اللازم أن يوجد النصاب كله في حرز واحد . غير أن المسألة عند فقهاء المالكية لا تحتل خلافا ، فالرأى عندهم أنه اذا سرق من حرزين قدر نصاب فلا قطع عليه ، سواء كان الحرزان لشخص واحد أو لأكثر ، وسواء كان المال لمالك واحد أو لأكثر . ويروى أن مالكا سئل عن غرائر بالسوق مجتمعة فسرق رجل من كل غرارة شيئا حتى اجتمع له ما يقطع في مثله ، فأفتى بأنه لا يقطع حتى يسرق من كل غرارة ما يجب فيه القطع ، لأن كل غرارة حرز لما فيها . ويحكى أن الأمير كان قد استفتى من حضر من العلماء فافتوا بالقطع ، وخالفهم مالك فرجعوا اليه ، وقيل إن هذه المسألة مما يعرف به فضل مالك (٣)

(١) حاشية الدسوقي 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 الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٨ . وهذا الشرط

يضيف 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 في النهاية قدر نصاب قطع ، لأن 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 في النهاية قدر نصاب ، لانه جمعها من عدة أحرار لا من حرز واحد .

الوقت الذى يعتد فيه بقيمة المسروق :

ينص القانون على أن المعبرة فى تقدير قيمة المسروق بوقت حدوث السرقة (م ٣/١) . وهذا النص يجعل لتحديد وقت السرقة أهمية بالغة ، وعلى الاخص حين تكون قيمة المسروق عرضة للارتفاع والانخفاض (١) . ولذلك فانه يمتنع على المحكمة ان تقضى بالقطع قبل تمحيص هذه المسألة وتحديد وقت ارتكاب الجريمة . فان غم عليها الامر وعجزت عن تحديد هذا الوقت ، وكان من شأن ذلك اثاره الشك فى قيمة المسروق وقت سرقة ، فانه يتعين عليها تجنب الحكم بالقطع ، لان وجوب القطع - كما يقول الشرعيون - لا يثبت مع الشك فى شرطه ، ولان الاصل عدمه . وهذا المبدأ من الأصول الثابتة كذلك فى قانون الاجراءات الجنائية ، فمن المقرر فيه ان الشك يفسر فى صالح المتهم .

ويتحدد وقت ارتكاب الجريمة باللحظة 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 أنه لو كان المسروق شاة - قيمتها نصاب - 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 النظام القانونى فى تحديد قيمتها كأوراق النقد ثم يلقى القانون فئات معينة منها فتصبح عديمة القيمة، كما حدث فى مصر حين تقرر إلغاء 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 رأى 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 في الاسواق . أما اذا كان المسروق يساوى نصاباً عند اخراجه ثم انخفضت قيمته بعد ذلك نتيجة لهبوط سعره في الاسواق فالقطع واجب . وهذا الرأي متفق عليه عند الأئمة الثلاثة ، أما أبو حنيفة فيشترط للقطع أن تكون قيمة المسروق نصاباً وقت اخراجه من حرزه وألا تقل عن ذلك حتى يوم القطع . وحجته أن النصاب شرط فتلزم استدامته حتى يتم القطع (١) . والمعتبر قانوناً هو رأى الجمهور لانه متفق مع المشهور في مذهب الامام مالك (٢) .

= يردون امتناع القطع الى سبب آخر : فأما الذبيحة فلا قطع فيها لان اللحم عندهم لا يعد بسرقة ، وأما الثوب المشقوق فلا قطع فيه لان الخرق الفاحش يوجب القيمة على المثلث وتملك المال المضمون ، وما انعقد للمسارق فيه سبب الملك لا يقطع به . ولذلك لا يختلف الحكم عندهم ولو بلغت قيمة الثوب المشقوق عند الاخراج نصاباً . انظر فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٤ - ٢٦٦ . وجمهور الأئمة يخالفون أبا حنيفة في الحكم حين يبلغ المسروق عند اخراجه نصاباً ، اذ يوجبون القطع اطلاقاً . والخلاف على أى حال لا يتصل بشرط النصاب ولكنه يتعلق بشرط المالية أو بشرط الملكية ، وهو خارج عن نطاق البحث في شرط النصاب .

(١) وفي قول الطحاوى : يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط . انظر فى رأى الحنفية ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) سئل ابن القاسم : أرايت ان أخذ السارق وقيمة المتاع الذى أخرجه من الحرز ثلاثة دراهم وكان قيمته يوم أخرجه من الحرز درهمن ، أيقطعه أم لا فى قول مالك ؟ قال : قال مالك انما ينظر الى قيمة السرقة يوم سرفها ولا ينظر الى قيمتها بعد ذلك ، غلت أو رخصت . فان كانت قيمتها يوم أخرجهما من حرزها ما يقطع فى مثله قطع ، وان لم يكن فى قيمتها يوم أخرجهما ما يقطع فى مثله لم يقطع . المدونة الكبرى ج ١٥ ص ١٨٢ ، وانظر كذلك الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣٣٢ و ٣٣٤ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٣٤ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤٨ . وانظر فى المذهب الشافعى : معنى المحتاج ج ٤ ص ١٥٨ ، الام ج ٦ ص ١٣٤ ، وفى المذهب الحنبلى : كشف القناع ج ٦ ص ١٢٢ ، المعنى 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 أو ملكه الجانى لم يسقط عنه القطع ، لان سبب الوجوب السرقة ، =

المكان الذي يعتد به في تقدير قيمة المسروق :

لعامل المكان في بعض الاحيان تأثير على قيمة بعض الأموال • فهي قد ترتفع أو تنخفض تبعاً لوجود المال في هذا المكان أو ذاك • والقاعدة انه يتعين على من يوكل اليه تقدير قيمة المسروق أن يتحرى قيمته في محل سرقاته • فلا يكفي لصحة الحكم بالقطع أن يدل القاضي على أن قيمة المسروق في الاسواق العالمية تساوى نصاباً ، ولا أن يقرر أنها تساوى ذلك في معظم أسواق الدولة • ولا يكفي كذلك أن يدل على انها تساوى نصاباً في مكان المحاكمة اذا تبين أن الجاني قد حوكم في مكان غير المكان الذي ارتكب فيه جريمته • وإنما يجب لصحة الحكم بالقطع أن ينص فيه على أن قيمة المسروق عند حدوث السرقة كانت تساوى نصاباً في بلد سرقاته • وهذا الرأي هو مذهب المالكية • وفائدة اعتبار القيمة ببلد السرقة — كما يقول الدسوقي — ان المسروق ان كانت قيمته في هذا البلد نصاباً وجب القطع ولو كانت قيمته أقل في غير بلد السرقة • وان كانت قيمته في بلد السرقة أقل من نصاب فلا قطع ، ولو كانت في غيرها نصاباً أو أكثر (١) • اما الحنفية فلا يرون هذا الرأي ، وإنما الرأي عندهم انه اذا سرق السارق في بلد ما قيمته نصاب فأخذ في أخرى وقيمة المسروق فيها أقل فانه لا يقطع (٢) • فكأنهم يشترطون لصحة القطع أن تكون قيمة المسروق نصاباً في مكان السرقة وفي مكان الضبط • وقياس قولهم أيضاً أن يبلغ المسروق نصاباً في مكان المحاكمة وفي مكان القطع ، لأنهم يعتبرون النصاب شرطاً تلزم استدامته حتى يتم القطع •

ضوابط تقدير قيمة المسروق :

لا يعول في تقدير قيمة المسروق الا على منفعته الشرعية • فان كانت

= فيعتبر النصاب حينئذ ، ويقول البيهقي في كشف القناع أن العبرة بقيمة المسروق حال

إخراجه من حرزه لأنه وقت الوجوب •

(١) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٢٤ •

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٣ •

منفعته غير مباحة أهدرت وتعين الوقوف عند مادته وحدها منظورا اليها في ذاتها . ولهذا رأينا فقهاء الشريعة يحددون قيمة آلات اللهو عند سرقتها بمقدار ما تساويه مادتها على تقدير كسرها . فان ساوت على هذه الحال نصابا وجب القطع والا فلا .

واذا تعددت منافع المال المسروق وكان بعضها شرعيا والآخر غير شرعى كانت العبرة بالمنافع الشرعية وحدها . وفي ذلك يقول الخرشي : يشترط أن تكون المنفعة شرعية ، وأما غيرها فكالعدم . وينقل عن ابن عرفة قوله : المعتمد في المقوم منفعته المباحة ، فمن سرق حماما عرف بالسبق او طائرا عرف بالاجابة اذا دعى فأجب 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 المكاتبه اليه . وقال محمد : ان كان بازيا أو طيرا معلما فانه يقوم على ما هو عليه من التعليم لانه ليس من الباطل (١) .

وينبغي عند تقدير قيمة المتاع المسروق ألا يخلط الخبير بين قيمة المسروق في ذاته وبين مقدار الضرر الذى أصاب المجنى عليه بسبب سرقة ، اذ لا تلازم بالضرورة بين القيمتين ، بل غالبا ما يفوق الضرر قيمة المسروق . فمن المتاع ما يتعلق به هوى المالك ولا يفرط فيه ولو عرض عليه أكثر من نصاب ، وقد يكون مع ذلك ضئيل القيمة في ذاته بحيث لو عرض على غيره من الناس ما ساوى لديهم نصابا . ومن قبيل ذلك الاشياء التذكارية كالرسائل الخاصة وصور الأسرة وسائر المخلقات العائلية . فاذا سرق شئ من هذا المتاع فلا عبرة عند تحديد قيمته بتقدير المجنى عليه ، وانما العبرة بالقيمة الموضوعية للمتاع ، أى بما يساويه لو طرح للبيع في الاسواق ، سواء وافقت هذه القيمة نظرة صاحبه أو خالفها . واذا كان باستطاعة المجنى عليه أن يحصل من

(١) الخرشي ج ٨ ص ١١٢ و ١١٤ ، التاج والاكلیل 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 يتعاضد 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 - اذ النصاب عندهم ثلاثة دراهم - فلم يوجد الشرط (١) • ومعنى ذلك أنه لو كان الخف بأكمله يساوى ثمانية دراهم ، وكان الفرد الواحد منه لو بيع مستقلا لا يزيد على درهمين ، فلا يقطع 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 سرقة • فقد لا يساوى المسروق فى ذاته نصابا ، ولكنه يحقق للجانى كسبا يزيد على النصاب ، فلا يقطع السارق بسرقة •

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 المعبرة 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 كشف القناع : ان سرق فرد خف قيمته منفردا درهم ومع الآخر أربعة لم يقطع لان

يقطع لانه لم يسرق نصابا • وان أُلغى - أى فرد الخف - أربعة ستة : درهمان قيمة

التالف وأربعة أوش التفريق • كشف القناع ج ٦ ص ١٣٣ •

حتى وان جرى البعض على التعامل فيها بالزيادة، لان نصاب القطع لا تحدده السوق السوداء ، وانما تحدده السوق التي تعترف بها الجماعة ممثلة في الدولة .

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 في مذهب الامام مالك أينما وردت في تشريعات الحدود - ومنها تشريع السرقة والحراقة - بعبارة المشهور من أيسر المذاهب . وقد حرصت عند اعداد هذا البحث على تناول اغلب المسائل في مختلف المذاهب ، وان كنت بطبيعة الحال قد أعطيت أهمية خاصة للفقهاء المالكي . وسوف يؤدي التشريع الجديد الى نتائج مختلفة عما انتهيت اليه في بعض المواضع . ولم يتسع لي الوقت لاعادة كتابة البحث ، ومع ذلك فباستطاعة القارئ - في مواطن الخلاف - أن يستخرج الرأي الذي يتمشى مع التشريع الجديد ، وذلك بتقديم المذهب الايسر .