

ثالثاً : عن الإثبات

تقارير الدكتور عوض محمد عوض

استاذ القانون الجنائي

بجامعة قاريونس (سابقاً) والاسكندرية

(١) إثبات الحد في تشريع الزنى

بين الاطلاق والتقييد

١ - خلو تشريع الزنى من بيان أدلة الاثبات ودلالة هذا المسلك :

نصت المادة الثانية من تشريع الزنى^(١) على اقامة الحد على الزانى وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، فقضت بجلده وأجازت تعزيره بالحبس مع الجلد . ومع ذلك فقد خلت نصوص هذا التشريع من بيان أدلة الاثبات التي يبنى عليها الحكم بالحد . ومسلك التشريع في هذا الشأن يستوقف النظر وربما أثار الخلاف ، فهناك غير تشريع الزنى تشريعات أخرى قضت باقامة الحد وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، منها ما تقدم تشريع الزنى في الصدور ومنها ما تلاه ، وهي تشريعات السرقة والحراقة ، والقذف ، والخمر ، وقد حرصت هذه التشريعات جميعاً على بيان أدلة الاثبات اللازمة لاقامة الحد^(٢) .

وقد يفهم من هذه المغايرة أن واضع القانون لم يشأ تخصيص الزنى المعاقب عليه حداً بأدلة معينة في مجال الاثبات ، إنما أراد تركه لحكم القواعد العامة المعمول بها في الاثبات الجنائي . وقد تعز المادة العاشرة من قانون الزنى هذا النظر ، لأنها تنص على تطبيق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون ، فإذا لم يوجد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات ، أما بالنسبة الى الاجراءات فينبى في شأنها أحكام قانون الاجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون . فقد يقال أن تقديم المشهور في المذهب الأيسر إنما ينصب فحسب على الأكام الواردة في قانون العقوبات ، أما

(١) صدر القانون رقم ٧٠ بإقامة حد الزنى في ٦ رمضان ١٣٩٣ هـ الموافق ٢ أكتوبر ١٩٧٣ م ونشر في الجريدة الرسمية (العدد ٤٣ سنة ١) الصادر في ١١ شوال ١٣٩٣ هـ الموافق

٦ نوفمبر ١٩٧٣ م .

(٢) أنظر المواد ١٠ من تشريع السرقة والحراقة و١١ من تشريع القذف و١٢ من تشريع الخمر .

أحكام قانون الاجراءات فانها تنطبق مباشرة ولو خالفت هذا المشهور . ولما
قواعد الاثبات منصوصاً عليها في قانون الاجراءات ، وكان تشريع الزنى قد
من نص في هذا الشأن فقد يصح القول بوجوب الاحتكام الى قانون
الاجراءات . الأصل في هذا القانون هو حرية الاثبات ، بمعنى أن للقاضي
كامل الحرية في تكوين عقيدته من أي دليل يطرح أمامه في الجلسة (م
اجراءات) .

وحاصل هذا النظر أن اثبات حد الزنى لا يتقيد بدليل خاص ، في
الحكم بالحد بناء على أي دليل يعرض على القاضي وتسكن اليه نفسه ، سواء
هذا الدليل مقبولا لدى الفقه الشرعي أو غير مقبول ، لأن هذا الفقه لا مدعى
في تحديد أدلة الاثبات باعتبار أن هذه المسألة من الأمور الاجرائية .

٢ - رفض دعوى حرية الاثبات في تشريع الزنى :

الرأي عندنا أن دعوى حرية الاثبات في الزنى باطلة . ويرجع بطلانها
عدم صحة سندها من جهة ، وإلى وجود حجج قوية على عكسها من جهة
أخرى . ونستعرض هذه الدعوى من مختلف وجوهها فيما يلي :

٣ - أولاً : دلالة اختلاف تشريع الزنى عن سائر تشريعات الحدود حجة ضارة

هذا الاختلاف في ذاته ليست له دلالة حاسمة ، لأن تشريعات الحدود
طبيعة خاصة تحد كثيراً من نطاق التفسير بمفهوم المخالفة . فالحدود أحكام
سماوية ، ودور المشرع الوضعي فيها يقتصر بصفة أساسية على التقرر
الانشاء . ولذلك فإن سكوته عن إيراد حكم لا يفيد بالضرورة نفيه ، وإنما يفيد
الأمر بتحديد طبيعة هذا الحكم ، لأن من الأحكام ما يمتنع على الحاكم مخالفته
ولهذا جرت خطة المشرع بإطراد على النص في نهاية كل تشريع على ضرورة
الرجوع فيما لم يرد بشأنه نص خاص الى المشهور في مذهب من المذاهب
الفقهية ، تجنباً لتكملة أحكامه بما قد يخالف المقاصد العامة للحدود في التشريع
الاسلامية . وهذا كله يوجب الحذر والاقتصاد في استنباط الأحكام بمفهوم
المخالفة .

٤ - ثانياً : الإحالة على قانون الاجراءات لا تعني حرية الاثبات :

قد تكون الحجة المستمدة من نص المادة العاشرة من قانون الزنى أقوى في الظاهر من الحجة السابقة . فقد يقال أن القضاء وهو يقيم الحدود لا يطبق أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة ، وإنما يطبق تشريعاً وضعياً ، وهو بمقتضى وظيفته يلتزم بتطبيق التشريع في الحدود التي رسمها . فإذا كان التشريع قد حدد له طريقة الاثبات في جريمة معينة ولو كانت من جرائم الحدود ، فليس من شأنه أن يعدل عن هذا الحكم الى غيره . وذلك هو الحال في حد الزنى .

غير أن هذه الحجة عند التأمل لا تصمد أمام النظرة الناقدة .

ويمحسن ابتداءً أن نصحح بعض المفاهيم القانونية بالنسبة إلى طبيعة العلاقة بين التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية . فاعتباراً من سنة ١٩٧١ م لم يعد التعارض ممكناً بين النظامين ، وإذا وقع فالغلبة لحكم الشريعة لا لحكم القانون الوضعي . ذلك أن دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية التي تضم كلاً من مصر وسوريا وليبيا نص في مادته السادسة على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع . وأكدت الجمهورية العربية الليبية هذا المبدأ بقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ رمضان ١٣٩١ هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ١٩٧١ م الذي ردد المبدأ وزاده إيضاحاً ، فنص على ضرورة التزام المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية في كل ما يصدر من قوانين وتشريعات أخرى . وجاء بالملذكرة الإيضاحية لهذا القرار أنه يعتبر متمماً للإعلان الدستوري ومقرر القاعدة الأساسية لدستورية القوانين والتشريعات التي تصدر مستقبلاً . وعلى هذا النحو لا يجوز لتشريع وضعي لاحق لصدور الدستور أن يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة الإسلامية ، وإلا كان هذا التشريع غير دستوري^(١) .

(١) أنظر في هذا الموضوع « مهمة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع » مجلة دراسات قانونية التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة بنغازي . المجلد ٣ ص ١ - ٢٨ . وقد قدمنا هذا البحث إلى ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون التي عقدت في بيروت في سنة ١٩٧٣ م .

وهذه النصوص الدستورية توجب التآني عند دراسة المسائل المشتركة القانون الوضعي والشرعة الإسلامية ، وتفرض على الباحث أن يتلمس السبل للتوفيق بين أحكامها ، وألا يلجأ إلى إعلان التعارض بينهما - لخط النتيجة - إلا حين تنقطع به الأسباب ويستحيل عليه الجمع أو التوفيق .
لباحث أن يلجأ إلى ذلك إلا إذا كان الحكم القانوني مخالفاً بيقين لنص قطعي الكتاب أو السنة ، أو لما أسماه مجلس قيادة الثورة « المبادئ الأساسية للإسلامية » .

لذلك فنحن في دراستنا لتشريعات الحدود ننطلق من فكرة أساسية الاعتقاد الجازم بأن المشرع الوضعي لم يدر بخلده الخروج على المبادئ الأساسية للشرعة الإسلامية^(١) ونفترض أن الأحكام التي قننها أما أحكام قطعية اختيار في مواطن الخلاف لأحد المذاهب الفقهية ، ولا نستبعد اجتهاد بعض المسائل التي لم يرد عن السلف شيء فيها .

من هنا لا يصح إرسال القول بأن القضاء عند ما يقيم الحد لا يطبق الشرعة الإسلامية بل يطبق تشريعاً وضعياً ، وأنه لا شأن له بمطابقة هذا التشريع أم لا ، أو مخالفته لحكم الشرعة الإسلامية ، فهذا القول إن صح التعارض مخالفاً وإن لم يصح كان عجلة غير محمودة في هذه المواطن^(٢) .

(١) ويؤكد هذا الاعتقاد أن صيغة الديباجة في كل تشريعات الحدود تختلف عن الصيغة في عامة التشريعات ، فقد استهلّت تشريعات الحدود بهذه العبارة : « نزولاً على الشرعة الإسلامية البغراء . . . » وهذا التصريح يحول دون تفسير هذه التشريعات وجه يخالف الأحكام القطعية في الشرعة الإسلامية .

(٢) وهذا ما حرصت المحكمة العليا على تأكيده في خصوص إثبات الزنى على وجه التأكيد فقد قضت بأنه لما كان القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ م في شأن إقامة حد الزنى نزولاً على أحكام الشرعة الإسلامية كما جاء في ديباجته وتنفيذاً للقرار الصادر من مجلس قيادة الثورة بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشرعة الإسلامية ، فإنه ينبغي لذلك أن تكون أحكامه ، سواء المنصوص صراحة أو المسكوت عنها ، متفقة مع أحكام الشرعة الإسلامية ، وخاصة الص

ونعود بعد ذلك إلى المادة العاشرة التي قد تكون نكأة للقائلين بحرية إثبات
الزنى لنبحث حكمها في ضوء الأفكار السابقة . فما الذي تعنيه هذه المادة في فقرتها
الثانية ؟

إن هذه المادة لا تتحدث عن الإثبات صراحة ، وإنما هي تحيل على قانون
الإجراءات الجنائية بالنسبة إلى « الإجراءات » فقط . وإذا أردنا تطبيق هذا
الحكم على ما نحن بصدده فمؤداه أن ما يخضع لقانون الإجراءات الجنائية هو
« إجراءات الإثبات » . وهنا نطرح سؤالاً : هل تدخل « طرق الإثبات » ضمن
« إجراءات الإثبات » ؟ وإذا افترضنا جديلاً أن المراد بكلمة « الإجراءات » في
المادة العاشرة هي القواعد الإجرائية فهل كل ما يتعلق بموضوع الإثبات يعتبر من
القواعد الإجرائية ؟ .

ذلك ما نشك فيه ، بل نحن نفيه ، فقواعد الإثبات ليست كلها قواعد
إجرائية وإنما هي قسمان : قسم موضوعي وآخر اجرائي .
ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن هذه القواعد كلها وردت في قانون
الإجراءات ، وأنها لهذا السبب تعتبر قواعد إجرائية ، ذلك لأن موضع القاعدة
ليس هو الذي يحدد طبيعتها ، وإنما طبيعة القاعدة هي التي تحدد موضعها . فإذا
وضع المشرع إحدى القواعد القانونية في غير موضعها ، فذلك ليس من شأنه أن
يمسح طبيعتها ويضفي عليها طبيعة الموضع الذي استقرت فيه^(١) . وآية ذلك

= الواردة في القرآن الكريم والتي لم يختلف فقهاء المسلمين على تفسيرها ، ومن ثم فإن
القانون السالف الذكر وإن لم يحدد بنص صريح أدلة إثبات جريمة الزنى المنصوص عليها
في مادته الأولى والمعاقب عليها حداً بمائة جلدة ، إلا أن ذلك لا يجب أن يؤخذ على أن
القانون المشار إليه ترك أمر إثباتها إلى القواعد العامة في الإثبات والمقررة في قانون
الإجراءات الجنائية ، لأن ذلك يصطدم بالآيات الصريحة في القرآن الكريم بشأن عدد
الشهود اللازم توافرهم لإثبات ارتكاب جريمة الزنى . أنظر حكم المحكمة العليا
١٩٧٤ م مجلة المحكمة العليا س ١١ ع ١ ، و ١٩٧٤ / ٦ / ٢٥

(١) من هذا الرأي في الفقه الفرنسي : ميرل وفيتي ، المطول في القانون الجنائي ص ١٤٠ ،
وفي الفقه الإيطالي جوفاني ليوني ، المطول في قانون الإجراءات الجنائية ح ١ ص ٤٠ .

أن قانون العقوبات ، وهو قانون موضوعي ، يشتمل على احكام اجرائية .
هو الحال بالنسبة للمواد ٧ ، ١٩ ، ٤٢ وأولى هذه المواد خاصة بامتناع
الدعوى الجنائية على من برأته المحاكم الاجنبية او ادانته واستوفى عقوبته
والثانية خاصة بطريقة تنفيذ حكم الاعدام ، والأخيرة خاصة باشراف القضاة
والنيابة العامة على تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية . والامر كذلك بالنسبة
المواد من : ١٠٥ الى ١١١ وهي خاصة في حقيقتها بانقضاء الدعوى الجنائية
٢ ومثل ذلك المواد العديدة الأخرى التي تعلق رفع الدعوى الجنائية
بعض الجرائم على تقديم شكوى أو طلب أو اذن ، وأبرزها المادة ٢٢٤ ،
باكملها اجرائية خالصة . وهناك من جهة أخرى قواعد موضوعية نص على
قانون الاجراءات الجنائية ، ومن قبيلها المواد ٢٣ و ٥٩ و ٩٩ و ١٠١ و
٢٥٢ و ٢٥٧ ، وهي جميعها تجرم افعالا معينة وتقرر لها عقوبات أو تحيل في
عقوباتها على نصوص أخرى . ومن هذا يتضح أن موضع القاعدة وان كان
عن طبيعتها غالبا الا انه ليس كذلك دائما . وبذلك تسقط الحجة التي
التذرع بها للقول بأن قواعد الاثبات الجنائية قواعد اجرائية اعتماداً على
النص عليها في قانون الاجراءات الجنائية .

غير أن هذا الرد لا يحسم المشكلة ، وانما يبقئها قائمة . ولهذا يتعين التمسك
عن وسيلة أخرى لبيان الطبيعة القانونية لهذه القواعد .

والراجح في فقه القانون الخاص أن احكام الاثبات ليست كلها احكام
اجرائية وانما هي قسمان : قسم موضوعي وآخر اجرائي . فأما القسم الموضوعي
فيشمل القواعد التي تحدد أدلة الاثبات ، وقيمة كل دليل ، ومن يقع عليه
الاثبات ، وما الذي يقوم باثباته . وأما القسم الشكلي فيضم القواعد التي
الاجراءات التي يجب اتباعها في تقديم أدلة الاثبات ، ذلك ان لكل

(١) وهناك تشريعات أجنبية وعربية تنص على هذه الأحكام في قانون الإجراءات لا في
العقوبات ، ومنها التشريع المصري .

اجراءات معينة رسمها القانون وأوجب مراعاتها عند تقديمه أو الطعن فيه^(١). واعترافا بهذه الحقيقة وزع المشرع الليبي قواعد الاثبات المدني بين مجموعة القانون المدني ومجموعة قانون المرافعات ، فجعل الأحكام الموضوعية في المجموعة الأولى والاجرائية في الثانية^(٢) .

ونحن لا نزعم أن الاثبات الجنائي يطابق الاثبات المدني ، وأن كل ما يصدق على الثاني يصدق على الاول ، ولكننا نقرر مع ذلك ان بينهما وجوه شبه تنفي ان يكون التناقض بينهما اصلا يجعل ما يسري على احدهما مرفوضا بالضرورة بالنسبة الى الآخر . ذلك ان قواعد الاثبات جميعا تهدف الى غاية واحدة ، هي اظهار الحقيقة امام القضاء ، ولهذا فهي تتفق في هيكلها العام من حيث انقسامها الى قواعد موضوعية واخرى اجرائية . ومن القواعد الموضوعية تلك التي تحدد ادلة الاثبات امام القضاء .

من هذا يتضح ان الاحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الزنى لا تستغرق احكام الاثبات كلها ، وانما تقتصر على طائفة محدودة منها ، وهي التي تتعلق بالجوانب الاجرائية في الاثبات . اما بيان الادلة

(١) الوسيط للسنهوري ح ٢ ص ١٦ - ١٨ ، وانظر كذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ح ٣ ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .

(٢) أما التشريعات المقارنة فلا تجري على وتيرة واحدة ، فمنها طائفة يوافق مسلكها مسلك التشريع الليبي ، وهذا مذهب التشريعات اللاتينية ، ومنها طائفة تجمع قواعد الاثبات كلها في قانون المرافعات ، وهذا مذهب التشريع الألماني والتشريع السويسري ، ومنها طائفة تفرد للاثبات مجموعة مستقلة تضم كل أحكامه ، وهذا مذهب التشريعات الانجليزية والأمريكية ، وبه أخذت بعض التشريعات العربية ، ففي سوريا يوجد قانون البينات ، وفي مصر صدر مؤخراً قانون الاثبات ، وجمع المشرع فيه مختلف الأحكام التي كانت موزعة من قبل بين القانون المدني وقانون المرافعات . وهذا دليل آخر على أن قواعد الاثبات لا تتحدد طبيعتها بحسب موضعها .

التي يثبت بها الحد فيعتر من الاحكام الموضوعية التي لا ينبغي اللجوء اليها
٥ - ثالثاً : تشريع القذف يحدد المصدر الذي تستمد منه أدلة الزنى :
القذف والزنى حدان يرتبطان رغم اختلافهما برباط وثيق . فالقذف
مفهومه الشرعي هو رمي الغير الزنى . واذا كان المشرع الوضعي قد فاته النص
تشريع الزنى على أدلة الاثبات ، فانه نص في تشريع القذف على حكم نراه
في هذا المقام . فقد بينت المادة ١٣ من هذا التشريع الاحوال التي يسقط فيها
القذف وجعلت على رأسها « اثبات القاذف لصحة القذف شرعاً » . ومعنى
انه اذا رمى شخص غيره الزنى كان قاذفاً وتعين حده ، الا ان باستطاعته أن
الحد عن نفسه اذا اثبت وقوع الزنى ممن قذفه ، بشرط أن تكون ادلة الاثبات
يقدمها مقبولة « شرعاً » . وهذا النص وان يكن وارداً في تشريع القذف ،
حاسم للخلاف في اثباتات الزنى ، لانه لا يستقيم عقلاً ان يتشدد المشرع
اثبات الزنى بأدلة معينة عند اسقاط حد القذف ، وأن يطلق هذا الاثبات
قيد عند اقامة الحد على الزاني^(٢) . وهذا يوجب التسليم بأن أدلة اثبات
واحدة في كل حال ، سواء كنا في مقام اسقاط حد القذف عن القاذف ، او في
تطبيق حد الزنى على الزاني . ولما كان المشرع قد اشترط ان تكون ادلة الزنى

(١) وترى المحكمة العليا أن القول باستلزام الدليل الشرعي بشأن إثبات الزنى المعاقب
بالجلد حداً يحد سنده فيما نصت عليه المادة العاشرة من قانون إقامة حد الزنى في
الأولى من أنه يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص
القانون بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حداً . وغني عن البيان أن ثبوت
بالدليل الشرعي هو شرط لاستحقاق الجاني للحد ، وهو لذلك أوثق ارتباطاً بالموضوع
بالإجراءات ، كما أن قول المادة العاشرة السالفة الذكر في الفقرة الثانية منها
بالنسبة إلى الإجراءات فيطبق في شأنها قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأن
في هذا القانون - لا يعني أنها تخيل فيما يتعلق بإثبات جريمة الزنى إلى القانون المذكور
وإنما الإحالة المعنية قاصرة على إجراءات التحقيق والمحاكمة وغيرها من الإجراءات
لا تتعلق بالاثبات .

المحكمة العليا الحكمان السابقان :

(٢) وإذا كانت المغايرة لازمة فالعكس أولى ، لأن إقامة حد الزنى يقتضي من الاحتياط
يقتضيه إسقاط حد القذف .

في حال فينبغي ان تكون كذلك في غيرها من الاحوال .

٦ - الخلاصة :

خلاصة ما تقدم ان ادلة الاثبات في جريمة الزنى المعاقب عليها جلدا تتحدد وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية لا وفقا لاحكام قانون الاجراءات الجنائية . واذا كان المشرع الوضعي قد راعى في سائر الحدود ان يكون اثباتها موافقا للمبادئ الاساسية في الشريعة الاسلامية ونص على ذلك صراحة في كل تشريع من تشريعات الحدود ، فان هذا الحكم واجب الاتباع في حد الزنى ايضا . بل ان وجه اللزوم هنا اظهر ، لان هذا الحد عقوبة مقررة شرعا لفعل محدد شرعا وبدليل معين شرعا كما سنرى بعد قليل . فلا يجوز فصل الحد عن دليله في اي حال ، والا اوجبنا الحد حيث لا يجب شرعا ، وهذا ظلم تأباه شريعة الله .

٧ - أدلة اثبات الزنى في الفقه الشرعي :

تدل أقوال فقهاء الشريعة على أن الأدلة اللازمة لاقامة حد الزنى أربعة ، وهي : الشهادة ، والاقرار ، وظهور الحمل ، والنكول عن الملاعة . وبعض هذه الأدلة مجمع عليه والبعض مختلف فيه . فاما المجمع عليه فهو الشهادة والاقرار ، وأما المختلف فيه فظهور الحمل والنكول عن اللعان .

٨ - (أ) الشهادة :

أبرز ما يميز الشهادة على الزنى هو العدد ، إذ لا يقبل فيها أقل من أربعة والا حدوا حد القذف في رأي الجمهور . وشرط العدد ثابت بالكتاب والسنة والاجماع .

فأما الكتاب فلقوله تعالى : **وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ**^(١) ، ولقوله تعالى : **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ**

(١) سورة النساء الآية ١٥

الفاسقون^(١) ، ولقوله تعالى ، لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فاذا ل بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون . وأما السنة فلما رُوي عن أبي أن رجلا قال : يا رسول الله ، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أمها أتى بأربعة شهداء ؟ فقال رسول الله ﷺ : نعم . وعن أنس بن مالك قذف هلال بن أمية شريك بن سحماء بامرأته فأتى النبي ﷺ فأخبره فقال له النبي : « أربعة شهداء والا حد في ظهرك » ، وذكر حديث الد وأما الاجماع فقد اتفق الفقهاء على أن الزنى مختص من بين سائر الحدود في يثبت الا بشهادة أربعة . ويعلل الجمهور هذا الحكم بأن الله أمر بالعدد في الزنى لأنه مأمور فيه بالستر ودفع عار الزاني والمزني بها وأهلها ، ولهذا غ النصاب ، فانه ليس هناك حق يضيع ، وإنما حد وعقوبة ، والحدو بالشبهات^(٢) . وتكلف بعض الفقهاء في شرط العدد معنى فقالوا أن الزنى لا باثنين ، وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ، فلذلك كان الأ غير أن هذا الرأي - كما يقول السرخسي - ضعيف ، لأن شهادة الشاهدين ك فعل الواحد تثبت فعل الاثنين^(٣) . ويرى بعض الفقهاء أن شرط العدد في على الزنى ثبت في الأصل تعبدأ غير معقول المعنى ، لأن خبر من ليس بمعص الكذب لا يخلو من احتمال الكذب ، وعدد الأربعة في احتمال الكذب مث المثني ما لم يدخل في حد التواتر ، لكننا عرفناه شرطا بنص خاص معدولا القياس^(٤) .

٩ - (ب) الاقرار :

الاقرار هو اعتراف المرء على نفسه بما يضره . والأصل فيه الكتاب

(١) سورة النور الآية ٤

(٢) سورة النور الآية ١٣

(٣) المبسوط ج ٩ ص ٣٧ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

والاجماع . فأما الكتاب فنصوصه عديدة في الحث على الاقرار بالحق ، ومنها قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم . وأما السنة فقد ثبت أن رسول الله ﷺ أمر برجم ما عز باقراره ، وتروي كتب الحديث كذلك أن صاحبة العسيف رجمت باقرارها^(١) . ومن بعد النبي ﷺ رجم الصحابة بالاقرار . بل إن حد الزنى في تاريخ الاسلام لم يقم على الزناة بغير هذا الدليل . وأما الاجماع فلأن الأمة أجمعت على صحة الاقرار ، لأن العاقل لا يتهم نفسه كذباً بما يودي بها أو يضرها ، فكان الاقرار من حيث الصحة أكد من الشهادة^(٢) .

١٠ - (ج) ظهور الحمل :

هذا الدليل مختلف فيه ، والجمهور على أنه لا يصلح لاثبات الزنى ، أما المالكية فيوجبون الحدّ به .

وحجة المالكية ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : الرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف . ويروون أيضاً أن عثمان بن عفان أتى بامرأة ولدت لسته أشهر فأمر بها أن ترجم لولا أن عرض له علي بن أبي طالب فتلا عليه قوله تعالى : وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ، وهذا يدل على أنه كان يرميها بحملها . وروي عن علي ابن أبي طالب أنه قال : الزنى زناء إن الزنى سر والزنى علانية ، فزنى السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ، وزنى العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الامام أول من يرمى . ويرى المالكية أن هذا قول سادة الصحابة لم يظهر

(١) وعن جابر أن رسول الله ﷺ رجم رجلاً من أسلم ورجلاً من اليهود وامرأة . رواه مسلم . بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني ص ٢٥٨ .
(٢) أنظر عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي . ح ٢ ص ٣٠٣ وما بعدها ، وكذلك المراجع التي أشار إليها .

لهم في عصرهم مخالف فيكون اجماعاً^(١) .

ويجب الحد عند المالكية بناء على هذا الدليل اذا ظهر الحمل على امر
متزوجة ، أو متزوجة ولكن من زوج لا يلحق به الحمل كالصغير والمجنون
أو متزوجة من زوج يلحق به الحمل ولكن أتت بالمولود كاملاً لدون ست
من العقد . ولا يقبل المالكية من المرأة الادعاء بالغصب الا اذا وجدت
تصدقها . فان قامت لها قرينة فلا حد عليها ، كأن تأتي مستغيثة ممن غصب
تأتي البكر عقب الوطء وهي تدمي ، أو تتعلق المرأة بغاصبها^(٢) . ولا يقبل
الزوجية ممن لا زوج لها إذا ظهر الحمل عليها الا أن تقيم البينة على زو
فان عجزت حدث . أما إذا كانت المرأة طارئة - أي مقيمة - فقال ابن
بقبول ادعائها^(٣) .

أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد فلا يرون اقامة الحد بظهور الحمل
لاحتمال أن يكون الوطء باكره أو بشبهة ، والحد يسقط بالشبهات . وذكر
الفقهاء أن المرأة قد تحمل من غير وطء ، بأن يدخل ماء الرجل في فرجها
أو بفعل غيرها ولهذا فحمل البكر من غير وطء متصور . وذهب الاثمة إلى
امتناع الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه أو الغصب ، وكذلك مع
الزوجية ، وان لم تأت في دعوى الاستكراه بأمانة ولا في دعوى الزوجية
واحتجوا بأن الآثار الواردة عن الصحابة في هذا الباب مختلفة ، فقد روي
امرأة رفعت الى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت ، فسأها عمر فف
اني امرأة ثقيلة الرأس وقع علي رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ
عنها الحد . ويروى أيضاً أن عمر أتى بامرأة حامل ولا زوج لها فادع
أكرهت فخلّى سبيلها . وجاء في حديث شراحة أن علياً أتى بامرأة فق

(١) أنظر في ذلك المغني لابن قطعة ح ١٠ ص ١٩٢ وما بعدها ، والشرح الكبير
ص ٢٠٨

(٢) حاشية الدسوقي ح ٤ ص ٣١٦ ، الخرشي ح ٨ ص ٩٧ .

(٣) بداية المجتهد ح ٢ ص ٤٤٠ .

أستكرهت؟ قالت: لا، قال: فلعل رجلاً أتاك في نومك. ويروى عن علي وابن عباس أنها قالا: إذا كان في الحد لعل وعسى فهو معطل^(١).

١١ - (د) نكول الزوجة عن الملاعنة:

إذا رمى الزوج زوجته بالزنى ولم يكن لديه شهود على زناها، فعليه أن يلاعن أو يحد حد القذف في رأي الجمهور. والأصل في ذلك قوله تعالى: والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم... الآيات. ويتم اللعان بأن يشهد الزوج أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. فإذا فعل الزوج ذلك ولم تصدقه زوجته لاعتته. ولعانها أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين، والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. وبالملاعنة يسقط عن الزوج حد القذف ولا يجب على الزوجة حد الزنى وتتم الفرقة بينهما. أما إذا نكلت الزوجة عن اللعان ففي الفقه خلاف حول ما يفعل بها.

ويرى مالك والشافعي، أنها لا تجبر على اللعان، وإنما يقام عليها حد الزنى^(٢). وبهذا الرأي أيضاً قال أهل الظاهر وجماعة من الفقهاء منهم مكحول والشعبي وأبو عبيد وأبو ثور وإسحاق الجوزجاني وابن المنذر. وأما أبو حنيفة فيرى إجبارها على اللعان، فإذا امتنعت حبست حتى تلاعن أو تقر بالزنى. فان أقرت حدت باقرارها. ولكنها لا تحد بنكولها. وفي مذهب أحمد، روايتان: أحدهما، وهي الأصح، أنها تحبس حتى تلاعن أو تقر أربعاً، والثانية أنه يخلى سبيلها. وفي الحالين لا حدٌ عليها بنكولها. وقال بامتناع الحد أيضاً الحسن والأوزاعي^(٣).

(١) المغني والشرح الكبير، المرجعان السابقان، بداية المجتهد، المرجع السابق، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٦.

(٢) وفي المذهب الشافعي مع ذلك قول آخر، يرى أن نكول الزوجة عن الملاعنة لا يكفي لإثبات الزنى. مغني المحتاج ج ٤ ص ١٥٠.

(٣) المغني ج ٩ ص ٧٢-٧٣.

وحجة القائلين بوجوب الحد قوله تعالى : ويدراً عنها العذاب أن
أربع شهادات بالله . . . الآية ، فإن فيه إشارة إلى عذاب معلوم لأنه
التعريف ولامه ، ولا يعلم عذاب في الزنى إلا الحد ، لقوله تعالى : وليش
عذابها طائفة من المؤمنين . ويرى أصحاب هذا الرأي أن الدرء هو ال
لغة ، فدل أن الحد وجب عليها بلعانه وأنها تدفعه بلعانها . وهو بلعانه
صدقه في القذف ، لأن الظاهر أنه لا يلاعن إلا وهو صادق في قذفه فيجب
الحد . إلا أن لها أن تخلص نفسها منه باللعان ، لأنها إذا لاعنت وقع التعارض
فلا يظهر صدق الزوج في القذف فلا يقام عليها الحد . أما إذا تركت المخ
الذي جعله الله لها برد قوله حدث ، لأنه أحق عليها الزنى بالتعانه وصدق به
حتى صار غير قاذف لها^(١).

أما القائلون بامتناع الحد فيجبون بأن دفع العذاب يقتضي توجه العذ
لا وجوبه ، وإلا كان لعان الزوجة رفعاً للحد لا دفعاً . ويرون كذلك أن
« العذاب » في الآية مشترك ، ويحتمل أن يكون المراد به الحبس لأنه من معان
قال تعالى في قصة الهدد على لسان سليمان : لأعذبه عذاباً شديداً ، وقيل
التفسير : أي لأحبسه . وإذا احتمل اللفظ هذا المعنى لم يجب الحد ، لا
لا يثبت بالاحتمال . وقد يوجه هذا الرأي ما روي عن عمر أنه قال : إن الحد
من زنى وقد أحصن إذا كانت بينة أو كان الحمل أو الإعراف ، فقد
موجبات الحد ولم يذكر من بينها النكول عن اللعان^(٢).

ويضيف ابن قدامة في الدفاع عن هذا الرأي حججاً قوية أخرى فيقول
أنه إذا لم يتحقق الزنى الزوجة فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن ودليل ذلك
تحقيق زناها لا يخلو أن يكون بلعان الزوج ، أو بنكولها ، أو بهما معاً . ولا يجب

(١) المدونة الكبرى ح ٦ ص ١١٢ ، حاشية الدسوقي ح ٢ ص ٤٦٥ ، المحلى ح
ص ١٤٥

(٢) بدائع الصنائع ح ٣ ص ٢٣٨ و ٢٣٩ ، المغني ح ٩ ص ٧٢ - ٧٣ .

أن يكون الزنى قد تحقق بلعان الزوج وحده ، لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ، لأن ثبوت الحد عليها يسقط عفتها ، ولأن لعان الزوج أما يمين أو شهادة ، وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره . ولا يجوز أن يكون الزنى قد ثبت بنكولها ، لأن الحد لا يثبت بالنكول ، لأنه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها . وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خفرها أو لعقلة على لسانها أو غير ذلك ، فلا يجوز إثبات الحد الذي اعتبر في بيته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود ، واعتبر في حقهم أن يصفوا صورة الفعل وأن يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه وتوسلاً إلى إسقاطه ، فلا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ما عدا الأموال . والشافعي نفسه لا يرى القضاء بالنكول في شيء ، فكيف يقضى به في أعظم الأمور وأبعدها ثبوتاً وأسرعها سقوطاً !! ولأنها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد ، فلأن لا يجب بمجرد امتناعها عن اليمين على براءتها أولى^(١) . ولا يجوز أن يثبت الزنى بلعان الزوج ونكول الزوجة معاً ، لأن ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق . كذلك فإن ما في كل واحد منهما من الشبهة لا يتنفي بضم أحدهما إلى الآخر ، فإن احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج^(٢)

ومن فقهاء المالكية والشافعية من يسلم بقوة حجج الحنفية والحنابلة في هذه المسألة ويصوب رأيهم فيها ، كابن رشد وأبي المعالي^(٣) .

١٢ - الأدلة الشرعية المعتبرة في تطبيق تشريع الزنى:

هذه بإيجاز ، هي أدلة إثبات الزنى في فقه الشريعة الإسلامية ، وقد عرضنا

(١) ويقول الكاساني أيضاً أن النكول أو الامتناع عن اليمين بذل وإباحة ، والإباحة لا تجري في الحدود ، فإن من أباح للمحاكم أن يقيم عليه الحد لا يجوز له أن يقيمه . بدائع الصنائع ، المرجع السابق .

(٢) المغني ، المرجع السابق .

(٣) بداية المجتهد ح ٢ ص ١٢٠ .

لها لبيان أنواعها لا لدراسة أحكامها . واتضح لنا من هذا العرض أن الشرع والإقرار دليلان مجمع عليهما ، وأن ظهور الحمل والنكول عن اللعان دليل مختلف فيهما . وفي تطبيق تشريع الزنى يتعين استبعاد الدليلين الأخيرين :
١٣ - فأما النكول عن اللعان فمستبعد لا اعتبار قانوني لا محل له من الاجتهاد ، فقد اعتنق المشرع في ليبيا رأي الأحناف والحنابلة صراحة في النكول عن اللعان ، وقنن رأيهم في المادة الثامنة من تشريع القذف فنص في فقرتها الخامسة على أنه « إذا امتنعت الزوجة عن اللعان حكمت المحكمة بحبسها حتى تلاعن تصدق الزوج فيما رماها به ، فإذا صدقته تحدد حد الزنى . وهذا يعني أن النكول بمجرد لا يوجب الحد ، وإنما يجب الحد على الزوجة بالتصديق .

ويشير هذا النص عند التطبيق مسألتين : الأولى تتعلق بطبيعة هذا الحبس ومدته ، والثانية بمدى جواز عدول الزوجة عن تصديق زوجها .
أما عن الأمر الأول فنحن نستبعد ابتداءً أن يكون هذا الحبس احتياطياً وهو في الواقع يتردد بين أن يكون حبس تهديد وإكراه أو حبس تعزير وعقاب والأخذ بوصف دون وصف يؤدي إلى نتائج مختلفة . والأمر لدقته يقتضي بحثاً ليس المجال هنا مجاله ، وإنما مجاله جريمة القذف المعاقب عليها حداً . لو سلمنا جدلاً بأن هذا الحبس عقابي فذلك لا يستتبع القول بأن أقصى مدة له ثلاث سنوات وفقاً للقاعدة العامة المقررة في قانون العقوبات ، لأن هذا القول يؤدي إلى إطلاء سراح الزوجة قبل أن تلاعن زوجها أو تصدقه ، وهو ما يتعارض مع النص صراحة . ولهذا فالحبس من الناحية النظرية يمكن أن يتأبد . وقد تكون هذه النتيجة غير سائغة في مفاهيمنا القانونية ولكن قبولها أمر لا مناص منه ، إذ لو أراهم واضع التشريع غير ذلك لنص صراحة وجعل لهذا الحبس حداً أقصى . ومع ذلك فالقول بتأييد هذا الحبس ليس بدعاً في التشريع الليبي^(١) . وكان باستطاعة المشرع

(١) فقد اشتمل القانون رقم ٧٤ لسنة ٧٢ على حالة مماثلة إذ نصت المادة السابعة منه على إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار غير متنازع عليه وامتنع المدين الوفاء عند حلول الأجل مع قدرته عليه ، كان للدائن أن يرفع الأمر إلى المحكمة المختصة ، فإذا ثبت ذلك للمحكمة جاز لها أن تمهله لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر . . .

في إعتقادنا أن يرفع هذا الشذوذ بالجمع بين الروايتين المقول بهما في مذهب الإمام أحمد ، وهما حبس الزوجة في قول وتخلية سبيلها على الفور في قول ، وكان الجمع ممكناً بإيجاب حبس الزوجة حتى تلعن أو تصدق . فإذا أصرت على موقفها تعين إخلاء سبيلها بعد مدة معينة من حبسها .

وأما عن الأمر الثاني فالرأي عندنا أن عدول الزوجة عن التصديق جائز . وبالعدول يسقط دليل الزنى فلا يقام عليها حد ، إذ تصبح الحال وكأن لم يكن تصديق ولا عدول . ذلك أن التصديق إقرار ، والعدول عن الإقرار بحق الله جائز ، وحد الزنى من حقوق الله الخالصة . وهذا ما يراه فقهاء الشريعة ، جاء في المغني : وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه ، وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول^(١) . ولكننا نتساءل : هل يصح إجبار الزوجة مرة أخرى على اللعان أو التصديق ؟ ذلك ما يرفضه فقهاء الشريعة ، لأنه لا يصح استحلافها على نفي ما أقرت به^(٢) .

وقد يكون في هذا الحكم مخرج من تأييد حبس الزوجة ، إذ يكون في وسعها تصديق زوجها ثم العدول عن تصديقها ، فبالتصديق ينتهي حبسها ، وبالعدول يسقط حدها ويمتنع إجبارها من جديد . غير أن المشكلة مع ذلك تظل باقية واحتمال التأييد قائماً إذا رفضت الزوجة الخلاص من حبسها بتصديق زوجها أو بلعانه .

١٤ - وأما ظهور الحمل فمستبعد بدوره ، لأن هذا الدليل مختلف فيه كما ذكرنا ، فمن الفقهاء من يميزه ومنهم من يمنعه . ورأي القائلين بالجواز ليس أولى بالاتباع من رأي القائلين بالمنع ، لأن لكل رأي حججه . وليس من حق القضاء هنا أن يوازن بين حجج الرأيين ثم يرجح أحدهما مع احتمال ما قد يؤدي إليه ذلك من اعتبار الحمل دليلاً على الزنى . فهذا العمل يتجاوز اختصاص

(١) المغني ح ٩ ص ٧٤ .

(٢) المغني ، المرجع السابق .

القضاء ، بل هو في الوقت الحاضر يتجاوز طاقته . وقد رسم المشرع الوضع للقضاء طريقة إذا عرضت له في تطبيق تشريعات الحدود مسألة لم يجد بشأنها ، فقد أوجب عليه الرجوع إلى المشهور في مذهب الإمام مالك بالنسبة لتشريع السرقة والحراقة ، وإلى المشهور في أيسر المذاهب بالنسبة للتشريع الأخرى . والأمر في الحالين مقدور عليه ، لأن المذهب المعتمد محدد باسم الحالة الأولى وببصره في الأحوال الأخرى . ولا شك أن المقارنة بين المذاهب لاختيار أيسرها في صدد الواقعة المطروحة أهون كثيراً من المقارنة بينها لأصحتها أو أرجحها ، فهذا الأمر كما قلنا يجاوز طاقة الكثرة الكثيرة من فقهاء الشريعة في عصرنا .

وسواء قلنا بانطباق الفقرة الأولى من المادة العاشرة من تشريع الزنى على الإثبات مباشرة أو لم نقل ، فالنتيجة في الحالين واحدة ، وهي أنه يجب استظهار الحمل من عداد أدلة الزنى . وإذا كانت هذه النتيجة تبدو طبيعية بالاتفاق على انطباق المادة ١٠ / ١ ، فإنها تعتبر نتيجة حتمية أيضاً إذا عن لقائل يقول بأن حكم الفقرة الأولى لا ينصرف إلى أدلة الإثبات . ذلك لأن اختصاص الآراء حول مشروعية دليل الحد يعتبر بمثابة شبهة والشبهة تدرك الحد . وقد اختلف الفقهاء حول ظهور الحمل ومدى اعتباره دليلاً على الزنى ، فوجب الحد بهذا الخلاف إذا لم يكن هناك غير هذا الدليل . وبهذا يمكننا دون استثناء بالفقرة الأولى من المادة العاشرة أن نصل إلى نفس النتيجة التي يؤدي إليها أن هذه الفقرة مباشرة .

١٥ - أما الشهادة والإقرار فهما الدليلان اللذان يصح الإعتماد عليهما لإثبات الزنى^(١) ، لورود النص عليهما في الكتاب والسنة . أما الشروط اللازم لقبولهما فبعضهما محل اجتهاد ، وبعضها وردت بشأنه نصوص ، منها ما هو قاطع

(١) وهذا ما قرره المحكمة العليا أيضاً ، فقد قضت بأن إثبات جريمة الزنى المعاقب عليه بالجلد حداً لا يكون إلا بإحدى وسيلتين : الإقرار وقد أجمع الفقهاء على أنه دليلاً على هذا المقام وإن اختلفوا في عدد مراته ، أو شهادة أربعة شهود عدول يشهدون شاهداً وفعل الوقاع . أنظر الحكمين السابقين .

الثبوت أو الدلالة ، ومنها ما هو ظني الثبوت أو الدلالة. ولا يجوز أن يترتب على الشهادة أثرها إلا إذا اكتملت شروطها ، سواء ما تعلق منها بعدد الشهود أو جنسهم أو دينهم أو بلوغهم أو عدالتهم الخ ، وكذلك الحال في شروط الإقرار وإذا اختلفت أقوال الفقهاء في شرط من الشروط فأيسر المذاهب أولها بالاتباع ، ومناط اليسر هو مصلحة المتهم . وأيسر المذاهب في هذا الصدد هو ما يتشدد في شروط القبول أو يتخفف في شروط الرجوع أو السقوط .

١٦ - كلمة ختامية :

قد يرى القارىء بعد الفراغ من هذا البحث أن فيه جهداً أسهم في رفع لبس وإزالة غموض . أما نحن فنعترف بأنه محدود القيمة . ذلك أن قيمة البحث لا تتحدد فحسب بحجم المشكلة التي يتناولها ، ولا بسلامة النتيجة التي يصل إليها ، وإنما تتحدد قيمة البحث في المقام الأول بطبيعة المشكلة ذاتها . فإذا كانت المشكلة حقيقية أو أصيلة فكل جهد يبذل في بحثها وعلاجها مشكور ومأجور ، ولكن الأهم من ذلك أن أثره يبقى إلى أمد طويل . والحال في موضوع هذا البحث يختلف ، فالمشكلة التي بين أيدينا عارضة ، ثم هي من صنع أنفسنا . وكان في وسع المشرع أن يجنب الفقه والقضاء مشقة البحث والاختلاف لو أنه غني بإضافة نص في تشريع الزنى عن أدلة الإثبات . ومن الخير للمشرع مع ذلك أن يبادر بإضافة هذا النص بل أن الواجب يحتم عليه أن يفعل ذلك ، لأن تشريعات الحدود بوجه عام تحيل إلى مذهب الإمام مالك فيما يتعلق بشروط صحة الشهادة والإقرار^(١) ، أما حد الزنى فيرجع فيه إلى أيسر المذاهب نظراً لخلو تشريعه من نص مماثل . والأخذ في النظام القانوني الواحد بمذاهب مختلفة في الأمر الواحد ليس بسائغ ، لأنه قد يؤدي إلى اعتبار الدليل مقبولاً في حد وغير مقبول آخر لعل لا ترجع لذات الدليل بل لاختلاف المذاهب في شروط الدليل . ويوم يتدخل المشرع لرفع هذا الشذوذ ، وهو ما نرجوه ، يكون هذا البحث قد حقق غرضه ثم أصبح محدود الفائدة إلى حد كبير .

(١) ويستثنى من ذلك تشريع الخمر فإنه أحال في هذا الشأن إلى المشهور في أيسر المذاهب (م ١٢).

(٢) محل السرقة الموجبة للقطع في التشريع الليبي

الشروط الواجب توافرها في المسروق :

بينت المادة الأولى من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢^(١) شروط المسروق فنصت في فقرتها الثالثة على أنه يشترط للقطع أن يكون المسروق منقولاً متحرراً محترماً مملوكاً للغير في حوز مثله وألا تقل قيمته عن عشرة دنانير ليبية وحدث السرقة . ويتضح من هذا النص أن شروط المسروق هي :

أولاً : المالية :

يشترط في المسروق أن يكون مالاً ، فإن لم يثبت له هذا الوصف فلا فيه . وقد تحدث الشارع الإسلامي عن المال في مواطن كثيرة ، ولكنه لم يحدد معنى خاصاً . ويقال إنه استغنى عن تعريف المال لوضوحه . ولذلك نرى به المعاجم اللغوية يكتفي في بيانه بقوله : المال معروف . ومن المعاجم ما يبين معناه ، ويؤخذ منها أن المال في لغة العرب هو الشيء الذي يحوزه الإنسان بالبحيثة ينفرد به عمن سواه . أما الفقهاء فقد ورد عنهم في تعريف المال عبارات كثيرة مختلفة في ألفاظها متقاربة في مفهومها ومعناها . وأقرب هذه التعاريف وأحسنها ما قيل فيه أن المال هو ما يمكن حيازته والانتفاع به إنتفاعاً معتاداً . والتعريف يفيد أن مالية الشيء تثبت بمجموع أمرين : أولهما إمكان الحيازة وثانيهما إمكان الإنتفاع المعتاد به . فإذا فقد أحد الأمرين أو كلاهما انتقضت المالية^(٢) . فما تمتنع حيازته لا يعد مالاً وإن أمكن الإنتفاع به كالريح وضوء الشمس .

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

(٢) أنظر في ذلك : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه للدكتور محمد مصطفى شلبي ط ١٩٦٢ ص ٢٨٥ - ٢٨٦ .

القمر ، ومثله ما لا يتتفع به أصلاً وإن كانت حيازته ممكنة كالطعام المسموم ، وكذلك ما يتتفع به إنتفاعاً غير عادي كلحم الميتة وحب القمح وقطرة الماء .

وقد يبدو للوهلة الأولى أن هذا التعريف يسمح باعتبار الإنسان مالاً على أساس أن الإستيلاء عليه ممكن وكذلك الإنتفاع به . وقد يعزز هذا التصور أن فقهاء الشريعة عالجوا أحكام الرق وأجروا على الرقيق أحكاماً يستدل منها على أنه مال . بيد أن هذا التصور غير صحيح ، فالاحتياز والإنتفاع - وهما المناط في اعتبار الشيء مالاً - عملان يصدران عن الإنسان ، وذلك يعني أن وصف المال يثبت من أجله أو بسببه ، فلا يمكن أن ينسب هذا الوصف عليه . أما الرق فليس نظاماً إستحدثته الشريعة الإسلامية وإن كانت قد نصت أحكامه . وليس مما يقتضيه هذا البحث أن نتحرى الأسباب التي دعت الشريعة إلى عدم إلغاء الرق جملة ، وإنما يعيننا أن نقرر هنا أن الرقيق في فقه الشريعة لا يعتبر مالاً حقيقياً ، وإنما كان يعتبر كذلك حكماً . وقد صرح بعض الفقهاء بهذا المعنى ، جاء في البحر عن الحاوي : المال إسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الإختيار . والعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه^(١) .

ويترتب على ذلك أن الإنسان لا يصلح محلاً للسرقة فلا يقطع سارقه . وخالف المالكية في ذلك جمهور الفقهاء فأوجبوا القطع إذا وقع فعل السرقة على إنسان لا يعقل سواء لصغره أو لجنونه^(٢) . واحتجوا بأن السارق لا يقطع المال

(١) أنظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤ . بل إن الظاهرية وبعض الحنابلة يقولون بقتل المالك بعبد لقوله ﷺ : من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه . ولو كان العبد مالاً من كل الوجوه ما عوقب ربه على هذا النحو . وذهب أبو يوسف إلى عدم القطع في سرقة العبد لأنه ليس بمال محض ، بل هو مال من ربه ، آدمي من وجه ، فكان محل السرقة من وجه دون وجه . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٢) وليس مبنى رأيهم أن الإنسان مال ، وإنما هم يجعلون للسرقة الموجبة للقطع محلين هما الإنسان الذي لا يعقل ، والمال . ولذلك يعرف بعض المالكية السرقة بأنها أخذ مكلف حراً لا يعقل أو مالاً محترماً لغيره . أنظر الخرشبي على خليل ج ٨ ص ١١٠ .

لعينه ، وإنما لتعلق النفوس به ، وإذا كانت سرقة العبد موجبة للقطع الجمهور ، فأولى عندهم أن يقطع بسرقة الحر^(١) . والقانون في هذا الشأن مذهب الجمهور (م / ٣) ، وقد صرحت المذكرة الإيضاحية بأنه لا قمع في الصغير لأنه ليس بمال ، وإنما يعاقب على خطف الأطفال باعتباره جناية عقوبة التعزير وفقاً للمادة ٤٢٨ من قانون العقوبات .

وتأخذ أجزاء جسم آدمي حكم الإنسان ذاته . فثمة أجزاء من الإنسان يمكن فصلها عنه ، كالشعر والأسنان والدم . والرأي عند رجال القانون أن الأجزاء لا تعتبر مالاً ما دامت متصلة بصاحبها ، فإذا انفصلت عنه أجزاؤه اعتبارها مالاً وجاز أن تقع عليها السرقة^(٢) . أما في فقه الشريعة فالمسألة دقيقة . وقد قررت لجنة الفتوى بالأزهر بأن نقل قلب الميت أو أي جزء من غيره من الأحياء جائز شرعاً ، لأن الإنسان لم يخلق لنفسه فقط ، بل لخدمة مجتمعه ، وأن أخذ جزء من الميت لينتفع به الحي أيسر عملاً وأهم شأنًا التصحية بالنفس في باب المنفعة العامة^(٣) . وهذا يعني أن القلب وما هو من الكلية والدم والعين أشياء يمكن فصلها ويجوز الانتفاع بها . وقد يقال -

(١) تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٦٨ ، التاج والإكليل ج ٦ ص ٣٠٦ ، الشرح للمدريج ج ٥ ص ١٢٥ ، الخرشي على خليل ج ٨ ص ١١٠ ، البهجة في شرح التسوي ج ٢ ص ١٢٥ ، الخرشي على خليل ج ٨ ص ١١٠ ، البهجة في التحفة للتسوي ج ٢ ص ٣٥٩ . أما الحنابلة فظاهر المذهب عندهم أنه لا يقطع الحر الصغير ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقطع بها . وقال بالقطع أيضاً الحسن والشعبي وإسحاق بن راهويه . أما الشافعي وأبو حنيفة وسفيان وأبو ثور وابن فيرون عدم القطع . أنظر المغني ج ١٠ ص ٢٤٥ ، والشرح الكبير ج ٢ ص ٢٤٤ ، والمحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٣٦ و ٣٣٧ .

(٢) أنظر في ذلك : عوض محمد - جرائم الأشخاص والأموال ص ٢٥١ ، نجيب ح - جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني ص ٣٣ .

(٣) راجع هذه الفتوى في مجلة الهدى الإسلامي التي تصدرها الهيئة العامة للأوقاف الجمهورية العربية الليبية - السنة ١٢ العدد ٢ الصادر في جمادى الآخرة ١٣٩٣ ص ١٩٧٣ .

على ذلك - إنها أموال يجب القطع بسرقتها إذا اكتملت الشروط الأخرى . غير أن الأصول الشرعية في اعتقادنا لا تؤدي إلى ذلك ، لأن شرط اعتبار الشيء مالاً أن يكون الانتفاع به مألوفاً أو معتاداً ، وهذا الشرط غير قائم في الحالة المعروضة ، لأن الحاجة إلى أعضاء الغير لا تكون إلا عند الضرورة . وقد حرصت لجنة الفتوى على تقييد الإجازة بهذا القيد ، فقد صرحت بأن استئصال القلب بأخذه من جسم إنسان غير جائز ابتداءً ومحظور إلا إذا دعت الضرورة إلى غير ذلك ، فيجوز العدول عن هذا الأساس وبالقدر الذي تقتضيه الضرورة^(١) . وإذا كانت الضرورات تبيح المحظورات فالأحكام لا تبني عليها . ولذلك فإن ما يباح للضرورة يعود لأصله في حالة السعة والاختيار ويلزمه من الأحكام ما يوافق هذا الأصل . ويترتب على ذلك أن أجزاء جسم الإنسان - سواء فصلت منه في حياته أو بعد مماته - لا تعتبر في فقه الشريعة مالاً ولا يقطع بسرقتها في أي حال ، حتى ولو وقعت عليها السرقة في لحظة من اللحظات التي تدعو الضرورة فيها إلى فصلها من إنسان توطئه لنقلها إلى إنسان ، ذلك بأن الضرورة إذا كانت تبيح فصلها ونقلها فإنها لا تسبغ عليها وصف المال . ولا يحول هذا النظر دون التعزير على سرقتها بمقتضى النصوص الأخرى المقررة في قانون العقوبات .

أما الأطراف والأعضاء الصناعية التي يستخدمها الإنسان بدلاً من أطرافه وأعضائه الطبيعية فعلى الرغم من أنها تؤدي وظائف الأعضاء الطبيعية إلا أنها لا تعد جزءاً من الإنسان . ولذلك فإنها تظل معتبرة على أصلها من الأموال مهما تكن درجة اتصالها به^(٢) . ويترتب على ذلك أنها تصلح محلاً للسرقة ويتعين القطع فيها إذا اكتملت سائر شروط القطع .

وإذا كان الإنسان لا يعتبر مالاً في حياته ، فإن حكمه لا يختلف بعد مماته ،

(١) المرجع السابق .

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

ولذلك لا يقطع بسرقة أجساد الموتى^(١).

أما الحيوان فإنه يعتبر مالاً ، غير أنه إذا نفق فلا قطع في سرقة لأن الميتة ليس بمال ، إذ لا ينتفع به عادة . أما جلد الميتة فمختلف في سرقة^(٢) ، أن الخلاف لا ينصب في الحقيقة على ماليتها ، فهو في اعتقادنا مال ، إذ تم حيازته والانتفاع به ، وإنما ينصب الخلاف على احترامه أو تقومه .

المالية والتمول :

صيغت المادة الأولى من القانون بعبارة تستوقف النظر ، فقد اشترى لإيجاب القطع « أن يكون المال المسروق منقولاً متمولاً . . . » . وظاهره لا يحمل على الاعتقاد بأن واضع القانون يعتبر التمول شرطاً قائماً بذاته لا يغني شرط المالية . ومؤدى هذا الاعتقاد أن المال في تقدير واضع القانون ينقسم متمول وغير متمول . ولم أجد بين فقهاء الشريعة من قسم المال على هذا النحو

(١) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٠ ، حاشية العدوي بهامش الخرشبي ج ٨ ص ٩ وامتناع القطع في سرقة جثث الموتى مطلق سواء كانت الجثة لإنسان مات حداً لإنسان مات في قرون ، وسواء كانت الجثة عند السرقة مدفونة في قبر أو مود متحف ، لأن تعاقب الزمان واختلاف المكان لا يغيران وجه الحكم . بيد أن القطع لا يحول دون التعزير في الحالات التي يقرر فقهاء القانون إعتبار الفعل سرقة .

(٢) ومذهب الحنفية ألا قطع في سرقة لأنه ليس بمال . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ أما المالكية فيوجبون القطع فيه إذا سرق بعد دبغه وكان الدبغ قد زاده على قيمة أيساوي نصاباً . الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ١٢٧ . أما أهل الظاهر القطع لأن جلد الميتة - على خلاف لحمها وشحمها - يبقى على ملك صاحبها شعرها وصوفها ووبرها ، فلا يخرج شيء من ذلك عن ملكه إلا بإباحته لإنسان لمن أخذه ، ويعلم ذلك بطرحه الجميع وتبريه منه ، فهو ما لم يطرحه مالكه فإن سرقة سارق تعين قطعه . المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ و ٣٣٦ . ورأي الظاهريين الآراء إلى الفكر القانوني المعاصر ، غير أن ما ينبغي العمل به هو مذهب الإجماع نزولاً على حكم المادة ٢٣ من القانون التي توجب العمل بالمشهور في هذا المذهب يرد به نص .

بل إنهم يعتبرون المالية والتمول مرادفين ، فما لا يمكن تموله لا يعد في نظرهم مالاً على الإطلاق . يقول ابن عابدين في حاشيته : المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم ، والتقوم يثبت بها أو بإباحة الانتفاع بها شرعاً . فما يباح بلا تمول لا يكون مالاً كحبة حنطة ، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر . وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم^(١) . ومن قبل ذلك قال ابن نجيم هذا القول في البحر الرائق^(٢) . ولذلك فنحن نستبعد أن يكون واضح القانون قد قصد بالتمول شرطاً آخر تلزم إضافته غير المالية . ولا يعدو الأمر في اعتقادنا أن يكون عدم دقة في الصياغة ، وكانت عبارة النص تستقيم لو أن واضح القانون اشترط « أن يكون المسروق مالاً محترماً منقولاً مملوكاً للغير . . . الخ » .

هل يعتبر كمال المالية شرطاً في المسروق ؟

يتميز مذهب أبي حنيفة بالاحتياط البالغ لدرء الحد . ومن مظاهر ذلك أن فقهاءه لا يكتفون في إيجاب القطع بمجرد كون المسروق مالاً ، وإنما يشترطون فوق ذلك أن يكون كامل المالية . فإذا كان المال غير مطلق أو كانت ماليته مشوبة بالقصور فلا قطع عندهم ولو تجاوزت قيمة المسروق منه نصاباً . والمال المطلق عندهم هو ما جرت عادة الناس بتموله وادخاره لوقت الحاجة ، وغير المطلق ما

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣ و ٤ . غير أن في الحاشية مع ذلك استطراداً قد يوحى بصحة مذهب القانون ، إذ يقول ابن عابدين معقباً : وحاصله - أي ما تقدم - أن المال أعم من التمول ، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر ، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة ، والخمر مال لا متقوم . ولا يعني صدر هذا التعقيب أن بين المالية والتمول اختلافاً ، ولعلها زلة قلم من ابن عابدين ، بل هي كذلك في الواقع بدليل بقية عبارته . فهو لم يقصد المقارنة بين المالية والتمول ، وإنما قصد المقارنة بين المالية والتقوم . ولمن شاء أن يعيد قراءة عبارته.

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٧٧ . ويلاحظ أن عبارة ابن عابدين هي ذات عبارة ابن نجيم ، ولا تختلف عنها إلا في التعقيب الذي استطرده إليه ابن عابدين .

ليس كذلك وإن تموله الناس أحياناً وتعاملوا فيه بالبيع والشراء . وحجة الحنفية في ذلك أن قصور المالية يورث نقصاناً ، وفي النقصان شبهة العدم ، والحدود تدرؤها الشبهات .

ومن الأموال غير المطلقة عندهم الأموال التافهة . والمراد بالتفاهة هنا تفاهة الجنس لا تفاهة المقدار أو القيمة ، حتى أنه ليمتنع القطع فيها ولو تجاوزت قيمة المسروق منها نصاب القطع . ومما يعتبر تافهاً بهذا المعنى التراب والطين والأجر والفخار والتبن والحشيش والخطب . واستدل الحنفية بحديث لعائشة رضي الله عنها ، قالت : كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه ، أي الحقير . وصرفوا التفاهة الواردة في الحديث إلى تفاهة الجنس ، وعللوا ذلك بأن الناس لا يتمولون هذه الأشياء ولا يضمنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها ، بل يعدون الضئيلة بها من باب الخساسة^(١) .

ومن الأموال غير المطلقة كذلك ما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورته . كالماء والسّمك والملح والحجارة والطيور والوحوش . وحجة الحنفية أن هذه الأشياء تقل فيها الرغبات ولا تضمن بها الطباع ، فقلما تؤخذ على كره من المالك . وما كان كذلك لا يحتاج فيه إلى شرع الزاجر ، فأشبهت سرقتها سرقة ما دون النصاب من الأموال المطلقة . ويضيف الحنفية إلى ذلك حجة أخرى ، وهي أن الشركة العامة التي كانت في هذه الأشياء وهي على أصلها من الإباحة تورث الشبهة ، والحد يندري بها^(٢) .

ومن الأموال غير المطلقة أيضاً ما يتسارع إليه الفساد ، كاللحم واللبن والخبز والفاكهة الرطبة والبقول والرياحين والزرع الذي لم يحصد وعصير العنب ونفيع الزبيب ونبذ التمر . ويعتمد الحنفية على أحاديث رويت عن رسول الله

(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 .

منها قوله : لا قطع في الطعام ، وقوله : لا قطع في ثمر ولا كثر^(١) ، فما آواه الجرين فقيه القطع . ويقول السرخسي : إن سرق التمر من رؤوس النخل ولو في بستان محرز ، أو سرق حنطة في سنبها لم تحصد فلا قطع عليه ، لأن الثمار ما دامت في رؤوس الأشجار فإنه يتسارع إليها الفساد . ألا ترى أنها لو تركت كذلك فسدت ، وما كان كذلك كان تافهاً جنساً^(٢) . ويقول الكاساني : لو سرق تمراً من نخل أو شجر آخر معلقاً فيه فلا قطع عليه ، لأنه ما دام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع إليه الفساد ، أما إذا جذ الثمر وجعل في جرين ثم سرق ، فإن كان قد استحكم جفافه قطع ، لأنه صار مالاً مطلقاً قابلاً للادخار^(٣) . ولهذا أجاز الحنفية القطع في الحنطة والسكر لأن الفساد لا يتسارع إليهما^(٤) .

ويرى الحنفية كذلك ألا قطع في سرقة المصحف وكتب الشريعة وغيرها من كتب اللغة . ومن حججهم أن السارق يسرقها لا لورقها أو غلافها أو ما قد يكون عليها من حلي ، وإنما يسرقها لما فيها ، وما فيها ليس بمال ، إذ لا يجوز أخذ العوض عنه . ولا اعتبار عندهم بالورق ولا الغلاف ولا الحلية ، فهذه الأشياء توابع ، ولا اعتداد بالتبع ، وإنما يعتد بالأصل . واختلف فقهاء الحنفية فيما عدا ذلك من الكتب غير المحرمة ، فمنهم من أوجب القطع في سرقتها ومنهم من منعه^(٥) .

هذا هو رأي الحنفية بوجه عام : لا قطع عندهم إلا إذا كان المسروق مالاً مطلقاً لا قصور في ماليتة . أما الأئمة الثلاثة فيختلفون معهم ولا يذهبون مذهبهم في اشتراط كمال المالية ، ويكفي لديهم أن يكون المسروق مما يجوز بيعه

(١) الكثر بفتحيتين جمار النخل وقيل طلعتها . مختار الصحاح .

(٢) المبسوط ج ٩ ص ١٥٥ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٤) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٥) أنظر فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ - ٢٣١ .

ويعنينا في هذا المقام أن نبرز بوجه خاص رأي المالكية نظراً لأهميته القانونية . ومذهبهم أن القطع واجب في كل ما بلغت قيمته نصاباً ، سواء كان تافه الجنس أو مباح الأصل أو مما يسرع إليه الفساد ، حتى الماء يقطع فيه إذا أخذ للوضوء أو للشرب^(٢) . ويقرر الخرشي أن من أخذ ماء أو حطباً أو غير ذلك مما هو مباح في الأصل ويملك بوضع اليد عليه وأخرج من حرز مثله ما يساوي نصاباً فإنه يقطع لعموم الآية ، وكذلك لو كان المسروق فاكهة رطبة أو غيرها مما يتسارع إليه الفساد^(٣) . ويقطع كذلك في سرقة المصحف وغيره من الكتب الشرعية وكتب اللغة وسائر الكتب النافعة^(٤) .

ويلفت النظر مع ذلك عبارة وردت في المذكرة الإيضاحية للقانون جاء به أنه لا قطع في غير ما يتمول ، كالأشياء التافهة الحقيمة . وليس في هذه العبارة معنى العدول صراحة عن مذهب مالك والانحياز إلى مذهب أبي حنيفة ، فهي تقرر أصلاً متفقاً عليه ، وهو أنه لا قطع فيما ليس بمال . وإذا كانت المذكرة الإيضاحية قد مثلت لذلك بالأشياء التافهة الحقيمة ، فإنها لم ترم بذلك إلى اشتراط كمال المالية ، بل رمت فحسب إلى ضرورة ثبوت أصل المالية في المسروق^(٥) .

(١) ويلاحظ أن رأي أبي يوسف في هذا الشأن كراي الجمهور ، فهو يرى القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين . انظر فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ والمبسوط ج ١ ص ١٥٣ ويرى القطع كذلك في سرقة المصحف والكتب النافعة المباحة . فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) التاج والإكليل ج ٦ ص ٣٠٦ .

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

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

(٥) عكس ذلك عبد العزيز عامر : أحكام حد السرقة - مجلة كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية - السنة الأولى ، العدد الأول ص ٤٨٧-٤٨٨ . ولو صح جدلاً أن واضع

ثانياً : إحترام المال أو تقومه :

الشرط الثاني من شروط المسروق أن يكون مالاً محترماً . وهذا الوصف 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 مالته من جهة ، وفي احترامه أو تقومه من جهة أخرى . فأما الانتفاع الذي تثبت به المالية فيقصد به القدرة الفعلية على ذلك ، وأما الانتفاع الذي يكتسب المال به وصف التقوم أو الإحترام فيراد به الانتفاع المباح شرعاً دون ما عداه من صور الانتفاع الممكنة . فما يمكن الانتفاع به من الأشياء المحازة يعتبر مالاً ، 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 التقوم أو الإحترام 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 .

= المذكرة الإيضاحية أرادوا بالتفاهة هنا تفاهة الجنس لا تفاهة المقدار ، فإنه يتعين إطراح هذا التفسير ، لأن من الأصول المقررة لدى فقهاء القانون أن المذكرة الإيضاحية للتشريع يؤخذ بها على سبيل الاستثناس لا الإلزام ، لأنها لا تعتبر تفسيراً تشريعياً . فإذا تعارض رأي جاء به المذكرة الإيضاحية مع نص في القانون وجب إغفال رأيها . وعندنا أن التعارض قائم بين عبارة المذكرة الإيضاحية - إذا أولت على ذلك الوجه - وبين نص المادة ٢٣ التي تحيل فيما لا نص فيه على المشهور في مذهب الإمام مالك .

دراسات قانونية (٢٢)

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 يعده غير محترم أو غير متقوم . غير أن نطاق الحظر في كل من الشريعة والقانون الوضعي مختلف ، فمن الأموال ما يعتبر محترماً في القانون وغير محترم في الشريعة . والرأي عندنا أنه في حالة التعارض يجب الإعتداد بنظرة الشريعة بنظرة القانون . وفي هذا الصدد نقرر قاعدة عامة نلتزمها في الأحوال المماثلة وخلاصة هذه القاعدة أنه كلما استعمل تشريع السرقة والحراقة مصطلحاً له مفهوماً قانوني وآخر شرعي ، فالغلبة عند التعارض تكون للمفهوم الشرعي ، وعلى التحديد للمشهور في مذهب الإمام مالك . وهذا الرأي يؤيده أمران : الأول أن تشريع السرقة والحراقة تشريع إسلامي خالص . سواء فيما يتصل بشأنه انطباقه أو بنوع العقوبة المقررة فيه . وهذا الإعتبار يفرض على من يتصد لتفسيره الحذر في استخدام المفاهيم القانونية حتى لا يؤدي إقحام بعضها عليه إيقاع الحد في حالات لا يستقيم فيها إيقاعه شرعاً . ومن هذا القبيل ما نرى بصدد . فليس من المقبول أن يقطع في سرقة مال لا احترام له في نظر الشرع وإلا انتهينا إلى إيجاب الحد حيث لا يجب . فما دام القطع عقوبة مقررة شرعاً يتعين أن يكون المسروق محترماً شرعاً . والأمر الثاني أن المادة ٢٣ من تشريع السرقة والحراقة أوجبت الرجوع إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فيما لم بشأنه نص في هذا التشريع . وإذا كان صحيحاً أن تحديد معاني المصطلحات يعتبر بالمعنى الدقيق سداً لفراغ تشريعي ، إلا أنه مع ذلك وثيق الصلة وينبغي أن يهتدي فيه بنفس الضابط ، وعلى الأخص حين يكون للمصطلح مفهوم شرعي متداول يؤدي العدول عنه والأخذ بدلاً منه بمفهوم قانوني مخالف إهدار المقاصد أو المصالح الشرعية التي دعت إلى شرع الحد .

والنتيجة المنطقية لذلك هي امتناع تطبيق الحد على سرقة الأموال المحترمة في نظر الشريعة لاختلال أحد الأركان ، ولو كانت هذه الأموال محتمة

نظر القانون . وليس هناك ما يحول قانوناً دون العقاب على سرقة هذه الأموال بمقتضى قانون العقوبات إذا توافرت أركانها .

المال المحترم في فقه المالكية :

المال المحترم عند المالكية هو ما يجوز تملكه وبيعه^(١) ، وبعبارة أخرى هو ما يجوز التعامل فيه .

وتدل أقوال فقهاء المالكية على أنه يشترط للقطع أن يكون المال محترماً بإطلاق . فإذا كان محترماً بالنسبة إلى قوم دون قوم ، أو في حال دون حال ، فلا قطع فيه على الإطلاق .

ويتضح ذلك مما قرروه في سرقة الخمر والخنزير . فمذهبهم أن الخمر والخنزير محرمان على المسلمين دون الذميين ، ولذلك فإن كليهما يعتبر مالاً غير محترم بالنسبة للأولين ومحترماً بالنسبة للآخرين . فإذا اغتصب شخص من ذمي خمرًا وجب عليه رد عينها أو دفع قيمتها ، ولكنهم مع ذلك لا يقطعون بسرقتها ، سواء كانت مملوكة لمسلم أو لذمي ، وكذلك الشأن في سرقة الخنزير^(٢) . ويصرح فقهاء المالكية في هذا الصدد بأن من سرق خمرًا لذمي لا يقطع مع أنها مال

(١) حاشية الدسوقي وتقريرات عليس ج ٤ ص ٣٣٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٥١ .

(٢) وفي الفقه الإسلامي من يعتبر الخمر والخنزير مالاً غير محترم إطلاقاً ، سواء بالنسبة للمسلمين أو الذميين . وحجته أن العمدة في ذلك هو حكم الإسلام ، والإسلام لم يحل لأحد شرب الخمر ولا بيعها ، بل حرم ذلك على المسلم والكافر جميعاً . قال تعالى : يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً ، وقال عليه الصلاة والسلام : كل مسكر حرام . وهذا رأي الشافعية والحنابلة والظاهرية . أنظر مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ ، والمغني ج ١٠ ص ٢٨٢ ، والشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٧ ، والمحلى ج ١١ ص ٣٣٥ .

أما الحنفية فمذهبهم عدم القطع كالمالكية . قال الكاساني : يشترط أن يكون المال متقوماً مطلقاً ، فلا يقطع في سرقة الخمر من مسلم مسلماً كان السارق أو ذمياً ، لأنه لا قيمة =

محترم^(١). ولا ينفرد المالكية بهذا الرأي ، وإنما يتفق معهم في نتيجته
والشافعية والحنابلة والظاهرية^(٢).

ويتضح مذهب المالكية أيضاً مما قرروه في شأن سرقة الأموال التي
تملكها أو هبتها دون بيعها . من ذلك سرقة الكلب المأذون في اتخاذها ،
للصيد أو للحراسة^(٣) ، فقد رُوي أن النبي ﷺ نهى عن بيعه . والرأي
المالكية أنه لا يقطع بسرقة بالرغم من ثبوت ملكيته^(٤) . ومن ذلك أيضاً
الأضحية ، فهي إن سرقت بعد ذبحها وقبل التصديق بها على فقير أو إهدائها

= للخمير في حق المسلم ، وكذا الذمي إذا سرق من ذمي خمرأ أو خنزيراً لا يقطع ،
وإن كان متقوماً عندهم فليس بمتقوم عندنا ، فلم يكن متقوماً على الإطلاق . بد
الصنائع ج ٧ ص ٧٠ - ٧١ .

(١) الخرشني ج ٨ ص ١١١ و ١١٦ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٦ ، البهجة في
التحفة ج ٢ ص ٣٦١ ، الشرح الصغير ج ٥ ص ١٢٧ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ - ٧١ ، مغني المحتاج
ص ١٦٠ ، الأم ج ٦ ص ١٣٤ ، المغني ج ١٠ ص ٢٨٢ ، الشرح الكبير ج
ص ٢٤٧ ، كشف القناع ج ٦ ص ١٣١ ، المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ .

ومن فقهاء الشريعة من أوجب القطع في سرقة خمر الذمي وخنزيره لأنها حلال في دينه
ويروى ذلك عن عطاء . أنظر المحلى ج ١١ ص ٣٣٤ .

أما التبغ فقد أفتى المالكية بأنه متقوم ، سواء كان مما يدخن أو يستنشق ، لأنه طاهر
منفعة شرعية لمن اختلت طبيعته نتيجة لاستعماله . فهو عندهم كسائر العقاقير
يتداوى بها من العلل . ولما كانت هذه العقاقير متقومة بلا خلاف ، فكذلك التبغ

أنظر فتح العلي المالكي في الفتاوى على مذهب الإمام مالك ج ٢ ص ١٨١ .

(٣) أما غير المأذون فيه فلا خلاف عليه ، ومن ثم لا نطع في سرقة باتفاق . أنظر بداية المجتهد
ج ٢ ص ١٢٦ .

(٤) والمسألة مع ذلك محل خلاف في الفقه المالكي . فابن القاسم يرى عدم القطع في سرقة
الكلب مطلقاً ، أما أشهب فيفرق بين المأذون باتخاذها والمنهي عن اتخاذها ، ويرى وجوب
القطع في الأول دون الثاني . والرأي الأول مذهب المدونة وعليه جمهور فقهاء المالكية
أنظر الشرح الصغير ج ٥ ص ١٢٧ ، التاج والإكليل ج ٦ ص ٣٠٧ ، البهجة
شرح التحفة ج ٢ ص ٣٦١ ، الخرشني ج ٨ ص ١١٦ ، حاشية الدسوقي ج
ص ٣٣٦ ، وانظر كذلك في عرض الخلاف : تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٦٨ .

فلا قطع فيها لامتناع بيعها^(١).

أما إذا كان المال مما يجوز اتخاذ أصله وبيعه فصنع منه ما لا يجوز استعماله كآلات اللهو والأصنام والصلبان ، فالرأي عند المالكية أن ينظر إليها مجردة من منفعتها المحرمة ، فإن بلغت على هذا النحو نصاباً ففيها القطع ، وإلا فلا . وفي هذا الصدد يقول الدسوقي في حاشيته : لا قطع على سارق آلات اللهو إلا أن تساوي بعد كسرها نصاباً . وليس المقصود كسرها فعلاً لإتمام التقرير ، بل يكفي في اعتبار قيمة الآلة تقدير كسرها وإن لم تكسر بالفعل^(٢) . أما الصلبان المصنوعة من الذهب أو الفضة فيقوم ما فيها من المعدن دون صنعة ، فإن بلغ نصاباً ففيه القطع^(٣).

وأما إذا كان المال مما يستخدم في العادة لأغراض مشروعة ولكن صاحبه انحرف به فصرفه إلى غرض محرم ، فالرأي عند المالكية وجوب القطع إذا بلغ المال نصاباً دون اعتداد بعدم مشروعية العرض . ومثال ذلك أوعية الخمر سواء كانت

(١) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٦ ، الشرح الصغير ج ٥ ص ١٢٧ ، القرطبي ج ٦ ص ١٦٨ .

(٢) أنظر المراجع الثلاثة السابقة والمواضع المشار إليها فيها . ويلاحظ أن المسألة تختلف عليها في الفقه الإسلامي . فالحنفية يرون عدم القطع في آلات اللهو إطلاقاً لعدم تقومها عندهم . ولذلك فهم لا يوجبون الضمان على متلفها . وعند أبي حنيفة أن متلفها إن ضمنها لغير اللهو فإنه يتأول أخذها ، وهذا شبهة تدرأ الحد . فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٢ . ويرى الحنابلة كذلك عدم القطع فيها ولو بلغت قيمتها بغير تأليف نصاباً ، لأنها آلة للمعصية فأشبهت الخمر ، ولأن لأخذها حقاً في أخذها لكسرها ، فكان ذلك شبهة مانعة من القطع . الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٧ ، المغني ج ١٠ ص ٢٨٢ ، كشف القناع ج ٦ ص ١٣٠ - ١٣١ . وفي المذهب الشافعي قولان : أحدهما يوافق قول الحنفية والحنابلة ، والثاني كراي المالكية . ويرى الخطيب أن الثاني أصح عند الأكثرين ونص عليه في الأم . مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ وانظر كذلك الوجيز للغزالي ج ٢ ص ١٧٢ ، وقارن الأم ج ٦ ص ١٣٤ .

(٣) القرطبي ج ٦ ص ١٦٨ . ويرى الشافعية رأي المالكية . أنظر مغني المحتاج ج ٤ ص ١٦٠ . أما الحنفية فلا يرون القطع إطلاقاً لأنه يتأول أخذها لكسرها . أنظر بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٢ . وفي مذهب الإمام أحمد قولان ، أنظر المغني ج ١٠ ص ٢٨٣ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٨ .

فارغة أو مملوءة^(١).

سرقة الأموال التي يحظر القانون التعامل فيها أو يقيده :

من الأموال طائفة يحظر القانون على الناس تملكها إلا بشروط معينة ، وقبلها المواد المخدرة والأسلحة والنقد الأجنبي . والراجح في فقه القانون الوضع أن سرقة هذه الأموال لا تنطبق عليها أحكام السرقة المعاقب عليها تعزيراً إلا الحالة التي يعترف فيها القانون بصحة الملكية^(٢).

غير أن التفرقة في شأن هذه الأموال بين الملكية المعتبرة والملكية غير المعتبرة لا تستقيم في اعتقادنا عند تطبيق أحكام السرقة المعاقب عليها حداً ، ذلك المالكية كما رأينا لا يقنعون بحرمة عين المال المسروق ، بل يشترطون كذلك يكون جنسه محترماً بإطلاق . ولما كان الأصل في بعض الأموال هو حظر التملك والاستثناء جوازه ، فإن هذه الأموال - بالنظر إلى جنسها - لا تعتبر محترمة بإطلاق . ويؤدي أصل المالكية إلى امتناع القطع فيها تماماً ولو انصبت السرقة ما يبلغ منها نصيباً مآذوناً في تملكه وفقاً لأحكام القانون . على أن امتناع القطع يحول بطبيعة الحال دون عقاب السارق تعزيراً إذا اكتملت شروط السرقة - المو - للتعزير ، لأنه لا تلازم بالضرورة بين امتناع الحد وامتناع التعزير .

(١) حاشية الدسوقي ح ٤ ص ٣٣٦ ، الخرشي ح ٨ ص ١١٦ . وفي المذهب الشافعي قولان ، أحدهما يقطع بسرقة الإيئة ولو كان فيه خمر لأنه يقطع به ولو كان فيه بول والآخر لا يقطع إذا كان فيه خمر لأن ما فيه مستحق الإيئة فيكون شبهة . أنظر معناه المحتاج ح ٤ ص ١٦٠ . وفي مذهب أحمد قولان أيضاً ، أحدهما يوجب القطع ولو كان في الإيئة خمر لأنه كمن سرقه ولا شيء فيه ، والآخر لا يقطع إذا كان في الإيئة خمر لاتصاله بما لا قطع فيه . المغني ج ١٠ ص ٢٨٢ و ٢٨٣ ، والشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٧ و ٢٤٨ . فأما إن كان الإيئة فارغاً فلا خلاف في وجوب القطع لأن الإيئة تحريم فيه وإنما تحرم على صاحبه نيته ، فأشبه ما لو سرق سكيناً معدة لذبح الخنازير سيفاً معداً لقطع الطريق . الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٤٩ .

(٢) أنظر جرائم الأشخاص والأموال - عوض محمد ص ٢٦١ وما بعدها .

وقد يتوهم أن في هذا الرأي نقضاً لمبدأ قررناه من قبل ، وهو أن احترام المال أو تقومه في تطبيق تشريع السرقة والحراقة مناطة حكم الشريعة لا حكم القانون . وعند التأمل يتضح أنه لا تعارض مطلقاً بين ما قررناه من قبل وما نقرره هنا . ذلك أن احترام المال في القانون الوضعي لا يعني بالضرورة إعتباره كذلك في الشريعة الإسلامية . ويشهد على ذلك الواقع التشريعي في عديد من البلاد الإسلامية المعاصرة . فالخمر والخنزير في تشريع بعض هذه البلاد أموال محترمة يصح التعامل فيها قانوناً ، سواء كان مالكةا ذمياً أو مسلماً ، في حين أن علماء الشريعة متفقون على أنها غير محترمة بالنسبة للمسلم ومختلفون عليها بالنسبة للذمي . ومن هنا وجب الإعتداد بحكم الشريعة ، فلا يقطع بسرقة الخمر والخنزير لأن كلا منهما غير محترم بإطلاق . أما الصورة العكسية فمختلفة ، لأنه إذا حرم التشريع الوضعي التعامل في بعض الأموال ولم نجد في أحكام الشريعة نصاً صريحاً بالتحريم فذلك لا يعني بالضرورة أن هذه الأموال محترمة شرعاً . فمن المعلوم أن المالكية يجعلون الإستصلاح طريقاً شرعياً لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع . وعندهم أنه إذا طرأت واقعة ليس في الشريعة حكم لها من نص أو قياس وكان من المناسب تشريع حكم لها يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً ، فإن هذا الحكم يصح شرعاً ويكون أساسه المصلحة المرسلية . ووجه اعتبارها مرسلية - أي مطلقة - أنه لا يوجد في الشريعة ما يدل على اعتبارها أو إلغائها^(١) . ومؤدى ذلك أنه إذا حظر القانون الوضعي التعامل في أموال معينة دفعاً لضرر عام أو جلباً لمنفعة عامة فإن هذه الأموال تصبح غير محترمة قانوناً وشرعاً ، وبالتالي يمتنع القطع في سرقتها ، لأن المحظور شرعاً كالمعدوم حساً .

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه - عبد الوهاب خلاف - دار القلم - الكويت ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م ص ٨٨ - ٨٩ . ويشترط الأصوليون لبناء الحكم على المصلحة المرسلية شروطاً ثلاثة : أولها أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية ، وثانيها أن تكون مصلحة عامة ، وثالثها ألا يعارضها نص ولا إجماع . المرجع السابق ص ٩٩ - ١٠٠ . وانظر في الموضوع أيضاً : الجريمة في الفقه الإسلامي - محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة ص ٢٣٧ - ٢٣٩ .

ثالثاً : صفة المنقول :

لا تقع السرقة بحسب تنظيمها الشرعي إلا على منقول ، ففعلها يتمثل في إخراج المال من حرزه ، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان المسروق منقولاً . أما العقار فيأبى بطبيعته أن يكون محلاً للسرقة . وقد يتصور أن يقوم أحد الملاك بنقل الحد الفاصل بين عقاره وعقار جاره ويتمكن بذلك من الإستيلاء على جزء من أرضه ، ومع ذلك ففعله لا يعتبر سرقة ، لأنه لم ينصب في واقع الأمر على المال ذاته ، بل على حرزه . فالجار لم ينقل المال من حرزه ، وإنما نقل الحرز من مكانه .

وإذا كان فقهاء الشريعة لم ينصوا في باب السرقة على شرط المنقول استقلالاً ، فلأنه شرط مفهوم بالضرورة ، يشف عنه المعنى اللغوي للفظ السرقة من جهة ، كما تمليه طبيعة الفعل المكون للسرقة من جهة أخرى . وليس في الأمثلة التي ضربها فقهاء الشريعة - على كثرتها - ما يلقي ظلاً من الشك في أن صفة المنقول شرط لازم . ولكن هذه الصفة لفرط لزومها أغنت الفقهاء عن ذكرها . أما قانون السرقة والحراقة فقد نص عليها صراحة ، وجاء بالمذكرة الإيضاحية أنه لا قطع في غير المنقول من العقارات ونحوها ، وذلك لعدم إمكان نقلها وإخراجها من الحرز الذي هو أساسي لإقامة حد السرقة .

فكرة المنقول في تطبيق أحكام السرقة :

المنقول في النظر القانوني أما منقول بطبيعته أو منقول بحسب المآل . فأما المنقول بالطبيعة فهو كل شيء يمكن نقله من مكانه دون تلف (م ٨٢ / ١ مدني) . وأما المنقول بحسب المآل فهو عقار في ذاته ، ولكنه يحمل اسم المنقول تجوزاً ويستعير أحكامه على أساس أنه سينقل منقولاً في زمن قريب . ومن قبيله الأشجار المعدة للقطع ، والمباني المهيأة للهدم ، والمحصولات الزراعية التي مآلها الحصاد أو الجنى ، والأحجار والمعادن المعدة للقطع أو الاستخراج من المحاجر والمناجم .

ويطلق لفظ المنقول كذلك على طائفة من الأشياء المعنوية ، كحق المؤلف والمحل التجاري والإسم التجاري وأسماء الأشخاص الطبيعيين والمعنويين والعلامات والبيانات والإختراعات القابلة للإستغلال الصناعي (م ٨٣ / ٢ مدني) . وعلى الرغم من أن تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول مبني على مدى ما تتمتع به من ثبات أو قابلية للحركة ، إلا أن القانون المدني يعتبر هذه المعنويات من قبيل المنقول ، إستناداً إلى أن كل ما ليس عقاراً فهو منقول .

أما العقار في النظر القانوني فهو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف (م ٨٢ / ١ مدني) . ويطلق لفظ العقار مع ذلك على طائفة من الأموال لو أخذت بمعيار القابلية للحركة والنقل ما كانت إلا منقولاً . 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 إتصل بالعقار اتصال الخادم بالمخدوم فحمل إسمه وأخذ حكمه . ومن أمثله دواب الزراعة وآلاتها ، وأدوات المصانع ونحوها (م ٨٢ / ٢ مدني) .

ويتفق 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 إتصال قرار وغير قابلين للنقل مع احتفاظهما بشكلهما ، وإنما بالنقل يصبح الشجر حطباً والبناء أنقاضاً^(١) .

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

ولدينا أن التزام المفهوم التقليدي للمنقول والعقار في تطبيق أحكام السرقة 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 الخفاء دابة من دواب الزراعة أو بعض آلاتها ، بدعوى أن هذه الأشياء تعتبر من العقارات . وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لقانون السرقة والحرابة لهذه المشكوك وحرصت على تفادي تلك النتيجة الشاذة فصرحت بإمكان وقوع السرقة على أنوار معينة من العقارات ، ولكنها عللت ذلك تعليلاً لا يصمد أمام المنطق القانوني السليم ، فقد جاء بها أنه إذا استل الجاني أخشاب منزل أو اقتلع باباً أو شباكاً منه صارت منقولة وطبقت عليها أحكام السرقة لتمام الشروط وكما أن الأركان حينذاك^(١) . وهذا التعليل يعتمد أساساً على التزام المفهوم التقليدي لكل من العقار والمنقول . غير أن الإنطلاق من هذا المنطلق يفضي حتماً إلى غير ما انتهت إليه المذكرة الإيضاحية . ذلك بأنه إذا كانت أخشاب المنزل وأبوابه ونوافذه تكتسب وصف المنقول إلا بعد استئلاها من مواضعها فإنه يمتنع القطع فيها حتماً لأنها لحظة أخذها كانت عقاراً ولا قطع في سرقة العقار ، وهي حين أصبحت منقولة لم تعد محرزة ولا قطع في سرقة غير المحرز .

والصحيح أن مفهوم المنقول في تطبيق أحكام السرقة يختلف عن مفهومه في نظرية الأموال . وهذا الاختلاف محل إجماع لدى فقهاء القانون الجنائي الوضعي . فالرأي عندهم أن العقار بالاتصال تجاوز سرقة ، ومثله العقار بالتخصيص^(٢) . وتأصيلاً لهذا الإجماع يمكن تعريف المنقول في السرقة بأنه كل مال يمكن نقله من مكانه على أي وجه ، أو هو بعبارة أخرى كل شيء لا يستحيل نقله من مكانه . وينطبق هذا التعريف تمام الانطباق على حد السرقة . وعلى ذلك

(١) أنظر في هذا المعنى أيضاً : عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ج ٢ ص ٥٤٣ ، وانظر كذلك عبد العزيز عامر - أحكام حد السرقة - مجلة كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية ص ٤٧٩ - ٤٨٠ .

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

يقطع بسرقة أبواب المنازل ونوافذها ودواب الزراعة وآلاتها ، وأتربة الأرض وأحجارها ومعادنها ، باعتبار هذه الأموال في تطبيق أحكام السرقة منقولات لا عقارات .

وقد يعترض على ذلك بأن توسيع دائرة المنقول على هذا النحو يتجافى مع المشهور في مذهب مالك . غير أنه يلاحظ في هذا الصدد أن المالكية لم يشترطوا صراحة في المسروق أن يكون منقولاً ، وإنما هذا الشرط اجتهاد من واضع القانون خلص إليه باعتباره من لوازم الفعل المكون للسرقة ، وهو إخراج المال خفية من حرزه . ولعل واضع القانون عندما نص على هذا الشرط كان متأثراً بالطريقة التي صيغت بها نصوص السرقة المعاقب عليها تعزيراً في قانون العقوبات . أما المالكية وغيرهم من فقهاء الشريعة لم يعرضوا لهذا الشرط استغلاً . ويمكن القول بأن المالكية لم يجل بخاطرهم قصر السرقة الموجبة للحد على المنقول بمفهومه الضيق الذي حدده فقهاؤهم في نظرية المال . بل إننا نجد في كتبهم ما يثبت إمكان وقوع السرقة على أنواع من الأموال تعتبر في التصور القانوني وفي تصور المالكية عقارات . فالمذهب عندهم قطع من سرق باب المسجد أو الدار أو سرق سقفه أو بلاطه أو قناديله أو حصره^(١) . وفي نصوص القانون ذاته ما ينفي إتجاه قصد واضعه إلى صرف معنى المنقول فيه ذلك المنصرف الذي انتقدناه . فالمادة الثالثة تدرأ الحد للشبهة « إذا كان المسرقة ثماراً 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 إذا كان المسروق ثماراً على الشجر أو نباتاً غير محصود ، وأخرج الجاني منه ما يساوي نصاباً . ولا خلاف في أن الثمر على شجره والنبات في أرضه عقار بمفهوم المالكية .

ونخلص من كل ما سبق إلى الملاحظات الآتية :

أولاً : أن المالكية وغيرهم من فقهاء المذاهب الثلاثة يشترطون صراحة في المسروق

(١) الخرشي ح ٨ ص ١١٩ ، حاشية الدسوقي وتقريرات عليس ح ٤ ص ٣٤١ .

أن يكون منقولاً ، وإنما يستفاد من جملة أقوالهم أنه يلزم أن يكون
صالحاً لوقوع الفعل عليه .

ثانياً : أن المالكية يقطعون في سرقة طائفة من الأموال تعتبر في التصور القاع
عقارات .

ثالثاً : أن نصوص القانون ذاته تسمح بالقطع في سرقة أموال يعدها المال
عقارات .

رابعاً : أن المذكرة الإيضاحية صرحت بالقطع في سرقة أموال تعد من العقار
كانت قد احتالت لإسباغ المنقول بمعناه الضيق عليها .

ومؤدى هذه الملاحظات جميعاً أن لفظ المنقول في تطبيق حد السرقة لا يقي
فحسب على ما عدا الأرض والبناء والشجر ، بل ينصرف إلى كل ما يمكن نقله
مكانه ، سواء بقي سالماً أو تعرض للتلف . وبهذا المعنى يشمل المنقول ما في
الأرض أو على سطحها أو ما رصد لخدمتها من الآلات والدواب ، كما يش
أجزاء البناء^(١) والشمار والشجر .

المنقول المادي هو وحده محل السرقة :

يقتضي تعريف السرقة وتنظيمها الشرعي أن يكون المنقول المادي وحده
أو الأعيان بلغة الشرعيين ، هو موضوعها ، لأن هذا المنقول دون غيره هو ما ي
إحرازه وإخراجه من حرزه . والرأي متفق في الفقه الجنائي على أن ما
المنقول المادي من أموال معنوية كالحقوق والإبتكارات على اختلاف صورها
تصلح محلاً للسرقة . على أن هذه الأموال إذا اتخذت مظهر مادياً تمثل في وثيقة
(٢) يرى الحنابلة والشافعية القطع في سرقة أبواب الدور ونوافذها وجدرانها وأسقفها . أن
المغني ح ١٠ ص ٢٥٥ ، كشاف القناع ح ٦ ص ١٣٩ ، مغني المحتاج ح
ص ١٦٥ . أما الحنفية فلا يوجبون القطع لعله تتصل بشرط الحرز كما سرى ولا ش
لها بما نحن بصددده .

محرر ، فهذه الوثائق والمحركات تكون عندئذ منقولات مادية يصح أن ترد عليها السرقة . ولهذا يمكن وقوع الجريمة على الأصول التي دونت فيها المؤلفات والاختراعات ، وعلى العقود والإيصالات والسندات والصكوك والأسهم والحوالات .

والشيء المادي هو ما يشغل حيزاً من فراغ الكون ويمكن إدراكه بحواس الإنسان . ويعرف أيضاً بأنه كل ما له كيان ذاتي مستقل في العالم الخارجي . وقد يكون الشيء المادي جسماً صلباً أو سائلاً أو غازياً . أما المواد الصلبة فهي في غنى عن التمثيل لها لأنها أكثر المواد شيوعاً . ولا تختلف المواد السائلة عنها أيضاً ، ومن قبيلها النفط والزيت والخل والكحول والمواد 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 أنواعها يمكن إدراكها بالحواس ، سواء تم ذلك مباشرة أو عن طريق الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة . ومن أمثلة هذه الغازات : غاز الاستصباح والأكسجين والبتاجاز والكلور .

حكم الطاقات والقوى الطبيعية :

شغل الفقه والقضاء المقارنان بتحديد الطبيعة القانونية للطاقات وقوى الطبيعة ، وطال الجدل فيها حول الكهرباء على وجه الخصوص . وذهب البعض إلى أن الكهرباء مادة لأنها قابلة للنقل من مكان إلى آخر ، وأنها - كما أثبتت الكشوف العلمية - تتكون من ذرات صغيرة تنتقل في الفضاء وفي الأسلاك ، ولهذا تمكن سرقتها كغيرها من الأشياء المادية . وذهب آخرون إلى أن الكهرباء ليست مادة ، وإنما هي قوة طبيعية لم يهتد العلماء بيقين إلى معرفة كنهها ، أو 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 معنوية كالآراء والأفكار . وليس يعنينا البحث عن كنه الكهرباء : أهى مو تسري ، أم تيار ينساب ، أم ذرات تهتز وتحتلج ، وحسبنا التحقق من وجود المادي . وهذا الوجود حقيقة لا تقبل الإنكار ، فالكهرباء يمكن تعبئتها وقياسها وحبسها وإطلاقها . ولا يمكن أن يكون الشيء الذي يخضع لهذا من ضروب السيطرة شيئاً معنوياً ، فمن المحال أن يتحكم الإنسان في معنوي وأن يسخره لإرادته على هذا النحو المتقن الدقيق .

وعلى أي حال فالبحث في هذا الموضوع لم يعد يثير لدى رجال الفقه اهتماماً كبيراً ، فقد اتفقت آراء الفقهاء واستقرت أحكام القضاء في معظم الدول على أن الكهرباء تصلح محلاً للسرقة . أما الدول التي رفض قضاؤها إقرار القاعدة فلم يتوان المشرع فيها عن التدخل بالنص الصريح ليحمل القضاء اعتبار الكهرباء منقولاً مادياً تجري عليه أحكام السرقة . وأكدت تشريعات أخرى هذه القاعدة ، أما حسماً للخلاف أو احترازاً منه ، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الليبي ، فقد صرحت المادة ٢٤٤ / ٢ منه بأنه يعد من الأفعال المنقولة في حكم قانون العقوبات الطاقة الكهربائية وجميع أنواع الطاقة ذات الطبيعة الاقتصادية . وليس في هذا النص ما يخالف أصلاً شرعياً ، ولذلك فإن حكم يقتصر على السرقة المعاقب عليها تعزيراً ، بل يسري كذلك على السرقة المعاقب عليها حداً ، لأن الطبيعة القانونية للطاقة لا تختلف باختلاف عقوبة السرقة . ذلك فالحد واجب الإقامة على سارق الكهرباء وغيرها من الطاقات إذا اكتت سائر الشروط التي يتوقف الحد على ثبوتها^(١) .

(١) ولا يجوز القطع مع ذلك على سرقة الكهرباء في ليبيا ، لعلة أخرى . فالمادة الثالثة تشريع السرقة والحراية تنص على عدم تطبيق الحد - للشبهة - إذا كان المسروق مملوكاً للمال ، أي إذا كان مالاً عاماً . ومرفق الكهرباء في ليبيا مرفق عام تديره الدولة يقطع في سرقة ماله .

رابعاً : ثبوت السلكية للغير :

لا يكفي لوقوع جريمة السرقة أن يستولي الشخص على مال غير مملوك له ، وإنما يلزم أن يقع الإستيلاء على مال مملوك لغيره ، لأن العقاب على السرقة ليس مقصوداً به حماية « مالية » الشيء ، وإنما المقصود به حماية « ملكية » الغير له . وهذا الشرط لا يقتضي عناء في استخلاصه ، فحكمة التشريع وتوجيهه ، والفقه مجمع عليه ، ولهذا فقد نص القانون عليه صراحة .