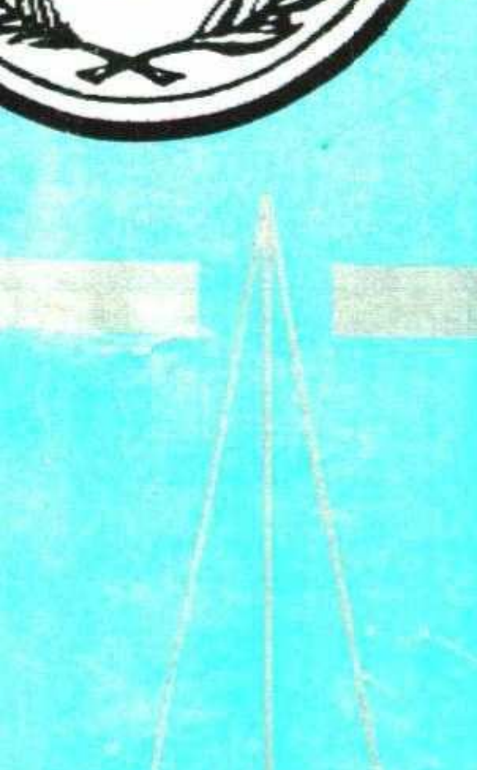
عدد خ

تشريعات الح

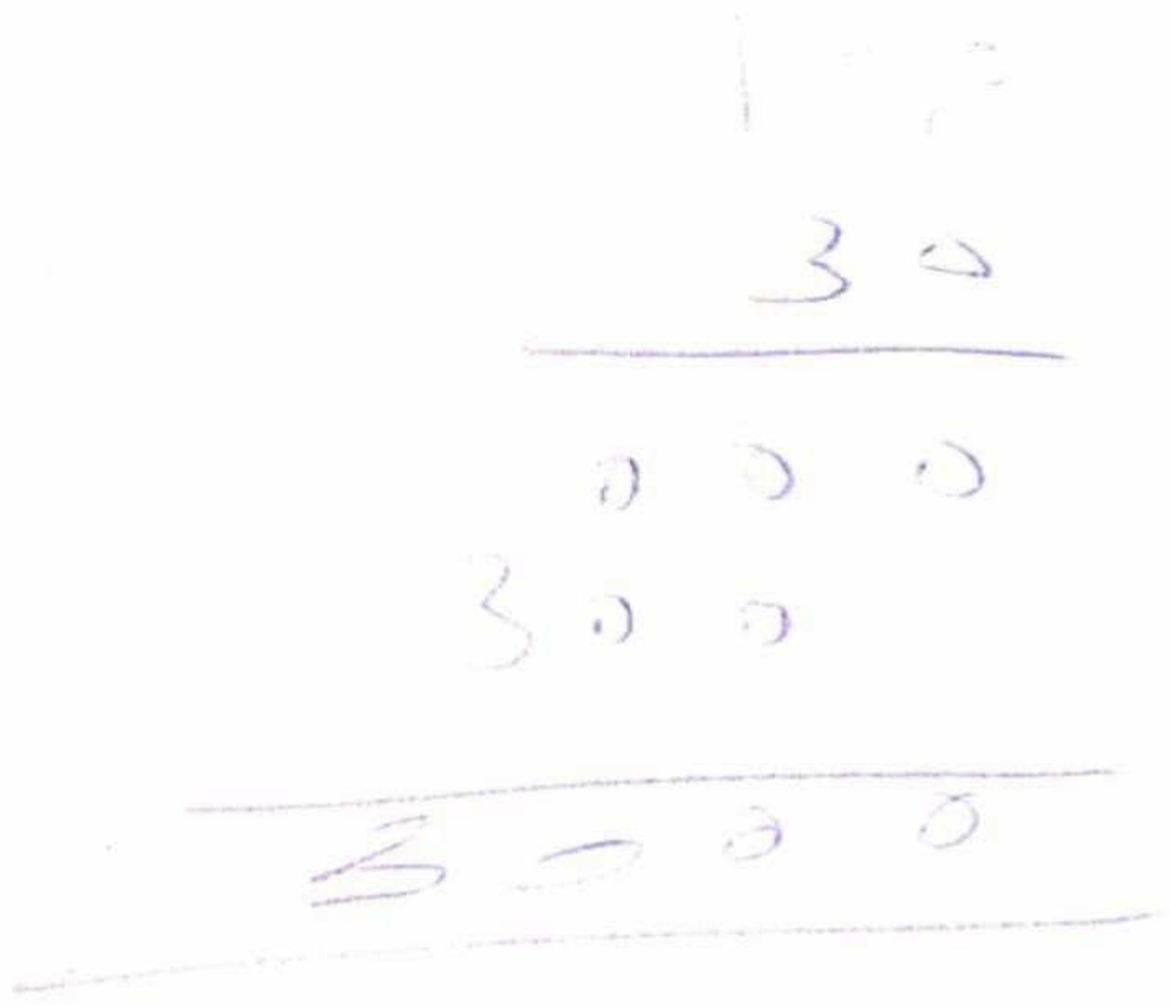
دراسات قانونية

مُجلّد سَنَوِيّ يَصْدُرُ عَنْ أعضَاءِ هَيئَةِ التَدرِيسْ بِكُلِّيَّةِ الحُقُوق
بجَامِعَة قَارْيُونسْ





المجلد السّابع السَنة الثَامِنَة ١٩٧٨



دراسات قانونية

تنبيه . يشار إلى هذه المجلة على النحو الآتي :

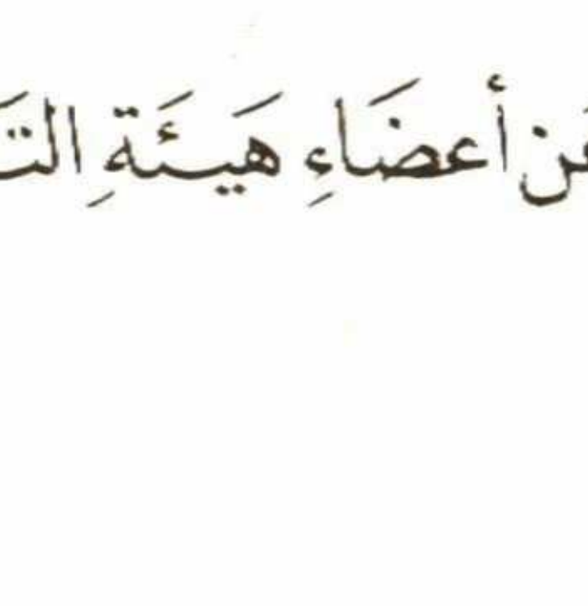
دراسات قانونية ـ جامعة قاريونس ـ بنغازي

المجلد السابع

منشورات جامعة قاريونس
كلية الحقوق

دراسات قانونية

مجلّد سنويّ يصدُر عن أعضاءِ هيئةِ التدريس بكليّةِ الحقوق



١٩٧٨
السنة الثامنة
المجلد السّابع

هيئة تحرير مجلة دراسات قانونية :

١ ـ د. عبد السلام علي المزوغي	رئيس اللجنة الشعبية بالكلية
٢ ـ د. عبد الرزاق المرتضى سليمان	وكيل اللجنة الشعبية بالكلية
٣ ـ د. سعيد محمد الجليدي	رئيس وحدة بحوث القانون
٤ ـ د. محسن الشيشكلي	عضو وحدة بحوث القانون
٥ ـ د. خالد الشاوي	عضو وحدة بحوث القانون
٦ ـ د. محمد سامي النبراوي	عضو وحدة بحوث القانون

محتويات العدد

٧ ـ تقديم: . . . . . د. عبد السلام علي المزوغي
[رئيس اللجنة الشعبية لكلية الحقوق]

٩ ـ التقرير الختامي عن أعمال ندوة تشريعات الحدود . . . . . .

١٧ القسم الاول : حول صياغة تشريعات الحدود :

١٩ أولا : اتخاذ الشريعة الاسلامية مصدراً أساسياً للتشريعات

٢١ ١ ـ نص القرار ومذكرته الايضاحية.

٣١ ٢ ـ الشريعة الاسلامية : مدى صلاحيتها للحلول محل القوانين الوضعية وكيفية ذلك. المستشار / علي علي منصور .

١١٣ ثانياً: صياغة تشريعات الحدود:

١١٥ ١ ـ الجوانب الايجابية والسلبية في صياغة تشريعات الحدود .

١١٧ أ ـ تقرير الدكتور / عبد العزيز عامر.

١٤٩ ب ـ تقرير الاستاذ / المحامي ابراهيم الغويل.

١٦٩ ٢ ـ دعوى التعارض بين عقوبات الحدود ومفاهيم العصر.

١٧١ أ ـ تقرير الدكتور / عبد اللطيف الشيرازي الصباغ .

١٩٧ ب ـ تقرير الدكتور / محمد سعيد رمضان البوطي .

٢١٥ ٣ ـ الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب.
تقرير الدكتور: وهبه الزحيلي.

٢٥٧ القسم الثاني : حول تطبيقات تشريعات الحدود :

٢٥٩ أولاً : التطبيق القضائي لتشريعات الحدود ومشاكله.
ـ تقرير الدكتور / احمد رفعت خفاجي.

٢٨١ ثانياً : بعض حالات تنازع نصوص متصلة بجرائم الحدود.

تقرير الدكتور / عوض محمد عوض.

٢٨١ ١ ـ التنازع بين النصوص الخاصة بالشروع في الوقاع وهتك العر

٢٩٠ ٢ ـ التنازع بين نصوص الزنى والمواقعة في التشريع الليبي .

٣٠٧ ثالثاً : عن الاثبات : ـ الدكتور / عوض محمد عوض.

٣٠٩ ١ ـ إثبات الحد في تشريع الزنى بين الاطلاق والتقييد.

٣٢٨ ٢ ـ محل السرقة الموجبة للقطع في التشريع الليبي .

٣٥٣ رابعاً : أثر صدور تشريعات الحدود على السلوك الاجتماعي للأفراد في ليبيا

تقرير الدكتور / محمد نيازي حتاته.

٣٦٧ القسم الثالث : ملحق بنصوص بتشريعات إقامة الحدود : ـ

٣٦٩ أولا : قانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٥ م في شأن تعديل بعض احكام قوانين اق
الحدود . . .

٣٧٠ ثانياً : قانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢م في شأن اقامة حدي السرق
والحرابة . . .

المذكرة الايضاحية للقانون الخاص بإقامة حدي السرقة والحرابة .

٣٨٣ ثالثاً : قانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣م في شأن اقامة حد الزنى وتعديل بعض
احكام قانون العقوبات . . .

٤٣٤ رابعاً: قانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤م في شأن اقامة حد القذف. . .

٤٤١ خامساً : قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ م في شأن تحريم الخمر واقامة حد
الشرب . . .

٤٥٠ مذكرة ايضاحية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ م في شأن تحريم الخمر
واقامة حد الشرب . . .

تقـــدِيـــم

قطعت ثورة الفاتح من سبتمبر العظيمة أشواطاً جادة في طريق إعادة الأمة العربية والإسلامية إلى أصالتها الفكرية النابعة من أصول دينها الإسلامي الإنساني العظيم .

إن الطريق إلى الأصالة الفكرية طريق شاق وصعب ولا يمكن ولوجه إلا بوسيلة الثورة الثقافية ، لأن الأمة العربية والإسلامية ابتعدت أو أبعدت عن أصالتها حقبة طويلة من الزمن بسبب التخلف والجمود اللذين رانا عليها بسبب ما ابتليت به من استعمار غاشم وحكم رجعي مستبد أبعد المواطن العربي عن هويته القومية والدينية وجعله عبداً عديم الإرادة يتخبط فيما يدور حوله من صراع مذهبي ، سياسي واجتماعي واقتصادي .

والخطوة العملية الأولى التي خطتها ثورة الفاتح من سبتمبر العظيمة نحو تأكيد أصالتنا القومية والدينية كانت بموجب قرار سياسي صادر من مجلس قيادة الثورة سابقاً في ٩ / رمضان ١٣٩١ هـ الموافق ٢٨ / اكتوبر ١٩٧١ م تمّ بموجبه اعتباره الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع ، وتطبيقاً لذلك فقد شكلت لجان متعددة لاعادة صياغة كثير من التشريعات الوضعية في ظل هذه الفلسفة الجديدة فكانت تجربة متواضعة لا زالت في أول الطريق .

وبموجب وثيقة اعلان سلطة الشعب أصبح القرآن الكريم شريعة المجتمع وانطلاقاً من ذلك ستقود الثورة الثقافية التغيير الجذري في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية للأفراد بما لا يتنافى مع الدين وستؤدي الى تحطيم أي تشريع يجافي ما شرع الله لعباده المسلمين ، فمن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون وأولئك هم الفاسقون وأولئك هم الكافرون .

وانطلاقاً من الفلسفة الجديدة للجامعات باعتبارها منابر علمية تقود الثورة

الاجتماعية والاشتراكية نحو الأفضل ، بالأسلوب العلمي وبالتخطيط فإن
الحقوق تتفاعل مع المجتمع تؤثر فيه وتتأثر به وذلك ما ترسمه من مناهج
إلى خدمة حاجات المجتمع المتجددة ، وبما تنظمه بين الحين والآخر من محا
ثقافية وندوات علمية ومن هذه ندوة تشريعات الحدود التي نظمت في
١٩٧٦ م .

ونظراً لأهمية الأبحاث التي نشرت في هذه الندوة لاتصالها باهتمامات
الفقه والقضاء والنيابة المشتغلين بالقانون عموماً مما دعا الكلية الى نشرها بالاظ
إلى نصوص تشريعات الحدود في عدد خاص من مجلة دراسات قانونية
تستفيد منها الأجيال القادمة وحتى يتسنى الإطلاع عليها لأكبر عدد ممكن
المتخصصين في الدراسات القانونية وطلاب القانون . والأهم من ذلك حتى
تتمكن كلية الحقوق من التبشير بما تنادي به ثورة الفاتح من سبتمبر العظيمة
ثورة فكرية على الصعيد الإنساني وبالأخص في عالم إسلامي ظل قروناً بـ
عن أصالته ، ليس حراً حيث ظل باب الاجتهاد موصداً أو مقيداً، فقد
الوقت لفتح هذا الباب بالثورة من كل عربي مسلم حرّ حريص على دينه وت
أمته .

والكلية - وهي تعتز بما تقدمه لقرائها - ترحب بكل نقد أو اقتراح أو
دراسة انتقادية وخاصة من علماء القانون في العالم الإسلامي في داخل الجماهي
أو خارجها ويتعلق بتشريعات الحدود سواء حول صياغتها أو حول تطبيق
لتتولى الكلية نشره في مجلة دراسات قانونية . وبذلك ستكون رصيداً فقهياً يكو
أساساً لتشريعات حدود تتفق مع مفاهيم العصر ولا تتعارض مع ما انزله الله
القرآن الكريم شريعة المجتمع الصالحة في كل زمان ومكان لعباده المؤمنين .

بنغازي في ٥ رجب ١٣٩٨ هـ .
الموافق ١٠ يونيو ١٩٧٨ م .

« د / عبد السلام علي المزوغي »
رئيس اللجنة الشعبية لكلية الحقو
- وعميد الكليـة -

تقريرٌ خِتَامي عَن أعمَال ندوَة تشريعَات الحُدُود المنعَقِدة في بـنغَازي

من ٢٦ إلى ٢٩ ربيع الآخر ١٣٩٦ هجريـة

٢٦ إلى ٢٩ ابريل (نيسان) ١٩٧٦ ميلاديـة

لما كانت ثورة الفاتح من سبتمبر ـ بتوفيق من الله تعالى ـ قد خطت خطـوة مباركة بتقنين تشريعات الحدود التي تعطل تطبيقها في البلاد العربية والإسلامية حقبة طويلة من الزمن بسبب التخلف والجمود اللذين رانـا عليهـا وبسبـب ما ابتليت به من حكم مستبد واستعمار غاشم ، وبذلك كشفت ثورة الفاتح من سبتمبر عن وجهها العربي الإسلامي الأصيل وأكدت حرصهـا على أن تعـود بالأمة العربية والإسلامية إلى أصالتها الفـكرية والتشريعية النابعـة من أصـول دينها ، الإسلامي الحنيف .

ولما كانت الجامعة تؤمـن بدورهـا الطليعـي والطبيعـي في خدمـة المجتمـع وارتباطها الوثيق به وتفاعلها مع قضـاياه المصـيرية ومشاكلـه الحيوية وبضرورة إسهامها في البحث عن حلول لتلك القضايا والمشاكل .

ولما كانت كلية الحقوق تحرص على تجسيد هذا المفهوم فقد عقدت العزم على إقامـة ندوة حول تشريعـات الحـدود . . . منـذ صدر أول تشريع من هذه التشريعات في حدي السرقة والحرابة . غير أنها أرجأت إقامتهـا حتـى يكتمـل صدور تشريعات الحدود الأخرى . وقد تمّ ذلك بصدور تشريع حد الشرب في سنة ١٣٩٤ هجرية . الموافق : ١٩٧٤ ميلادية .

وقد ازدادت الكلية إيماناً بضرورة إقامة هذه الندوة بسبب ما لمسـه أساتـذة الشريعة والقانون بها من دقة هذه التشريعات وحدتها ، والمشاكل الكثيرة التي

تعترض القائمين على تدريسها وتطبيقها . وقد اعتنقت الجمعية الجنائية ب
هذه الفكرة وعملت على إخراجها إلى حيز التنفيذ .

وبناء على ذلك فقد انعقدت بمدينة بنغازي خلال الفترة من ٢٦ الى ٢٩
ربيع الآخر ١٣٩٦ هـ . الموافق ٢٦ إلى ٢٩ من ابريل (نيسان) ١٩٧٦ م.
تشريعات الحدود الصادرة في الجماهيرية العربية الليبية ، بناء على الدعوة
وجهتها كلية الحقوق . . . في إطار نشاط الجمعية الجنائية بها . وقد تضمن ج
أعمال الندوة الموضوعات الآتية :

أولاً : دعوى التعارض بين عقوبات الحدود ومفاهيم العصر .

ثانياً : أثر صدور تشريعات الحدود على السلوك الاجتماعي للأفراد في ليبيا

ثالثاً : التطبيق القضائي لتشريعات الحدود في ليبيا ومشاكله .

رابعاً : الجوانب الإيجابية والسلبية في صياغة تشريعات الحدود .

خامساً : التنازع بين نصوص الزنا والمواقعة .

سادساً : الإحالة إلى المشهور من أيسر المذاهب .

واشترك في هذه الندوة نخبة من رجال الشريعة والقانون من أساتـ
الجامعات والقضاة ورجال النيابة وادارة قضايا الحكومة والمحاماة وطلبة ك
الحقوق بجامعة قاريونس (بنغازي سابقاً) .

وقد أسهم الأخوة الآتية أسماؤهم في تقديم بحوث متعلقة بموضوعات الند
وهم بحسب ترتيب إلقاء بحوثهم :

١ ـ الدكتور / محمد سعيد رمضان : عميد كلية الشريعة بجامعة دمشق .

٢ ـ الدكتور / عبداللطيف الشيرازي الصباغ : المحاضر في قسم الشريعة بك
الحقوق والمعارف من كلية الشريعة بجامعة دمشق .

٣ ـ الدكتور / محمد نيازي حتاته : الأستاذ بكلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية بجامعة قاريونس « فرع البيضاء » .

٤ ـ الدكتور / أحمد رفعت خفاجي : المستشار بمحكمة النقض المصرية وأستاذ القانون المقارن بكلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية بجامعة قاريونس « فرع البيضاء » .

٥ ـ الدكتور / عبد العزيز عامر : المستشار وأستاذ القانون المقارن بكلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية بجامعة قاريونس « فرع البيضاء » .

٦ ـ الأستاذ / إبراهيم الغويل : المحامي بطرابلس .

٧ ـ الدكتور / عوض محمد عوض : أستاذ القانون الجنائي بجامعة الاسكندرية والمعار إلى كلية الحقوق . جامعة قاريونس .

٨ ـ الدكتور / وهبه الزحيلي : أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بجامعة دمشق .

كما أسهم في مناقشة موضوعات الندوة والتعقيب على البحوث المقدمة الأخوة الأساتذة التالية أسماؤهم ، بالإضافة إلى الأخوة الباحثين وبعض الحاضرين من طلبة كلية الحقوق وغيرهم :

١ ـ الدكتور / محسن الشيشكلي .

٢ ـ الدكتور / خالد الشاوي .

٣ ـ الدكتور / ادوار غالي الذهبي .

٤ ـ الدكتور / محمد علي عمران .

٥ ـ الدكتور / عبد السلام التونجي .

٦ ـ الأستاذ / عزام علي الديب .

٧ ـ الأستاذ / حاتم الشربيني .

٨ ـ الدكتور / جمعه جلول .

٩ ـ الأستاذ / محمد مهلهل .

١٠ ـ الأستاذ / محمد مخلوف .

١١ ـ الدكتور / عبد السلام المزوغي .

وتولى إدارة جلسات الندوة طيلة مدة انعقادها الأخ الدكتور / عمر مولود الحميد ، رئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق ـ جامعة قاريونس .

وقد افتتح الندوة الأخ الدكتور / وزير التعليم والتربية بمبنى كلية الحقـ بالمدينة الجامعية في صباح يوم الاثنين ٢٦ من ربيع الآخر ١٣٩٦ هجرية المو ٢٦ من ابريل (نيسان) ١٩٧٦ ميلادية . وحضر جلسة الافتتاح الأخوة رئ اللجنـة الشـعبية العليا « رئيس الجامعـة » والأخـوة رؤسـاء اللجـان الشع للكليات (العمداء) وأمناؤها (الوكلاء) والأخوة رؤساء الأقسام والأساتـ بالكليات ، وجمهور من المدعوين المهتمين بموضوعات الندوة من ليبيا وخار- وطلبة الجامعة . . . وألقيت في جلس الافتتاح كلمات مناسبة من الأخوة و التعليم والتـربية . . . ورئيس اللجنـة الشـعبية العليا « رئيس الجامعـة » . ورئيس اللجنة الشعبية لكلية الحقوق (العميد) ورئيس قسم الشريعة بالـك ورائد الجمعية الجنائية بها .

وواصلت الندوة أعمالها بمـدرج رفيق بكلية الهندسـة مسـاء أيام الاثنـين والثلاثاء والأربعاء حيث عقدت جلسات عمل عرضت فيها البحوث المقدمة الموضوعات المحددة وبلغت عدتها ثمانية ، وأعقب كل بحث تعقبات ومناقشا مثمرة من الأخوة الحاضرين .

وقد سيطر على الندوة جو من الموضـوعية وسادتهـا روح الأخـوة والرغب الصادقة في تذليل كل الصعاب لأخراجها بالمظهر الذي يليق بخطـورة وجـلا

موضوعها ، وكانت الجلسات كلها تمتد ساعات طويلة حافلة بالمناقشات الخصبة والجدل العلمي البناء . ومن الظواهر الرائعة التي استرعت النظر أن جمهوراً من الحاضرين ثابر على متابعة البحوث والمناقشات طيلة ساعات كل جلسة دون أن يفتر اهتمامه أو يبدو عليه الملل .

وبعد استعراض البحوث الفقهية والقانونية المقدمة والاستماع إلى المناقشات التي دارت حولها ، تمّ استخلاص النتائج التالية :

١ ـ إن تشريعات الحدود لا تتعارض في الحقيقة مع مفاهيم العصر الصحيحة ، سواء أكانت مفاهيم إنسانية عامة ، أو مفاهيم تتعلق بعلم العقاب الحديث ، التي تسعى لتحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد . .

٢ ـ إن أوثق ضمانة لتحصين أفكار المسلمين ضد شبهات التعارض بين ما يشيع من مفاهيم العصر وبين تشريعات الحدود خاصة ، والتشريع الإسلامي عامة ، هو غرس أصول العقيدة الإسلامية ، عن طريق المنطق والعلم في أفئدة الناس ، وتهيئة المناخ الإسلامي في جميع مؤسسات الدولة الاجتماعية والثقافية .

٣ ـ إن انخفاض نسبة الجرائم المشمولة بتشريعات الحدود رهن بتحقيق قدر مناسب من التوعية بها وإثارة الاهتمام نحوها ، حتى لا يتأخر إحساس الناس بالأثر الرادع لكل تشريع جديد وهذا يقتضي من أجهزة الدولة المختلفة ان تتخذ من التدابير ما يكفل تحقيق هذا الهدف .

٤ ـ إن إستقراء الاحصاءات الحالية لجرائم الحدود لا يكفي لاستخلاص نتائج قاطعة حول الأثر الذي أحدثته تشريعات الحدود في السلوك الاجتماعي للأفراد في ليبيا . . . وذلك للأسباب التالية :

أ ـ قصر المدة التي تفصل بين حدود التشريعات وتقويم الاحصاءات .

ب ـ عدم تغيير نمط الاحصاءات التي قدمتها سلطات الأمن مما أدى
التداخل بين الجرائم المعاقب عليها حداً ، والجرائم المعاقب عليها تعزير
وهذا يتطلب أن يستبدل بالأسلوب الحالي لمتابعة جرائم الحـ
والاحصاءات العلمية المنظمة الشاملة لكل عناصر الجريمة وأسبابها ومـ
تأثير العقاب ، حتى يمكن مع مضي الوقت التحقق من مسار جرا
الحدود .

٥ ـ إن أبرز مشكلة تواجه التطبيق القضائي لتشريعات الحدود في ليبيا
التداخل الناشىء من وجود نظامين قانونيين معمول بهما أحدهما مستـ
من التشريعات الوضعية الغربية ، والآخر يعبر عن عقيدة الأمة الإسلا
وأصالتها التشريعية ، ويمثل الخطوة الأولى للاستقلال التشريعي التام لها
وهذا التداخل أمر طبيعي في المرحلة الانتقالية الحالية ، وسببه : اختلا
كل نظام عن الآخر في مصادره وفلسفته العامة ، وبنيته القانونية من حيـ
النظريات الموضوعية والاجرائية والعقابية .

٦ ـ إن الوسيلة الحاسمة لرفع هذا التداخل الذي لا ينبغي أن يدوم طويلاً هـ
المسارعة لتقنين أحكام القصاص والديات والتعازير ، وفقاً لأحكا
الشريعة الإسلامية ، ويحسن بالمشرع أن يستفيد في تقنين التعازير ، سوـ
من الناحية الموضوعية أو الاجرائية ، مما يعد صالحاً من التراث التشريعـ
والقضائي والفقهي الذي أسفرت عنه التجارب الإنسانية . على أن يراعـ
في ذلك تحقيق الانسجام بين ما يقتبس منه ، وبين الأصول العامة
التشريع الإسلامي .

٧ ـ إن صياغة تشريعات الحدود في صورة التقنينات الحديثة يعد في ذاته عمل
إيجابياً رائداً ، لأنه تجربة فريدة لم يسبق إليها خلافاً لكثير من أحكا
الشريعة الإسلامية الأخرى التي سبق تقنينها ، والعمل ببعضها ، مثـ
أحكام المعاملات المدنية والأحوال الشخصية .

٨ ـ لقد كان اعتماد المشروع الليبي في تقنين أحكام الحدود على مختلف المذاهب الفقهية ، من دون التقيد بمذهب معين ، فتحاً لمجال أوسع أمامه ، لاختيار ما يراه ملائماً لظروف العصر والبيئة .

٩ ـ لا ريب أن تنقيح هذه التشريعات واستكمالها وتجميعها في مدونة واحدة ، يتيح لها أن تصبح نموذجاً لتشريع جنائي إسلامي متكامل ، تقدمه الجماهيرية العربية الليبية ، لسائر الأقطار العربية والإسلامية الأخرى .

١٠ ـ إن جانباً كبيراً من المشكلات القانونية التي تواجه القائمين على تطبيق تشريعات الحدود ، يرجع إلى اختلاف وسائل الإثبات في جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية اختلافاً جوهرياً عن نظرية الإثبات في القانون الجنائي الوضعي . وهذا يقتضي من المشرع أن يولي نظرية الإثبات الجنائي في التشريعات التي يصدرها أو يعدلها عناية خاصة ، فيفصل أحكامها على نحو ييسر لرجال القانون فهمها وتطبيقها . كما أن هذا الأمر يستدعي من جهة أخرى اهتمام أساتذة الشريعة والقانون بهذا الموضوع الخطير . وقد يكون من المفيد أن تقوم كلية الحقوق بالإعداد لندوة خاصة تعالج هذه المشكلة وما يتعلق بها كنظرية الشبهة في الحدود والقصاص ، وذلك بالتعاون مع مختلف الجهات الشرعية والقانونية .

١١ ـ إن قلة النصوص في تشريعات الحدود التي صدرت حتى الآن ولجوء المشرع إلى النص على تكملة أحكامها بالرجوع فيما لا نص فيه إلى المشهور من أيسر المذاهب تجعل موضوع الإحالة بالغ الأهمية . وعلى الرغم من ذلك فإن نص الإحالة التي وردت في تشريعات الحدود جاء غير محكم الصياغة فقد اختلفت وجهات النظر في الندوة حول مفهوم المذهب وحقيقة المقصود باصطلاح المشهور ، ومجال انطباق حكم الإحالة كما هو الشأن في جريمة الحدث . ويحسن بالمشرع أن يعيد صياغة حكم الإحالة بما يرفع هذا التجهيل ويجعل تطبيق الحكم أكثر يُسراً .

وإن الندوة في نهاية هذا التقرير تتقدم بخالص شكرها إلى الأخ الدك
وزير التعليم والتربية ، والأخ الدكتور / رئيس اللجنة الشعبية العليا بـ
قاريونس « رئيس الجامعة » وكل من أسهم في انجاح اعمالها على الصـ
العلمي والتنظيمي كما تشكر أيضاً الجمهور الذي تابع أعمالها بحرص واه
ونرجو أن تكون قد وفقت في معالجة جانب هام من جوانب حياتنا التش
والاجتماعية ، والله من وراء القصد . . .

القسم الأول

حول صياغة تشريعات الحدود

أولاً : اتخاذ الشريعة الاسلاميّة مصدرًا اساسيًا للتشريعات

(١) نصّ القرار ومُذكّراته الايضاحيّة

(أ) قرار من مجلس قيادة الثورة

بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادىء الأساسية للشريعة الإسلامية

باسم الشعب

مجلس قيادة الثورة

بعد الاطلاع على الاعلان الدستوري رقم (١) الصادر في ٢ شوال ١٣٨٩ هـ الموافق ١١ ديسمبر ١٩٦٩ مـ

وعلى القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ م بانشاء الهيئة العامة للدعوة الإسلامية ،

وعلى قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٢٨ محرم ١٣٩١ هـ الموافق ٢٤ مارس ١٩٧١ م بتشكيل لجنة لوضع مشروع قانون شامل للأحوال الشخصية ، وتأكيداً لما تقضي به المادة ٦ من دستور إتحاد الجمهوريات العربية

وبناء على ما عرضه رئيس مجلس قيادة الثورة :

قـــرر

مادة ـ ١ ـ

تؤكد الجمهورية العربية الليبية على القيم الروحية ، وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع .

ويجب مراعاة التزام المبادىء الأساسية للشريعة الإسلامية في كل ما يصدر من قوانين وتشريعات أخرى .

مادة ـ ٢ ـ

تشكل لجان لمراجعة القوانين المعمول بها واقتراح تعديلها بما يتفق مع
الأساسية للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رئيسياً للتشريع وذلك ع
المبين في المواد التالية .

وتتولى اللجان حصر واستظهار ما يناقض الأحكام القطعية والقواعد ا
للشريعة الإسلامية والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد تشريعات بدي
من مختلف المذاهب مع تخير أيسر الحلول حسبما تقتضيه المصلحة العام
مراعاة ما جرى عليه العرف في البلاد مما له أصل في مذهب الإمام مالك

مادة ـ ٣ ـ

تشكل لجنة عليا لمراجعة التشريعات على النحو الآتي :

١ ـ الاستاذ علي علي منصور ، رئيس المحكمة العليا ـ رئيساً .

٢ ـ الأستاذ عبد العزيز النجار ، المستشار بالمحكمة العليا ـ عضواً .

٣ ـ الأستاذ محمد عبد الكريم عزوز المستشار بالمحكمة العليا ـ عضواً .

٤ ـ الشيخ محمود صبحي ـ عضواً .

٥ ـ الشيخ العربي الأحرش ، رئيس محكمة استئناف طرابلس الشرعية ـ ع

٦ ـ الأستاذ رمضان رقص الرئيس بمحكمة استئناف بنغازي المدنية ـ عضو

٧ ـ الاستاذ السيد عبد العزيز هندي المستشار بمحكمة استئناف طرابلس
ـ عضواً .

٨ ـ الاستاذ عادل محمود عبد الباقي المستشار القانوني للامانة العامة لمجلس
الثورة ـ عضواً .

٩ ـ الاستاذ عبد السلام أبو طلاق ، الرئيس بمحكمة بنغازي الشرعية الاستئنافية ـ عضواً .

مادة ـ ٤ ـ

تتولى اللجنة العليا وضع القواعد والأسس العامة التي تراعى في مراجعة التشريعات كما تحدد إجراءات سير العمل فيما يتفرع عنها من لجان وتتابع اعمالها وتنظر فيما تنتهي إليه تلك اللجان من مشروعات ومقترحات وتتولى مراجعتها ووضعها في صيغتها النهائية .

ويقدم رئيس اللجنة ما تنتهي من وضعه من مشروعات الى رئيس مجلس قيادة الثورة .

مادة ـ ٥ ـ

تشكل لجنة فرعية لمراجعة القوانين المدنية والتجارية والبحرية وقانون المرافعات وذلك على النحو التالي :

١ ـ الأستاذ عبد الحميد الرعيض ، المستشار بالمحكمة العليا ، رئيساً .

٢ ـ الأستاذ أحمد الطشاني ، رئيس محكمة استئناف طرابلس المدنية ، عضواً .

٣ ـ الشيخ محمد ابو حليقة ، رئيس محكمة استئناف بنغازي الشرعية ، عضواً .

٤ ـ الأستاذ خليفة الغزواني ، المحامي العام بنيابة النقض ، عضواً .

٥ ـ الأستاذ كامل المقهور ، المحامي ، عضواً .

٦ ـ الأستاذ إبراهيم الغويل ، المحامي ، عضواً .

٧ ـ الأستاذ إمام خضر ، المستشار بمحكمة استئناف طرابلس المدينة ، عضواً .

٨ ـ الأستاذ أمين فتح الله ، مستشار الهيئة الفنية للتخطيط ، عضواً .

٩ ـ الدكتور محمد عبد الحليم ، الأستاذ بكلية الدراسات الإسلامية،عض

مادة ـ ٦ ـ

تشكل لجنة فرعية لمراجعة التشريعات الجنائية على النحو التالي :

١ ـ الأستاذ محمد سعيد عيسى المستشار بالمحكمة العليا ، رئيساً .

٢ ـ الاستاذ محمد الجالي هويسه الرئيس بمحكمة استئناف طرابلس ، ع

٣ ـ الأستاذ أحمد الطاهر الزاوي المستشار بمحكمة استئناف طرابلس ،

٤ ـ الأستاذ الصديق عبد الرحمن نصر النائب العام المنتدب ، عضواً .

٥ ـ الأستاذ حسن الهادي يونس المحامي العام ، عضواً .

٦ ـ الدكتور عبد العزيز عامر الأستاذ بكلية الدراسات الإسلامية ، عضو

مادة ـ ٧ ـ

تستمر اللجنة السابق تشكيلها لوضع مشروع قانون شامل للأ
الشخصية في ممارسة أعمالها وفقاً لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في
محرم ١٣٩١ هـ الموافق ٢٤ مارس ١٩٧١ م المشار إليه وتعرض نتائج دراـ
على اللجنة العليا لمراجعة التشريعات .

مادة ـ ٨ ـ

تعاون اللجان أمانة فنية متفرعة يندب للعمل بها : ـ

١ ـ الأستاذ محمد سعيد عبد اللطيف المستشار بإدارة الفتوى والتشريع .

٢ ـ الأستاذ محمد الزهراء عضو هذه الادارة .

٣ ـ عدد كاف من الأعضاء الفنيين والكتبة والطباعين ، يتم اختيارهم بالا

بين رئيس اللجنة العليا لمراجعة التشريعات وبين الوزراء والرؤساء المختصين .

يكون مقر الأمانة الفنية للجان مراجعة التشريعات بالمكتب الفني للجنة العليا وتمارس الأمانة أعمالها وفقاً للقواعد والاجراءات التي تحددها اللجنة العليا .

مادة ـ ٩ ـ

لمجلس قيادة الثورة أن يفوض أحد أعضائه في الاشراف على أعمال لجان مراجعة التشريعات وفي الاذن بالصرف من وفورات الاعتمادات المالية المخصصة للمحكمة العليا فيما يلزم لأعمال اللجان .

مادة ـ ١٠ ـ

يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية .

صدر في ٩ رمضان ١٣٩١ هـ
الموافق ٢٨ اكتوبر ١٩٧١ م

مجلس قيادة الثورة
العقيد معمر القذافي
رئيس مجلس الوزراء

(ب) المذكّرة الايضاحيّة

لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتع
يتفق مع المبادىء الأساسية للشريعة الإسلامية

ظلت الشريعة الإسلامية تحكم البلاد الإسلامية عامة ، والبلاد العربية
قرابة أربعة عشر قرناً من الزمان وكان المفروض ألا تحكم هذه البلاد ب
وضعية تجافي ما شرع الله لعباده المسلمين ، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئ
الظالمون وأولئك هم الفاسقون وأولئك هم الكافرون .

فلما أجهز الاستعمار على الخلافة الإسلامية عام ١٩٢١ م كانت بريط
استقرت في العراق والأردن وفلسطين ومصر، وكانت فرنسا قد استول
المغرب العربي وعلى سوريا . حتى ايطاليا طمعت في ليبيا ولم يستتب له
طوال ثلاثين عاماً لما لقيته من مقاومة الشعب وجهاد الأبطال .

وبحلول الاستعمار في البلاد العربية الإسلامية أخذت قوانينه الو
ونظمه الفاشية تطغى على الشريعة الإسلامية ، تحت ستار المدنية، وساعد على
نظام الامتيازات الأجنبية فتقلص سلطان المحاكم الشرعية صاحبة الولاية
واقتصر اختصاصها على نظر أقضية الأحوال الشخصية .

ولقد آن الأوان أن يعود الحق إلى نصابه ، وأن يسود الشريعة الإسلامية بم
الفقهية المختلفة وأن تكون المصدر الرئيسي للتشريعات والنظم في هذه الجمهور

ولقد أعلنت الثورة عزمها وتصميمها على ذلك فقررت في أول بيان
مجلس قيادة الثورة يؤمن إيماناً عميقاً بقدسية الأديان وبقيمة المثل الروحية
من صميم كتابنا المقدس، القرآن الكريم ، وسوف يواصل الدعم للمثل ا

النيرة. ثم أصدر مجلس قيادة الثورة الاعلان الدستوري ونص في المادة الثانية منه على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتهاالرسمية، ونص في المادة الثالثة على أن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق والوطنية .

هذا ، ولما كانت الوحدة العربية الشاملة من مبادىء الثورة الأساسية وكان الدين الإسلامي هو الركن الركين للوحدة الشاملة فقد حرصت دول اتحاد الجمهوريات العربية على أن تقرر ذلك بالمادة السادسة من دستور الاتحاد بقولها :

(تؤكد دولة الإتحاد على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع) .

ولقد تضمنت أولى مراد مشروع هذا القرار النص ذاته ، وهي بذلك تعتبر متممة للاعلان الدستوري الليبي كقاعدة أساسية لدستورية القوانين والتشريعات التي تصدر في الجمهورية من الآن فصاعداً .

هذا ولما بلغ العقل البشري حد النضج وتهيأت البشرية لتلقي رسالة الإسلام وشاءت إرادة الله أن يجعلها خاتمة للشرائع السماوية كان حقيقاً عليه سبحانه وتعالى أن يجعلها شاملة لتنظيم أمور الدين وأمور الدنيا وصدق الله إذ يقول (ما فرطنا في الكتاب من شيء) و (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا) .

ولما كانت هذه الشريعة خاتمة وعامة وكاملة فهي تحوي أيسر الحلول لمشاكل البشرية إلى يوم الدين ولذا نزل الوحي بنوعين من الأحكام الفقهية التشريعية في العبادات والمعاملات .

١ ـ أحكام قطعية فى مسائل لا تتأثر باختلاف الازمنة والأمكنة والبيئات ونزلت قواعدها محكمة محددة لا مجال فيها لاجتهاد العقل البشري ومنها أحكام العقائد والعبادات .

٢ ـ وأحكام أخرى تتصل بأمور الدنيا ومعاملات الناس التي من شأنها أن تتأثر

بظروف الزمان والمكان وتختلف باختلاف البيئة والعرف وبحسب ما
إليه المصلحة في كل منهما ، وفي هذا النوع من المعاملات اكتفت ال
بأن وضعت له القواعد العامة الكلية المرنة وتركت الأحكام الفرع
اجتهاد العقل البشري احتراماً له ومسايرة للظروف والمصالح .

ومن مجموع اجتهادات الخلفاء الراشدين وفقهاء المسلمين من بعدهم
الفقه الإسلامي وهو ثروة تشريعية وقانونية لا مثيل لها في العالم قديمه وحد
شهد بذلك فقهاء القرانين الوضعية في العالم ، ومن احدث النظريات الق
الوضعية في القرن العشرين نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظ
الطارئة ونظرية تحمل التبعية ونظرية مسئولية عدم التمييز وغيرها . وحين ع
عنها فقهاء الغرب ظنوا أنهم مبتدعوها ومنشئوها فلما ثبت أنها جميعاً مف
ومؤصلة في الفقه الإسلامي اعترفوا بالفضل لأهله :وخير الفضل ما شهد
الأعداء .

ولم يقتصر الأمر على اعتراف أفذاذ فقهاء القوانين الوضعية بما للش
الإسلامية من السبق والكمال والشمول بل اعترفت بذلك المحافل ال
الحديثة أيضاً .

والفقه الإسلامي بجميع أحكامه قد عاش قروناً متطاولة الأمر الذي لم يظ
ولا بما يقرب منه أي تشريع في العالم.فمن المعلوم أن فقه التشريعات الغرب
أوروبا وأمريكا وليد قرن وبعض قرن من الزمان منذ ان فصلوا أمور الدين
أمور الدنيا ، أما التشريعات الروسية فوليدة النصف قرن الأخير إذ إن التش
الروسية الشيوعية بدأت بعد سنة ١٩١٧ م.

أما الفقه الإسلامي فله أربعة عشر قرناً ولقد طوف في الآفاق شرقاً وغ
وشمالاً وجنوباً ونزل السهول والوديان والجبال والصحاري ولاقى مخ
العادات والتقاليد وتقلب في جميع البيئات وعاصر الرخاء والشدة والس
والاستعباد والحضارة والتخلف وواجه الأحداث في جميع هذه الأطوار ـ فكان

ثروة فقهية ضخمة لا مثيل لها وفيها يجد كل بلد أيسر الحلول لمشاكله . وقد حكمت الشريعة الإسلامية في أزهى العصور فما قصرت عن الحاجة ولا قعدت عن الوفاء بأي مطلب ولا تخلفت بأهلها في أي حين فحرام علينا أن نتسول ونحن الأغنياء وأن نتطفل على موائد المحدثين ونحن السادة الأكرمون . قاتل الله الاستعمار وصنائعه وما يفعلون .

ولا عجب في ذلك فهذا التشريع السماوي من عند الله ، خالق النفس البشرية وهو أدرى بما يصلحها ديناً ودنياً فهو الذي أعطى كل شيء خلقه ثم هدى ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير . ولا بدع في كمال ما شرع الخالق ونقص ما شرع المخلوق من قوانين وضعية (يريد الله ليبين لكم ويهديكم سنن الذين من قبلكم ويتوب عليكم والله عليم حكيم) .

وإيماناً من مجلس قيادة الثورة بكل ما سلف ، ويقيناً منه بأنه حين ترد الدنيا إلى قانون ربها الذي يعلم من خلق ، تستطيع أن تخلص العالم الحديث من تصارع الأفكار ومناورات المبادىء وعنادية المذاهب لأنها ستجد الحلول لكل مشاكل الحياة في شريعة الإسلام بسماحة مبادئه وإنسانية أهدافه وفاعلية طاقاته وتفوق تشريعاته .

إيماناً بذلك كله يصدر مجلس قيادة الثورة هذا القرار التاريخي معتنقاً فكرة التدرج في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بالابقاء على القوانين الوضعية المعمول بها في المحاكم مع البدء فوراً بمراجعة نصوصها لحصر ما يخالف الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية ثم العمل على إصدار قوانين بتعديلها .

ولما كان مجلس قيادة الثورة قد اصدر قراراً بتشكيل لجنة لوضع مشروع قانون شامل للأحوال الشخصية بتاريخ ٢٨ محرم ١٣٩١ هـ الموافق ٢٤ مارس ١٩٧١ م وهي سائرة في عملها فرؤي أن ينص المشروع على أن تستمر هذه اللجنة في ممارسة أعمالها .

وسيتلو ذلك بإذن الله توحيد القضاءين فيحكم الشرعيون والمدنيون

الله .

والثورة بهذا تعلن عزمها الأكيد وتصميمها الذي لايحيد على أن
الأمر مداه حتى تصبح كلمة الله وأوامره هي العليا وكلمة من دونه هي
غير عائئة بما يروجه بعض دعاة القوانين الوضعية وغيرهم من المستشرقين
الإسلام من شبهات وأباطيل استخفافاً بما شرع الله في الحدود و
والمعاملات من أحكام ، وهي ماضية في إحقاق الحق وإبطال الباطل وإن
الله . (أفمن أسس بنيانه على تقوى من الله ورضوانه خير أم من أس
على شفا جرف هاو فانهار به في نار جهنم والله لا يهدي الظالمين . لا يزا
الذي سوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم والله عليهم حليم) .

والله ولي التوفي

بحث خاص بتكليف من

الأخ معمر القذافي ، رئيس مجلس قيادة الثورة

في الشريعة الإسلامية

مدى صلاحيتها للحلول محل القوانين الوضعية وكيفية ذلك

أعد البحث

المستشار علي علي منصور

رئيس المحكمة العليا

خطّـة البَحـث

بسم الله الرحمن الرحيم

يتكون هذا البحث من أربعة فصول بعد التمهيد الذي كان لا بد منه ـ في رأيي ـ مدخلاً لهذه الدراسة .

ويأتي بعد التمهيد الفصل الأول الذي تعرضت فيه لكفاية الشريعة الإسلامية حيث تناولت بالبحث :

ـ الشريعة الإسلامية خاتمة للشرائع السماوية .

ـ الشريعة الإسلامية شريعة عامة لجميع البشرية .

ـ الشريعة الإسلامية شاملة لتنظيم أمور الدين والدنيا .

ـ الشريعة الإسلامية تحوي أسمى وأكمل الحلول لمشاكل البشرية .

ـ اعتراف المحافل الدولية القانونية لها بالكمال والاحاطة والسبق .

ـ خصائص الشريعة الإسلامية ومميزاتها .

ـ حاجتنا إلى الفقه الإسلامي وحاجة الفقه الإسلامي إلى من ينصفه .

بعد ذلك يأتي الفصل الثاني . . . في نقص ما شرع المخلوق وكمال ما شرع الخالق ،وبالتالي أسباب نشأة القوانين الوضعية وفيه تناولت بالبحث :

ـ الرسالات السماوية السابقة على الإسلام خاصة وليست عامة ناقصة وليست تامة .

ـ تحريف تلك الأديان .

ـ تسلط رجال الدين على الملوك والشعوب .

ـ الثورات والمطالبة بفصل أمور الدين عن أمور الدنيا .

ـ القانون الكنسي .

ـ قانون نابليون .

ـ مزايا التشريعات الموضعية وعيوبها .

ـ تلافي تلك العيوب تمجيد للشريعة الإسلامية .

في **الفصل الثالث** نتناول طغيان القوانين الوضعية على الشريعة
وأسباب ذلك حيث يرد تحت هذا الفصل :

ـ قفل باب الاجتهاد .

ـ الامتيازات الأجنبية في تركيا ومصر .

ـ الوضع في تركيا بعد إنهاء الخلافة .

ـ إنشاء المحاكم المختلطة والأهلية بمصر .

ـ مكانة الشريعة الإسلامية في بعض الدول العربية والإسلامية .

ـ القوانين الوضعية في ليبيا قبل الاستقلال وبعده، ومكانة الشريعة
في ظلها .

ـ أمثلة لمخالفات صارخة تنافي الشريعة الإسلامية .

وأخيراً وفي الفصل الرابع نتعرض لكيفية تطبيق الشريعة الإس
الجمهورية العربية الليبية .
حيث نبدأ بكيفية التطبيق .

ثم نعرض للحلول والمقترحات عارضين ثلاثة حلول رئيسية لاختيار أحدها مرجحين واحداً منها في حالة الموافقة عليه يكون لا بد منه كإجراء مؤقت يصدر فوراً يمكننا أن نطلق عليه الحل الرابع أو المؤقت .

وبعد الكلمة الختامية يصل البحث إلى نهايته .

وقد يبدو ولأول وهلة إن هذا البحث قد طال عما كان مقدراً له إلا أنني أشعر أنه جاء قصيراً جداً ذلك أنني كنت إزاء أمرين : الاختصار المطلوب في هذا المقام والخلفية التي يجب ايضاحها أولا لكل من يتعرض لاصدار قرار في شأن الحلول والمقترحات المعروضة .

ولقد حاولت جهدي أن أوفق بين الأمرين حرصاًمني على أن أضع أولاً بين يدي طالب البحث الذي سوف يكون عليه بعد ذلك اتخاذ قرار في شأنه ما يمكنه من اتخاذ هذا القرار وهو آمن مطمئن فيكون له إلى جانب بصيرته النفاذة وحسه المرهف قدراً من البيانات والمعلومات التاريخية التي مرت بها محاولات سابقة في هذا المجال قبل أن أعرض عليه الحلول المقترحة في هذا الشأن .

وإنني لواثق أنه وقد سار في هذا الطريق مؤمناً به داعياً إليه سوف يكون له من عند الله هدى ورشاداً وحكمة وسدادا .

أسأل الله التوفيق والهداية . . . والله المستعان .

طرابلس في ٢٥ من ذي القعدة عام ١٣٨٩ من هجرة خاتم النبيين .

الموافق ٢ فبراير سنة ١٩٧٠ من ميلاد المسيح عليه السلام .

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد :

(سورة الأنعام الآية ٣٨) ص

(ما فرطنا في الكتاب من شيء)

العظيم ، فالقرآن - إذا كان آخر الكتب السماوية ومصدر الشريعة الإسلا

هي خاتمة الشرائع الدينية - كان حقيقاً على الله أن يجعله حاوياً لكل ما ي

الدين والدنيا ، ويصلح عليه حال المخلوقات جميعاً ، في جميع الأزمنة

إلى يوم الدين ، اللهم إلا الفروع التي لو جمع الناس عليها لنالهم من ذلك

والحرج ولاصطدمت الشريعة بمصالح الناس ، فاقتضت حكمة الله

بعباده ان يدع لهم تلك الفروع تترخص فيها كل جماعة بحسب ما يحقق

فالأحكام فيها تتغير بتغير الزمان والمكان . ووكل سبحانه الى العقل

الاجتهاد في تلك الفروع بعد ان رباه وارتقى به الى حد النضج ومناط

بحيث يؤمن زلله .

منذ ان طرقت تلك الآية الكريمة سمعي لأول مرة وتدبرت معناها هي

تعالى (اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلا

(سورة المائدة الآية ٣) .

منذ ذلك الحين وأنا على يقين بأن هذه الشريعة الخاتمة أتت على جمي

الوجود وعلى خيري الدنيا والآخرة . إلا أن الاستعمار فرض علينا نف

التعليم جعلنا نحيا حياة ثنائية مسلمين متدينين في بيوتنا ، علمانيين متفر

دراستنا ومجتمعنا وكانت تمر في الخاطر بعض المتناقضات بين ما أعتقده م

هذا الدين وبين بعض مظاهر الحياة في مجتمعنا العربي وسرعان ما كان الب

كتب الشريعة الإسلامية يرفع عني هذا التناقض ويهديني السبيل فأزداد ي

يقين فأحمد الله ذاكراً قوله سبحانه (سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق) (سورة فصلت الآية ٥٣) ثم جاءت الكشوف العلمية في الآيات الكونية في هذا الزمان بكثير من الدلائل على إعجاز القرآن وعلى انه كتاب لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ، وانه (كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير) (سورة هود الآية ١) وانه القول الفصل ، وصدق رسولنا عليه الصلاة والسلام حيث يصفه فيقول (كتاب الله فيه نبأ ما قبلكم ، وخبر ما بعدكم ، وحكم ما بينكم وهو الفصل ليس بالهزل ، من تركه من جبار قصمه ، ومن ابتغى الهدى في غيره أضله الله ، وهو حبل الله المتين ، وهو الذكر الحكيم وهو الصراط المستقيم ، هو الذي لا تزيغ به الأهواء ولا تلتبس به الألسنة ولا يشبع منه العلماء ولا يخلق على كثرة الرد ولا تنقضي عجائبه ، هو الذي لم تنته الجن إذ سمعته حتى قالوا إنا سمعنا قرآناً عجباً يهدي إلى الرشد . من قال به صدق ، ومن عمل به أُجِر ، ومن حكم به عدل ، ومن دعا إليه هدي إلى صراط مستقيم) .

وكم كنت منذ الصغر اتمنى أن أدلي بدلوي بين الدلاء ، وأن أقوم بواجبي نحو ربي وديني وأمتي ، وشاءت الظروف ان أدرس القانون وهو قانون وضعي مستعار من الغرب (فرنسا) فأخذت منذ الدراسة أتدبر وأبحث وأقارن بين نظريات ومبادىء القوانين الوضعية وبين مثيلاتها في الشريعة الإسلامية ، وكم كان يزدهيني أن أجد أن أحدث النظريات التي يتيه بها فقهاء الغرب عجباً ، ويظنون أنهم أول من قال بها موجودة في الشريعة الإسلامية مؤصلة ومفصلة كنظرية الظروف الطارئة ونظرية إساءة استعمال الحق ونظرية الضرورة وغيرها .

وبعد أن أتممت دراسة القانون بكلية الحقوق بجامعة القاهرة عام ١٩٢٦ م اشتغلت بالمحاماة كوسيلة للرزق ، وسلخت فيها عشرين عاماً لم انقطع فيها عما اخذت نفسي به من البحث والمقارنة كلما وجدت من الوقت فضلة وكلما وجدت إلى ذلك سبيلاً ، ولم يكف ذلك ليشفي غلة النفس ، ولم تكن هذه البحوث منهجية تبدأ بموضوع ثم تتبعه إلى أن تنتهي منه لأن أعباء الحياة وظروف العمل لم تكن تسمح بذلك ، وبدأت ألقي ببعض هذه البحوث في محاضرات في دار

جمعية المحافظة على القرآن الكريم وجماعة الشبان المسلمين وفي نف
الاجتماعي بمدينة الزقازيق حيث كنت وكيلاً منتخباً لكل من هذه الهيئا
نادي المحامين حينما انتخبت نقيباً للمحامين بالشرقية والقنال . وتخيرت
عنوانا هو (خواطر محام يتلو القرآن) .

ولما وقع الاختيار علي للعمل بالقضاء عام ١٩٤٦ م لم أنقطع عن
هذا الصدد بل ان عملي كرئيس لقسم قضايا وزارة الأوقاف ، ورئيس ل
مجلس الدولة في إدارة قضايا الحكومة وكمستشار بمجلس الدولة للرأ
ورئيس لدائرة القضاء الاداري بمجلس الدولة هيآ لي فرصة ذهبي
المجال .

ولما ألغيت المحاكم الشرعية ، نقلت قضايا المحكمة الشرعية العليا
استئناف القاهرة ، اخترت لنفسي أن أعمل رئيساً للدائرة التي اختص
قضايا الأحوال الشخصية والوقف وظللت أعمل رئيساً لها عدة سنوا
المجال للاحاطة بكنوز الشريعة الإسلامية وتابعت بحوثي في المقارنا
أنشر بعضها في المجلات كمجلة المحاماة ومجلة رسالة الإسلام التي تصد
التقريب بين المذاهب الإسلامية ومجلة منبر الإسلام التي يُصدرها المجل
للشئون الإسلامية وأخيراً مجلة الوعي الإسلامي التي تصدرها وزار
بالكويت وكان معظم هذه المقالات تنشر تحت عنوان (خواطر مستشا

وفي أواخر عملي بالقضاء ومنذ أوائل الستينات ، دعاني صديقي
الفضيلة الشيخ محمد محمد المدني وقت ان كان عميداً لكلية الشريعة
مادة القانون الدولي العام لطلبة السنة النهائية بالكلية ولطلبة قسم
العليا بها ، فتهيبت وترددت بسبب المرض إذ إن علّة ألمّت بالقلب قبيل
ورغم ذلك كانت النفس تواقة إلى أن تهتبل هذه الفرصة للتعمق والمقار
المزيد من الادلة على كمال ما شرع الخالق ونقص ما شرع المخلوق ، و
أرادت فأقدمت متوكلاً على الله . وكانت باكورة عملي في كلية الش

سلسلة المقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كتاب (الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام) . وكان اهتمام القراء بهذا النوع الجديد من الدراسة مبشراً بالخير ، حتى ان الطبعة الأولى بدار القلم سنة ٦٢ م سرعان ما نفدت ، فأعاد المجلس الأعلى للشئون الاسلامية طبعه بمصر وأصدر الطبعة الثانية على نطاق واسع لتغطية احتياجات البلاد الإسلامية عام ١٣٨٤ هـ ١٩٦٤ م ، وهو بصدد ترجمة الكتاب إلى اللغات الاجنبية ليعم نفعه البلاد الإسلامية التي لا تحسن الكلام باللغة العربية في قارتي آسيا وافريقيا ويمكن لرجال القانون من غير الناطقين بالعربية الوقوف على ما جاء فيه من فكر . كما ان الطبعة الثالثة من الأصل العربي في طريقها الى الظهور بمصر. واتشرف بأن اقدم نسخة من الطبعة الثانية لم يبق لدي سواها .

واقتضى توزيع الدراسة بكلية الشريعة بعد ذلك أن ألقي على طلبة السنة الرابعة محاضرات في مادة (بين الشريعة والقانون) وتخيرت بموافقة مجلس الكلية لهذه المحاضرات موضوع السياسة الشرعية أي الأحكام السلطانية وعمدت الى مقارنة أحكامها بأحكام القانون الدستوري والاداري من فروع القانون العام الوضعي ، وتطورت هذه المحاضرات الى كتاب في سلسلة المقارنات طبع للمرة الاولى عام ١٣٨٤ هـ ١٩٦٥ م تحت عنوان (نظم الحكم والادارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية) وما كادت تلك الطبعة تصدر في مطبعة مخيمر بمصر وتنشر عن طريق الدار القومية للطباعة والنشر حتى نفدت فتفضل المجلس الأعلى للشئون الإسلامية باعادة نشره على نطاق واسع ضمن ما تخيره من كتب لتغذية المكتبة الإسلامية ، ولقد راجعت تجارب الطبعة الثانية (١) بالفعل وستكون بين يدي القراء خلال بضعة اسابيع بمشيئة الله . وأتشرف أيضاً بأن أقدم مؤقتاً النسخة الوحيدة الباقية لدي من الطبعة الأولى .

وفي العام الدراسي ١٣٨٥ هـ ١٩٦٦ م قمت بالقاء محاضرات على الطلبة في مادة (أصول القوانين) وفي العام التالي أعدت النظر فيها بما يجعلها صالحة للنشر

---

(١) الطبعة الثالثة صدرت عن دار الفتح للطباعة والنشر بيروت ١٣٩١ هـ ١٩٧١ م

في كتاب ثالث في سلسلة المقارنات بين الشريعة والقانـون . وتخـير
الجديد اسم (المدخل للعلوم القانونية والفقه الاسلامي) ومع هذا
الكثير منه تحت الطلب .

هذا وفي عام ١٣٧٩ هـ ١٩٦٠ م أنشىء بمصر مجلس أعلى للشئو
بتوجيه من الرئيس جمال عبد الناصر وشرفت بأن عملت به منذ إنش
رئيساً للجنة خبراء العلوم به . وعضواً باللجنة التنفيذية العليا وع
موسوعة جمال عبد الناصرللفقـه الإسلامـي التـي جمعـت اثنـي عش
المصطلحات الفقهية الإسلامية ورتبتها ترتيباً أبجدياً من الألف إلى ال
عن كل مصطلح آراء الفقهاء في ثمانية من أشهر المذاهب الإسلامي
أهل السنة الأربعة وهي الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي وأربعة م
الاخرى هي الإمـامية والـزيدية من مذاهـب الشيعـة وكذا مذهـب
والاباضية وصدر من الموسوعة في حرف الألف إلى الآن ثلاثة أجزاء
أقدم نسخة من كل منها .

وفي مصر أيضاً رأت الثورة تشكيل لجان متعددة ، ست عشرة لج
النظر في التشريعات المصرية لتوائم أغراض الثورة ومبادئها وكان من
اللجان لجنة لوضع قانون موحد للأحـوال الشـخصية يجمـع شتـان
الشريعة الإسلامية في مسائل الأسرة : الزواج والطلاق والمهر والنفقة
وثبوت النسب والوقف والوصية والولاية على النفس وعلى المال وغيره
اللجنة شيخ الأزهر وعملت بها عضواً منذ إنشائهـا طوال ست سنـ
الوحدة مع سوريا وبعدها، وانتهينا من وضع مشروع قانون بلغت بنو
أربعمائة مادة وجاءت ظروف النكسة الاخيرة ووقف تقديم ما تستدعي
مع العدو الصهيوني حائلا دون نظره امام مجلس الامة بمصر .

وعندي من المشروع نسخة كاملة فضلاً عن جميع محاضر الجلسات ال
جميع مناقشات الأعضاء الثمانية عشر .

ويلاحظ ان مشروع قانون الأحوال الشخصية المراد تسميته بقانون

تؤخذ احكامه من مذهب الإمام أبي حنيفة وهو المذهب السائـد في مصر وإنمـا أخذت من أحكام مذاهب أهـل السنـة الأربعـة المالـكي والشافعـي والحنفـي والحنبلي ، بل أخذت بعض الأحكام من مذاهـب الشيعـة المعتدلـة وذلك لأن الغرض من وضعه التيسير على الناس والتمشي مع روح العصر ورعاية المصالح العامة إذ في الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة ما يكفـي للاستجابـة لكل ما يبتغيه الناس من اصلاح حال الجماعات في كل زمان ومكان .

ولتكن هذه العبارة الاخيرة مدخلا وعنواناً للفصل الأول من هذا البحث .

الفصل الأول

في : كفاية الشريعة الإسلامية

- شريعة عامة لجميع البشرية شاملة لتنظيم أمور الدين والدنيا تحوي أسمى وأكمل الحلول لمشاكل البشرية

الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع السماوية

- إعتراف المحافل الدولية القانونية للشريعة الإسلامية بالكمال والإحاط
- خصائص الشريعة الإسلامية ومميزاتها

- حاجتنا إلى الفقه الإسلامي .

- حاجة الفقه الإسلامي إلى من ينصفه .

شريعة عامة لجميع البشرية :

إن الدين منذ القدم ضرورة اجتماعية ، والوازع الديني أقوى ح
احترام القواعد التنظيمية في أية جماعة ، ومنذ وجدت الجماعات البشر
إلى السموعن طريق النزعات الدينية ، وكثيراً ما ردد الاجتماعيون ضرر
كظاهرة اجتماعية حتى قال بعضهم (لو لم يكن الله موجوداً لوجب أن
وعلى هذا سارت كل المجتمعات حتى الوثني منها ، وما الأصنام وعبادة
والنار والحيوانات إلا ظواهر لمحاولة البشر خلق الديانات وإطلاق أ
النفوس هداية لها ودفعاً لها على السمو . وسار كل مجتمع في فهم دين
يهديه إليه عقله ، أو ترشده إليه بيئته ، أو يوجهه إليه مفكروه أو ب

رسله . ولكنها جميعاً كانت تلتقي عند قدر واحد هو الدين في ذاته والعبادة في مبدئها .

وبغير الدين تصبح الجماعات البشرية أقرب إلى الحيوانية ، ولذا كرهت الجماعات البدائية الحياة على غير دين ، فعبدت القوة في أشكال مختلفة في الشمس والحيوان والتمثال . ولقد سمعنا ان ابن المقفع يوم ان ازمع اعتناق الإسلام كره ان يبيت ليلة واحدة على غير دين ، فقد وعد أن يسلم من الغد ، ثم أدى بعض مراسم العبادة المجوسية في المساء ولما سئل كيف تفعل ذلك وأنت على وعد بالإسلام من الغد قال (كرهت ان أبيت على غير دين) . بل ان الملاحدة انفسهم يفزعون الى الدين والى الله عندما تنزل بهم النوازل أو تتقدم بهم السن (وإذا مس الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعداً أو قائماً فلما كشفنا عنه ضره مر كأن لم يدعنا إلى ضُرٍّ مسه كذلك زين للمسرفين ما كانوا يعملون) (سورة يونس الآية ١٢) .

شريعة عامة وخاتمة للشرائع السماوية :

وما من شك في أن الديانات السماوية التي نزلت على الرسل قبل الإسلام لم تكن عامة ، وإنما كانت خاصة مقصورة على علاج بعض ما فشا من عيوب وآثام في جماعة معينة ، ولذلك تجد بعض الرسل أرسل على التحديد إلى مائة الف (سيدنا يونس) ، وكذلك تجد رسولين من قبل الله في زمن واحد ، كل منهما أرسل إلى جماعة معينة في بقعة معينة ، كما هو الشأن بالنسبة الى سيدنا إبراهيم ولوط . وقوام الرسالات السماوية كلها ، الدعوة إلى توحيد الله فاطر السموات والأرض والذي أنشأها إنشاء أولياً وأعطى كل شيء خلقه ثم هدى وإلى جانب التوحيد كانت تشمل الرسالة الحض على الفضائل والأخلاق والامتناع عما فشا في المرسل إليهم من موبقات كالقتل والزنى والسرقة والغش في المكيال والميزان وفي التعامل والحض على التزام الصدق والبعد عن الكذب والخيانة والتحلي بالتواضع والتسامح (من ضربك على خدك الأيمن فأدر له خدك الأيسر) .

وكانت آخر الديانات السماوية قبل الإسلام هي المسيحية ، وقد ح
حرفت تعاليم اليهودية من قبلها حتى في قوامها الأصلي ، فقالت اليهود
الله وقالت النصارى المسيح ابن الله .

ولذلك كان لا بد من ان يدرك الله الناس بالهداية وشاءت إرادته
أن تكون رسالة الإسلام خاتمة الرسالات فكان لا بد أن تشمل تنظ
الدين والدنيا .

الإسلام دين ودولة ، عقيدة وشريعة ، وأحكامه العامة وقواعده
محكمة نزلت من الله وحياً على خاتم الرسل محمد بن عبدالله صلى
وسلم ، ومجموع آيات هذا الوحي هو القرآن الكريم ، كتاب ا
المقدس ، نزل به الروح الأمين جبريل من اللوح المحفوظ دفعة واحد
الدنيا ثم أوحى به منجماً بحسب ما دعت الحاجة ، وبحسب ما جدّ من
تلطفاً من الله ورحمة ، إذ إن الأمة العربية كانت إذ ذاك أمية في غالبية أ
فحفظ الآيات من حفظها وهم جمهور الصحابة ، وكتبتها القلة الكاتبة
الله رسوله ان يبين للناس ما نزل إليهم (كتاب أحكمت آياته ثم فصلت
حكيم خبير) (سورة هود الآية ١) .

وما كاد الرسول العظيم يلحق بالرفيق الأعلى حتى شرح الله صد
الأول أبي بكر والصحابة معه إلى جمع القرآن مكتوباً . وفي عهد ثالث
عثمان بن عفان نسخت من هذا المكتوب نسخ وزعت على الأمصار
بقاع الدنيا . فكانت كل نسخة إماماً للمصحف الشريف وعنه تتابع
عهد الطباعة حيث عمّ نشره . وبهذا صان الله سبحانه وتعالى كتابه ال
العبث والتحريف والتبديل (إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون) .
الحجر الآية ٩) .

والكتاب والسنة ، هما المصدران الأساسيان للشريعة الإسلامية ا
الكثيرون المصدرين الوحيدين وما بعدهما من إجماع أو قياس أو اس

وكانت آخر الديانات السماوية قبل الإسلام هي المسيحية ، وقد ح
حرفت تعاليم اليهودية من قبلها حتى في قوامها الأصلي ، فقالت اليهود
الله وقالت النصارى المسيح ابن الله .

ولذلك كان لا بد من ان يدرك الله الناس بالهداية وشاءت إرادته
أن تكون رسالة الإسلام خاتمة الرسالات فكان لا بد أن تشمل تنظ
الدين والدنيا .

الإسلام دين ودولة ، عقيدة وشريعة ، وأحكامه العامة وقواعده ا
محكمة نزلت من الله وحياً على خاتم الرسل محمد بن عبدالله صلى
وسلم ، ومجموع آيات هذا الوحي هو القرآن الكريم ، كتاب الم
المقدس ، نزل به الروح الأمين جبريل من اللوح المحفوظ دفعة واحدة
الدنيا ثم أوحى به منجماً بحسب ما دعت الحاجة ، وبحسب ما جدّ من
تلطفاً من الله ورحمة ، إذ إن الأمة العربية كانت إذ ذاك أمية في غالبية أ
فحفظ الآيات من حفظها وهم جمهور الصحابة ، وكتبتها القلة الكاتبة
الله رسوله ان يبين للناس ما نزل إليهم (كتاب أحكمت آياته ثم فصلت
حكيم خبير) (سورة هود الآية ١) .

وما كاد الرسول العظيم يلحق بالرفيق الأعلى حتى شرح الله صدر
الأول أبي بكر والصحابة معه إلى جمع القرآن مكتوباً . وفي عهد ثالث
عثمان بن عفان نسخت من هذا المكتوب نسخ وزعت على الأمصار في
بقاع الدنيا . فكانت كل نسخة إماماً للمصحف الشريف وعنه تتابع ال
عهد الطباعة حيث عمّ نشره . وبهذا صان الله سبحانه وتعالى كتابه الك
العبث والتحريف والتبديل (إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون) .
الحجر الآية ٩) .

والكتاب والسنة ، هما المصدران الأساسيان للشريعة الإسلامية ويع
الكثيرون المصدرين الوحيدين وما بعدهما من إجماع أو قياس أو استص

فمصادر ثانوية ومعينها هو الكتاب والسنة ، وجاءت فيهما كل القواعد العامة للشريعة الخاتمة في القرآن الكريم وصدق الله إذ يقول (ما فرطنا في الكتاب من شيء) (سورة الأنعام الآية ٣٨) .

شريعة شاملة لأمـور الدين والدنيـا :

لقد عنى الإسلام بأمور الدنيا عنايته بأمور الدين . ونحن حين نعبر (بأمور الدنيا) نقصد معنى اللفظ بجميع ما يفهم منه وما يحتمله ، فالدين الإسلامي - فضلاً عن القواعد التي تنظم المعتقدات والعبادات - تضمـن اسمى ما ينظـم علاقات الناس من قواعد قانونية وخلقية وفي هذا الصدد لم يقنع بالقواعد التي تنظم صلات الأفراد فيما بين بعضهم البعض ، وإنما تجاوز ذلك إلى وضع الأسس الكاملة التي تقوم عليها الدولة فالخلافة بيعة . . . والأمر بين الناس شورى . . . والناس جميعاً سواسية . . . وكل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه . . . وحريات الناس مصونة . . . ورقابتهم على الحكام مشروعة [1] . . . والملـكية الفردية ليست مطلقة تجنـح إلى الكنـز والاستعـلاء والاستغـلال . . . ولا هي معدومة فيفقد الناس حوافز الجد والتنمية . . . وإنما هي وسط بين هذا وذاك ، وسطية تجعل الملكية وظيفـة اجتماعية فالمال مال الله ، ونحـن مستخلفـون فيه والناس عيال الله .

ومن ثم ، كان للفقير في مال الغني حق معلوم لا منّ فيه ولا مهانة ، حق كامل يسع ضروريات الحياة لكل فرد محتاج ، بحيث توفر الدولة له السكن والطعام واللباس والدابة .

ولم يقنع الدين الإسلامي بذلك بل تضمن أسمى ما يمكن أن تقوم عليه العلاقات بين الدول بعضها بالبعض في حالتي السلم والحرب : من قواعد لحفظ السلام ، وللمعاهـدات الدائمـة والمؤقتـة . . . ولإنشاء هيئـة دولية تحـكم في الخلافات التي تجدّ بين الدول ، والدولة التي لا تخضع إلى ذلك يقاتلهـا جيش

---

(١) راجع كتابنا نظم الحكم والادارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية طبعة دار الفتح ببيروت ١٩٧١ .

الهيئة الدولية حتى تفيء إلى الحق والعدل (وإن طائفتان من المؤمنين
فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى
أمر الله) (سورة الحجرات الآية ٩) [١] .

ثم ارتفع الإسلام بعد ذلك إلى السماكين فنادى الناس جميعاً
الشعوب والديانات إلى أخوة إنسانية شاملة (يا أيها الناس إنا خلقناكم
وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم)
الحجرات الآية ١٣) وفي الحديث (كلكم لآدم وآدم من تراب) ولا
ذلك ، فالجميع عباد الله وهو أرحم الرحمين ، أرسل رسوله بالهدى ود
ليظهره على الدين كله (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) (سورة الأنبياء الآية

وفي كمال الشريعة الإسلامية يقول الدكتور سليمان مرقص أستاذ
المدني بجامعة القاهرة (ففي الكتاب والسنة وهما أهم مصادر
الإسلامية ، الكثير من القواعد القانونية المتعلقة بالزواج والطلاق و
والميراث والوقف والوصية والتجارة والبيع ، ومختلف العقود والحدود
وغيرها من القواعد الجنائية ، ولقد تناول فقهاء الإسلام هذه الأحكام
والتفصيل وفرعوا عليها الكثير من الحلول حتى غدت الشريعة الإسلام
قانونياً كاملاً يعدل أرقى الشرائع ، بل إن بعض نظمها يفضل ما يقابله
في أحدث الشرائع العصرية) .

شريعة تحوي أسمى وأكمل الحلول لمشاكل البشرية :

إن الله سبحانه وتعالى لما أراد أن يختم الأديان والرسل برسالة محمد بن
عليه الصلاة والسلام ، تخير لها الوقت المناسب عندما تهيأت البشرية للنضج
كانت هذه الرسالة عامة لجميع الناس في كل زمان ومكان إلى يوم القيام
الوحي بنوعين من الأحكام الفقهية التشريعية في نوعين من المسائل :

---

(١) راجع كتابنا في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام،طبعة المجلس الأعلى
الإسلامية بمصر .

١ ـ مسائل لا تتأثر باختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات والعادات ونزلت قواعدها الأساسية محكمة محددة في الكتاب (القرآن) وكلف الرسول بوحي من ربه بأن يفصل للناس هذه الأحكام العامة وفي ذلك المعنى يقول الله تعالى (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم)(سورة النحل الآية ٤٤) وقوله (لقد منّ الله على المؤمنين إذ بعث فيهم رسولاً من أنفسهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة) (سورة آل عمران الآية ١٦٤) والأحكام الشرعية في هذا النوع الثابت الذي لا يتغير بزمان ولا مكان سميت بالأحكام القطعية ، ومنها أحكام العقائد والعبادات .

٢ ـ ومسائل أخرى من شأنها أن تتأثر بظروف الزمان والمكان وتختلف باختلاف البيئة والعرف وبحسب ما تدعو إليه المصلحة في كل منها .واكتفت الشريعة الإسلامية في هذا النوع بأن وضعت لها القواعد العامة الكلية المرنة وتركت الأحكام الفرعية إلى اجتهاد العقل البشري احتراماً له ومسايرة للظروف والمصالح .

والحكمة في ذلك أنه لا يصح في أمور العقائد والعبادات وصورها ورسومها أن تترك لأفهام الناس واجتهاداتهم لأن الله لا يعبد إلا بما شرع ولأنه لا يصح الاختلاف في ذلك . أما الفروع التي لا يضر الاختلاف فيها وتخضع لظروف الزمان والمكان فلم يكن يصلح أمر الناس على توحيدها والا لجمدت العقول ولاصطدمت الشريعة بظروف الزمان والمكان وبمصالح الناس . ولذا رحم الله عباده بأن فتح فيها باب النظر والاجتهاد حسبما يساير مصالحهم وحديث معاذ ابن جبل نص في الاجتهاد إذ لما أرسله الرسول إلى اليمن قال له : (بم تقض يا معاذ؟قال بكتاب الله ، قال فإن لم تجد؟قال فبسنة رسول الله ، قال فإن لم تجد؟قال أجتهد برأيي) فأقره على ذلك .

حدثت للناس بعد عهد الرسالة حوادث وواقعات ونوازل وكان الخلفاء الراشدون يلتمسون لها الحلول في نصوص الكتاب أو السنة ، فإن لم يجدوا فيها

اجتهدوا واجتهد الصحابة معهم ، فإن اتفقوا على رأي واحد كان ذلك الاجماع وهو المصدر الثالث للتشريع الإسلامي ، وان اختلفوا أخذ الغالب .

وكانت هذه الاجتهادات محفوظة في الصدور غير مكتوبة في كتاب جام انتشر الإسلام وشرق إلى الصين وغرب إلى الأندلس وتفرق الصحابة في دعت الضرورة إلى التدوين وقام الفقهاء من أصحاب الاجتهادات و بالجلوس في المساجد لتدريس الفقه ومنهم أبو حنيفة ومالك والشافعي و حنبل وغيرهم كثير ، إلا أن هؤلاء الأربعة كثر تلامذتهم وزادوا فيما تعلم حسبما جد لهم من أحداث أو فتاوى فأبو حنيفة مثلاً جميع ما دوّن م تلاميذه وأتباعه جمُع وسمى بمذهب أبي حنيفة إحتراماً له وتقديراً لا وبنفس الطريقة نشأ وعرف مذهب الإمام مالك ومذهب الإمام الشافعي و الإمام أحمد بن حنبل .

ومن مجموع هذه الاجتهادات تكون الفقه الإسلامي وهو ثروة وقانونية لا مثيل لها في العالم قديمه وحديثه . فيه الحلول لجميع مشاكل ا جميع الأزمان وفيه أحدث النظريات القانونية، ومثال ذلك :

أولاً : النظريات القانونية الجرمانية الحديثة وغيرها :

ظهرت في التشريعات الغربية الجرمانية نظريات قانونية حديثة استل التطور الصناعي في أوروبا ولم تكن معروفة من قبل لديها ، فاستنبط الأحكام وظنوا أنهم أول من قال بها ، وإذا بها جميعاً موجودة مؤصلة ومف الشريعة الإسلامية ومنها على سبيل المثال :

١ ـ **نظرية التعسف في استعمال الحق** . ومصدرها في الشريعة : القاعدة (لا ولا ضرار) وقد توسع الفقهاء فيها في مختلف أبواب الفقه الإسلامي تصل إليه أحدث التشريعات .

٢ ـ **نظرية الحوادث الطارئة** : وهي ما يطرأ على العقد من ظروف لم تكن م

وقت التعاقد تجعل التزام أحد الطرفين مخلاً بالنسبة لالتزام الآخر بما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد ، ولذا لجأت التشريعات الحديثة إلى القول بوجوب الحد من قاعدة (إن العقد شريعة المتعاقدين) تحقيقاً للعدالة التي يجب ان تقوم بين طرفي العقد . وهذه النظرية التي يظنون انهم منشئوها متفرقة في أبواب الفقه الإسلامي تأسيساً على نظرية (لا ضرر ولا ضرار) ونظرية (الضرورة) ونظرية (العذر) فالشريعة الإسلامية تقضي بأن (الضرورات تبيح المحظورات) و (الضرورة تقدر بقدرها) وان (حقوق الناس ليست مطلقة) ، ونجد هذا كله في باب العبادات ، مثلا حيث يكون الاكتفاء بالتيمم للضرورة لعدم وجود الماء وعند العذر للمرض ، وقصر الصلاة الرباعية عند السفر وجمع الصلاتين في الحج ، والتحلل من بعض مناسكه ، وإباحة الصلاة للمريض قاعداً .

وهذه النظرية أخذ القانون المدني المصري الحديث وكذا الليبي بأحكام لشريعة فيها بالمادة ١٤٧ كما أخذ من الشريعة أحكاماً وجدها أعدل من غيرها ومنها :

٣ ـ حوالة الدين .

٤ ـ مجلس العقد ، ومتى ينعقد الإيجاب والقبول ، وكيف يتكون مجلس العقد بين اثنين أحدهما في بلد ، والآخر في بلد ثان ، وهل يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه قبل انتهاء مجلس العقد وقبل أن يفصح العاقد الآخر عن قبوله .

٥ ـ إجارة الوقف .

٦ ـ نظام الحكر .

٧ ـ إجارة الأراضي الزراعية والمزارعة والمساقاة وحق الشرب وحق المسيل وغير ذلك .

٨ ـ هلاك الزرع في العين المؤجرة .

٩ ـ انقضاء الاجارة بموت المستأجر وفسخها لعذر .

١٠ ـ وقوع الإبراء من الدَّين بارادة الدائن وحده .

ولقد عثرت أخيراً على مقال للاستاذ الدكتور عبد السلام ذهني تح
تجميع القوانين والشريعة الإسلامية ورد فيه (لما كنت بمدينة ليون بفر
الدكتوراه في سنة ١٩١١ ـ ١٩٢٠ كان استاذنا لامبير وكان يرى
الاسلامي في المعاملات كنز لا يفنى ، ومعين لا ينضب وكان يشير ع
المصريين بالرجوع إليه ، لوضع رسائلهم في الدكتوراه في مواضيع م
الإسلامية . وفعلاً وضع (الدكتور محمد فتحي) رسالة في الدكتوراه ع
الاعتساف في استعمال الحق ، والخروج عما شرع له عند فقهاء الإس
كادت الرسالة تطبع في كتاب حتى نفذت في ستة أشهر ، وكتبت عنه
القانونية كثيراً ، واشادت بعظمة التشريع الإسلامي . . . ومما كتب
الالماني الكبير كوهلر في مقال له : ان الالمان كانوا يتيهون عجباً على
لخلقهم نظرية الاعتساف في استعمال الحق وإدخالها ضمن التشريع في
المدني الالماني الذي وضع سنة ١٧٨٧ اما وقد ظهر كتاب الدكتور
وافاض في شرح هذه النظرية نقلا عن رجال الفقه الإسلامي فإنه يجب
القانون الألماني ان يتنازلوا عن المجد الذي نسبوه لأنفسهم ويعترفوا
لأهله وهم فقهاء الإسلام الذين عرفوا هذه النظرية وأفاضوا في الكلام
الالمان بعشرة قرون)[1] .

ويقول الدكتور السنهوري في بحث له بمجلة القضاء العراقية العدد ا

---

(١) المقال نشر في الجريدة القضائية في ٢٣ من يناير سنة ١٩٣٧ ـ والدكتور ذهني ك
في مدرسة الحقوق القديمة ثم بكلية حقوق القاهرة ، ثم مستشاراً بمحاكم الاستئناف
مستشاراً بمحاكم الاستئناف المختلطة حيث كانت له وقفة مشرفة إذ تمسك بكتابة أحك
العربية وظل مصراً على ذلك حتى الغيت المحاكم المختلطة .

السنة الثانية (إن الكثيرين من فقهاء الغرب ومنهم كوهلر الالماني ، ودليفشيو الايطالي وويجمور الاميركي أنصفوا الشريعة الإسلامية وشهدوا بما هي عليه من مرونة . . . الى ان قال الدكتور السنهوري : ان في الشريعة عناصرلو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادىء لا تقل في الرقي والشمول ومسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها عن الفقه الغربي الحديث ، وضرب اربعة امثلة : فقال : ان كل مطلع على فقه الغرب يدرك ان من أحدث نظرياته في القرن العشرين نظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية تحمل التبعة ، ومسئولية عدم التمييز ، ولكل هذه النظريات أساس كبير في الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلاّ إلى الصياغة والبناء) .

ثانياً : نظرة الإسلام إلى المال ـ الملكية وظيفة اجتماعية .

أحكام التملك في الفقه الإسلامي ، هي ما اصطلح على تسميته بأحكام المعاملات وهي تبلغ تسعة أعشار الفقه ، ولذا سألجأ إلى تعداد بعض القواعد الأصولية الهامة ، في اطار عام يمكن ان تبين نظرة الإسلام إلى المال :

أولاً : الكون كله لله ـ لقوله تعالى (لله ما في السموات والأرض) (سورة لقمان الآية ٢٦) ولقوله(ولله ملك السموات والأرض)(سورة آل عمران الآية ١٨٩) وهذا الكون كله مسخر لخدمة الإنسان لقوله تعالى (وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض) (سورة الجاثية الآية ١٣) وقوله (وسخر لكم الفلك لتجري في البحر بأمره وسخر لكم الأنهار . وسخر لكم الشمس والقمر دائبين وسخر لكم الليل والنهار) (سورة إبراهيم الآيتان ٣٢ ، ٣٣) ومؤدى هذا التسخير أن الناس جميعاً متساوون في حق الاستفادة من خيرات الأرض والسماء وأن لهم أن يتنافسوا فى الافادة من الأشياء العامة التي لا يتصور تملكها كالبحار والأنهار والفضاء لاستحالة حيازتها .

أما ما يمكن حيازته من أرض أو زرع أو ثمر أو متاع أو غير ذلك من الأموال

المتقومة فقد ترد عليه الملكية والتمليك ولكنها ملكية من نوع خاص
مطلقة كما يذهب إليه النظام الفردي الرأسمالي ، ولا هي معدومة كما
النظام الشيوعي .

ومن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية أن الأمر المباح تطرأ ع
أربعة : الوجود والحرمة والندب والكراهة حسب الظروف المحيطة
قد تحيط بالشيء المباح ظروف تحتم فعله فهو واجب او تحرمه فيصبح
تحسنه فيصبح مندوباً أو تهجنه فيصبح مكروهاً ومثال ذلك أن الأرض
التي تملكها يباح لك ان تزرعها بأي نوع من المزروعات ولكن قد يح
عليك زراعتها بنوع معين لحاجة الأمة إليه مثلاً ، وقد يحرم عليك ز
آخر لضرره وقد يحسن بك زراعة بعض الأصناف ، ويكره لك زرا
الآخر .

فهذا الشيء المباح أعطى الشرع لولي الأمر البصير بأمور الأم
التدخل فيفرضه على الأمة ويجب عليهم الطاعة أو يحرمه عليها لما فيـ
بالمجموع ، فالملكية الشخصية وإن اعترف بها الإسلام واحترمها في
العادية ، إلا أنه إذا طرأ عليها ما يجعل منها أداة فساد فالدولة تتدخل
يزيل الضرر ويحقق المصلحة . والمصلحة العامة مقدمة على مصالح
والرسول ﷺ قسم أموال بني النضير على المهاجرين دون الأنصار حفظ
المالي والاجتماعي ولكيلا يكون المال دولة بين الأغنياء فحسب .

قيود حق التملك في الإسلام : القاعدة الأساسية أن يد المالك يد اس
فهي أشبه بيد الوكيل لا بيد الأصيل ، وهذا المعنى مستفاد من قوله تع
جاعل في الأرض خليفة) (سورة البقرة الآية ٣٠) وقوله (وانفقوا مم
مستخلفين فيه) (سورة الحديد الآية ٧) وقوله (وأتوهم من مال الله الذ
(سورة النور الآية ٣٣) حاصل ذلك كما سلف ذكره أن التملك
اجتماعية ، والقيود التالية مرتبة على ذلك .

القيد الأول على حق التملك : تحرى أوجه الحلال في كسب المال ما دام المال مال الله فوجب أن يكتسب بالطرق التي شرعها الله وذلك من طريقين أولهما : طريق لا سعي للانسان فيه ، كالهبة والوصية والإرث وفيها بر للموهوب له والموصى له . وذلك بعض التعاطف الاجتماعي ، وفي توزيع الإرث على جماعة كبيرة من الأقرباء والأهل وذوي الرحم فيه معان اجتماعية واقتصادية سامية [1] .

وثانيهما : التملك عن طريق السعي والاكتساب وهو العمل ، وهو أشرف الوسائل،وفي القرآن ٣٦٠ آية تتحدث عن العمل، والأحاديث في ذلك كثيرة تضمنت جميع ما يخطر على البال من تنظيم اجتماعي لشئون العمل والعاملين وحقوق العامل وواجباته وحقوق رب العمل وواجباته ومن ذلك قوله تعالى (وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله) (سورة التوبة الآية ١٠٥) وقوله (انا جعلنا ما على الأرض زينة لها لنبلوهم أيهم أحسن عملا) (سورة الكهف الآية ٧) وقوله (فاستجاب لهم ربهم إني لا أضيع عمل عامل منكم من ذكر أو أنثى) (سورة آل عمران الآية ١٩٥) وقوله (ولكل درجات مما عملوا وليوفيهم اعمالهم وهم لا يظلمون) (سورة الاحقاف الآية ١٩)وقول الرسول صلوات الله عليه (إن أشرف الكسب كسب الرجل من عمله) وقوله (إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه) وقوله (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) وقوله (روحوا القلوب ساعة بعد ساعة) وقوله (ان لبدنك عليك حقاً وان لزوجك عليك حقاً ، وإن لعينك عليك حقاً) وقوله (من غشنا فليس منا) وقوله (لا تكلفوهم ما لا يطيقون وإلا فأعينوهم) وقوله (أطعمرهم مما تطعمون واكسوهم مما تكتسون) هذا ومن حق العامل القادر على العمل إذا لم يجد عملاً أن يطالب رئيس الدولة الإسلامية بتوفيره له فقد ثبت ان عاطلاً أتى رسول الله فقدم له الرسول قادوماً صنعه بيده ليحتطب به ، وظل يراقب حاله إلى أن تحقق أنه يكسب ما يكفيه هو وعائلته .

القيد الثاني على حق التملك : على المالك أن يحافظ على المال ويتولاه بالصيانة

---

(١) أين نظام الإرث في الإسلام وما هو عليه من سعة وتعدد للوارثين من نظام الإرث في انجلترا مثلا حيث كان الابن الأكبر يختص بالميراث كله دون الباقين ؟

بحيث يبقى المال صالحاً لما أعد له من منافع . وكان عمر بن الخطاب يق
عطل ارضاً ثلاث سنين لم يعمرها فجاء غيره فعمرها فهي له . وأ
القاعدة حديث عن رسول الله وهو (من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس
بعد ثلاث سنين) .

القيد الثالث على حق التملك : هو تنمية المال باستثماره وعدم اكتناز
ذلك من منافع اقتصادية للجماعة إذ بالاستثمار ينتفع العامل والصانع
وفي ذلك المعنى يقول الله تعالى (كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم
الحشر الآية ٧) ويقول (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في
فبشرهم بعذاب أليم، يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم
وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون) (سورة التو
٣٤، ٣٥) .

القيد الرابع على حق التملك : عدم إنفاق المال في غير مصارفه الشرع

فيجب أن تبدأ بنفسك وبمن تعول في حدود الاعتدال ، لقول الرسو
بنفسك ثم بمن تعول) ولقول الله تعالى (ولا تبذر تبذيراً إن المبذرين كان
الشياطين) (سورة الإسراء الآية ٢٧) ومن أسرف وبذر حجر عليه وع
عن المال ، لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله ل
(سورة النساء الآية ٥) .

القيد الخامس على حق التملك : وهو إخراج حقوق العباد من المال و
سبيل المثال لا الحصر :

١ ـ الزكاة المفروضة : وأبرز صفاتها إنها ليست منّة ولا فضلاً ولا صد
تعالى (والذين في اموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) (سورة
الأيتان ٢٤ ، ٢٥) .

٢ ـ النفقات الواجبة : وهي مفروضة على الغني القادر لذوي قرباه

كالوالـدين ، والأبنـاء وفروعهـم والأخـوة وفروعهـم والأعمام وفروعهـم والزوجات المطلقات في العدة والرقيق والأسرى ، ثم أوجبها الله للحيوان على مالكه وإلا باعه القاضي عليه .

٣ ـ النذور والكفارات : كفـارة اليمـين الكاذبـة وكفـارة الفطـر في رمضـان وكفارات أخطاء الإحرام في الحج ومنها زكاة الفطر والأضحية .

القيد السادس على حق التملك : وهو إخراج حقوق الدولة من المال وهي كثيرة ومنها :

١ ـ تركة من يموت بغير وارث إلى بيت المال .

٢ ـ الخراج والعشور وهي بحق العشر أي ١٠٪ من كل ما تنتجه الأرض و٥٪ على الأقل إن كانت تروى بالتكلفة .

٣ ـ أباح الفقهاء أن يحصل بيت المال على العشور في المتاجر كضريبة الجمارك من قبيل المعاملة بالمثل .

٤ ـ خمس الغنائم في الحرب لبيت المال .

٥ ـ للدولة ولولي الأمر أن يفرض ما يكفي في أموال الناس بقدر ما تندفع به الضرورة وحالات الطوارىء وقد تصل إلى أخذ معظم أمـوال النـاس في حالة الحرب وهي مماثلة لضريبة الدفـاع ومشروعيتهـا ، إن الجهـاد بالمال وبالنفس فرض عين على كل مستطيع ويجب دفع الضرر الأعلى بتحمـل الضرر الأدنى وحق الفرد في استبقاء ماله ادنى من حق الدولة في المحافظة على حرية الجماعة وحرماتها . وقد ثبت أن أبا بكر وعمر وعثمان وغيرهم من الصحابة قدموا نصف أموالهم والبعض قدمها كلهـا لتجهيز الجيش في الغزوات والحروب وكذلك الحال بالنسبة للـكوارث كالمجاعـة والفيضان .

القيد السابع على حق التملك : وهو جواز تأميم بعض المرافق ، وبعض
وتحديد الملكية وتحديد الأجور وتسعير السلع كلما دعت الضرورة ، مثال

١ ـ التأميم يجيزه الإسلام : ويشمل المرافق العامة وتأميم الصناعات
وتأميم الأرض الزراعية عند الضرورة .

النصوص: قول الرسول (الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار) وفي
أخرى (والملح) وهذا حديث شريف ، لم يقصد منه حصر ضرورات
وإنما ذكرت هذه الأنواع للتمثيل ، فكل ما كانت منفعته العامة لازمة
وجب على الدولة وعلى ولاة الأمور التدخل لتمكين عامة الناس من حـ
المشاركة في المنفعة وفق ما نص عليه الحديث .

٢ ـ تأميم الطب وبعض الصناعات : يذهب الإمام ابن تيمية إلى أبعد مر
فيقول : ان المهن الضرورية كالطب والصناعات الضرورية كال
والحدادة يجوز إجبار اصحابها والمختصين بها على العمل لصالح
ويعطون أجر المثل .

٣ ـ تسعير السلع جائز شرعاً سداً للذرائع : لا خلاف بين الفقهاء على ان اس
صاحب المال للعامة كأن يحبس التاجر السلع لديه حتى تنعدم في الس
يتحكم في رفع السعر احتكار محرم شرعاً ، وعلى ولي الأمر التدخل ب
السعر وتحديد الربح .

٤ ـ تحديد نصيب في الأرباح للعاملين واجب شرعاً : من بين فقهاء الإسلا
قال : إن الأفضل في شركات المضاربة أن يكون للعامل عدا اجره نص
الربح وجعلوا ذلك شرطاً لصحة الشركة وخرجوا ذلك على أن الر
يكن ثمرة المال وحده ، بل هو ثمرة المال والعمل معاً ، واشترطوا
عقد المضاربة ان يسمى نصيب العامل في الربح خلاف اجره فإن
العقد عن ذلك انصرف السكوت إلى أن الربح مناصفة بين ال
وصاحب العمل .

القيد الثامن على حق التملك : هو التكافل الاجتماعي بأوسع معانيه ومنه ألا يطل دم في الإسلام بمعنى أن دية القتيل الذي لا يعرف قاتله تجب إما على المحلة التي قتل فيها أو على بيت المال إن عجزوا ، ومنه وجوب تجهيز الميت ودفنه على المجتمع ، ومنه اشتراكية الأكل من الثمار والفواكه للمارة واشتراكية اعطاء من لا يرث شيئاً من التركة وتزويج الفقراء والاماء والأيامى كل ذلك على تفصيل لا يتسع له هذا البحث .

القيد التاسع على حق التملك: هو حد الكفاية لجميع المواطنين فإذا لم تكف الزكاة وغيرها من الحقوق التي فرضها الله للفقراء في أموال الأغنياء واذا لم تكف غلة المرافق والمصانع التي أممت وإذا لم تكف مفروضات التكافل الاجتماعي ، نقول : إذا لم يكف كل ذلك لتوافر ضرورات العيش لدى جميع المواطنين انتقل واجب توفيرها الى أموال الناس ، فيؤخذ منها ما يسد هذه الحاجات مهما استنفد ذلك من ثروات الناس ، والأصل في ذلك أحاديث كثيرة منها :

(لا يؤمن بي من بات شبعان وجاره جائع (وقيل : وجاره طاو) وهو يعلم . إذا بات مؤمن جائعاً فلا مال لأحد) .

هذا قليل من كثير أوردناه على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

وحاصل ما سلف اننا مهما فتشنا حولنا في ماضي الأمم وحاضرها فلن نجد مجتمعاً ساده التعاون والتكافل كالمجتمع الإسلامي في الصدر الأول وفي القرن الاول حيث كان يعرف الحاكم مسئوليته حق المعرفة فهو يبلغ في ذلك الذروة حين يحس انه مسئول عن ضياع عقال بعير بالعراق وهو بالمدينة ، وعن امن الراعي في البصرة على غنمه لا يخشى عليها إلا الله والذئب وحتى يحمل الخليفة على ظهره مؤونة أسرة محتاجة ويصحب معه زوجه لتقوم هي برعاية المرأة وهي تلد ويتولى هو طبخ الطعام ، ثم هو يأخذ نفسه بأشد مما يأخذ به رعيته فلا يرضى ان تأكل امرأته حلوى بما ادخرته من راتبه فيأمر بانقاص راتبه بقدر ما أدخرته زوجه ، كما جعل لكل رضيع نصيباً في بيت المال حينما سمع بأن بعض

الأمهات يتعجلن فطام اطفالهن حتى يصبح لهم نصيب في بيت المال
اللقيط كان يفرض له نصيب في بيت مال المسلمين فأجرة رضاعته وحضا
نفقاته حتى يقدر على الكسب من مال الدولة ولقد مرّ عمر براهب نصرا
فرتب له ولأمثاله المرضى والمقعدين رواتب في بيت مال المسلمين ، وكان
يجري الأرزاق على القواعد من النساء اللائي لا أزواج لهن وعلى
والعميان .

ثالثاً : القضاء الاداري الذي استحدثته فرنسا قديم في الشريعة الإس
١٤ قرناً .

لما نودي في فرنسا بعد الثورة بالفصل بين السلطات ، السلطة
والسلطة التشريعية والسلطة القضائية ورقابة بعضها لبعض كانت ال
الادارية التي تصدر من السلطة التنفيذية لا تخضع لرقابة القضاء بمعنى ا
إذا اصدر قراراً بفصل موظف ظلماً وبغير الطريق القانوني ، أو أن مص
المصالح الحكومية أغلقت طريقاً إضراراً بجماعة من الناس فكانت هذه ا
الادارية في جميع الدول الى القرن الثامن عشر الميلادي لا يمكن الطعن
وقع عليه الضرر ، إلا بطريق التظلم إلى رئيس صاحب السلطة الذي
القرار وكانت بعض البلاد تتيح للمضرورين رفع دعوى بطلب التعوي
المحاكم العادية ولكن بعد الثورة الفرنسية انشىء مجلس الدولة للتشريع
والقضاء الاداري ووجدت محاكم ادارية يستطيع من وقع عليه الضرر ا
الدعوى ضد الوزير امامها مطالباً بالغاء القرار الاداري الظالم الذ
بفصله من عمله أو صدر بغلق الطريق فضلاً عن حقه في التعويض عن ال

ونسارع إلى القول بأن قضاء المظالم في الشريعة الإسلامية هو بعينه
الاداري بل هو اشمل منه وأسبق بثلاثة عشر قرنا فكان الناس يتظلم
تصرف الحكام والولاة إلى الخليفة في عهد عمر وعلي بن أبي طالب الذي
يوماً لذلك ،وسمي هذا النوع قضاء المظالم.وفعل مثل ذلك عبد الملك بن

وعمر بن عبد العزيز ثم لما اتسعت رقعة الدولة الاسلامية كان التظلم من تصرفات الولاة والحكام يرفع الى القاضي العادي في كل ولاية وكان القاضي يأمر باحضار الوالي ويوقفه مع خصمه امامه بل ان بعض الخلفاء احضروا امام القاضي ثم تطور النظام فخصصت الدولة قاضيا خاصاً للمظالم .

ويصح في الشرع الإسلامي ان من رأى مظلمة وقعت من الولاة والحكام على بعض الناس ان يرفع الأمر إلى قاضي المظالم ولولم يقع الضرر عليه مباشرة ـ وهذا فرع من قضاء الحسبة ـ ومن هذا يبين ان الشرائع الوضعية لم تصل بعد الى ما وصلت إليه الشريعة الإسلامية في هذا الصدد .

ومن اروع الأمثلة التي تضرب لذلك حادثة وقعت لاهل سمرقند في عهد عمر ابن عبد العزيز وذلك ان قائد جيش المسلمين دخل سمرقند ليلاً مفاجأة لأهلها ويقضي الإسلام على القائد قبل أن يهاجم أية مدينة أن يخير اهلها بين امور ثلاثة اولها ان يطلب اليهم الإسلام ليكون لهم ما لنا وعليهم ما علينا فإن لم يقبلوا يطالبهم ثانية بأن يكفوا عن حربنا ويعقدوا معاهدة امن مع دفع الجزية ويبقوا على دينهم ، فإن لم يقبلوا يعلمهم في الثالثة أنه سيهاجمهم في وقت معين حتى لا يفاجئهم فشكا أهل سمرقند ذلك إلى الخليفة فأمر أن ترفع القضية إلى قاضي الولاية المجاورة ، فلما ثبت لديه صحة الدعوى قضى باخراج جيوش المسلمين من مدينة سمرقند وتعويضهم عما خسروه من أموال وأرواح وجعل دية من مات منهم كدية المسلم فتعجب أهل سمرقند ومن حولها من بلاد التركستان والروس من عدالة الإسلام ودخلوا في الإسلام طواعية واختياراً .

ويلاحظ أنه بعد الحروب في العصر الحاضر تحرم الدول على القضاء ان ينظر فيما وقع من جيوشها من مظالم على أفراد شعبها وافراد الشعوب الاخرى .

وعرف قضاة الإسلام حقوقهم وصانت الدولة لهم استقلالهم وجعلت رواتبهم اعلى الرواتب وعرف الإسلام نظام قاضي القضاة وكان وحده الذي يعين القضاة في الأمصار ويراقبهم.وأول من عين قاضياً للقضاة أبو يوسف صاحب

الإمام أبي حنيفة ومدون مذهبه ، وكانت محافظته على كرامتهم واستقلا
كل مقام فكان يدخل على هارون الرشيد راكباً بغلته ويحيي الخليفة ثم ي
ذلك. ومن أمثلة عدالته وجرأته في الحق أنه ردّ شهادة قائد جيش هارون
فسأله الخليفة في ذلك فقال:سمعته يقول للخليفة أنا عبدك ، فإن كان ص
شهادة لعبد ، وإن كان كاذباً فشهادته مردودة أيضاً لكذبه.وبالغ الخليفة في
فقال وما شأني أنا كشاهد،أتقبل شهادتي ؟فقال أبو يوسف:لا. فعجب
لذلك وسأله عن السبب فقال:لأنك تتكبر على الخلق ولا تحضر صلاة الج
المسلمين وهذا يتنافى والعدالة التي هي شرط لقبول الشهادة ، فبنى
مسجداً في داره وأذن للعامة بالصلاة فيه وحضر بذلك صلاة الجماعة .

وعندي أن ذلك في ظروف الأمن العادية أما في الظروف غير العادية ف
من اتخاذ الحيطة،فإن معاوية بعد أن شرع في قتله ولم يمت اتخذ لنفسه م
داخل المسجد في دمشق كان يصلي فيها وراء الإمام ويحف به الجند للحم

رابعاً : ومن اهم مزايا الشريعة الإسلامية مصادرها التبعية وهي ا
والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة :

قلنا إن المصادر الأصلية للشريعة وهما الكتاب والسنّة قد لا توجـ
نصوص صريحة لمواجهة أحداث تجد على الناس بمرور الزمن فلأئمة الم
المحيطين بعلوم الشريعة واللغة في كل زمان ان يجتمعوا وما يجمعون عليه
بالاجماع وهو مصدر ثالث للتشريع الإسلامي ولذا انشىء مجمع للبح
الإسلامية في مصر برئاسة شيخ الأزهر يمثل فيه جميع علماء البلاد الإس
ويجتمع دورة كل عام،والحديث (لا تجتمع أُمتي على ضلالة) .

والقياس من مصادر الشريعة وهو قياس مسألة لم يرد فيها للشرع نص
أخرى مشابهة لها ورد فيها نص .

وكذلك الاستحسان،والحديث (ما رآه المسلمون حسن فهو حسن) .

أما المصالح المرسلة فهي ما يسمى في العصر الحاضر بالمصالح العامة ومن قواعد الشريعة (إذا وجدت المصلحة ثم شرع الله) . ولقد كتب ابن تيمية في ذلك كثيراً وكذا الإمام محمد عبده وغيرهما حيث قالوا ان الأحكام الشرعية نوعان : الأول مرجعه إلى بيان العبادات ووسائل التقرب إلى الله تعالى وهذا النوع من الأحكام يجب ان يكون وفق ما طلب الله وأمر لأن ذلك حقه ولا يعلم إلا من جهته،ومنه الصلاة والصوم والزكاة والحج.الثاني مرجعه الى تدبير شئون الناس في الدنيا من أعمال ومعاملات فكتاب الله صرح بأن أساسه رعاية مصالح الناس وإقامتها على العدالة الشاملة والمساواة الحكيمة والنظام المستقر مع دفع الضرر ورفع الحرج لقوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (سورة البقرة الآية ١٨٥) وقوله (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (سورة الحج الآية ٧٨) وقول النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) وروي عن الإمام مالك قوله: (الاستحسان والاستصلاح تسعة أعشار العلوم) .

اعتراف المحافل الدولية بقيمة الشريعة الإسلامية :

قفل باب الاجتهاد في الشريعة وجدت للناس مشاكل راحوا يلتمسون لها الحلول في القوانين الوضعية وسيأتي الكلام على ذلك في الفصل الثاني . إلا أن القيمة التشريعية للفقه الإسلامي بدأت تظهر في المحافل الدولية في القرن العشرين الميلادي رغم إهمال البلاد الإسلامية لهذا الفقه ومن ذلك :

أولاً : مؤتمر القانون الدولي المقارن :

انعقد بلاهاي بهولندا في اغسطس ١٩٣٢ م وكانت الشريعة الإسلامية ضمن القوانين المقارنة في حيز ضيق جداً . وفي هذا المؤتمر اعلن الاستاذ (لامبير) تقديره للشريعة الإسلامية في الناحية الفقهية .

وقدم الاستاذ علي بدوي بحثاً عن العلاقة بين الأديان والقوانين كوسيلة للتحدث عن التشريع الإسلامي وقد اهتم المؤتمر بعد سماعه بما للشرع الإسلامي

من اهمية في علوم القوانين الحديثة ، ووافق بالاجماع على اقتراح مؤد
في المؤتمر في دورته التالية قسم خاص لدراسة الشرع الإسلامي كمص
المقارن .

ثانياً : انعقد نفس المؤتمر في اغسطس سنة ١٩٣٧ :

ودعي لشهوده ممثلان للازهر الشريف هما الشيخ محمود شلتوت و
الرحمن حسن . وقدما بحثين : احدهما عن المسئولية الجنائية والمسئولي
نظر الإسلام والثاني عن علاقة القانون الروماني بالشريعة الإسلام
المؤتمر إلى إصدار القرارات الآتية :

١ ـ اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام .

٢ ـ اعتبار الشريعة الإسلامية حية صالحة للتطور .

٣ ـ اعتبار التشريع الإسلامي قائماً بذاته وليس مأخوذاً من غيره .

٤ ـ تسجيل البحث الأول في سجل المؤتمر واعتباره مرجعاً فقهياً .

٥ ـ استعمال اللغة العربية بالمؤتمر في دوراته المقبلة .

ثالثاً : مؤتمر المحامين الدولي بلاهاي :

انعقد في سنة ١٩٤٨ واشتركت فيه ٥٣ دولة وقيل فيه الكثير عن
الإسلامية بمثل ما مرّ ذكره وأوصى مؤتمر إتحاد المحامين الدولي بتبني
الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة .

رابعاً : جمعية القانون الدولي العام :

اعتبرت هذه الجمعية محمد بن الحسن الشيباني الرائد الأول
الدولي العام وألّفوا جمعية باسمه ، ومن مهام هذه الجمعية بحث وتحف
مؤلفاته وفقهه وأصبح لها في الهند فرع وكذلك في الباكستان ، ومن مؤلف

السير الكبير عن المغازي والجهاد ونظم الحرب والسلم وعلاقات الدول في كل من الحالين .

خامساً : أسبوع الفقه الإسلامي في باريس سنة ١٩٥١ :

خصصت كلية الحقوق هذا الاسبوع كله للفقه الإسلامي وطلب القائمون على إعداد هذا الأسبوع إلى علماء الإسلام تقديم بحوث معينة كما اطلقت لهم الحرية في القاء ما يرونه من بحوث أخرى ، أما البحوث الإسلامية التي طلب القائمون على الأسبوع ضرورة الكتابة فيها لما كان يحوطها من عدم التفهم من جانب علماء القانون الفرنسي وغيرهم فهي :

١ ـ إثبات الملكية .

٢ ـ الاستملاك للمصلحة العامة وهو ما يعرف بنزع الملكية .

٣ ـ المسئولية الجنائية .

٤ ـ تأثير المذاهب الاجتهادية في بعضها البعض .

٥ ـ الربا في الإسلام .

وكان نقيب المحامين في باريس رئيساً للمؤتمر في الجلسة النهائية واختتم اعمال المؤتمر بكلمة قال فيها (لا أدري كيف اوفق بين ما كان يصور لنا من جمود الشريعة الاسلامية والفقه الإسلامي وعدم صلاحيتها كأساس لشريعات متطورة ، وبين ما سمعته في هذا المؤتمر مما يثبت بغير شك ما عليه الشريعة الإسلامية من عمق وأصالة ودقة وكثرة تفريع وصلاحية لمقابلة جميع الأحداث) وانتهى الأسبوع بالقرارات الآتية :

١ ـ مبادىء الفقه الإسلامي لها قيمة قانونية تشريعية لا يمارى فيها .

٢ ـ اختلاف المذاهب يحوي ثروة تشريعية هي مناط الاعجاب ومنها يستجيب

الفقه الإسلامي لجميع مطالب الحياة ، ثم انخى اعضاء المؤتمر بالد
فقهاء الإسلام في العصر الحالي . وأصدروا التوصية الآتية وهي
إخراج موسوعة للفقه الإسلامي تعرض فيها المبادىء والنظريات مبو
عصرياً .

خصائص الشريعة الإسلامية ومميزاتها :

أولاً : المعنى التعبدي الروحي الذي يلازم كل حكم شرعي ويكف
الضمير الروحي والوازع الديني وفيهما أعظم كفيل باطاعة القانو
للقوانين الوضعية شيء من ذلك .

ثانياً : إن الأحكام الشرعية أوسع نطاقاً من الشرائع الوضعية وبح
يرجع إلى الفضائل والرذائل فجميع الفضائل مأمور بها في الشريعة فه
والرذائل جميعها منهي عنها فهي محرمة ، وفي أحكام كل من النوعي
الخلقي والمعنى التعبدي الروحي فلها قوتها وشمولها بخلاف الشرائع ا
فانها مع جفافها لا تنظر إلى الفضائل إلا النظرة الماديةالمجردة .

ثالثاً : إن لكل من الأحكام الشرعية والوضعية الجهاز الدنيوي الذي
تنفيذه وهما سواء في ذلك وتمتاز الأحكام الشرعية بمراقبة أعلى هي مراقب
الخبير الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور . فمن خالف القانون
وأفلت من المراقبة فلا عليه بعد ذلك أما من خالف الشريعة الإسلامية
من جهاز المراقبة الدنيوي فإنه لن يفلت من المراقبة العليا وهو ملاق -
محالة وذلك من أعظم مزايا التشريع الإسلامي ومن اقوى العوامل على
وتنفيذ احكامه في السر والعلن .

رابعاً : إن الفقه الإسلامي بجميع احكامه قد عاش قروناً متطاولة م
متتابعة الأمر الذي لم يظفر به ولا بما يقرب منه اي تشريع في العالم لا في
ولا في الحديث،فمن المعلوم ان فقه التشريعات الغربية في أوروبا وامري
قرن وبعض قرن من الزمان منذ ان فصلوا الدين عن الدنيا اما التش
الروسية الشيوعية في القانون والاقتصاد فوليدة النصف قرن الأخير

التجربة الروسية الشيوعية بدأت بعد سنة ١٩١٧م.

أما الفقه الإسلامي فله أربعة عشر قرناً ولقد طوف في الآفاق شرقاً وغرباً وشمالاً وجنوباً ونزل السهول والوديان والجبال والصحارى ولاقى مختلف العادات والتقاليد وتقلب في جميع البيئات وعاصر الرخاء والشدة والسيادة والاستعباد والحضارة والتخلف وواجه الاحداث في جميع هذه الأطوار ، فكانت له ثروة فقهية ضخمة لا مثيل لها وفيها يجد كل بلد أيسر الحلول لمشاكله وقد حكمت الشريعة الإسلامية في ازهى العصور فما قصرت عن الحاجة ولا قعدت عن الوفاء بأي مطلب ولا تخلفت بأهلها في اي حين فحرام علينا أن نتسول ونحن الأغنياء وأن نتطفل على موائد المحدثين ونحن السادة الأكرمون . قاتل الله الاستعمار وصنائعه وما يفعلون .

حاجتنا إلى الفقه الإسلامي وحاجة الفقه الإسلامي إلى من ينصفه :

ولعل بعض الاشارات التي ألمعنا إليها في مناسبات عابرة عن الشريعة الإسلامية تقتضينا أن نقرر ان الفقه الإسلامي غني بثروته الضخمة وما حواه من الأقوال والآراء وجليل النظريات والمبادىء وإنه وإن كانت المكتبة الإسلامية قد هلكت وسلب منها أكثر المؤلفات إلا أن البقية الباقية فيها الغناء كل الغناء بما يكفي لكي نتيه على جميع التشريعات في ماضيها وحاضرها ومستقبلها إن أحسن عرضها وتبويبها إذ من المسلم به أن البقية الباقية من كتب الفقه الإسلامي إما حبيسة مكدسة في أقبية المكتبات في الاستانة وغيرها وإما شبه معتقلة بدور الكتب الأخرى واما متداولة منشورة بالطريق الأولى التي بوبت وفهرست بها مما يجعل الرجوع إليها صعباً على المتخصص فما البال بالاجانب من المشرعين ورجال القانون الذين بدأوا يعرفون للشريعة الإسلامية حقها ويرغبون في الاطلاع على ذخائرها وكنوزها .

فالفقه الإسلامي إذن أحوج ما يكون إلى بعث للقبور . . . ومسايرة أحدث أساليب النشر والفهرسة والتبويب ، ليصبح ميسوراً يسهل الوصول إليه من كل طالب .

الفصـل الثانـي

في : نقص مَا شرع المخلوق وكمال مَا شرع الخَالِق

(أسباب نشـأة القوَانِين الوَضعيّة في أوربَا)

ـ الرسالات السماوية السابقة على الإسلام خاصة وليست عامة،ناقصة ول
تامة .

ـ تحريف تلك الأديان .

ـ تسلط رجال الدين على الملوك والشعوب .

ـ الثورات والمطالبة بفصل أمور الدين عن أمور الدنيا .

ـ القانون الكنسي .

ـ قانون نابليون .

ـ مزايا التشريعات الوضعية وعيوبها .

ـ تلافي تلك العيوب تمجيد للشريعة الإسلامية .

نقص الرسالات السماوية السابقة على الإسلام وعدم عموميتها :

ما من شك في أن الرسالات السماوية بدأت منذ بدء الخليقة ، فالله سـ
وتعالى منذ ان استخلف آدم على الأرض أوحى إليه إنه هو خالقه وبارئه و

العوالم الاخرى من إنس وجن ، وحيوان ، وموجودات وخالق الكون كله ، كما أوحى إليه بحدود خلافته وذريته في الأرض ، وبالقدر اللازم لتنظيم حاجاتهم كجماعة بدائية .

فلما كثرت هذه الجماعة وانتشرت في أرجاء الأرض جماعات متفرقة نشأت في كل منها عادات محلية بعضها حسن ومصدره بقايا القواعد الدينية السابقة ، وبعضها سيىء من عند أنفسها ، فاقتضت حكمة الله ورحمته بعباده ان يرسل رسلاً آخرين كشعيب وهود ونوح وصالح ، يردون الناس الى عبادة الله وحده ونبذ ما سواه ، ويصلحون ما فشا فيهم من مفاسد وسيئات .

ولم تكن الأديان عامة بل كانت مخصصة بزمان معين ، او مكان معين ، او قوم بذاتهم ، ثم تتالت الرسالات بالأديان من السماء ، ونشأت إلى جوارها أديان غير سماوية فتعددت وتنوعت العبادات الإلهية والنظم وصار لكل قوم عرف تحكمهم قواعده ولعبت الأديان دوراً بالغ الأهمية في نشوء القواعد العرفية واصلاح فاسدها في الجماعات القديمة .

فلما قويت سلطة رؤساء الجماعات بتطور تلك الجماعات من النظام القبلي ، وأصبح الرئيس يسمى حاكماً أو سلطاناً . . . أو ملكاً أو أميراً أخذ في إصدار الأوامر إلى رعاياه ، ومن هنا نشأ التشريع الوضعي كمصدر للقوانين بعد العرب ، وساعد على ذلك أن الأديان السماوية التي قبل الإسلام لم تكن عامة بمعنى الكلمة فلم تتكفل بتنظيم جميع علاقات الأفراد والجماعات ببعضهم البعض .

ولم يكن للدين أثر كبير في قوانين الدول الغربية حيث انتشرت الديانة المسيحية ولا في الدول الشرقية حيث عاشت الديانة اليهودية ، والسبب في ذلك في رأينا أن كلا من الديانتين لم تكن تنظم أمور الدنيا إلا بقدر وفي حدود ضيقة . . . إذ إن الرسالة التي نزلت على موسى عليه السلام لم تكن شاملة لأمور الدنيا إلا بقدر ما فشا بين الناس من مفاسد وإن رسالة موسى

حرفها اليهود بعده ، بل انهم حرفوها وقت الرسالة حينما ذهب موسى لميقا
وترك معهم أخاه هارون فإنهم اتبعوا الشيطان والسامري وعبدوا العجل.
ان اليهود ظلوا من بعد موسى على عهده ودينه ، ما كانوا في حاجة الى
سماوية اخرى يحملها اليهم عيسى ولكنهم بدلوا جميع احكامها حسب
واشركوا مع الله ابناً زعموه لله فقالوا (عزير بن الله) . والشريعة اليهود
كانت موجودة في الشرق الأوسط وقت نزول المسيحية ليست شريعة موسى
هي شريعة ابتدعها الرهبان وقننها الفقهاء منهم في كتاب سموه (التلمود
تعاليمه : إن الزنا باليهودية حرام وبغيرها حلال ، لأن الأمم الأخرى في
ليست أناساً ، وإنما هم مخلوقات تلحق بالبهائم والزنا بالبهائم غير محرم .
أيضاً قولهم : لا تقرض أخاك اليهودي بربا ، ومنها أيضاً وجوب مقاتل
الدول والأمم فان غلبت على أمرها فلا يعصمها من القتل شيء حتى ولو
في دين اليهودية ، بل يجب قتل جميع من على ارضها من اناس وأطفال وحي
ومحال ان تكون هذه الأحكام ديناً منزلاً من عند الله ما لم يكن حرّف وبدل
جاء في (التلمود) وغيره من كتب اليهود من تنظيم لبعض شئون الناس في
عند ظهور المسيحية إنما هو من وضع الأحبار والرهبان . شأنه في ذلك
القانون الكنسي الذي سيرد ذكره فيما بعد .

ويهمنا فيما نحن بصدده من ان رسالة المسيح لم تتضمن أي تنظيم
الدنيا في المعاملات والأحوال الشخصية فيما عدا ما زعموه من نص واحد في
الزواج والطلاق .

يهمنا ان نذكر انه قد ورد في إنجيل (يوحنا) على لسان السيد المسيح
مملكتي ليست من هذا العالم) أي إنها لا تهتم بأمور الدنيا وتعنى فقط با
الآخرة ، وقد حدث أن طلب شخص من المسيح أن يأمر أخاه بمقاس
الميراث ، فرد عليه بما يفيد أنه لم يرسل قاضياً ولا مشرعاً حيث قال (يا إنسا
من أقامني عليكما قاضياً أو مقسماً) إنجيل لوقا.

تحريف اليهودية والمسيحية ونشأة الفرق المسيحية :

وفي صدد تقديم الأدلة على تحريف قواعد التوراة والانجيل اللذين يجمعهما كتاب واحد اسمه الكتاب المقدس الجزء الأول منه يطلق عليه العهد القديم (التوراة) والجزء الثاني يطلق عليه العهد الجديد (الإنجيل)، نشير إلى أن مجلة (لايف) اصدرت عدداً خاصاً عن (الكتاب المقدس) في مجلد رقم ٣٨ بالعدد رقم ٧ وذلك في شهر أبريل سنة ١٩٦٥ بدأته بمقدمة عامة تلخص فيها تاريخ هذا الكتاب وتطوراته وترجماته ، وقد جاء فيها ما يدل على التحريف وإن الألواح الأولى التي نزل بها الوحي على موسى وعلى عيسى عليهما السلام ، ليست واردة بنصها ، واغلب الظن أنها ضاعت . من ذلك قول المجلة في مقدمة المجلد الأول (الكتاب المقدس الذي نحن بصدده اوسع الكتب انتشاراً وأكثرها أثراً في تاريخ البشر . . . ولكنه مع ذلك كتاب كتبه الإنسان . . . إن مؤلفيه يحملون أسماء ذائعة الصيت مثل القديس بول (بولص) ولكن أغلب كلماته كتبها أشخاص آخرون لا يعرف أحد من هم ولقد ظل الوحي الالهي ينتقل من الأب إلى الابن الف سنة تقريبا بعد إبراهيم من غير ان يكتب ، وبعد ذلك بدأ اليهود فقط في تدوينه قبل ميلاد المسيح بنحو ألف سنة فأخذوا يسجلون القصص والقصائد وأضافوا إليها قصصاً وقصائد أخرى جديدة واستدعى الأمر ان تعاد كتابة لفائفهم عدة مرات وان تنقل وتنسخ مما أوجد فرصاً عديدة لا تحصى لتغييرات كثيرة لا حد لها بعضها مقصود وبعضها غير مقصود . . . لذلك فإنه لا يوجد اليوم أي نص أصلي لاي جزء من الكتاب المقدس . . . وربما حوى (العهد الجديد) تغييرات أكثر وأبلغ من (العهد القديم) ، ثم جاءت الحركة المعاصرة لتحقيق ما في الكتاب المقدس تحقيقاً علمياً تاريخياً بالرجوع إلى الآثار القديمة واللفائف والحفريات مما أدى إلى إعادة النظر في شرح هذا الكتاب المقدس وتهذيب التفسيرات القديمة [1] .

---

(١) راجع جزءاً من الترجمة في مجلة الوعي الإسلامي عدد مايو ١٩٦٦ صفر ١٣٨٦ ص ٧١ .

وورد في عدد مجلة لايف أيضاً (والكتاب المقدس يتكون من جز
عهدين الأول وهو العهد القديم وهو مشترك بين اليهود والنصارى إلا أن
الاسفار يختلف عند كل من الطائفتين والثاني وهو العهد الجديد وهو مشت
الكاثوليك والبروتستانت إلا أن الكتاب المقدس البروتستانتي يستبعد أ
سفراً تعترف بها الكنيسة الكاثوليكية ولا تعترف بها الكنيسة البروتستاني
الأسفار الابوكريفية) .

وورد في مجلة لايف ايضاً عن نشأة الكتاب المقدس وترجماته ما نقتطف م
الكتاب المقدس كتب اول ما كتب باللغة العبرية القديمة وباللغة الكوئي
الاغريقية الا انه عاش اكثر ما عاش في الترجمة وكل الترجمات ناقصة وقاص
كانت طريق المترجمين محفوفة بالمخاطر والصعوبات وقد عجز القديس
نفسه عن إرضاء الكنائس المعاصرة له والتمشي مع اذواقها وميولها وذلك ر
البابا اعتمد تلك الترجمة اللاتينية سنة ١٩٥٢ م .

وهناك ترجمة تعرف بترجمة الملك جيمس معتمدة في انجلترا وبها أ
كثيرة ، ولذلك نقحت وأقرتها الكنيسة الكاثوليكية للاستعمال في ان
البروتستانية وسميت بالترجمة المنقحة وهناك محاولة لوضع (كتاب م
أخوي) كترجمة كاثوليكية رسمية الى اللغة الانجليزية تعتمد على النص
العبرية والاغريقية بدلا من الترجمة اللاتينية التي قام بها القديس جيروم
وكانت ترجمة وايكليف سنة ١٤٨٢ اول ترجمة انجليزية إلا أنه بسبب بع
كتبه المترجم من كتب أخرى نبش اساقفة انجلترا قبره واحرقوا جثته .
ترجمة تندال ١٥٢٥ م واحرقت نسخها كما خنق صاحبها واحرقت جثته
جاءت بعدهما ترجمة الملك جيمس . . . وكانت اول ترجمة بلغة الهنود الحمر
استعمار بريطانيا لامريكا الشمالية وفي ١٧٨٢ قرر الكونجرس (
الشيوخ) الاميركي عدم التمسك بها بعد الثورة . حتى ان توماس جيفر
رئيس الولايات المتحدة ألف كتابا مقدساً لنفسه وسماه فلسفة يسوع وهو
مبسط) .

ولا عجب بعد ذلك في ان يحتدم الاوار بين رجال الدين المسيحي في مجمع نيقية حول المسيح وطبيعته وكان ذلك في زمن قسطنطين امبراطور الرومان فتدخل هذا الامبراطور وجمع البطارقة والأساقفة فاجتمع في مدينة نيقية سنة ٣٢٥ م ثمانية وأربعون وألفان من الأساقفة ويقول ابن البطريق عنهم (وكانوا مختلفين في الآراء والأديان أشد الاختلاف . . . فمنهم من كان يقول : ان المسيح وأمه إلهان من دون الله ، ومنهم من قال : ان المسيح من الأب بمنزلة شعلة نار انفصلت من شعلة نار ومنهم من كان يقول لم تحمل به مريم تسعة أشهر إنما مرّ في بطنها كما يمر الماء في الميزاب لأن الكلمة دخلت وخرجت من حيث يخرج الولد لساعتها . ومنهم من كان يقول : إن المسيح إنسان خلق من اللاهوت كواحد منا في جوهره. وإن ابتداء الابن من مريم ، وانه اصطفي ليكون مخلصاً للجوهر الأنسي صحبته النعمة الإلاهية ومنهم من قال انهم ثلاثة آلهة) .

وعلى ما ورد في كتاب قصة الحضارة يقول (ديورانت) المؤلف عن قسطنطين ص ٣٧٨ جزء ١١ : إن المسيحية كانت عنده وسيلة لا غاية وهداه شيطانه الوثني ان يسخر المسيحية ورجال الدين لخدمة سياسته فاستبقى من الاساقفة ٣١٨ فقط وصرف اكثر من ١٧٠٠ واستطاع ان يشتري ضمائر من استبقاهم فانتهى المجمع الى القول بألوهية المسيح والأمر بتحريف كل كتاب يخالف ذلك ولم يستطع قسطنطين ومجمعه أن يقضي على حدة التناقض بين المسيحيين وهذا هو رأي بعض الفرق المسيحية حول طبيعة المسيح .

النسطورية : وتنسب إلى نسطور الذي كان بطريقاً للقسطنطينية وكان يرى ان مريم لم تلد الإله وإنما ولدت الإنسان ثم اتحد هذا الإنسان بعد ولادته بالاقنوم الثاني اتحاداً مجازياً لا حقيقياً . . . فطرد هذا البطريق من منصبه ونفي الى اخميم بمصر حتى مات .

اليعقوبية : وتنسب الى راهب بالقسطنطينية يدعى يعقوب البرادعي وخلاصة

رأي هذه الفرقة ان المسيح ذو طبيعة واحدة امتزج فيها عنصر الاله
الإنسان وتكون من الاتحاد طبيعة واحدة بين اللاهوت والناسوت وذلك ك
الماء واللبن وبسبب ذلك انعقد مجمع خلكدونية الذي قرر ان المس
طبيعتان ولذلك انفصلت الكنيسة المصرية التي تدين بأن المسيح ذو طبيعة
عن الكنيسة الرومانية .

الملكانية : نسبة الى ملكا الذي ظهر بالروم واستولى عليها وهي تدي
المسيح جوهر واحد له مشيئتان وطبيعتان وان اتحاد الله بعيسى كان قائم
صلبه ، فعيسى إله تام وإنسان تام والانسان منه هو الذي صلب وقتل أم
فلم ينله شيء ، وأن مريم ولدت الإله والإنسان وانهما معاً شيء واحد . .
الله تعالى .

المارونية : أتباع يوحنا مارون الذي قرر ان المسيح ذو طبيعتين ولكن له
اي ارادة واحدة . ولقد قرر المجمع العام السادس بالقسطنطينية سنة ٠
فساد ذلك وقرر لعن مارون وتكفيره ولهذه الطائفة بطرق خاص مقره لبنا

الأرثوذكس : وتمثلهم الكنيسة الشرقية بالقسطنطينية ويقولون بأن لل
طبيعة واحدة وقالوا إن الإله الأب أفضل من الإله الابن وان روح القدس
عن الاثنين معاً .

الكاثوليك : وتمثلهم الكنيسة الغربية بروما ويقولون بأن المسيح له طب
ومشيئتان ويقولون بالمساواة التامة بين الابن والاله الاب .

البروتستانت : وتسمى الانجيلية إشارة الى انهم يتبعون الإنجيل فقط و
على بدع الكاثوليك والأرثوذكس معاً ولا سيما في مسألة العشاء الرباني ال
يتكون من خبز وخمر، وبعد تلاوة خاصة من رجل الدين يوم الفصح ، يس
الخبز الى لحم المسيح والخمر إلى دم المسيح ومن أكل منه يصبح مسيحاً آخ
عليه النار ، ولقد علق المؤرخ المسيحي على هذا بقوله:(وبهذه الطريقة ت
الحضارة الأوروبية والامريكية شعيرة من أقدم الشعائر وهي أكل الآلهة)

في ذلك كتاب قصة الحضارة للمؤرخ بول ديورانت ص ٢٠ جزء ١٦ وندد البروتستانت ببدعة صكوك الغفران وكان اول صك صدر من البابا (اربان الثاني سنة ١٠٩٥ م) وقد منحه لكل مسيحي يشترك في الحروب الصليبية الأولى ضد الإسلام والمسلمين . ثم صارت لها سوق كسوق الأسهم والسندات . وحجتهم في ذلك ما قرره المجمع الثاني عشر بان يسوع المسيح قلد كنيسته سلطان منح الغفرانات. وكان مما يكتب في صك الغفران (ربنا يسوع المسيح يرحمك يا فلان ويحلك باستحقاقات الأمة الكلية وأنا بالسلطان الرسولي المعطى لي أحلك من جميع القصاصات والأحكام والطائرت الكنيسية التي استوجبتها وأيضاً من جميع الأفراط والخطايا والذنوب مهما كانت عظيمة وفظيعة) .

تسلط رجال الدين على الملوك والشعوب

ثم ادعى البابا وات في المسيحية ما ليس لهم بحق وسلبوا سلطان الله في ملكه وزعموا لأنفسهم العقاب والثواب والغفران من دون الله . وكما قال مارتن لوثر صاحب مذهب البروتستانت : ان البابا وات ورجال الدين المسيحي يتغفلون الناس ويسلبون أموالهم عن طريق بيع صكوك الغفران . كما ادعى البابا وات في روما انهم خلفاء الله في أرضه ، وأن لهم حق تعديل التعاليم الدينية فأحلوا ما حرم الله وحرموا بعض ما أحله وضربوا الجزية على الناس وعلى البهائم وخصوا أنفسهم بشلح من يعارض سلطانهم وطرده من ملكوت رحمة الله في الأرض والسماء. واعتدوا على سلطان الملوك والأمراء والحكام وانتشرت في القرون الوسطى في أوربا عادة تتويج الملوك والأمراء .

ثم استغل الملوك والأمراء هذه الشرعية في الحكم التي تضفيها عليهم الكنيسة فادعوا ان لهم على الشعوب حقاً إلهياً مقدساً فلهم أن يفعلوا بالشعوب ما شاءوا دون اعتراض من الناس فلا حق لأحد ولا حرية لأحد ولا مال لأحد إلا بقدر ما يسمح ويشرع الملك لأهل مملكته ما دام قد تلقى حقه الالهي عن طريق الممثل

المباشر لله في الأرض وهو البابا وكان الملوك يدفعون الكثير من الأموال للب
لقاء تسليطهم على شعوبهم وكانت كل مملكة في أوربا تتكون من عدة إ
وكان كل أمير على إقطاعية يدفع الكثير إلى الملك مقابل ان يملك الاقطاعية
أرضها ومساكنها من أناس وحيوانات ويستبد بالجميع كيف شاء ، حتى
الإقطاع إذا باع أرضه التي يملكها أو بعضها يتبعها ويدخل في البيع ما عل
زرع وشجر وحيوان وانسان .

ثورة الشعوب والمطالبة بفصل أمور الدين عن أمور الدنيا :

فلما إن ساءت الحال في أوربا في القرون الوسطى وبلغ الظلم والا
بالمخلوقات مبلغاً لم يبلغه في أظلم عصور التاريخ القديم ، ثار الناس ع
الأوضاع فنادى مارتن لوثر بالاصلاح الديني وتبعه الكثيرون من الناس
المذهب البروتستانتي ، وكان من آثاره رغبة الشعوب في التحرر من س
الملوك وقامت الثورات ومنها الثورة الفرنسية ونادى المفكرون والحكام
امور الدين عن أمور الدنيا وكان هذا الفصل سهلاً ممكناً مستساغاً ، لأن
المسيحية لم تشمل تنظيم أمور الدنيا للمجتمعات تنظيماً كاملاً .

وبدأت أوربا في القرنين السابع عشر والثامن عشر من ميلاد المسيح
أمور المجتمع من بيع وشراء ورهن وتعامل فيما بين الناس ووضعت
القوانين الوضعية ومنها ما ينظم العلاقة بين الحكومات والأفراد وما
العلاقات بين الدول بعضها البعض .

ووجد القانون والقواعد القانونية وما صاحبها من جزاء مادي توقعه
الحاكمة على المخالفين ووجدت إلى جوار القواعد القانونية الأخلاق ووجد
جوار هذه وتلك أوامر الدين من بقايا المسيحية واليهودية وراح فقهاء ال
الوضعية في أوربا يجتهدون في تعداد الفوارق بين مختلف هذه القواع
تسليمهم بأنها جميعاً تشترك في تنظيم الجماعات.

ولئن ساغت هذه التفرقة عندهم لما مر ذكره فهي غير سائغة لدينا

للدين الاسلامي لأنه دين ودنيا .

وجاء الإسلام مؤيداً للشرائع السابقة فيما لم تنله يد التحريف ومصدقاً لها (ما يقال لك إلا ما قد قيل للرسل من قبلك) (سورة فصلت الآية ٤٣) ثم جاء الإسلام مكملاً للديانات التي سبقته فيما لم تتضمنه من نظم للدين والدنيا وناسخاً لما أدخل عليها من زيف (وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه) (سورة المائدة الآية ٤٨) (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً) (سورة المائدة الآية ٣) . (ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه). (سورة آل عمران الآية ٨٥) .

القانون الكنائسي :

إدعاء الكنيسة المسيحية ما ليس لها :

قلنا من قبل إنه لما حرفت المسيحية وقالت النصارى المسيح ابن الله وإنه ثالث ثلاثة كما حرفت أختها اليهودية حين قالوا عزير ابن الله ، وحينما تهيأت البشرية لتلقِّي خاتمة الرسالات السماوية بعد أن نضج العقل البشري . . . وبعد ان توارث الناس مفاسد في أمور الدين مفتعلة ونظماً في أمور الدنيا مدعاة ـ نزل الإسلام بشريعة كاملة . . . . لأمور الدين والدنيا ولجميع ما يحتاجه الإنسان من نظم نحو نفسه . . . ونحو غيره من بني جنسه . . . ونحو غيره من أجانب وشعوب ودول وانتشر نوره فعمّ الأرجاء، فقضى على الدولة الفارسية الوثنية وعلى الدولة الرومانية الشرقية التي كانت تتبع المسيحية المحرفة ثم دخل الإسلام أوربا الغربية المسيحية من الشرق (القسطنطينية)ومن الغرب من الأندلس .

حينذاك وجد (البابا) في روما الفرصة مواتية لبسط سلطانه الديني والزمني على ملوك أوربا وشعوبها ، فدعا إلى محاربة الإسلام والمسلمين باسم الصليب ، وقامت الحروب الصليبية وكانت مثار احتكاك . فعرف الغرب ما

عليه الشريعة الإسلامية من كمال وتنظيم لأمور الدنيا جميعها المعاملات . . . والأحوال الشخصية . . . والحقوق العينية . . . وغير دعا الكنيسة إلى محاولة سد النقص في الدين المسيحي بتنظيم كثير من بحجة اتصالها بالدين ، بل ادعى (البابا) ان له وللمجالس الكنس التعديل في نظم العبادة ذاتها . ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في (وقد انتهزت الكنيسة فرصة ضعف الملوك والحكومات ـ أو ما يسمى الزمنية ـ فبسطت سلطانها على الناس وأصدرت إليهم عدة مراسم سمي قانون CANON نظمت بها أمورهم وقد تكون من مجموع تلك المراسم ما يسمى بقانون الكنيسة أو القانون الكنيسي .

وقد لعب هذا القانون دوراً كبيراً في أوربا في القرون الوسطى لا يتعلق بنظام الأسرة وبدأ نفوذ الكنيسة والقانون الكنيسي يضمحل بعـ رويداً بازدياد نفوذ الحكومات والملوك ، وسلطان ما تضعه من قوانين وظ حتى انتهى الأمر بفصل الكنيسة عن الدولة وزوال كل ما لها من أثر القانون . . . إلا أن القانون الكنيسي لا يزال كبير الأثر في الغرب في القوا تنظم الأسرة [٢] ويقول الدكتوران السنهوري وأبو ستيت في هذا الصدد (وقد انتهزت الكنيسة فرصة ضعف السلطة الزمنية وتناول تشريعها مختلفة أهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود وا تدخل في اختصاصاتها لأنها تمت بصلة إلى الدين ، وبهذه الوسيلة تمك بسط سلطانها ، وتركزت قوتها في شخص (البابا) واصبح هناك قانون من عمل الكنيسة خضعت له البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية في

---

(١) كان لفشل الحروب الصليبية اكبر الأثر في ذلك إذ رغبت أوربا في إنشاء دو بتوحيد الإمارات والممالك على غرار الدول الإسلامية وكذا تبرم الشعوب بسلطة الم الملوك بالسلطة الكنيسية .

(٢) الدكتور عبد الباقي في كتابه نظرية القانون ص ٢١١ بند ١٣٣ الطبعة الخامس ١٩٦٦ .

(٣) كتاب أصول القانون طبعة ١٩٥٠ ص ١٠٣ .

الوسطى عهوداً طويلة) .

ويقول الدكتور جمال زكي في كتابه (مقدمة الدراسات القانونية طبعة ٦٤ بند ٥٨) (وليس القانون الكنيسي دينياً بالمعنى الصحيح ، فلم تؤخذ قواعده من كتاب مقدس بل اقتبست من القانون الروماني ، ومبادىء القانون الطبيعي والعادات والتقاليد المختلفة إلا أنه تأثر في جملته بنزعة دينية ظاهرة ، لأن رجال الكنيسة هم واضعوه) .

قانون نابليون أول مجموعة قوانين كاملة :

كانت حملة نابليون بونابرت على مصر في آخر القرن الثامن عشر الميلادي فاشلة فشلاً ذريعاً من الناحية الحربية ، فرغم دخوله مصر بعد مقاومة عنيفة ، إلا أنه لم تهدأ الحال لجيوشه بل وجد مقاومة شعبية عنيفة تتخطف جنوده وتقتل قوادهم وكان يظن أن ما أذاعه من منشورات ، بأنه قدم ليخلص المصريين من حكم المماليك ، ويرقي بهم إلى مدارج المدنية الغربية ، يكفي لاستكانة الشعب بل انه دهش لما وجد عليه الشعب من دين تتمثل فيه اكمل نظم المعاد وخير النظم لتدبير المعاش . ودعاه تمسك هذا الشعب بدينه وتقاليده إلى أن يخاتلهم فادعى الإسلام ولبس عمامة ووزع المنشورات بذلك فسخر الشعب من هذا الادعاء واضطر نابليون إلى مغادرة مصر ليلاً تاركاً بعض قواده للتفاوض مع المصريين على الانسحاب وعادت الحملة أدراجها إلى فرنسا .

ولعل خير ما كسبته فرنسا من الحملة ما حملته البعثة العلمية التي رافقتها إلى مصر فكان منهم العالم الفلكي - والرياضي - والاجتماعي ورجال التشريع ونقل الأخيرون منهم التشريعات في المعاملات من بيع ورهن وشراء وهبة وجرائم أخذاً من قواعد الشريعة وجمع ذلك في مدونة سميت بمجموعة قوانين نابليون وصدرت في سنة ١٨٠٤ قيل أن معظمها مترجم عن كتاب في المذهب المالكي هو شرح متن خليل للشيخ الدردير .

مزايا وعيوب التشريعات الوضعية :

لإمكان فهم معنى التقنين نضرب مثلاً . وذلك أن التشريعات تصدر في

الغالب تبعاً لحاجة الأمة وما يجد لها من ضرورات ففي مجال التجارة مثلاً
الدولة تشريعاً ينظم الشركات المساهمة وقد تصدر قبله تشريعاً ينظ
ممارسة التجارة فيعرف من التاجر وما هي العقود التجارية وكيفية الاثب
المعاملات التجارية،كما تدعو الضرورة إلى حصر التجار ـ تجار الجملة
التجزئة ـ وإلزام جميع التجار بقيد أسمائهم في سجل خاص بإجراءات
فتصدر الدولة ما يسمى بقانون السجل التجاري.

واستدعت الضرورة في العصر الحديث تنظيم عمليات الاستيراد والت
لموازنة التبادل التجاري بين الدولة والدول الأخرى ومنع تهريب النقد فط
بذلك تشريعات متعددة ونتج عن كثرة التشريعات في مجال التجارة ص
معرفتها لتفرقها في الجريدة الرسمية في سنين طويلة متلاحقة. ولتيسير الأ
المشتغلين بالتجارة ورجال القانون والقضاء ، جرت الدولة على جمع شتا
التشريعات المتعددة في تقنين واحد يسمى التقنين التجاري ، وعلى هذا
يوجد التقنين المدني والتقنين الجنائي والتقنين للأحوال الشخصية وهكذا

من المثل الذي ضربناه ، نلمس الكثير من المزايا للتقنين ومنها السهولة
ومنع تضارب الأحكام والقواعد وتوحيدها في جميع أرجاء الدولة . في فرن
كانت تحكم كل ولاية تشريعات عرفية تتناقض مع مثيلاتها في الأقاليم الأخ
فلما عمد نابليون إلى تجميع هذه التشريعات وترتيبها وتبويبها ، وحدت ا
في فرنسا المجموعات المدنية والجنائية والتجارية بتقنين نابليون ، وكان ه
سنة ١٨٠٤ م .

وامتدح حركة التقنين جماعة من الفقهاء الألمان على رأسهم (تيبو) وا
حركة التقنين في أوربا إذ ذاك وقام يعارضها بعض الفقهاء ومنهم (س
وحاصل العيوب التي ساقها على التقنين ، إنه يصيب القواعد القانونية بال
هو يصبها في قوالب جامدة فيشل تطورها تمشيا مع فكرته الأساسية
القانون ينشأ في ضمير الجماعة ويتطور بتطور حاجاتها بطريقة غير مح

ويجب ـ والحال هكذا ـ ان يترك القانون حراً طليقاً ليتطور ويتغير كلما دعت حاجة الجماعة إلى ذلك ويجب ان لا نقيده ونحول بينه وبين هذا المصير الطبيعي بصبه في قوالب اوضاع جامدة لأنه مهما سما لا يمكن ان يجيء كاملاً ، لأنه من صنع البشر .

ثم تفشت حركة التقنين في البلاد الأوروبية الأخرى فصدرت مجموعة القوانين في النمسا التقنين النمساوي في سنة ١٨١١ والتقنين الايطالي سنة ١٨٦٥ والتقنين الالماني سنة ١٨٨٧ و١٩٠٠ والتقنين السويسري للالتزامات سنة ١٩١٢ وتبع ذلك صدور التقنينات في كل بلاد العالم الأخرى .

وفي تركيا ـ في عهد الخلافة العثمانية ـ جمعوا شتات القواعد الشرعية على مذهب أبي حنيفة وصاغوها في شكل مواد مرتبة لتطبق في جميع أنحاء الدولة فكان ذلك هو التقنين العثماني المسمى بمجلة الأحكام العدلية سنة ١٨٦٩ م .

ولما كانت مصر إذ ذاك ولاية شبه مستقلة في الحكم والتشريع لم تتبع المجلة واتجهت إلى التشريعات الوضعية الأجنبية بعيداً عن الشريعة فحاول أحد الوزراء في ذلك الوقت ان يضع مجموعة للقوانين مستقاة من أحكام الشريعة (وهو المرحوم أحمد قدري باشا) فقنن أحكام المعاملات والأحوال الشخصية في مواد مرتبة بين دفتي كتاب سماه (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان) كما جمع أحكام الوقف في كتاب سماه (قانون العدل والإنصاف في حل مشكلات الأوقاف) ولكن الحكومة لم تتبن هذا التقنين ولم تصدره رسمياً ، فظل مجهوداً فردياً .

التقنينات المصرية :

لم تطبق مصر مجلة الأحكام العدلية لتمتعها إذ ذاك بالاستقلال التشريعي عن الدولة العثمانية ، ونذكر كيف أنشئت المحاكم المختلطة بحجة التيسير على المتقاضين وتخفيف وطأة الامتيازات الأجنبية وكيف بدىء بنقل القوانين الأجنبية الوضعية فوضع لها تقنين مدني وتقنين تجاري وتقنين بحري وتقنين للمرافعات

وتقنين للعقوبات وتقنين للاجراءات الجنائية وصدرت في سنة ١٨٧٥ م .

وتلا ذلك الحد من اختصاص المحاكم الشرعية في مصر بدعوى التـ
فوضعت لها لائحة سنة ١٨٨٠ ثم عدلت بعد ذلك عدة مرات آخرها بالق
رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ .

ولما انشئت المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ صدرت لها لائحة كما صدر
العام نفسه تقنينات على غرار تقنينات المحاكم المختلطة بل إنها نقلت عنها
يكاد يكون حرفياً .

بعد ان باشرت المحاكم الأهلية عملها ، بدا ما في القوانين الوضعية من
وخطأ واضطراب ، لأنها مستوردة من الخارج والقاعدة إنه بقدر ما
القوانين نابعة من تراث الأمة . . . متفقة مع العرف والتقاليد فيها مست
لحاجاتها ـ بقدر ما تنال احترام المحكومين ولذلك فكر في تنقيح القوانين الـ
وعلى الأخص القوانين الفرنسية التي أخذت عنها القوانين المصرية الوضعية
بدت الحاجة إلى تنقيحها . ونقحت بالفعل هي والقوانين الايطالية واول ما
إلى وجوب تنقيح القوانين المصرية الوضعية كان في خطبة لوزير العدل في
الخمسين للمحاكم سنة ١٩٣٣ م وتتالت التعديلات على القوانين المصر
الآن .

تلافي عيوب التقنين تمجيد للشريعة الإسلامية :

وما من شك في أن هذا العيب كبير ولا يلبث بعد سنوات أن يجعل الق
بجموده في النصوص المقننة في واد . . . وحاجات الجماعة في وادٍ آخر . و
هذا العيب . . . أو للتخفيف منه ، شرط الفقهاء عند التقنين مراعاة أمرين

١ ـ يجب أن يقتصر القانون المجمع (التقنين) على القواعد والمبادىء ا
العامة دون التطرق إلى وضع أحكام للمسائل التفصيلية الجزئية .

٢ ـ يجب أن يعطي القانون المجمع سلطة كبرى للقاضي وهو بصدد ت

وذلك عن طريق إرشاده إلى معايير مرنة تمكنه من وضع الحلول اللازمة لظروف كل قضية .

وهذه الحلول التي اهتدى إليها المفكرون أخيراً هي خير ما تتميز به الشريعة الإسلامية من جميع الشرائع الوضعية لأن هذه من صنع المخلوق العاجز وتلك من صنع الخالق القادر. ولقد أسهبنا فيما مضى في ذلك عند الكلام على دعائم الشريعة الإسلامية وخصائصها وقلنا ان من أقوى تلك الدعائم التي تجعلها صالحة لكل زمان ومكان ان القرآن الكريم مصدرها الأول ومعين تقنينها تكفل بذكر القواعد العامة وترك ما وراء ذلك من أحكام تفصيلية فرعية للاجتهاد احتراماً للعقل البشري ومراعاة لمصالح الناس التي تتغير بتغير الزمان والمكان ورفعاً للحرج عنهم ودرءاً للمفاسد كلما اطلت برأسها ولقد أحصيت آيات الأحكام والتشريع في القرآن فوجدت تزيد على خمسمائة بقليل في حين أن آيات الكتاب الكريم في مجموعها تزيد على الستة آلاف وقلنا من قبل أن الأمر المباح في الشريعة الإسلامية قد تطرأ عليه من الظروف ما تجعله تارة واجباً وتارة مندوباً وتارة حراماً وتارة مكروهاً .

كما تحدثنا أيضاً عن تقسيم الأصوليين أحكام الشريعة الإسلامية إلى قسمين : قطعيات وظنيات فالأحكام القطعية هي ما قام الدليل على أنها ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان ومنها العقائد والأحكام العملية التي جاءت بطريقة واضحة حاسمة والقواعد الكلية التي أخذت بنص صريح ولم يوجد ما يعارضها تقريراً أو تفريعاً . أما الأحكام الظنية فهي التي لم تجيء على سبيل القطع وهي الفروع التي لم يكن يصلح أمر الناس على توحيدها ، وإلا لجمدت العقول ولاصطدمت الشريعة في كل زمان ومكان بما يجد للناس من صور المعاملات والحوادث .

هذا ما كان من فضل الشريعة الإسلامية في صدد الأمر الأول الذي اقترحه الفقهاء الوضعيون لتلافي عيوب التقنين . اما في صدد الأمر الثاني الذي

اقترحوه ، وهو إعطاء القاضي سلطة كبرى وهو يطبق القواعد العامة التـ
عليها التقنين ، مع إرشاده إلى معايير مرنة تمكنه من وضع الحلول المناس
قضية في هذا الصدد تجد للشريعة الإسلامية القدح المعلي حيث وضعت
لاستنباط الأحكام من النصوص وكيفية الترجيح ، وكذا قياس أمر لم
شأنه حكم بأمر آخر مشابه له ورد فيه الحكم . على أن الشريعة في ميدان
والعقوبات حدت الحدود للجرائم الكبرى وتركت ما وراء ذلك من جرا
أهمية للتعزير تركتها للقاضي او للحاكم ليقرر العقوبة المناسبة لحال
والمكان والجاني ولا بدع في ذلك فالكمال لما صنع الخالق والنقص فيما
المخلوق .

الفصل الثالث

في : طغيان القوانين الوضعيّة على الشريعة الاسلاميّة وأسباب ذلك

- قفل باب الاجتهاد.
- الامتيازات الأجنبية في تركيا ومصر .
- الوضع في تركيا بعد انهيار الحكم .
- إنشاء المحاكم المختلطة والأهلية بمصر .
- مكانة الشريعة الإسلامية في بعض الدول العربية والإسلامية .
- القوانين الوضعية في ليبيا قبل الاستقلال وبعده ومكانة الشريعة الإسلامية في ظلها .
- أمثلة لمخلفات صارخة تنافي الشريعة الإسلامية .

قفل باب الاجتهاد :

مرت الشريعة الإسلامية بأطوار ثلاثة أولها : طور التشريع ومدته ٢٣ سنة هي مدة البعثة النبوية ومصدر التشريع فيها الكتاب والسنَّة وثانيها : طور الاجتهاد وهو اجتهاد الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار وأغلب الآراء أنه امتد إلى القرن العاشر الهجري وعلى كل حال ففي القرون الثلاثة الأولى بعد الهجرة وضعت تلك الثروة الضخمة من الفقه الإسلامي التي لا مثيل لها حتى انهم فرضوا

المستحيلات وأفترا فيها والاجتهاد كما ذكرنا في الفروع وفيما لم يرد فيه
كتاب أو سنة ، وهذه ميزة كبرى للشريعة الإسلامية حيث وضعت
الأساسية وتركت ما وراء ذلك مما يختلف الحكم فيه باختلاف الأزمنة و
منعاً للحرج ووصولاً إلى حلول المشاكل التي تجدُّ للناس في حياتهم
لآخر ، وثالثها : طور التقليد وفيه نادى الناس بقفل باب الاجتهاد إذ
القرون الثلاثة الأخيرة ضعف التخصص في العلوم الشرعية بضعف
الإسلامية وذهاب ريح دولها ولم يوجد من دارسي الشريعة من يرقى إلى
على الاجتهاد حيث شرطوا لذلك أن يكون ملماً بعلوم القرآن والسنة
استنباط الأحكام من أصولها والإحاطة بعلوم اللغة العربية وشروط
الأحاديث النبوية ومعرفة الصحيح والفاسد وضعيف السند وقواعد
والتعديل بالنسبة لرواة الأحاديث، وبالجملة قالوا لا يحل لشخص أن يج
أمور الدين دنوية كانت أو أخريوة إلا إذا كان ملماً بجميع العلوم الش
والكونية وقالوا ان ذلك غير متوافر بعد القرن العاشر الهجري وليقف
الاجتهاد حرصاً على الشريعة ولذلك رجع العلماء في هذا الطور طور
الاجتهاد إلى الفقه القديم فنقلوه في مختلف مذاهبه أما في مبسوطات
مطولة) وأما في كتب وسيطة وأما في كتب مختصرة سميت بالمتون واكتفى
الشريعة أخيراً بحفظها ثم أهملت المبسوطات .

وكان قفل باب الاجتهاد دون قفل باب الحوادث والأحداث فاضطر
إلى التماس الحلول لمشاكل الحياة بالحيل كالمحلل وغيره ، وتنبه كثير من
المتأخرين إلى ضرر قفل باب الاجتهاد ونبهوا إلى ذلك ،منهم ابن تيمية وابن
وجمال الدين الأفغاني ومحمد عبده والكواكبي .

هذا ولقد ظلت الشريعة الإسلامية تحكم البلاد الإسلامية قرابة أربع
قرناً من الزمان ، وكان المفروض ألا تحكم تلك البلاد بقوانين وضعية إلى
إلا أن قفل باب الاجتهاد ونظام الامتيازات الأجنبية وضعف الدولة

الخلافة الإسلامية واحتلال المستعمرين للكثير من أجزاء الدولة العلية فتح باب الغزو الفكري فدخلت القوانين الوضعية .

الامتيازات الأجنبية في تركيا ومصر أهم سبب لغزو القوانين الوضعية :

من سماحة الإسلام أن نترك الذميين والمستأمنين وما يدينون ، والمستأمن شرعاً هو غير المسلم الذي يريد أن يدخل دار الإسلام لزيارة أو تجارة أو عمل عارض لا يستغرق أكثر من عام ، وديننا يوجب ان نؤمنه على نفسه وماله مدة الإقامة المؤقتة ولذلك سمي مستأمناً . أما الذمي فهو غير المسلم الذي يقيم في دار الإسلام إقامة دائمة فقد يكون من أهل البلاد التي حاربت الإسلام وغلبناها وفتحناها كنصارى بيت المقدس ونصارى الروم في مصر والشام بعد الفتح الإسلامي فهؤلاء عاهدناهم على أن يبقوا على دينهم لأننا لا نكره أحداً على الإسلام وتبقى لهم أملاكهم ومساكنهم ، ونشاطهم وندافع عنهم كمواطنين ونحمي أملاكهم دون أن يكلفوابحمل السلاح وذلك كله مقابل أن يدفعوا الجزية (وهي ضريبة للانتفاع بخيرات البلاد وضريبة الدفاع) وكانت المعاهدات أي العهود التي تبرم مع مثل هؤلاء منذ عهد الرسول ينص فيها على أن لهم ما لنا وعليهم ما علينا ذلك بعهد الله وذمة رسول الله ولذلك أطلق عليهم الفقهاء لفظ الذميين .

وحكم الشرع فيهم أن ندعهم وما يدينون أي لهم دينهم يقومون بشعائره في أمان وتحكمهم شريعتهم المسيحية أو اليهودية في مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والنفقات وغيرها اما الجرائم التي يرتكبونها في دار الإسلام فيعاقبون عليها بحدود الله المشروعة في الإسلام فيقتل القاتل ويرجم الزاني أو يجلد وتقطع يد السارق وهكذا.ومن أحاديث الرسول (من أذى ذمياً أو حمله ما لا يطيق فأنا حجيجه يوم القيامة) .

سارت الأمور في جميع الدول الإسلامية على رعاية حقوقهم في حدود الشرع حتى انه كان لهم قاض منهم في الأندلس يسمى القومس يفصل في

قضاياهم للأحوال الشخصية .

فلما انتقلت الخلافة إلى آل عثمان في استانبول بدأت التجارة بين موانى وتركيا وشمال افريقيا الإسلامية وبين موانى ايطاليا وفرنسا واوروبا وكثر رعاياتلك الدول الأجنبية في الموانى الاسلامية فطلبوامن السلطان أن يكون دولة قنصل يحكم في المسائل التجارية ومسائل الأحوال الشخصية بين رعايا المقيمين في الدولة العلية فسمح لهم بذلك تفضلاً ومنَّة فأصبح قنصل ايطا بيروت مثلاً يحكم بين الايطاليين المقيمين في بيروت لا في قضايا الأ الشخصية فقط بل في القضايا والمعاملات التجارية . ولما ازداد ضعف ال العلية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر الميلادي اغتصب القناصل س الفصل في القضايا الجنائية ومن العجيب ان القضايا المدنية وحتى الجنائية تحدث بين وطني مسلم وأجنبي مقيم كان يصدر فيها الحكم من قنصل بلد الأجنبي في الاسكندرية فإذا أراد المصري ان يستأنف حكم القنصل الايطالي فوجب ان يستأنفه في روما .

الوضع بعد نهاية الخلافة في تركيا :

ولما انهارت الدولة العلية وسقطت الخلافة الاسلامية سنة ١٩٢١ ع الحرب العالمية الأولى وانكمشت تركيا إلى حدود الأناضول برئاسة مصطفى تنكرت للاسلام واعلنت انها دولة علمانية وليست دينية وتنكرت للغة الع وحرمت على الاتراك كتابة التركية بالحروف العربية بل تكتب بالحروف الـلا والغت المحاكم القديمة التي كانت تطبق الشريعة الإسلامية التي كانت قنن بنود في مجموعة سميت بالمجلة العدلية ونقلت القانون المدني السويسري وأ بتطبيقه فأصبحت التركية المسلمة تتزوج زواجاً مدنياً بل وتتزوج من غير م مسيحياً كان أو يهودياً أو مجوسياً .

وكانت مصر المدخل الرئيسي للقوانين الوضعية الأجنبية ومنها تسربت إ البلاد العربية ، ولما ولي محمد على أمر مصر كانت له صداقة بفرنسا فبدأ يت

على الشريعة ويصدر قوانين وضعية يذكر في مقدمتها إنـه يتشبـه بممالك أوربـا لوضع النظامات الجديدة في مصر وجمع اللوائح والقوانين في قانـون عام سماه قانون نامه وأنشأ محكمة تجارية بالقاهرة وأخـرى بالاسكنـدرية كان من بـين أعضائها قضاة أجانب فكان ذلك أول تدخل للأجانب في القضاء المصري مع ان الشريعة تقول لا ولاية لغير المسلم على المسلم .

إنشاء المحاكم المختلطة والأهلية بمصر :

١ ـ المحاكم المختلطة : فكر في إنشاء المحاكم المختلطة وتولى نوبار باشا وهو رئيس وزارة أرمنـي مفاوضـة الـدول الأجنبية في هذا الشـأن واستمـرت المفاوضات عدة سنوات انتهت بافتتاح المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٦ م . وكان جميع القضاة والمستشارين أجانب من البلاد ذات الامتيازات الأجنبية .

وكان كل ما تهتم به الدول أن تستوثق عند وضع القوانين المختلطة إنها تساير القوانين الغربية إذ كانـت الـدول تحـرص على أن يكون التشريع الموحـد غـير إسلامي [١] .

كذلك أعطى لهذه المحاكم حق التشريع فقد نصت المادة (١٢) من القانون المدني الذي أعدته الحكومة المصرية (على أن تصـدر الاضافـات والتعـديلات المالية بناء على موافقة هيئة القضاء إذا دعا الحال بناء على اقتراحها . . .) .

كما بقيت الجنح والجنايات التي تقع من الأجانـب من اختصـاص المحـاكم القنصلية دون المحاكم المختلطة ، مع استثناء الجرائم التي تقع على قضاة المحاكم المختلطة ومأموريها القضائيين أثناء قيامهم بعملهم .

الواقع إن القوانين المختلطة مستمد معظمها من القانون الفرنسي .

---

(١) مقال الدكتور عبد الحميد بدوي عن أثر الامتيازات في القضاء والتشريع في مصر المنشور في الكتاب الذهبي للمحاكم الأهلية الجزء الأول ص ٤٤ .

وقلنا ان ذلك كان في عهد نوبار باشا وكانت الحجة الظاهرة لتنكب أ
الشريعة الإسـلامية الى التشريعـات الأجنبية ، نظـام الامتيازات الأجنبية
بدأت من سلاطين آل عثمان منَّة وتسامحاً وانتهت الى اغـلال تقيد الحا
والمحكومين في البلاد الإسلامية وكان تعدد جهات القضاء تبعاً لوجود أ
مختلفي الجنسيات في مصر بالذات سبباً للتفكير في ايجاد قضاء مختلط يحكم
ولي الأمر في البلاد ويتولاه اجانب ممثلون للبلاد المتمتعة بالامتيازات ، ول
أنشأ نوبار باشا لجنة لوضع قوانين وضعية تستمد من القوانين الأجنبية . ق
للمواد المدنية ـ وقانون للمـواد الجنـائية وقانـون للاجـراءات الجنـائية وقا
للمرافعات المدنية والتجارية وقانون تجاري بري وبحري وأهـم هذه القو
القانون المدني وهو ما يطلق عليه في الشريعة (المعاملات) .

٢ ـ **المحاكم الأهلية** : رأت السلطات الحاكمة إذ ذاك في مصر أن ت
محاكم وطنية للوطنيين للتقاضي أمامها على غرار المحاكم المختلطة ، فك
لجنة لوضع هذه القوانين عام ١٨٨٣ (قانون مدني وآخر تجـاري) وكان
العدل إذا ذاك محمد قدري باشا لما قدم إليه الأستاذ (موريندو الايطالي الجنس
مشروع القانون المدني الأهلي راجعه معه قدري باشا وكان له الفضـل ف
أدخل عليه الكثير من قواعد الشريعة الإسلامية في المعاملات ولما رأى ق
باشا اتجاه السلطة الحاكمة نحو وضع قوانين وضعية ، عمد الى استخلاص
مستمدة من أحكام الشريعة مقننة على شكل القوانين الوضعية للمحافظـة
الشريعة الإسلامية : منها كتاب العدل والانصـاف في حل مشـكلات الأو
وكتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان طبع سنة ١٣١٨ هـ هذا و
وضع مجموعة القوانين الاهلية ترجمت الى اللغـة العـربية وصـدرت القوا
الوضعية الخمسة في يونية ونوفمبر ١٨٨٣ م ثم بدأت المحاكم الأهلية أع
في الوجه البحري سنة ١٨٨٤ ثم امتـد اختصاصهـا فشمـل القطـر كلـه
١٨٨٩ م .

فكر أيضاً في الاعتداء على اختصاص المحاكم الشرعية بحجة ان الأ

كانت تختلف باختلاف القاضي الذي يحكم ، حيث كان لكل مذهب من المذاهب الأربعة قاض،وبحجة تنظيم هذه المحاكم الشرعية، فصدرت اول لائحة لها في سنة ١٨٩٧ م ، نص فيها على أن قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين يكون طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

أما بالنسبة لغير المسلمين فكانت اقضيتهم في الأحوال الشخصية تنظر أمام المجالس الملية الخاصة بكل طائفة .

ثم توالت التعديلات على لائحة المحاكم الشرعية واهمها تعديلان أساسيان في سنتي ١٩٠٩ و١٩١٠ م ثم عدلت تعديلاً جوهرياً آخر بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، وصارت الأحكام تصدر وفقاً للمذهب الحنفي ثم الغيت المحاكم الشرعية كلية بالقانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ وأحيل اختصاصها على المحاكم الوطنية .

هذا هو الوضع بالنسبة لانشاء المحاكم المختلطة والأهلية بمصر فماذا كانت نية المشرع إزاء الشريعة الإسلامية ؟

بالرجوع إلى محاضر أعمال تلك اللجان التي قامت بوضع قوانين المحاكم المختلطة وقوانين المحاكم الأهلية وما التزمه ولي الأمر إذ ذاك من أنه دفع بمجموعة القوانين الأهلية إلى الأزهر الشريف وشكلت لجنة من العلماء من مختلف المذاهب الأربعة لمراجعتها وأعدت تقريراً عنها جاء فيه إن هذه القوانين ببنودها إما أن توافق نصاً في أحد المذاهب الأربعة أو أنها لا تعارض نصاً فيها أو أنها تعتبر من قبيل المصالح المرسلة التي يجوز الاجتهاد فيها رعاية لمصالح الناس وهذا التقرير موجود في دار الكتب المصرية،ويستخلص من هذا ان نية المشرع لم تنصرف الى اهدار الشريعة الإسلامية والأخذ بما يناقضها وإنما انصرفت إلى مجرد التنظيم وتيسير القضاء على القضاة والمتقاضين بايجاد مواد مبوبة في مختلف القوانين . وحكم مجلس الدولة بمصر في قضية مشهورة باسم قضية البهائية بأن هذه النية مستفادة من الاعمال التحضيرية لدستور ٢٣ وانتهى الحكم المذكور إلى

أنه وجد نص في القوانين الوضعية او في الدستور يصادم حكماً أصلياً من
الشريعة الإسلامية يعتبر النص الوضعي باطلاً [1] .

وحاصل ذلك في رأيي أن الشريعة الإسلامية هي الأساس الحتمي ل
الوضعية والقوانين الادارية والدستورية .

مكانة الشريعة الإسلامية في بعض الدول العربية والإسلامية :

١ ـ في مصر : بعد ان باشرت المحاكم الاهلية عملها بدا ما في ا
الوضعية من نقص وخطأ واضطراب لأنها مستوردة من الخارج . والقاع
بقدر ما تكون القوانين نابعة من تراث الأمة متفقة مع العرف والتقالي
مستجيبة لحاجاتها بقدر ما تنال احترام المحكومين ولذلك فكر في تنقيح
الأهلية الوضعية خصوصاً وإن القوانين الفرنسية التي اخذت عنها ال
المصرية الوضعية بدت الحاجة إلى تنقيحها ونقحت بالفعل مراراً هي و
الايطالية ثم تتالت التعديلات إلى الآن .

وآخر تعديل رئيسي هو وضع قانون مدني جديد حيث شكلت لج
١٩٣٦ من سبعة أشخاص وقدم أحد أعضائها الدكتور السنهوري المشر
١٩٤٢ وطبع وعرض على الرأي العام فقامت اعتراضات كثيرة ونادى
بوجوب الرجوع الى الشريعة الإسلامية فعدل المشروع وأدخل فيه الك
أحكام الشريعة . والمشروع الأول لم يكن يشير إلى الشريعة الإسلامية
كمرجع احتياطي إذ كان نص المادة الأولى (تسري النصوص التش
القوانين الوضعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظ
فحواها . فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي
العرف ، فإذا لم يوجد عرف ، حكم بمقتضى القانون الطبيعي وقواعد ال

---

(١) الحكم صادر من (الدائرة الرابعة) في ١١-٦-١٩٥٢ م برئاسة المستشار علي
وعضوية المستشارين عبد العزيز البيلاوي وحسن أبو علم في القضية رقم ١٩٥
ومنشور في كتاب لرئيس الدائرة بعنوان مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين
طبعة دار الفتح بيروت ١٩٧٠ .

وهاج الرأي العام وطالب بجعل الشريعة الاسلامية المصدر الرسمي الوحيد لكل تشريع يصدر في البلاد وتحت هذا الضغط وعند مراجعة المشروع جعلت الشريعة الإسلامية مصدراً تشريعياً ولكن في الدرجة الثالثة يجيء بعد نصوص القوانين وبعد العرف ونص في المادة الأولى على أنه إذا افتقد القاضي نصاً في القانون الوضعي وحكماً في العرف فصل في النزاع بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون المدني دون تقيد بمذهب معين وعدلت الصياغة في مجلس الشيوخ ولكن في حدود هذا المعنى .

ونبادر هنا وقبل الكلام على القوانين الوضعية في ليبيا الى القول بأن القانون المدني الليبي منقول عن القانون المدني المصري ولكن المشرع الليبي جعل الشريعة الإسلامية المصدر الثاني لا الثالث كما في القانون المصري فقال بالمادة الأولى أنه اذا لم يوجد نص في القانون يطبقه القاضي الليبي فيحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية أخذاً من مذهب الإمام مالك .

٢ ـ في المملكة السعودية : قالوا إن قواعد الشريعة الإسلامية تطبق بجملتها وهناك يقتص من القاتل وتقطع يد السارق وأثناء ترددي في الحج مرات علمت أن مجموع الأيدي التي قطعت في عهد الملك عبد العزيز آل سعود ١٦ يداً خلال ٢٤ سنة وفرت على البلاد الكثير من نفقات المحاكم ورجال الشرطة وأدت إلى استتباب الأمن في تلك البلاد الشاسعة الصحراوية وكذلك تطبق الحدود في جريمة الإفساد في الأرض كما نص عليها القرآن وهي أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض .

ولكن الشريعة لا تطبق في اختلاس أموال الحكومة وفي المتاجرة بالسلطة ، ولا تطبق كذلك قواعد الشريعة في المعاملات وانما تطبق قواعد العرف البدوي .

٣ ـ في الكويت : لا تزال مجلة الأحكام العدلية التي قننتها تركيا أواخر أيام الخلافة تطبق في مسائل الأحوال الشخصية والمعاملات المدنية ولا أدري ما الحال بالنسبة للحدود أي حدود جرائم السرقة والزنا ويمكن الاتصال ببعض الزملاء المصريين هناك لمعرفة الحال بالدقة أو الاتصال بالسفارة الكويتية بطرابلس .

٤ ـ في الأردن : لا تزال مجلة الأحكام العدلية تطبق ولكن للأرد
ملكياً نيابياً برلمانياً وقوانين وضعية .

٥ ـ في اليمن : في عهد الإمام أحمد وقبل إعلان الجمهورية
اليمن الى الأمم المتحدة لتقبل عضواً بها ومن شروط العضوية أن يكو
دستور وتقدم منه ثلاث نسخ فقدم المصريان اللذان ذهبا لمنظمة الأمم
ممثلين لليمن قدما نسخاً من القرآن الكريم كدستور لمملكة اليمن .

هذا ولا يفوتنا أن نشير أن في ذلك العهد الملكي في اليمن كانت
والظلم بأقسى صوره من الإمام على المحكومين .

٦ ـ في سوريا : أيام رئاسة حسني الزعيم صدر مرسوم بتطبيق
المدني الوضعي المصري برمته .

٧ ـ في العراق : كذلك الحال فيما عدا تعديلات أدخلت عليه
أخيراً قانون للمرافعات والاجراءات عند نظر القضايا أخذ فيه الكثير م
الشريعة الإسلامية .

٨ ـ في تونس والجزائر والمغرب : منذ سنة ١٨٣٠ وهذه الاجزاء ا
الوطن العربي الإسلامي محتلة من فرنسا ثم استعمرتها حتى وصل الحت
تعتبر فرنسا الجزائر جزءاً من الدولة الفرنسية ولها ممثلون في البرلمان ا
وكانت تطبق عليها القوانين الفرنسية عدا الحريات الشخصية والعامة

٩ ـ في الباكستان : منذ نشوء هذه الدولة التي يسكنها حوالي م
مسلم شكلت لجنة لوضع دستور إسلامي بحت ولم يظهر إلى عالم الو
الآن .

القوانين الوضعية في ليبيا قبل الاستقلال وبعده ومكانة الشريعة
في ظلها :

في عهد الحكم العثماني كانت ليبيا تابعة للخلافة الإسلامية في
وكانت تطبق فيها الشريعة الإسلامية منذ الفتح الإسلامي في القر
الهجري وذلك في جميع الأقضية فلما ضعفت الدولة العلية وسميت

المريض طمعت فيها الدول الأوروبية الاستعمارية فاحتلت فرنسا جزءًا من شمال افريقيا منذ سنة ١٨٣٠ م واحتلت انجلترا مصر سنة ١٨٨٢ وراحت ايطاليا ترنو الى ليبيا وبدأت تنزل في بعض موانيها منذ ١٩١١ وتم لها احتلال ليبيا قبل قيام الحرب العالمية الثانية .

وكان الاستعمار الايطالي من أبشع أنواع الاستعمار يرمي إلى القضاء على الدين الإسلامي واللغة العربية وإبادة الجنس الليبي .

وكانت القوانين واللوائح إيطالية من صنع المستعمر وجميع القضاة والكتبة ايطاليين وكانت لغة المرافعة وكتابة محاضر الجلسات هي اللغة الايطالية .

وقامت الحرب العالمية الثانية وانتهت بهزيمة المحور (المانيا ـ ايطاليا) سنة ١٩٤٥ وكانت الدول الكبرى الاستعمارية بما لها من نفوذ في هيئة الأمم المتحدة تبيت النية لحرمان ليبيا من الاستقلال وباتفاق سري (بيفن ـ سفورزا) عرض على الأمم المتحدة تقسيم ليبيا الى ولايات ثلاث تنتدب انجلترا على برقة وتنتدب فرنسا على فزان وتنتدب ايطاليا على طرابلس وشاءت عناية الله أن ظفرت ليبيا بأحقيتها بالاستقلال وارسلت الأمم المتحدة مندوباً عنها ليشرف بمعاونة لجنة دولية على اعداد العدة لاعلان الاستقلال ووضع الدستور وبناء الهيكل الأساسي وسلطات الحكم فوضع الدستور في ٧ اكتوبر سنة ١٩٥١ واعلن الاستقلال فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥١ ونص في الدستور على أن الإسلام دين الدولة والعربية لغتها الرسمية وخصص الفصل الثامن منه للسلطة القضائية وشمل المواد من ١٤١ ـ ١٥٨ وتضمنت احكام هذه المواد وجوب إنشاء نظام قضائي عام للدولة (م ١٤٢) وإنشاء محكمة عليا (م ١٤٣) وعلى أن قضاتها غير قابلين للعزل (م ١٤٧) فكان لا بد من تليب القضاء والقضاة وتعريب القوانين فأوحى الاستعمار بلسان من كانوا في الدولة من اتباعه أن ذلك يستحيل تنفيذه دفعة واحدة ويحسن السير فيه على مهل وبالتدرج فتترجم القوانين الايطالية إلى العربية ويبقى القضاة الايطاليون ويضاف إليهم عدد من الليبيين تباعاً حتى لا يتعطل مرفق القضاء .

ووضع المستشارون الايطاليون والانجليز إذ ذاك مشروعاً لقانو
المحكمة العليا من خمسة مستشارين ايطاليين واثنين انجليز وواحد
ومستشار ليبي واحد إن وجد وإلا فيكون أردنياً أو مصرياً .

فتوجست الحكومة الليبية خيفة إذ ذاك واستعانت بمصر فلبت الن
الاختيار على اثنين من المستشارين هما المرحوم صابر العقاري وعلي عل
وبقية من المعاونين للقيام بهذه المهمة وليكونا أول المستشارين تعييناً في
العليا فحضرا صحبة وزير العدل الليبي من مصر في ٣٠ سبتمبر سن
وأعدا قانون إنشاء المحكمة العليا وصدر في ٣ ربيع الأول من سنة ١٣٧٣
١٠ من نوفمبر سنة ١٩٥٣ م وكان أول تشكيل لها من ثلاثة مصريين
ليبيين وانجليزي واحد وأمريكي واحد . وشكلت هيئة مؤقتة من ثلاثة
لتصفية القضايا المعلقة إذ ذاك التي كان مفروضاً أن تنظر استئنافياً أم
روما على أن تنتهي من عملها خلال سنة واحدة .

ولضيق الوقت وضع قانون نظام القضاء بانشاء محاكم مدنية وعل
محكمة استئناف في كل ولاية وعلى رأس الجميع المحكمة العليا،ولضيق
أيضاً أخذت معظم القوانين الوضعية نقلاً عن القوانين المصرية م
اختصاص المحاكم الشرعية في ليبيا على ما كان عليه .

وصدرت مجموعة القوانين الوضعية باللغة العربية في ٢١ ربيع الأ
١٣٧٣ هـ الموافق ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ م وهي قانون نظام القضاء و
المدني وقانون المرافعات المدنية وقانون العقوبات وكثير من أحكامه
وقانون الاجراءات الجنائية على أن يعمل بها بعد خمسة عشر يوماً من تاري
وتأخر نشرها في الجريدة الرسمية مرات ثم أجل العمل بها فتأخر قيام
القضائي الى تاريخ ٣٠ سبتمبر ١٩٥٤ م عدا المحكمة العليا التي بدأت
من أول سنة ١٩٥٤ م .

ونصت المادة الأولى من القانون المدني الليبي نقلاً عن القانون المدني
على ما يأتي (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناو
النصوص في لفظها أو فحواها . فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيق

القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة) .

ولعل هذا النص كان مقصوداً منه جعل الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقواعد القانونية في ليبيا عند عدم وجود نص في القانون الوضعي وهو احسن من المادة الأولى من القانون المدني المصري التي جعلت العرف هو المصدر الثاني وجعلت الشريعة الإسلامية المصدر الثالث الاحتياطي . كما حذفت أيضاً من القانون المدني الليبي المواد والبنود التي كانت تجيز للقاضي أن يحكم بفوائد لا تزيد على ٧٪ على الديون المدنية والتجارية إذ إنها نوع من الربا المحرم شرعاً [١] .

أمثلة صارخة من نصوص قانونية وضعية تخالف أحكام الشريعة الإسلامية :

لا جدال في أن حدود الجرائم الكبرى الشرعية معطلة بالنصوص الوضعية فالسارق لاتقطع يده وإنما يعاقب بالحبس أو السجن بحسب الظروف المشددة للجريمة والزاني لا يجلد ولا يرجم وإنما يسجن أو يحبس في بعض الأحوال . وحد القذف أيضاً معطل واستعيض عنه بعقوبات أخرى وضعية كالغرامة والحبس ، وحد شرب الخمر معطل أيضاً وهو الجلد ، وجعلت عقوبته الغرامة . أما القصاص وهو قتل القاتل فمطبق في جنايات القتل الكبرى التي تقترن بظروف مشددة كسبق الإصرار والترصد والحكم به جوازي للمحكمة فقد تستبدل به الأشغال الشاقة المؤبدة (السجن المؤبد) وهو غير مطبق في جرائم القتل العادية .

والله سبحانه وتعالى هو خالق النفس البشرية وهو أدرى بما يصلحها ، ويصلح حال الجماعة فعددت الشريعة الجرائم الكبرى وحدت لها الحدود . وهي ان بدت شديدة أمام بعض من لا يدركون حكمتها إلا أنها من شدتها زاجرة قاطعة للجرائم . ولم يسمح الله لعباده بالترخص في تقدير عقوبتها زيادة أو نقصاناً ، إلا أنه أحاطها بضمانات تجعل من المستحيل توقيع العقوبة على

(١) أعيدت هذه النصوص وأصبح مباحاً التعامل بالفوائد بين الأفراد في الديون المدنية والتجارية .

بريء ، فشدد في وجوب البينة وقيام الأدلة القاطعة ، واشترط الفقهاء أ
الكتاب والسنَّة أن جريمة الزنى مثلا لا تثبت إلا بشهادة أربعة شهود عد
من بينهم الزوج أو الزوجة يشهدون بأنهم رأوا جريمة المواقعة الفعلي
عضو الذكورة من الرجل في عضو الأنوثة ، وتوفر هذه الأدلة البينة يك
مستحيلاً ، حتى إن جريمة الزنى لم تثبت في عهد الرسول ﷺ إلاَّ بالا
وحادث الغامدية معروف والمرأة الأخرى حيث أتت النبي تقول له لقد
رسول الله فأقم علي الحد ليطهرني فيغفر الله لي فأراد أن يتثبت رغم هذا ال
فقال لها لعلك لاعبت أو لعلك فاخذت وردها ثلاث مرات وهي ت
الاعتراف وقالت في الرابعة لقد زنيت يا رسول الله وأثر الزنى جنين يتح
بطني ، فقال اذهبي حتى تلدي فلما ولدته جاءته به فقال لها اذهبي حت
رضاعه ويفطم ، فجاءته بعد ذلك مصرة على اعترافها وإقامة الحد فأخذ
وسلمه لمن يحضنه ثم امر بها فرجمت حتى ماتت فترحم عليها وقال:لقد تاب
شهدتها ملائكة السموات والأرض .

أما الجرائم الأخرى خلاف الحدود فقد تركها الشرع الإسلامي بغي
عقوبة وتسمى بالتعازير وترك فيها تقدير العقوبة للقاضي أو ولي الأمر ب
ظروف الجاني وظروف الجريمة وفشوها بين الناس او عدم فشوها .

والزنى في الشريعة الإسلامية هو كل سفاح ليس بنكاح أي بزواج
وكل صلة بين رجل وامرأة ولو برضاهما معاً . أما القوانين الوضعية ومنه
العقوبات المصري المأخوذ عن القانون الفرنسي ومن ورائه قانون العقوبات
المأخوذ عن المصري فالفرنسي والايطالي فيجعل الاتصال الجنسي والمواقعة
مباحة ما دام لا إكراه فيه . وكان التراضي على اقتراف هذه الجر
ذكر وأنثى غير متزوجة وسنها فوق الثامنة عشر(م ٦٨) عقوبات .

ومعنى ذلك أن القانون الوضعي أحل الزنا في ظروف معينة ولا عق
في حالة الإكراه وصغر السن أما الزوجة المحصنة فأمر ارتكابها للجريمة ل
للجماعة والنيابة العامة وإنما ترك لرغبة الزوج فإن أراد مؤاخذة الزوجة
الامر إلى النيابة ، وأن بدت له فكرة العدول أثناء التحقيق أوقفت ا

التحقيق واخلي سبيل المرأة ، فإن بقي على بلاغه ووصلت الزانية إلى المحكمة ، فينص القانون الوضعي على عقابها بالحبس دون الرجم وهو الحد الشرعي والقانون المصري الوضعي فرق حتى في مقدار العقوبة في الجريمة الواحدة فعقوبة الزوج الزاني لا تزيد على ستة أشهر المادة ٢٧٧ وعقوبة الزوجة الزانية الحبس بما لا يقل على سنتين (٢٧٤) ويمكن القول بأن الزنى في قانوننا الوضعي معناه خيانة العلاقة الزوجية بينما الشريعة الإسلامية تعتبر الزنى كل صلة جنسية محرمة بين رجل وامرأة ويصح للقاضي أن ينزل بعقوبة الحبس إلى حد وقف التنفيذ فإن كان الحبس مع النفاذ ساغ للزوج أن يتنازل عن حقه فتخرج المرأة من الحبس رغم صدور حكم نهائي عليها وكذلك الزوج الزاني لا يجوز محاكمته ما لم تقدم الزوجة الشكوى وتطلب محاكمته (المواد ٢٧٣ و٢٧٤ و٢٧٧ عقوبات و٣ اجراءات) .

ومن عجب أن التناقض بيِّن ، بين قانون العقوبات الوضعي والقانون المدني ، إذ إن الأخير يجعل المرأة غير أهل للتصرف في القليل من مالها إلا إذا بلغت سن الواحدة والعشرين وأباح لها قانون العقوبات أن تسلم في عرضها متى بلغت ١٨ سنة فالعرض في شرع القوانين الوضعية أهون من المال .

ولقد شهدت لجنة تحرير القانون الهولندي الجديد بأن عقوبات الحبس والغرامة في جرائم الزنى غير زاجرة .

ومن عجب أن القانون الفرنسي ينص في المادة ٣٣٩ عقوبات على أن الزوج المحصن إذا زنى لا يعاقب إلا إذا زنى غير مرة في منزل الزوجية بامرأة أعدها لذلك . فالنص كما هو ظاهر لا يعاقب على جريمة الزنا بل يعاقب على امتهان الزوج لحرمة بيت الزوجية . بشرط أن يتكرر منه ذلك فله أن يزني بمن يشاء وكلما شاء خارج منزل الزوجية ، ولكي يعاقب يشترط القانون أن يعد امرأة معينة كعشيقة أو خليلة ويزني بها أكثر من مرة في منزل الزوجية والعقوبة التي نصت عليها المادة تافهة فهي غرامة مالية بين مائة فرنك وألفي فرنك ، أي تتراوح بين عشرة دنانير ومائة دينار في حين تنص المادة ٣٤٠ فرنسي على معاقبة الزوج الذي يعقد زواجه بأخرى قبل انحلال زواجه الأول بالأشغال الشاقة

فتعدد العشيقات والخليلات كما يبدو أحب إلى القانون الفرنسي م
الزوجات .

هذه هي الفكرة العامة عن الزنى في القانونين المصري الوضعي و
ومدى إهدارها لقواعد الزنى في الشريعة الإسلامية والعقوبات التي حد
أما في قانون العقوبات الليبي فالأسس ايضاً واحدة من حيث إباحة
ظروف كثيرة ومن حيث عدم الالتزام بتوقيع حد الزنى بل ان المشرع الل
ممارسة البغاء كحرفة للنساء في محال معينة بعد الحصول على رخصة من ا

وذلك أن قانون العقوبات بعد ان اعتبر ادارة محال للدعارة جري
عليها وبعد ان اعتبر احتراف أية امرأة للدعارة جريمة في المادتين ٤١٧ م
و٤١٧ مكررة ب عطل هذين النصين بأن قال في المادة ٤١٧ مكررة ج
أحكام المادتين السابقتين إلا في الجهات التي يصدر بها قرار من مجلس ال
وأصدر مجلس الوزراء سنة ١٩٥٧ م قرارين بشأن تطبيق تلك الجرائم في
برقة وفزان إلا أنه بقرار ثالث في سنة ١٩٦١ م قرر مجلس الوزراء عد
هذه الجرائم وعقوبتها على (المحال المرخص فيها بممارسة البغاء في ولاية
الغرب) - وظل الحال كذلك ست سنوات حتى اصدر مجلس الوزراء
١٦-٣-١٩٦٧م بالغاء قرار سنة ٦١ م .

ومعنى ذلك إن ممارسة البغاء كانت مشروعة في ولاية طرابلس ف
خاصة تدار للدعارة برخصة من الحكومة وهذا القرار منشور بالجريدة ا
رقم ١٤ للسنة الحادية عشرة .

وفي الباب الثاني تحت عنوان الجرائم ضد الأسرة من قانون العق
الليبي وفي الفصل الثاني منه نصت المواد ٣٩٩ - ٤٠٢ على جرائم ضد
الأسرة فجعلت أولاً : جريمة الزنا ليست من حق الله ولا المجتمع بل م
الزوج والزوجة ولا شأن للنيابة إلا إذا تقدم أحدهما بالشكوى ضد الآ
ثانياً: تسقط جريمة الزنى إذا تنازل الشاكي عن شكواه ولو بعد صدور

النهائي بالعقوبة فيفرج عن المحبوس . ثالثاً : إذا زنت الزوجة وكان الزوج قد ارتكب الزنى في الخمس سنوات السابقة فلا حق له في الشكوى ضدها وكذلك الزوجة لا حق لها في الشكوى ضد زوجها الـذي زنـى إذا كانـت خلال خمس سنوات سابقة قد ارتكبت هي الزنى . رابعاً : عقوبة الزنـى بالنسبـة للزوجـة الحبس مدة لا تزيد عن سنتين وبالنسبة للـزوج الحبس مدة لا تزيد عن ستـة أشهر .

خامساً : لا يعاقب الزوج على مجرد الزنى وإنما يعاقب إذا ارتكب الزنى في منزل الزوجية أو إذا اتخذ له خليلة جهاراً وزنى بها في اي مكان آخر .

وفي الباب الثالث من قانون العقوبات الليبي تحت عنوان الجرائم ضد الحرية والعرض والأخلاق وردت المـواد ٤٠٧ و٤٠٨ ومـا بعدهـا وخلاصـة ما فيها .

أولاً : إن المواقعة (الزنى) وهتك العرض لا عقوبة عليها إذا حصلت بين رجل وامرأة بالغـين إلا إذا ضبطـا متلبسـين في مكان عام ما دام ذلك برضا الطرفين .

ثانياً : أما إذا كان بغير رضا أحد الطرفين واستعمل الطرف الآخر القوة أو التهديد أو المخادعة فالعقوبة السجن .

ثالثاً : وكذلك تعتبر الجريمة واقعة إذا كان المجني عليه قاصراً لم يبلغ سن الثامنة عشرة أو كان ناقص العقل .

وكذلك فإن القاتل لا يقتص منه بالإعدام إلا إذا اقترن بالجريمة جريمة أخرى كالسرقة أوالزنى أو إذا اقترنا بظروف مشددة كسبق الإصرار والترصد وعلى ذلك تعطل أحكام الشريعة الإسلامية من حيث وجود القصاص من القاتل عمداً في ليبيا ومصر. هذا ورأي المفتي في تنفيذ الإعدام واجـب أخـذه ولكنـه استشاري غير ملزم لمحكمة الجنايات في مصر وليبيا وحد الخمر ايضاً معطل بحكم القوانين الوضعية في حين أن بلاداً غير إسلامية كأمريكا حرمت الخمر فتـرة

طويلة ومعلوم ان قانوننا الـوضعي بمصر أبـاح شرب الخمر والاتجار بها
جعل عقوبة من يتجر في المخدرات الأشغال الشاقة المؤبدة رغم أن الخمر
بنص القرآن والمخدر حرم قياساً عليها .

ومن هذه المقارنة السريعة والقصيرة يبين الفرق الكبير بين ما هو
به في القوانين الوضعية وما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية .

هذا وإهمال المسلمـين لأحـكام شريعتهـم أدى إلى الانصراف ع
القوانين الأجنبية على نحو ما مرّ ذكره .

الفصل الرابع

في : كيفيَة تطبيق الشريعَة الإسلاميّة في الجمهُوريّة العَربيّة الليبيّة

كيفية التطبيق
حلول ومقترحات

كيفية التطبيق :

قلنا إن الإسلام عقيدة وشريعة دين ودنيا ، وإن القرآن المصدر الأول لهذه الشريعة الخاتمة نزلت به أصول الأحكام من عبادات ومعاملات ، تنظم قواعده صلة الإنسان بربه وصلته بالجماعة التي يعيش فيها ، وعلاقة الدول الإسلامية بغيرها من الدول في حالتي الحرب والسلم ، وترك القرآن ما وراء هذه القواعد العامة إلى الاجتهاد بحسب ظروف الزمان والمكان . وبدأت تلك الاجتهادات في عصر الرسول ﷺ والصحابة من بعده والتابعين لهم . وتكونت من الاجتهادات ثروة فقهية تشريعية لا مثيل لها في العالم حوت أيسر واسمى الحلول لكل ما جد للأفراد وللدول من مشاكل وأطلق على هذا الفقه بمذاهبه المختلفة الشريعة الإسلامية . وهذه المذاهب كثيرة تزيد على العشرين وأهمها مذاهب أهل السنة الأربعة : الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ويتلوها في الأهمية مذهبا الشيعة الإمامية والزيدية وكذا الأباضية والظاهرية وهي المذاهب الثمانية التي اعتمدت وعول عليها عند وضع موسوعة الفقه الإسلامي في مصر أخيراً .

ولما كانت الحوادث والمشاكل تتجدد في مختلف البيئات وكان البحث عن الحكم الذي يناسب كل قضية في الأزمنة والأمكنة المختلفة ، مما يشق على

المختصين في الفقه لأن الواحد منهم في الغالب في وقتنا الحاضر انما تخ
دراسة فقه مذهب واحد بعينه .

ولما كانت شروط الاجتهاد واستنباط الأحكام من المصدرين الأساس
الكتاب والسنة تقتضي الأحاطة بعلوم الدين كلها من علوم فقه إلى در
الأصول إلى علم الحديث (السنة) إلى علوم اللغة إلى المنطق ، إلى عل
وكل هذه الشروط يتعذر توافرها في علماء الدين والشريعة في زماننا .

ولما كان الأصل في شريعتنا رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم م
القواعد الأساسية فيها .

لما كان ذلك كله فأول واجب علينا وعلى سلطة التشريع في بلادنا
أن تعمد إلى صياغة الأحكام التي تتفق مع مصالح الناس في هذا الزمان
مواد أو بنود مرتبة ومبوبة وفي مجموعات من التشريعات على غرار ال
العصرية حتى يسهل على الناس معرفتها والتزامها والطاعة لها ويسهل عل
الاهتداء إلى الحكم الصحيح من أيسر سبيل فيما يعرض عليهم من قضا

وأمامنا محاولة موفقة قام بها في القرن الماضي خدمة للدين والشريع
له محمد قدري باشا في الثمانينات من القرن التاسع عشر حيث قنن
الأحوال الشخصية آخذاً من مذهب الامام أبي حنيفة في مجموعة بنود ومو
في دفتي كتاب سماه (مرشد الحيران في أحوال الانسان) وفعل نفس الشي
لاحكام الوقف (الحبس) الأهلي والخيري في كتاب سماه (قانون
والانصاف في حل مشكلات الأوقاف) .

حلول ومقترحات :

وفي ضوء ما سلف يرد على الذهن بعض الحلول والمقترحات وسن
نناقش كل واحد منها لعل الله يوفقنا الى اختيار أهداها سبيلا وأيسره
وموجزها :

أولا : تقنين جميع أحكام الشريعة الإسلامية تمهيداً لتطبيقها مع اصدار قرار بالغاء القوانين القائمة .

ثانياً : إصدار قرار من مجلس قيادة الثورة باعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الوحيد للتشريع في الجمهورية العربية الليبية وعلى القضاة عدم تطبيق ما يخالف أحكامها وقواعدها الأصلية من نصوص في القوانين الوضعية القائمة (المعمول بها حالياً) .

ثالثاً : التدرج في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بالابقاء على القوانين الوضعية القائمة مع البدء باستعراض نصوصها وبحثها ، لحصر ما يخالف القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية ثم ترتيب هذه المخالفات والعمل على إصدار قوانين بتعديل النصوص التي تشمل تلك المخالفات أو استبدالها بما يتفق وأحكام الشرع تباعاً .

رابعاً : اقتراح عاجل إذا وقع الاختيار على الحل الثالث :

الحل الأول : تقنين جميع أحكام الشريعة الاسلامية تمهيداً لتطبيقها مع إصدار قرار بالغاء القوانين المعمول بها حالياً .

ويبدو هذا الحل لأول وهلة أنه براق وأنه الحل الأمثل ويجب أولاً أن نفكر في طرقة تنفيذه .

ويمكن تصور تنفيذ هذا الحل بالبدء باصدار قرار من مجلس قيادة الثورة بالغاء القوانين الوضعية القائمة والاستعاضة عنها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية .

ويستحيل علينا بجرة قلم الغاء القوانين الوضعية القائمة والنظام التشريعي جميعه دفعة واحدة دون أن نقرن ذلك بايجاد البديل وهو تقنين كامل منضبط مأخوذ من الشريعة الاسلامية يلجأ اليه الناس من متقاضين وقضاة إذ لا يعقل أن يتركوا في تيه وفراغ . إذن لا بد من البدء بتقنين أحكام الشريعة إذا ما أخذنا بهذا

الحل .

وللقيام بذلك يقتضي الأمر تشكيل لجان متعددة تضم كل لجنة رج
علماء الشريعة الإسلامية وعلماء متخصصين في التشريعات الوضعية ممن
بين الثقافتين ، ثقافة القوانين وثقافة العلوم الشرعية ، وتختص كل لجنة
معين ، فلجنة لاستخلاص أحكام الشريعة الاسلامية فيما يطلق عليه
القوانين الوضعية (القانون الدولي العام والدولي الخاص) وهو ما يس
الشريعة بالمغازي والسير ، ولجنة لاستخلاص أحكام الشريعة فيما يطلق عل
(القانون العام بفرعيه القانون الدستوري والقانون الاداري) وهو ما يس
الشريعة بالسياسة الشرعية للدول الاسلامية ، ولجنة لاستخلاص أحكام
فيما يطلق عليه الآن (القانون المدني والتجاري) وهو ما يسمى في ال
بالمعاملات ، ولجنة لاستخلاص أحكام الشريعة فيما يطلق عليه الآن في ال
الوضعية (قانون العقوبات) وهو ما يسمى في الشريعة الاسلامية ب
والتعازير. . . وهكذا . .

ويحسن أن لا تتقيد هذه اللجان بفقه مذهب واحد . وإن رؤي ا
بمذهب الامام مالك وهو السائد في الجمهورية العربية الليبية وبلاد شمال
فيجب أن تتخير من المذاهب الاسلامية الأخرى أيسر الحلول لمشاكل النا
من أهم ما يبتغيه الشرع رعاية مصالح الناس مع رفع الحرج عنهم لقول
(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (سورة البقرة الآية ١٨٥) ولقول
جعل عليكم في الدين من حرج) (سورة الحج الآية ٧٨) ولقول الرسو
(يسروا ولا تعسروا) ولان اختلاف أئمة المذاهب في فروع المسائل رحمة
وجميعهم أخذ من عموميات قواعد القرآن والسنة .

ولا يخفى أن هذا أجل ما تخدم به شريعة الله ولكنه يحتاج الى مجه
ضخمة ووقت طويل بشرط أن يختار لهذا العمل من يؤمن به ويعتبره ج
سبيل الله وإعلاء لكلمته ، وأقرب مثال على ما في ذلك من وقت وجه

سنوات سلختها لجنة وضع قانون موحد للأحوال الشخصية في مصر أخذاً من أحكام الشريعة الاسلامية جمعت فيه أحكام الزواج والطلاق والنسب والمواريث والوقف والوصية والولاية على المال والولاية على النفس وغيرها وكانت مكونة من حوالي خمسة عشر عضواً كان بها من شيوخ الأزهر من يمثل مختلف المذاهب الفقهية ومستشارون ورجال قانون وتشريعات وضعية عصرية ممن كان لهم إلمام بالشريعة الاسلامية الى جوار تخصصهم في القوانين الوضعية .

الحل الثاني : إصدار قرار من مجلس قيادة الثورة باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد أو الأساسي للتشريع في الجماهيرية العربية الليبية ، وعلى القضاة مراعاة عدم تطبيق ما يخالف أحكامها الأصلية من نصوص واردة في القوانين المعمول بها .

ويمكن صياغة هذا القرار مختصراً في مادة أو مادتين ويشار في الديباجة الى أنه بعد الاطلاع على الإعلان الدستوري.. وعلى . . وعلى . . . وتصاغ المادة أو المادتان بما يعبر عن المعنى السابق الذكر ثم توضع له مذكرة تفسيرية مختصرة .

وميزة هذا الحل بالنسبة الى الحل الأول أنه يمكن إعداده وإصداره فوراً وبذلك نتلافى الوقت الطويل الذي يحتاجه الحل الأول من حيث إعداد مجموعة قوانين مستقاة من الشريعة لإحلالها محل التشريعات المعمول بها حالياً .

ولكن ترد على هذا الحل اعتراضات وصعوبات منها :

١ ـ نكون قد ألقينا على القضاة أعباء لا قبل لهم بتحملها إذ لكي يعرف القاضي مدى مطابقة أي نص في قانون معمول به لأحكام الشريعة يجب عليه أن يحمل هذا النص في ذهنه ويطوف على مواقع مثل هذا النص في مختلف المذاهب الإسلامية باحثاً عن مدى مطابقته أو مخالفته لأي من هذه المذاهب . ومن القضاة المدنيين الحاليين من لا يعلم من الشريعة إلا القليل الذي تعلمه في كليات الحقوق ومعظمه حول قوانين الأحوال الشخصية ، كما أن معظم القضاة الشرعيين في المحاكم الشرعية الحالية لم يدرسوا سوى المذهب المالكي مما يجعل مثل هذا

البحث عسيراً عليهم .

٢ ـ مثل هذه الصعوبة والحرج يقع على الناس والمتقاضين منهم بحث جدت لأحدهم مشكلة وجب عليه قبل أن يرفع دعواه إلى المحاكم أن يعرف احتمال كسبها ، فعليه وعلى محاميه أن ينقبا في مختلف الآراء الفقهية الشرعية ذلك فقد لا يأخذ القاضي بهذا الرأي ويذهب إلى أن رأياً آخر في مذهب آخر أعدل مما يقول به المدعي في دعواه .

٣ ـ هذا فضلاً عن احتمال تضارب الأحكام وتناقضها في المسألة الوا نتيجة لاختلاف آراء القضاة في الراجح والمرجوح من الآراء الفقهية في المأ الواحدة .

٤ ـ الصعوبات السابقة لا تنتفي كلية حتى لو نص قرار مجلس قيادة ا على التزام مذهب الإمام مالك دون غيره من المذاهب رغم ما في ذلك تضييق .

وحاصل ما ذكر من صعوبات يوحي بوجوب أن تكون القواعد لت يلتزمها الناس ويطبقها القضاء منضبطة الأمر الذي يعوزنا إذا ما أخذنا بهذا الـ الثاني .

الحل الثالث : هو التدرج في تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية وذلك با على القوانين الوضعية المعمول بها في المحاكم المدنية والشرعية مع البدء فوراً بمرج نصوصها لحصر ما يخالف القواعد الأساسية للشريعة الاسلامية . ثم ترتيب ه المخالفات بحسب أهميتها وإمكان تعديلها . ثم العمل على إصدار قوانين بتعدي بما يتفق وأحكام شرع الله .

ولعل في هذا الحل ما يتلافى معظم الصعوبات التي قامت ضد الحل الأولين . ومن مزايا هذا الحل :

١ ـ التدرج وتجنب الطفرة ، والتدرج سنة الله تعالى في إيجاد الكون كله خلقه في ستة أيام لا تقاس بأيامنا الدنيوية حتى ذهب البعض إلى أنها س أطوار . والتدرج أيضاً هو سنة الله سبحانه وتعالى في إنزال الأحكام الشرعية إذ ينزل جبريل عليه السلام بالقرآن جملة واحدة على سيدنا محمد ﷺ وإنما اقتض

حكمة الله أن ينزل الأحكام في الآيات القرآنية منجمة أي مجزأة متفرقة بحسب حاجة الناس وكعلاج لكل مشكلة جدت لهم . بل إن الحكم الواحد في المسألة الواحدة كان ينزل تدريجياً منعاً من الحرج على الناس وتآلفا لقلوبهم حتى يقبلوا على الاسلام . .

فالخمر مثلا أم الكبائر كانت شائعة في الجاهلية ولم يحرمها الاسلام دفعة واحدة لتمكنها وتمكن ادمانها في النفوس فترك المسلمين يشربونها فترة في صدر الرسالة المحمدية ثم بدأ يذكر الاعناب فقال (ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً) (سورة النحل الآية ٦٧) وهذا تلميح بأن السكر بالخمر أمر غير حسن ، ثم نزلت الآية بعد ذلك التي تنهي عن شرب الخمر قبيل الصلاة فقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) (سورة النساء الآية ٤٣) فأخذ المسلمون الأوائل يفكرون في أن لا يشربوها قبيل كل صلاة ، ولما كانت الصلوات خمساً ومتقاربة المواعيد والمواقيت كفوا عن شرب الخمر نهاراً واكتفوا بذلك ليلا . ثم بدأوا يتساءلون هل هي حرام أم حلال فنزلت الآية الكريمة (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما) (سورة البقرة الآية ٢١٩) فامتنع الكثيرون عنها تأدباً بأدب القرآن . وتهيأت نفوس الغالبية منهم الى تركها نهائياً ، وهنالك نزلت آية التحريم الفاصلة (إنما الخمر والميسر والأنصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) (سورة المائدة الآيتان ٩٠، ٩١).

وأشير هنا الى أن الوقت الذي يستغرقه هذا التدرج لا خشية منه إذ إن أغلب القواعد القانونية التي تضمنتها القوانين الوضعية في ليبيا فيما عدا قانون العقوبات مأخوذ عن القوانين الوضعية في مصر ومعظم أحكامها لا تتعارض مع القواعد الأصولية للشريعة وسبق أن ذكرت أنه عندما أريد إنشاء المحاكم الأهلية في مصر ووضعت لها مجموعة قوانين مستعارة من القوانين الفرنسية

(مجموعة قوانين نابليون) التي قيل بأن معظمها مأخوذ من مذهب الامام م
أقول لما رفعت مشروعات قوانين المحاكم الأهلية الى الخديوي في مصر لم ي
إلا بعد أن أرسلها الى الأزهر الشريف فتكونت لجنة من علماء مختلف الم
الأربعة وراجعتها ووضعت تقريراً جاء فيه أن هذه المواد والبنود منها ما ه
لنص من نصوص المذاهب الأربعة ومنها ما ليس له نص مقابل ولكنه م
المصالح المرسلة التي أباحتها الشريعة لمنع الحرج عن الناس ولايجاد ا
لمشاكل جدت في هذا الزمان ولم تكن معروفة في الماضي .

وبعد حصر المخالفات التي في قوانيننا الجنائية مثلا بالنسبة لأحكام ا
يمكن أن نبدأ بتعديل الأسهل فالأسهل . كأن تعدل عقوبة شرب الخمر
مع أحكام الشريعة . ثم نأخذ أحكام القصاص من الشريعة ونعدل ما نص
قانون العقوبات الليبي وفقاً لذلك إذ الخلاف بينهما بسيط . ثم نعدل عق
القذف والسب بما يتفق مع أحكام الشريعة ثم نفكر في حد السرقة وهو ق
ومتى يمكن تطبيقه في جرائم السرقة الكبرى لأن الشرع يجعل نصاباً معيناً لا
اليد في أقل منه ولان الشرع أيضاً شرط شروطاً كثيرة مع ملاحظة أن ع
الخطاب عطل حد القطع في عام المجاعة وفرع على ذلك بعض فقهاء الشر
لا تقطع يد السارق إلا إذا كفلت الدولة لجميع الأفراد حد الكفاية وه
ضروريات الحياة من مأكل وملبس ومسكن . أما حد الزنا فمر القول
يثبت ولن يثبت الا بالاعتراف وبقية أحكام الزنا يمكن أن تعدل بما يجعل ك
بين رجل وامرأة أجنبية عنه معاقب عليها ولو لم يكن أحدهما متزوجاً ح
كان برضاهما الكامل وذلك تمشياً مع أحكام الشريعة .

أما ما عدا الحدود في الشريعة الاسلامية من الجرائم وهو التعازير ف
أمرها متروك لولي الأمر (السلطة الحاكمة في الدولة) أو للقاضي والنص
الموجودة حالياً لا تخالف الشريعة ولكن يمكن مع ذلك تعديلها بما يكون
ملاءمة لها .

٢ ـ في الأخذ بهذا الحل الثالث وهو التدرج بعد بنا عن الاتهام بالعنصرية والتعصب وإن كنا لا نتهيب من ذلك ما دمنا نتبع أحكام ديننا وشريعتنا التي هي خير هداية من الله لخلقه .

٣ ـ ومن مزايا التدرج أيضاً الوصول الى الهدف وهو الحكم بما أنزل الله من طريق مأمون فتصدر التعديلات في القوانين المعمول بها بعد بحث وتمحيص واختيار الأصلح من أحكام الشريعة وما يوائم الناس والبيئة في هذه الجمهورية ويجعل الطريق الى تطبيق هذه التعديلات أكثر أمنا وسلامة .

٤ ـ ومن أهم مزايا هذا الحل الثالث أيضاً الإبقاء على النظام القضائي الحالي بنوعيه الشرعي والمدني ، لأن إلغاء أيهما في الوقت الحاضر قد يثير من الاعتراضات والصعوبات ما يجاوز فوائده . والعبرة بالنصوص ما دامت التعديلات التي ستدخل على القوانين الحالية أصلها ثابت في الشريعة فيستوي أن يطبقها قاض مدني أو قاض شرعي .

٥ ـ وعندما ينتهي التدرج بالحل الثالث الى منتهاه بتمام تعديل التشريعات الوضعية جميعها بما يتفق مع شريعة الله يمكن في سهولة ويسر توحيد القضاء بادماج النوعين معاً دون أن يفسر ذلك بانه الغاء للقضاء الشرعي أو للقضاء المدني الأمر الذي يحسن تجنب مواجهته في الوقت الحاضر .

كيفية تنفيذ الاقتراح الثالث :

يكون ذلك بتشكيل لجنة عليا لاعادة النظر في القوانين الوضعيه المعمول بها في الجمهورية الآن وتتفرع عنها لجان فرعية تشرف عليها وتوجهها وتراجع أعمالها اللجنة العليا وتختص كل لجنة فرعية بنوع معين من أنواع القوانين القائمة حالياً لمراجعته واستظهار ما فيه من مخالفات لأحكام الشريعة وتقسيمها بحسب جسامتها ثم ترتيبها في مجال التعديل الأيسر فالأيسر ثم تضع مشروعات التعديلات على أن تتفرغ هذه اللجان لهذا العمل ـ إذا رؤي ذلك ـ حتى يمكن إنجازه في أقرب

وقت ممكن وعلى أن ترسم لها اللجنة العليا خطة العمل وتتولى متابعته ثم ا
على أن تكون اللجنة العليا على اتصال دائم مع مجلس قيادة الثورة بوصفه
التشريعية العليا في الجمهورية أو مع الأخ رئيس مجلس الوزراء بوصف
وبوصفه رئيساً لمجلس قيادة الثورة وأن تكون أيضاً على اتصال بوزير
لنفس الغرض .

رابعاً : حل مؤقت وعاجل :

إلى أن تنتهي اللجنة العليا ولجانها الفرعية من أعمالها وتصدر التش
المعدلة تباعاً قد يكون من المستحسن وهو ما يناسب رغبة مجلس قيادة الث
الاستجابة الى رغبة الشعب الملحة أن يصدر فوراً قرار من مجلس قيادة
ويحسن أن يلحق بالاعلان الدستوري ويعتبر متمماً له ، ينص فيه على
الآن فصاعداً تعتبر الشريعة الاسلامية المصدر الأساسي لجميع التشريع
الجمهورية العربية الليبية وعلى جميع الوزراء والهيئات مراعاة ذلك في كل
جديد يصدر . وينص فيه أيضاً على وجوب تشكيل لجنة عليا ولجان فرعية
لبحث وتعديل القوانين القائمة بما يتفق مع هذا المنهج .

وبعد صدور هذا القرار يمكن أن تبدأ اللجنة بجمع شتات الأ
الشرعية الخاصة بالأحوال الشخصية في قانون موحد للزواج والطلاق وال
والارث والوقف (الحبس) والولاية على المال والولاية على النفس و
وغيرها ، لأن مشروعاً لمثل هذا القانون أعد بمصر ويمكن مراجعته مراجعة
وإعداد التشريع الملائم للتطبيق في الجمهورية العربية الليبية ليكون البد
هذا الطريق .

كلمة ختامية

الحمد لله والثناء على مجلس قيادة الثورة على أن حرص على النص
الاعلان الدستوري على أن الإسلام دين الدولة وأن العربية لغتها الرسمي

ومن ثنايا هذه النوايا الطيبة نحو شريعة الله التي قال سبحانه وتعالى با
لم يحكم بها فهو ظالم أو فاسق أو كافر ، كانت تلك الرغبة الملحة التي و

إلىّ الأخ رئيس مجلس قيادة الثورة في أن أقدم اليه بحثاً عن كيفية ومدى إمكان تطبيق أحكام الشريعة الاإسلامية في هذه الجمهورية الثائرة المؤمنة الفتية ، ولئن تأخر القيام بهذا العمل عن الوقت الذي كان مأمولا أن ينتهي فيه وفقاً لرغبة وعزمة الشباب ، فان فيما شرفتني به الثورة من رئاسة المحكمة العليا وما احتاج بدء العمل فيها الى مراجعة جميع القضايا التي لم يفصل فيها وهي تقرب من ثلاثمائة قضية وقدم بعضها إذ تأخر الفصل في البعض بضع سنوات بل أن منها ما مضى عليه أربعة عشر عاماً دون نظر . هذا فضلا عن إعادة تنظيم العمل في المحكمة في شكل دوائر قضائية متعددة ثم تصفية ما كان يحتاج الى جهد وعناء وعمل متواصل بالليل والنهار حتى أمكن بدء العمل في المحكمة وإصدار العديد من الأحكام في قضايا لم تكن تحتمل التأخير أكثر من ذلك رعاية لحقوق الناس والعدالة ، كل ذلك آمل أن يكون شفيعي في التأخير بعض الوقت .

أما من حيث موضوع البحث وما تضمنه من مقترحات وحلول فأنا واثق أنه عند نظرها لتخير أنسبها سيكون معيار الاختيار الطريق الذي يؤدي الى العمل الجيد المتأني الذي يؤمن فيه جانب الزلل وصدق رسول الله إذ يقول (إن هذا الدين متين فأوغل فيه برفق من شاده غلبه وأن المنبت لا أرضاً قطع ولا ظهراً أبقى) .

ولهذا ـ ولكم الرأي الأعلى ـ أراني مرتاحاً الى الحل الثالث ، وفقكم الله ومكن لكم بقدر ما تمكنون لشريعته من خير وسيادة .

ولا يفوتني أن أقول أن ليبيا الثورة بأي الحلول أخذت تكون رائدة للبلاد الاسلامية والعربية في هذا الميدان .

والحمد لله على ما وفق ونعوذ به من أن ندل بقول أو عمل فهو وحده ولىٌ النعم .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

طرابلس في ٢٥ ذي القعدة ١٣٨٩ هـ

الموافق ٢ فبراير ١٩٧٠ م .

علي علي منصور

رئيس المحكمة العليا

ثانيًا : صيَاغَة تشريعَات الحُدُود

(١) الجوانبُ الإيجابيّة والسلبيّة في صياغة تشريعات الحُدود

(أ) تقرير المستشار الدكتور عبد العزيز عامر

أستاذ القانون المقارن بكلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية
بجامعة بنغازي - فرع البيضاء

- (خطة البحث) -

مقدمة وتشمل :

لجان مراجعة القوانين (١ ، ٢)

كلمة في مغزى تشكيل اللجان (٣ ، ٤)

تشريعات الحدود التي صدرت (٥)

تقسيم (٦)

مواد السرقة في قانون العقوبات وقانون حد السرقة

عرض الموضوع (٧)

حالات لا تعارض فيها (٨)

حالات هي محل نظر (٩)

مناقشات اللجنة الفرعية (١٠)

رأينا (١١)

السرقة من بيت المال :

نص القانون (١٢)

فقه المسألة (١٣)

رأينا (١٤)

حد الشرب وغير المسلم :

نصوص القانون (١٥)
مناقشات اللجنة الفرعية (١٦)
فقه المسألة (١٧)
رأينا (١٨)

إثبات الحدود :

نصوص القوانين (١٩)
ملاحظات في الإثبات ورأينا (٢٠)

الجاني الذي لم يتم الثامنة عشرة

نصوص القوانين (٢١)
ما يلاحظ على هذه النصوص (٢٢)

مقدمة

لجان مراجعة القوانين :

١ ـ في يوم التاسع من رمضان / ١٤٩١ هـ الموافق ٢٨ أكتوبر / ١٩٧١ م صدر قرار من مجلس قيادة الثورة بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية .

وقد صدر هذا القرار بالمادة الأولى منه ونصها : « تؤكد الجمهورية العربية الليبية على القيم الروحية ، وتتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع . ويجب التزام المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية في كل ما يصدر من قوانين وتشريعات أخرى » .

وتحقيقاً لهذا الغرض على وجهه الصحيح شكلت لجان لمراجعة القوانين المعمول بها واقتراح تعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رئيسياً للتشريع وعهد لهذه اللجان بمهمة حصر واستظهار ما يناقض الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد تشريعات بديلة أخذاً من مختلف المذاهب مع تخير أيسر الحلول حسبما تقتضيه المصلحة العامة ومع مراعاة ما جرى عليه العرف في البلاد الليبية مما له أصل في مذهب الإمام مالك (المادة ٢ من القرار) .

٢ ـ وهذه اللجان هي :

١ ـ لجنة عليا تتولى وضع القواعد والأسس العامة التي تراعى في مراجعة التشريعات كما تحدد إجراءات سير العمل فيما يتفرع عنها من لجان وتتابع أعمالها وتنظر فيما تنتهي إليه تلك اللجان من مشروعات ومقترحات وتتولى مراجعتها ووضعها في صيغتها النهائية ويقدم رئيس اللجنة ما تنتهي من وضعه من مشروعات إلى رئيس مجلس قيادة الثورة (المادتان ٣ ، ٤ من القرار) .

٢ ـ ولجنة فرعية لمراجعة القوانين المدنية والتجارية والبحرية والمرافعات (المادة ٥) .

٣ ـ ولجنة فرعية لمراجعة التشريعات الجنائية وقد كنت من أعضاء اللجنة (المادة ٦) .

وتقرر أن تعاون اللجان المذكورة أمانة فنية متفرغة (المادة ٨) وم المذكرة الإيضاحية للقرار المشار إليه أن الأوان قد آن لتسود الشريعة ا وأن تكون المصدر الرئيسي للتشريعات والنظم في الجمهورية العربية الـ القرار له سند في دستور دول إتحاد الجمهوريات العربية فقد نصت المادة منه على أن دولة الاتحاد تؤكد على القيم الروحية وتتخذ الشريعة الإسلامي رئيسياً للتشريع .

وقد اعتنق القرار فكرة التدرج في تطبيق أحكام الشريعة وذلك على القوانين الوضعية المعمول بها في المحاكم مع البدء فوراً بمراجعة نص لحصر ما يخالف الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية على إصدار قوانين بتعديلها .

٣ ـ كلمة فى مغزى تشكيل اللجان :

ولنا وقفة أمام القرار فهو يعتبر بحق خطوة جريئة لتطبيق الإسلامية بدءاً بالنظر في الأحكام الوضعية المخالفة للمبادئ الأساسية الشريعة الغراء وتعديلها لتكون متفقة مع هذه المبادئ .

وفي هذه الخطوة تحققت أماني المواطنين الصالحين الذين يطالبو بتطبيق الشريعة الإسلامية في كل أمورهم وأخذ أحكامها لحيز التطبيق فتحل محل الأحكام الوضعية المنافية لشريعة الإسلام وبذلك تصير هي الأساسي للقوانين بدلاً من تركها والتسول من تشريعات غيرها نبتت في

تخالف عاداتنا وتقاليدنا وأحكام ديننا تلك الأحكام التي طبقت قروناً كثيرة فكانت هي السبب في قوة المسلمين وعزتهم وانتشار الإسلام وسيادته ، وما ذل المسلمون وهانوا في عهوده المتأخرة إلا بتركهم لتراثهم الإلهي والإعتماد على غيره من وضع البشر ، يقول المصطفى ﷺ « تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدي أبداً : كتاب الله وسنتي » .

٤ ـ الدليل :

ويمكن أن نقول أن هذه الخطوة أعادت الحق إلى نصابه وصححت مسار التشريع نحو الإغتراف من أحكام الشريعة الغراء ، وترك التسول من هنا ومن هناك ، وهذا يحرر البلاد من الاستعمار الثقافي الذي استقر فيها كنتيجة حتمية للاستعمار السياسي ، مما يعتبر في مقدمة الإيجابيات نحو الأخذ بتشريع الإسلام .

والدليل الحي على ما نقول في نطاق الحدود قبل صدور تشريعاتها أن قانون العقوبات الليبي كان يتجافى عن الأحكام الشرعية بل ويناقضها تناقضاً يدعو إلى الأسف الشديد لهدمه كل القيم الإنسانية في عدة مواضع ،منها على سبيل المثال :

١) كان قانون العقوبات الليبي لا يسمى الجريمة زنى إلا في زنى الزوجة (المادة ٣٩٩) وزنى الزوج (المادة ٤٠٠) ، ويعاقب على ذلك بالحبس مدداً قليلة ، ولا تقام الدعوى إلا بالشكوى من الطرف الآخر ، ولا يحق للطرف الآخر الشكوى إذا كان هو قد زنى ، وتخفف العقوبة إذا كان الزاني منفصلاً أو مهجوراً دون مبرر من رفيقه (المادة / ٤٠٠) وتسقط العقوبة بتنازل الشاكي عن شكواه ولو بعد النطق بالحكم نهائياً ، كما تسقط الجريمة بموت الزوج المعتدى عليه أو بانقضاء الزواج (المادة / ٤٠٢) والسمة الظاهرة في هذه الأحكام أن العقوبة في الحقيقة للاعتداء على حرمة الزوجية وليست لفعل الزنى .

وبالنسبة لغير الأزواج يسمى الفعل في القانون مواقعة وينظر في عقوبته إلى أن الاعتداء على المحارم (المادة / ٤٠٣) ويشترط فيما عدا ذلك لوجود جريمة المواقعة المعاقب عليها حصول الفعل بالقوة أو التهديد أو الخداع ، أو مع صغير

ولو بالرضا ، أومع من لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل أو الجس
٤٠٧) .

وإذا كان الفعل بالرضا في غير الأحـوال المذكورة فشرط العق
يفتضح أو يضبط متلبساً بالموافقة في مكان عام (المادة / ٤١٠) .

ويمكن القول بناء على ما ذكر أن الزنى في القانون كان لا ي
وليس جريمة إذا كان بالرضا ولم يدخل في حالة من الحالات المذكورة

٢) وكان قانون العقوبات في الباب الخامس من الكتاب الثال
المواد من ٤٣٨ حتى ٤٤٣ على الجرائم الماسة بالشرف ولم يكن به نص
القذف شرعاً ولا على العقوبة ، والمقصود به الرمي بالزنى أو نفي النس
بد لرفع التعارض مع الأحكام الشرعية من النص على ذلك مع الت
الضرورية في هذا الباب ليكون غير معرض لأحكام الشريعة .

٣) وقانون العقوبات أورد في الباب السادس من الكتا
نصوصاً عن الجرائم ضد الأموال ، ومنها نصوص تدخل في باب التعز
كسرقة الشخص لماله أو إعدامه له (المادة / ٤٤٥) والأخذ للاستعم
الرد ، وسرقة الأشياء التافهة لحاجة ماسة ، والسرقة عن طريق قطف
(المادة / ٤٤٨) واختلاس الأشياء المشتركة (المادة / ٤٤٩) : وخي
(المادة / ٤٦٥) وإخفاء المسروقات (المادة / ٤٦٥ مكررة « أ ») ،وا
الضوائع والاستيلاء عليها بنية التملك (المادة / ٤٦٥ مكررة «ب»)
ذوي القربى (المادة / ٤٦٦) .

ومن ناحية أخرى توجد في الباب المذكور جرائم سرقة وفيها
حبس كالسرقة (المادة / ٤٤٤) ، والسرقة المشددة (المادتان ٤٤٦
والمفروض إذا أريد رفع التعارض بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية
على السرقة المعاقب عليها حداً

٤) ولم يكن في قانون العقوبات الليبي شيء عن الشرب عدا المادة ٤٩٧ في السكر الظاهر ، والمادة / ٤٩٨ في تقديم المشروبات الروحية للقصر والمعتوهين ، وهذا المسلك يناقض شريعة الحدود ويقتضي لرفع التناقض النص على جريمة شرب الخمر والسكر والحد المقرر لذلك شرعاً على أن تكون الجرائم الأخرى التي لا تتوافر فيها شروط الحد أو تتعلق بهذا الأمر مبينة في نصوص معاقب عليها تعزيراً .

٥) تشريعات الحدود التي صدرت :

وقد بدأت اللجان المشكلة لمراجعة التشريعات بما يتفق مع المبادئ الأساسيةللشريعة الإسلامية ـ عملها بهمة ونشاط تمدها الرغبة الأكيدة في سيادة التشريع الإسلامية ،باعتباره المصدر الأساسي للأحكام في الجمهورية العربية الليبية ، وهي الأمنية الغالية التي صارت واقعاً ملموساً .

وباشرت لجنة تعديل التشريعات الجنائية بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية ـ العمل المسند إليها بعقد جلسات عمل بمقر المحكمة العليا في طرابلس إبتداء من الاجتماع الأول في يوم الخميس ١٥ شوال / ١٣٩١ هـ الموافق ٢ ديسمبر ١٩٧١ م واستمرت في العمل عشرات الجلسات أنجزت فيها مشروعات قوانين الحدود والقصاص .

وبعد مراجعة اللجنة العليا وسير هذه المشروعات في الطريق المرسوم قانوناً أصدر مجلس الثورة القوانين الآتية :

أولاً ـ القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٣٩٢ هـ ـ ١٩٧٢ م . وقد صدر في ٤ رمضان / ١٣٩٢ هـ وهو في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة[1]

ثانياً ـ القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ م الصادر في ٢/١٠/١٩٧٣ م في

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٦٠ ـ في ١٨ ذي القعدة ١٣٩٢ هـ ـ ٣ ديسمبر ١٩٧٥ م . السنة العاشرة .

شأن إقامة حد الزنى[1].

ثالثاً ـ القانـــون رقـــم ٥٢ لسنـــة ١٩٧٤ م الصـــادر في ٢٩ ش
١٣٩٤ هـ الموافق ١٦ سبتمبر / ١٩٧٤ م . وهو في شأن إقامة حد القذ

رابعاً ـ القانون رقـم ٨٩ لسنـة ١٩٧٤ م الصـادر في ٦ من دي
١٣٩٤ هـ الموافق ٢ نوفمبر / ١٩٧٥ م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد

خامساً ـ القانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٥ م الصـادر في ١١ محـرم ٩٥
الموافق ٢٣ يناير / ١٩٧٥ م . وهو في شأن تعديل بعض أحكام قوانين الح

٦ ـ تقسيم :

وفيما يلي نتناول بالكلام هذه التشريعـات ببيان بعض الجوانـب ا
والسلبية لها .

وإن كان المقام لا يسمح بتقصي كل هذه الجوانب فليس علينا إلا أ
بعضها على النحو التالي :

١ ـ مواد السرقة في قانون العقوبات وقانون حد السرقة
٢ ـ السرقة من بيت المال
٣ ـ حد الشرب وغير المسلم
٤ ـ إثبات الحدود
٥ ـ الجاني الذي لم يتم الثامنة عشرة .

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٤٣ في ١١ شوال / ١٣٩٣ هـ الموافق ٩ نوفمبر / ٩٧٣
(٢) الجريدة الرسمية العدد ٥٢ في ٢٢ شوال / ١٣٩٤ هـ الموافق ٦ نوفمبر / ٧٤
السنة الثانية عشرة .
(٣) الجريدة الرسمية العدد ٦٨ ـ في ١٦ ذي الحجة / ١٣٩٤ هـ ـ ٣٠ / ديسمبر ٧٤
السنة الثانية عشرة

مواد السرقة في قانون العقوبات
وقانون حد السرقة

٧ ـ عرض الموضوع :

قانون حدي السرقة والحرابة بيَّن في المادة الأولى شروط السرقة المعاقب عليها حداً وبين في المادة الثانية حد السرقة ونص في المادة الثالثة على حالات لا يقام فيها حد السرقة وإن كانت تخضع لأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر .

وجاء في نهاية المادة ٢٣ من القانون أن أحكامه لا تخل بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون .

فهل هذه النصوص كافية لرفع التعارض بين أحكام قانون حد السرقة وبين أحكام قانون العقوبات في المجال الذي نحن بصدده أم كان يلزم لذلك الغاء بعض مواد قانون العقوبات لتحقيق الانسجام بين مواد التجريم والعقاب هنا .

٨ ـ حالات لا تعارض فيها :

لا جدال في عدم التعارض بين المواد الثلاث الأولى من قانون حدي السرقة والحرابة وبين كثير من مواد قانون العقوبات الليبي الواردة حماية للأموال في الباب السادس من الكتاب الثالث ومنها على سبيل المثال : سرقة الشخص لماله أو إعدامه له (المادة ٤٤٥ ع) ، والأخذ للاستعمال بقصد الرد ، وسرقة الأشياء

التافهة لحاجة ماسة ، والسرقة عن طريق قطف السنابل (المادة ٤٤٨
الأشياء المشتركة (المادة ٤٤٩) ، وخيانة الأمانة (المادة ٤٦٥) و
القربى (المادة ٤٦٦) ، فهذه كلها ونظائرها في قانون العقوبات
شروط الحد فلا حد فيها ، وتسري على بعضها أحكام المادة ٣ من
السرقة والحرابة فلا يقام فيها الحد وتعتبر عقوباتها في قانون العقوبات
قبيل التعزير الجائز شرعاً ، وما لا تطبق عليه المادة المذكورة ولم يرد
خاص في قانون حدي السرقة والحرابة فإن قانون العقوبات يسري
أي قانون آخر حسب إحالة المادة (٢٣) من قانون حدي السرقة وا

حالات هي محل نظر :

٩ ـ ومع ما ذكر فإن في قانون العقوبات مواد أخرى لجرائم
المادة ٤٤٤ ، والمادتان ٤٤٦ ، ٤٤٧ الخاصتان بسرقات ذات ظرو
فهل مثل هذه المواد تتعارض مع أحكام حد السرقة فكان يلزم لرف
النص على إلغائها كما فعل الشارع في قانون حد الزنى أم أنه ليس
بين الطائفتين فهذه لها أحكامها وحالات تطبيقها ، وتلك لها أحكا
تطبيقها .

مناقشات اللجنة الفرعية :

١٠ ـ إختلفت الآراء في هذه المسألة وجرت مناقشات عنها
السادس عشر والاجتماع السابع عشر للجنة تعديل التشريعات الجنا
والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية .

فقد قلت أن من المناسب من حيث الصياغة أن توضع مادة
ويبين فيها شروطها ثم ينص على حد السرقة فيها وتكون هذه المادة بد
السرقة في قانون العقوبات خصوصاً المواد ٤٤٤ ، ٤٤٦ ، ٤٤٧ .

وفي الحالات التي لا يتوافر فيها ركن من أركان السرقة أو يخت

نحوها رأيت أن تحصى ونوضع في المادة الخاصة بالحالات التي لا يقام فيها حد السرقة وتفرض لها عقوبات تعزيرية بالإضافة إلى النصوص القائمة في قانون العقوبات مما يدخل في سرقة القطع .

وقد اعترض على ذلك الأخ رئيس اللجنة قائلاً إن المادة التي تعالج سرقة الحد لا يمكن أن تكون بديلة عن المواد المشار إليها لأن سرقة الحد تختص بأركان محددة وهي : الخفية والحرز والمال المحترم والنصاب بينما المواد المذكورة لا يشترط فيها توافر هذه الأركان ورأى لذلك إبقاءها لتعالج الحالات التي يختل فيها ركن من أركان السرقة المستوجبة للحد وكذلك الحالات التي لا قطع فيها وحالة تخلف الدليل الشرعي وحالة الاختلاس والانتهاب لأن الفعل يعتبر سرقة ولو تخلف أحد أركان سرقة الحد إلا أن الجاني يعاقب في هذه الحالات تعزيراً .

وقلت : إني أعتقد أن ترك مواد السرقة في القانون مع وجود مادة سرقة الحد فيه تعارض لأن مواد السرقة في القانون ولو كان فيها ظرف هي المواد التي تمت فيها السرقة بأركانها في القانون ولو كان فيها ظرف مشدد ، ومادة السرقة شرعاً تتعرض لحكم السرقة بأركانها المعروفة شرعاً ، ويمكن النص على حالات تخلف الركن أو اختلاله ، وذلك لتوضع بين الحالات التي يعاقب عليها تعزيراً. وقال المستشار محمد الجالى هويسة : ما دامت اللجنة قد التزمت بتقنين الأحكام المخالفة للشريعة الإسلامية لتوافقها على سبيل التدرج لتقنين شامل فأرى أن ينص فقط على السرقة الموجبة للحد شرعاً وتبقى نصوص قانون العقوبات فيما عداها باعتبار ما جاء في هذا القانون من العقوبات التعزيرية ، وقد اقترح نصاً لمادة سرقة الحد هو (كل من استولى خفية على منقول مملوك لمعلوم مباح تملكه نصاباً فأكثر بإخراجه من حرزه دون شبهة وبنية تملكه يعاقب بقطع يده اليمنى) .

وقال إن تعريف السرقة بما سلف بيانه يخرج الحالات التي لا قطع فيها بموجب مفهوم المخالف فمثلاً : المملوك للمجهول قد خرج بمفهوم المملوك للمعلوم ، كما إن السرقة العلينة قد أخرجتها عبارة الخفية وهكذا في كل ركن من

أركان التعريف باعتبار أن الحد لا يكون إلا بنص صريح ومفهوم المخالف
النص يعطل إقامة الحد مع إمكان توقيع العقوبة التعزيرية .

وقلت في الرد على ذلك : إن المستشار الجالي ذكر أن الحالات التي
فيها أركان الحد تكون فيها عقوبة التعزير بمفهوم المخالفة وأقول أن ا
استنباط الأحكام بالمفهوم المخالف ليس محل اتفاق لدى علماء الأصول
فرض الأخذ به فإن هذا لا يؤدي إلى عقوبة التعزير بل يؤدي إلى عد
عقوبة الحد لأنها هي الحكم المخالف للثابت بالنص ، ولا يلزم من عد
الحد فرض عقوبة التعزير في كل الحالات التي لا يتسنى فيها تطبيق الن
ركن أو اختلاله ، ولذلك فأرى أنه لا مناص من النص على جرائم
وعقوبات التعزير التي ترى اللجنة أنها تخلفت عن عدم تطبيق نص القط
استهداء بقراراتها وبالفقه ، لا سيما وأن مبدأ النص على الجرائم والعقو
السائد الآن في التشريعات الجنائية وهو لا يخالف مبدأ أساسياً من مبادئ
وجدواه لا تنكر ثم إن تقنين التعزير جائز شرعاً .

وقال المستشار محمد الجالي أن العمل بالمواد من ٤٤٤ إلى ٤٤٩ عقو
تطبيق لاعتبار أن المشروع المراد هو ما يخص فقط الأحكام المخالفة ل
الإسلامية أي باعتبار أن العمل بها مؤقت لحين تقنين تشريع عام .

وقد استعرضت اللجنة مشروعات مقدمة وناقشتها ، وأقرت صياغ
الحد على أن تكون المادة (٤٤٤) ونصت في الفقرة (١) من المادة (٤٤٤
على الحالات التي لا قطع فيها ، وفي الفقرة (ب) من نفس المادة على الإ
المواد الواردة تحت السرقة المعاقب عليها بالتعزير وذلك على النحو
بالهامش [١] .

---

١) محضر الإجتماع السادس عشر للجنة تعديل التشريعات الجنائية بما يتفق والمبادئ الـ
للشريعة الإسلامية والذي انعقد في ٢٨ صفر / ١٣٩٢ هـ الموافق ١٢/ ٤/ ٧٢ -
محضر اللجنة المذكورة السابع عشر في ٢٩ صفر / ١٣٩٢ هـ الموافق ١٣/ ٤/ ٧٢

وظاهر من هذا المشروع أنه ألغى المادة (٤٤٤) عقوبات الحالية وحل محلها سرقة الحد بشروطها وعقوبتها ، ونص على حالات لا يقام فيها الحد ومنها حالات يتخلف فيها شروط الحد بما في ذلك أدلة الثبوت شرعاً وذلك في المادة (٤٤٤) مكررة أ ، وفي الفقرة « ب » من هذه المادة نص على التعزير في هذه الحالات وفي

= والمشروع المشار إليه في المتن هو :

مادة ـ ٤٤٤ ـ

١ ـ كل من استولى خفية ، بنية التملك ، على مال منقول متمول ، محترم ، محرز بلغ (٦٥٠) درهماً ، أو ما قيمته ذلك فأكثر ، مملوك للغير ، يعاقب بقطع يده اليمنى وفي حالة العود تقطع رجله اليسرى . وإذا تكرر العود يعاقب بالسجن حتى تظهر توبته .

مادة ـ ٤٤٤ ـ مكررة

أ ـ لا تطبق العقوبة المنصوص عليها في المادة ـ ٤٤٤ ـ في أية حالة من الحالات الآتية : ـ

١ ـ إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة أثناء العمل فيها أو من أي مكان آخر مأذون للجاني في دخوله .
٢ ـ إذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم .
٣ ـ إذا كان مالك المال المسروق مجهولاً .
٤ ـ إذا كان الجاني دائناً لمالك المال المسروق وكان المالك مماطلاً وحل أجل الدين قبل السرقة ، وكان ما استولى عليه الجاني يساوي حقه أو أكثر من حقه بما لا يصل إلى النصاب .
٥ ـ إذا كان الجاني في حالة الشروع في الجريمة وفقاً للمادة (٥٩) من قانون العقوبات .
٦ ـ إذا كان المسروق ثماراً على الشجر وأكلها الجاني من غير أن يخرج بها .
٧ ـ إذا عدل الجاني عن إقراره قبل صدور الحكم .
٨ ـ إذا كان الجاني شريكاً وفقاً للمادة (١٠٠) من قانون العقوبات .
٩ ـ إذا تملك الجاني المال المسروق بعد السرقة وقبل التبليغ .
١٠ ـ إذا تعدد الجناة ولم يبلغ ما أصاب كل واحد منهم نصاباً ، ما لم يكن المسروق نصاباً لا تتم سرقته إلا بتعاونهم جميعاً .
١١ ـ إذا كان الجاني لم يتم الثامنة عشرة من عمره يوم ارتكاب الجريمة .

ب) في الحالات المذكورة في الفقرة (أ) وفي غيرها من الحالات التي لا تكون فيها العقوبة حداً يعاقب الجاني بالتعزير وفق مواد هذا الباب حسب الأحوال .

غيرها من مواد هذا الباب .

١١ ـ رأينا :

وأرى أن المشروع المذكور قد اقتصر في الإلغاء على المادة (٤٤٤)
الحالية دون غيرها من مواد السرقة التي تتكامل فيها شروط السرقة قانو
سرقات ذات ظروف مشددة ، وهو أيضاً نص على حالات لا يطبق
السرقة وأغلبها اختل فيها شروط النصاب أو الحرز أو كون المال مملو
أو كون الجاني بالغاً أو دليل الإثبات شرعاً مما يورث شبهة يندرئ معها
كما نص على تطبيق عقوبات التعزير وفق مواد الباب الخاص بالجرائ
الأموال على الحالات المذكورة في المادة (٤٤٤) مكررة(أ) وفي غيرها من
التي لا تكون فيها العقوبة حداً .

وكنت ، ولا أزال ، أرى أن من غير المستساغ أن تبقى المواد ا
قانون العقوبات بكلمة (السرقة) وعبارة (السرقة المشددة) وإنه من الأ
حيث الصياغة الغاء هذه المواد إكتفاء بمواد قانون السرقة والحراب
الخصوص ، وأن تجمع نصوص المادتين ١ و٢ من هذا القانون في ماد
فيكون فيها شروط سرقة الحد وحد هذه السرقة . وتضاف إلى المادة (٣)
التي يتخلف فيها شرط من شروط الحد كالحقية والحرز والنصاب والأدلة
وتوضع لهذه الحالات جميعها عقوبات تعزيرية ، على أن يلغى من
العقوبات كذلك المواد التي نصت على جرائم في هذا الباب إذا كانت
تغني عنها ، فيكون لدينا مادة فيها سرقة الحد ومادة ثانية فيها الحالات التي
فيها وفيها التعزير فضلاً عن مواد قانون العقوبات التي بينت جرائم أخر
نص عليه مما فيه الحد أو التعزير .

السرقة من بيت المال

١٢ - نص القانون

قالت المادة (٣/ ٩) من قانون حدي السرقة والحرابة :

(لا يطبــق حد السرقــة إذا كان للجانــي شبهــة كما في الأحــوال الآتية ..... إذا كان للســارق شبهــة في الملك كشركة أو استحقـاق في وقف ، وكالسرقة من بيت المال والسرقة من الغنيمة) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية خاصاً بهذه الفقرة عن السرقة من مال الوقف التفرقة بين حالتين :

إذا كان السارق مستحقاً في الوقف فلا يقطع لأن له حقاً فيه مما يورث شبهة تدرأ الحد عنه .

وإذا كان غير مستحق قطع بمفهوم المخالفة متى توافرت شروط القطع.

أما السرقة من بيت المال فلا قطع فيها عند الأئمة الثلاثة لأن للسارق حقاً في هذا المال فيكون هنا شبهة تدرأ عنه الحد . وخالف الإمام مالك رضي الله عنه فأوجب القطع لضعف الشبهة للسارق في بيت المال ، سواء كان منتظماً أم لا ، وقد أخذ القانون برأي الأئمة الثلاثة .

ولي كلام في السرقة من بيت المال يتكون من نقطتين أولاهما :

فقه المسألة ، والثانية رأي لي في اختيار الأنسب وسنده .

١٣ ـ فقه المسألة :

قال الإمام مالك رضي الله عنه ، وهو قول حماد وابن المنذر ، إن السارق من بيت المال بعد حيازته يقطع ، سواء أكان الإمام منتظماً أو غير منتظم بسبب ضعف الشبهة للسارق في هذه الأموال ، ولظاهر الكتاب ، ولأن مال بيت المال محرز ولا حق للسارق فيه قبل الحاجة .

وقال جمهور من الفقهاء منهـم : الحنفية والشافعـي وأحمـد والـزيدية ، والنخعي والشعبي بعدم القطع وذلك لأن للسارق في تلك الأموال شركة أو شبهة شركة وحق يندرئ بها حد السرقة عنه لأنها للعامة وهو منهم ، وفضلاً عن ذلك

فقد استندوا على أثر لعمر رضي الله عنه ، فقد روي أن عاملاً بعث يسأ
سرق من بيت مال المسلمين فقال : لا تقطعه فما من أحد إلا وله فيه حق
ما روى الشعبي أن رجلاً سرق من بين المال فبلغ علياً كرم الله وجهه فق
فيه حقاً ولم يقطعه . وقالوا إن هذا كله يورث شبهة تدرأ الحد لحديث
بالشبهات[1] .

١٤ ـ رأينا :

وأرى أن مذهب المالكية ومن معهم كان هو الأولى بالاتباع لأن م
المال يعطى حكم الأموال العامة التي تتطلب المحافظة عليها بشريعة القط
لا يتجرأ السراق عليها مما يعود بالوبال على الدولة في مجموعها وعلى آحاد
تبعاً ، وقد لوحظ في هذه الأيام أن السرقات من هذه الأموال كثرت لدرج
بكوارث إقتصادية مما يعوق عجلة التقدم في نظام يتوسع في القطاع العام

وأقول أخيراً : كيف يقطع سارق النصاب من المال الخاص بمثل
ولا يقطع السارق من مال بيت مال المسلمين ، إن المصلحة تلح في تقرير ا
هذه السرقات الأخيرة .

وأضع قولي هذا تحت النظر لعله يجد طريقه للأخذ في تعديل يج
بعض أحكام الحدود ، وليس هناك شك في أن المهمة الجليلة وهي مهم
أحكام الحدود تطبيقاً للشريعة الإسلامية قد تحققت ، وهو كسب كبير
المجال ، أما بالتعديل بعد الإنشاء فهو ، إن شاء الله ، أمر يسير .

---

١) يراجع : التاج والإكليل جـ / ٦ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ ـ الفواكه الدواني جـ / ٢ ص
بداية المجتهد جـ / ٢ ص ٤٥١ ـ التعزير ، لصاحب البحث ، الطبعة الرابعة
وراجع : السرخسي جـ / ٩ ص ١٨٨ ـ الهداية وفتح القدير وشرح العناية
ص ٢٣٥ ، ٢٤٠ ـ درر الحكام في شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو جـ / ٢ ص
المهذب جـ / ٢ ص ٢٨١ ـ المغني جـ / ١١ ص ٣٢٧ وما بعدها .
٢) يراجع بحث : أحكام حد السرقة لصاحب البحث ، وهو منشور في المجلة الحو
اللغة العربية والدراسات الإسلامية بجامعة بنغازي لسنة ١٩٧٤ م .

حد الشرب وغير المسلم

١٥ ـ نصوص القانون :

تقول المادة (٥) من قانون تحريم الخمر وإقامة حد الشرب :

(كل مسلم شرب خمراً يعاقب حدّاً بالجلد أربعين جلدة) .

وتقول المادة » ٨ « من القانون المذكور أنه :

(إذا شرب أو تعاطى غير المسلم خمراً خالصة أو مخلوطة بأية صورة كانت في محل أو مكان عام أو مفتوح للجمهور ، أو وجد في ذلك المحل أو المكان في حالة سكر ظاهر ، يعزر بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائة دينار . .)

ومما جاء في المذكرة الإيضاحية لنص المادة « ٨ » آنفة الذكر القول بأن غير المسلم لا يقام عليه حد الشرب بحسب رأي جمهور الفقهاء إلا أن ذلك لا يعني ترك غير المسلم بغير تعزير إذا ما شرب أو سكر ، وذلك في الأحوال التي يكون لسكره أو شربه مظهر خارجي ينطوي على استخفاف واستهتار بتقاليد المجتمع المسلم وإيذاء الشعور الإسلامي العام . .

وإن لي على مسلك المشرع بعدم تطبيق حد الشرب على غير المسلم . . . ملاحظات ثلاثاً : الأولى عن بعض مناقشات اللجنة الفرعية الجنائية ، والثانية : عن فقه المسألة والثالثة عما أراه في هذا الشأن :

١٦ ـ مناقشات اللجنة الفرعية :

دارت مناقشات في اللجنة حول حكم غير المسلم بالنسبة لحد الشرب نورد موجزاً عنها فيما يلي :

المستشار حسن بن يونس : أرى أن يكون الشارب مسلماً ليحد ك
غير المسلم إذا أظهره . .

الدكتور عبد العزيز عامر : إذا شرب غير المسلم وسكر من الشرب
أجمع فقهاء المسلمين على عقابه ، غير أن فريقاً منهم يرى أن العقوبة هي
وفريقاً يرى أن العقوبة هي التعزير ، ولا خلاف أيضاً بين الفقهاء في أن
غير المسلم بالشرب فيه عقوبة تعزيرية . .

وخلاصة القول أن البحث يدور حول سكر غير المسلم هل يقام فيه
أم التعزير ؟ وأرى أن غير المسلم الذي يقيم في دار الإسلام يؤخذ بالحد إذ
عليه سكراناً لأن تركه إغراء للمسلمين على السكر وإشاعة لهذه الجريمة و
بالأمن والنظام . . . ويقتضي الحال سداً للذرائع أن يخاطبوا بالحد ، ل
حالة التظاهر فأرى ، لعدم الخلاف ، أن يكون فيها التعزير . .

اللجنة : المناقشة قررت أن الإسلام شرط للحد في جريمة شرب ا
وبالنسبة لغير المسلم قررت أن يقام عليه الحد إذا وجد في حالة سكر ظ
مكان عام ، وإذا تظاهر بالشرب يعزر[1] .

١٧ ـ فقه المسألة :

أما فقه المسألة فقد اختلف الفقهاء فيها على رأيين أساسيين أبينهما

أ ـ الرأي الأول وهو عن أبي حنيفة يفرق بين الذمي والمستأمن :

ففي الذمي يأخذه في العقوبة بما يؤخذ به المسلم لأن له ما لنا وعليه
بمقتضى عقد الذمة الذي يعطيه حق الإقامة الدائمة في دار الإسلام فهو به
أهل الدار . .

---

(١) محضر الجلسة العاشرة للجنة الفرعية الجنائية في ٢ محرم/ ١٣٩٢ هـ . الموافق
فبراير/ ١٩٧٢ م . صفحة « ٨٣ ، ٨٤ » .

غير أنه أباح للذمي شرب الخمر وأكل لحم الخنزير إذا اعتقد أن هذا حلال في دينه ، فلا يخاطب في خصوص ذلك بالأحكام الإسلامية ولا يجبر عليها حتى لا يكون هذا تدخلاً في حريته الدينية ، وبذلك فقد جعل هذا الأمر من أصل التدين . .

وفي المستأمن ، وهو الذي دخل دار الإسلام بأمان موقوت ، فقد فرق بين العقوبات التي هي من حق الله أو حق الله فيها غالب ، وبين التي من حق الفرد أو حق الفرد فيها غالب ، فقال بعدم تطبيقها عليه في الحالة الأولى ، وأخذه بها في الحالة الثانية . .

والسبب عنده في الحكم الأول ، كالزنى والسرقة والشرب ، إن المستأمن دخل دخولاً مؤقتاً لغرض معين فلا يلزم بالأحكام الخارجة عن مقصده من الدخول ، فضلاً عن أن هذا النوع مؤسس على ولاية الدولة ولا ولاية للدولة عليه لتوقيت الإقامة . .

أما النوع الثاني كالقصاص والقذف والغضب والتبديد فالسبب في كون عقوباتها تلزمه أنه التزم كف الأذى والإنصاف وحسن المعاملة ، وهذه داخلة في تحقيق مقصده من الدخول لأنها من حقوق العباد[1] .

ب) والرأي الثاني وعليه جمهور الفقهاء ، ومنهم : المالكية والشافعية والحنابلة . وأبو يوسف - وهو من أصحاب أبي حنيفة - يقرر بأن أحكام الشريعة تطبق على الجرائم المرتكبة في دار الإسلام يستوي في ذلك الحد والقصاص والتعزير ، وأن يكون الجاني مسلماً أو ذمياً أومستأمناً . بل أن المستأمن الذى يهرب يعاقب بالعقوبات الإسلامية حالة القدرة عليه .

---

(١) فتح القدير جـ / ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ - البدائع جـ / ٧ ص ١٣١ - الجريمة والعقوبة لمحمد أبو زهرة ص ٣٣٤ وما بعدها ، ص ٣٢٩ وما بعدها - شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي لصاحب البحث ، وهو من منشورات جامعة بنغازي . ١٩٧٥ م . ص ١٧٨ وما بعدها ، ف. ٩ .

وظاهر من ذلك أنهم خالفوا أبا حنيفة في الذمي إذ سووا بينه وبين
في الأخذ بجميع العقوبات الإسلامية مهما كانت الجريمة ويدخل
العموم : الخمر والخنزير على أساس الإلتزام بعقد الذمة ، والعقوبات ال
إنما هي لدفع الفساد والدفاع عن المجتمع في دار الإسلام ، وتحريم
لمفاسدها فلا يسرع تعطيل عقوباتها . . والخمر حرام في كل الأديان ا
ولكن أهل الأديان استباحوها ، والذميون بأمان المسلمين الأول يعتبرو
إسلامية فثبتت سيادة الدولة عليهم ثبوتها على المسلمين .

وخالفوه كذلك في المستأمن فأخذوه بالعقوبات الإسلامية كلها
جريمة يرتكبها حال إقامته المؤقتة في دارنا لأنه التزم بذلك بمقتضى الأمان
الممنوح له . . . ودخوله بمقتضاه يعني قبوله أحكامنا ، فهو في حكم ا
ولا يفرقه عنه إلا أن إقامته مؤقتة على حين أن الذمي أبداً في دار الإسلا
دام قد التزم أحكام الإسلام فيؤخذ بها في أية جريمة يرتكبها حال وجود
مهما قصرت مدة إقامته ، وليس ذلك فقط بل إنه لو هرب بعد ارتكاب الج
هذا لا يسقط العقوبة بل تستوفى حال القدرة عليه .

وما عليه الجمهور هو المطبق حالياً في معظم التشريعات في مجال
الجنائي ومنها قانون العقوبات الليبي ، فالمادة الرابعة منه أوجبت تطبيق
قانون العقوبات على كل ليبي أو أجنبي يرتكب في الأراضي الليبية ج
الجرائم المنصوص عليها[1] .

١٨ ـ رأينا :

وما أراه في هذا الموضوع هو أخذ الذمي والمستأمن بالعقوبات التي
منهما في البلاد لاعتبارات كثيرة منها :

أ ـ إن هذا الرأي عليه جمهور الفقهاء ومنهم المالكية وحجتهم التي ذكر

---

(١) شرح الأحكام العامة للجريمة ، المرجع السابق .

تبرر الرأي وتجعل القلب يطمئن إليه ، وزيادة على ذلك فالمذهب المالكي هو السائد في البلاد الليبية وقد ألفه الناس وارتاحوا له وجرى عليه عرفهم وجعلوه مصدراً لما يؤخذ من الشريعة الإسلامية من أحكام ، وما دام الأمر كذلك ، وكان هذا المذهب عليه جمهور كبير من فقهاء المذاهب وغيرهم فإنه الأولى بالأخذ .

ب ـ وليس يوجد وجه التفرقة يعتد به بين المسلم والذمي ، وبين المسلم والمستأمن فيما يرتكب من جرائم على أرض البلاد الليبية ، فالذمي ملتزم بالأحكام الإسلامية وليس الخمر مباحاً في الأديان بل أهل هذه الأديان قد استباحوها وهو من أهل الدار وهو ملتزم أحكامنا بعقد الذمة . . والمستأمن دخل دخولاً مؤقتاً ، وليس إذن الدخول لارتكاب الجرائم ، بل الدخول مشروط باحترام قوانين البلاد ، ولست أفهم التفرقة بين ما هو من حق الله وما هو من حق الأفراد لا سيما والسائد الآن أن الجرائم جميعاً تعتبر اعتداء على حق المجتمع ، وهذا لا يمنع أن منها ما يشكل كذلك اعتداء على حق الأفراد ، وما هو سائد من حيث شمول الأحكام لكل ما يرتكب من جرائم على إقليم الدولة لا تأباه الشريعة الإسلامية بل الغالب فيها سيادة مبدأ إقليمية القانون الجنائي ، لأنه يمثل سيادة الدولة على أقاليمها وحقها في تتبع الجريمة ومعاقبة مرتكبيها مسلمين كانوا أم ذميين أم مستأمنين .

ج ـ وما دام أن مبدأ إقليمية القانون الجنائي هو السائد والمنصوص عليه في قانون العقوبات الليبي والمطبق على جميع الجرائم ، وكان هذا المبدأ هو المذهب الغالب في الشريعة الإسلامية . فإن هذا يناسبه تطبيق عقوبات الحدود على جميع الموجودين في البلاد إذا قارفوا حداً سواء أكانوا مسلمين أو غير مسلمين . . . ، ذميين أو مستأمنين ، وهذا يحقق الإنسجام في الأحكام ويتفق مع العدالة . .

د ـ ولماذا لا يطبق الحد على غير المسلم وهو مأخوذ بالحد في السرقة والحرابة وكل

منها حد من الحدود اللازمة . .

أما إشتراط الإسلام في حد القذف فكل ما قلته في هذا الأمر
يقال هنا فكان من الأنسب توحيد الأحكام في الحدود لأنها من طبي
وحكمها من حيث العقوبة واحدة ، لذلك يحسن أن يعدل ال
الحدود ولا يشترط الإسلام ليطبق الحد . .

هـ ـ ويقول هذا الرأي أن كثيراً من الدول لا تعترف في بلادها بأحكا
الإسلامية فبعض البلاد كفرنسا لا تعترف في إقليمها بحق المسلم
الزوجات بل يعتبر المعدد من المسلمين في إقليمها مرتكباً جر
الزوجات . ويسري عليه عقابها ، وهذا من التطبيق الحرفي لمبد
القانون الجنائي . .

فإذا كان ذلك فكيف لا تمتد عقوبات الحدود لتطبق على المستأم
يرتكب ما يستوجب الحد شرعاً في دارنا .

إثبات الحدود

١٩ ـ نصوص القوانين :

نصت المادة « ١٢ » من القانون رقم ٨٩/ ١٩٧٤ م . في شأن
وإقامة حد الشرب على أنه :

« تثبيت الجريمة المنصوص عليها في المادة الخامسة من هذا القانو
حد شرب المسلم للخمر) بالإقرار أمام السلطة ولو مرة واحدة أو بشه
أو بأية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى ، ويراعى في صحة الإقرا
وشروطها إتباع المشهور من أيسر المذاهب . . »

ولم يرد بالمذكرة الإيضاحية للقانون شيء يذكر عن هذه الماد
الشارع في إثبات حد الشرب يختلف عن مسلكه في غيره من الحدود :

فمن ناحية قالت المادة « ١٠ » من قانون حدي السرقة والحرابة :

١ ـ تثبيت الجريمتان المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون بإقرار الجاني مرة واحدة أمام السلطة القضائية ، أو بشهادة رجلين ، ولا يعد المجني عليه شاهداً إلا في الحرابة إذا كان شاهداً لغيره . .

٢ ـ ويجوز للجاني العدول عن إقراره إلى ما قبل صيرورة الحكم نهائياً ، وفي هذه الحالة يسقط الحد إذا لم يكن ثابتاً إلا بالإقرار ، ولا يخل سقوط الحد بمعاقبته تعزيرياً وفقاً لحكم الفقرة « ٤ » من هذه المادة . .

٣ ـ ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما إتباع المشهور من أيسر المذاهب ويعتبر الشاهد عدلاً إذا كان ممن يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر . .

٤ ـ وتطبق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات إذا لم يكتمل الدليل الشرعي المنصوص عليه في هذه المادة أو عدل الجاني عن إقراره وذلك متى اقتنع القاضي بثبوت الجريمة بأي دليل أو قرينة أخرى. .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية عن المادة المذكورة أن المقرر في الشريعة الإسلامية أن جرائم الحدود لا تثبت إلا بوسائل إثبات محدودة . وهي في جملتها لا تخرج عن الإقرار والبينة ، والمراد بالبينة شهادة رجلين عدلين ، ثم قالت المذكرة أنه اقتصر في البينة على أن تكون شهادة رجلين أخذ برأي الأئمة الأربعة في اتفاقهم على عدم جواز شهادة النساء في الحدود ، ومن المسلم أن الشهود لا بد أن يكونوا عدولاً وأن تتوفر فيهم وفي الإقرار كل الشروط التي نص عليها الفقهاء . وفي خصوص العدالة يراد بها أن يجتنب الشخص الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر .

وقالت المادة (٥) من القانون رقم ٥٢/١٩٧٤ م . في شأن إقامة حد

القذف :

(تثبت جريمة القذف بإقرار القاذف ولو مرة واحدة أمام السلطة القضا
بشهادة رجلين ، ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما المشهور من
المذاهب) . .

ومن ناحية أخرى فإن قانون إقامة حد الزنى لم يرد فيه نص صريح
بالإثبات غير الإحالة في الأحكام الموضوعية للشهود عن أيسر المذاهب . «
١٠/ ١ » . وبالنسبة للإجراءات لقانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد فيه
في هذا القانون « المادة ١٠/ ٢ » .

٢٠ ـ ملاحظات فى الإثبات ورأينا :

لنا ملاحظات في موضوع إثبات الحدود نوردها فيما يلي ثم نتبعها بما نر

١ ـ القوانين عدا حد الزنى ، نصّت على الإثبات بالإقرار أمام الس
القضائية ولو مرة واحدة (السرقة ـ الحرابة ـ القذف ـ الشرب) .

٢ ـ وكلها عدا الزنى نصت على الإثبات بشهادة رجلين وهذا المسلك
إثبات الجريمة بالإقرار أو شهادة رجلين فقط مسلك رشيد لأنه اتبع ما عليه ج
الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة ، ولأن من شأنه تضييق نطاق الإثبات وبال
تضييق مجال الحكم بالحدود المقررة وهذا التشدد في إثباتها يقابل الشدة الظاه
عقوباتها .

٣ ـ وبعد ذلك ورد في قانون إقامة حد الشرب أنه يثبت كذلك بأية و
من وسائل الإثبات الأخرى . وهذا النص إنفرد به قانون حد الشرب ولم ير
قوانين بقية الحدود نص كهذا إذ اكتفي فيها كما سبق القول بالإقرار أو ش
رجلين ولم يرد في المذكرة الإيضاحية ما يفصح عن قصد الشارع من النص
جواز الإثبات بالوسائل الأخرى في حد الشرب .

وإزاء ذلك لا مناص من القـول بأن الإثبـات في هذا الحـد ممـكن بقيام الرائحة في فم الشارب ، أو بأن يشهد الشاهد بأنه شم هذه الرائحة من فمه ، وهذا الدليل قد قيل به في مذهب مالك وهو رواية في مذهب أحمد رضي الله عنهما . . . . . وممكن أن يثبت الحد بتقايؤ الخمر وحده[1].

ويمكن أن يثبت بتقرير الطب الشرعي ، أو بأية وسيلة أخرى . . وإن كان النص قد استبعد ضمناًشهادة النساء ، لأنه بعد ذكر الإثبات بشهادة رجلين عطف على هذه الوسيلة بجواز الإثبات بوسائل أخرى ومفاد ذلك أنه أخذ من وسيلة الشهادة شهادة رجلين فقط ومما يجدر ذكره أن وسائل إثبـات حد الشرب نوقشت في اللجنة الفرعية الجنائية ومما قلته أن حد الشرب كغيره من الحدود يثبت بالإقرار بشروطه والراجح فيه مرة واحدة وتثبيت بالبنية ،ومن المسلم أنها دليل في الحدود بشروطها وإظهارها شهادة رجلين عدلين ، ولا تقبل شهادة النساء ، ولا الشهادة على الشاهدة ولا شهادة السماع ورأيت أن . . . . يعتمد هذا الدليل في إثبات الحد هنا على أن تكون الشهادة لرجلين عدلين توافرت في كل منهما شروط الشاهد وإلا تكون الشهادة متقادمة ولم أعتمد الرائحة وحدهـا دليلاً لأنهـا قد تكون بسبب آخر أو لتناول بإكراه أو باضطرار ، وإذا كانت الشبهة دارئة للحد فأولى أن مثل هذه الرائحة تكون دارئة له ، وهذا بالطبع يمنع دخول الجريمة في حيز التعزير.وبعد المناقشة قررت اللجنة أن جريمة الشرب المستوجبة للحد تثبت بالإقرار مرة واحدة أمام مجلس القضاء ، وبشهادة رجلين أو رجل وامرأتين بالشروط المقررة في إثبات جريمة حد السرقة[2].

---

(١) راجع في وسائل إثبات الشرب « المغني جـ / ٩ ص / ١٣٤ ومـا بعدهـا ، ص ١٤٤ ، ١٤٥ ـ مواهب الجليل جـ / ٦ ص ١٣١ ـ المبسوط للسرخسي جـ / ٢٩ ص ٣١ ، ٣٢ ـ شرح الخرشني على مختصر خليل جـ / ٦ ص ١٣١ ـ التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة جـ / ٢ ص ٥٠٩ وما بعدها .

(٢) المحضر العاشر للجنة الفرعية الجنائية في ١٩٧٢/٢/١٧ م . ٢٠/ محرم / ١٣٩٣ هـ . صفحة ٧٥ وما بعدها .

ومما ألاحظه على النص بجواز إثبات حد الشرب بوسائل أخرى :

أ ـ أن الشارع أورده في حد الشرب خاصة على ما بينت وكان المفر
أن يسير في هذا الحد على ما سار عليه في غيره من الحدود بالإقتصار على الإث
شهادة رجلين بشروطها شرعاً .

ب ـ وأن في إفراد حد الشرب بهذا النص خروجاً عن المسلك الذي
في الحدود الأخرى وفيه ترك لما عليه عامة العلماء ، ثم هو لا
الإنسجام في أمور تحكمها قواعد واحدة تتسم بالإتجاه لحصر أدلة الثبوت
الإقرار والشهادة المذكورة مما يحقق التوازن بين شدة عقوبات الحدود و
التضييق في أدلة ثبوتها الأمر الثابت في المذكرة الإيضاحية على أدلة الثبوت
حدي السرقة والحرابة . . .

جـ ـ وأن هذا المسلك لا يسير في نفس اتجاه الشارع من التيسير على
فيما لم يرد نص فيه في قوانين الحد إذ أحال القانون فيه على المشهور من
المذاهب ، وأيسر المذاهب بالنسبة لأدلة الثبوت هي المذاهب التي تشد
الإثبات وتحصره في أدلة بعينها دون غيرها .

٤ ـ وفي قانون إقامة الزنى كما أشرت ، لم ينص صراحة على أدلة الإ
المقبولة الموضوعية التي لم ترد بالنص في القانون والشرب ، على المشهور من
المذاهب ، وبالإحالة على قانون الإجراءات الجنائية بالنسبة لأحكام الإجرا
التي لم ينص عليها « المادة ١٠/ ٢١/ من قانون إقامة حد الزنى » .

وهذا المسلك أعلق عليه بالآتي :

أ ـ لم يتبع الشارع في الصياغة ما جرى عليه في قوانين الحدود الأ
التي صدرت فهناك نصوص صريحة بينت الإثبات في تلك الحدود وهنا لم
صراحة على هذا ، الأمر الذي حدا بالبعض إلى القول بأنه يترتب على نهج الش

في حد الزنى أنه يجوز إثبات الزنى المعاقب عليه حداً بكافة طرق الإثبات القانونية من أدلة وقرائن حيث لم يشترط قانون الإجراءات الجنائية وسائل معينة لإثبات هذه الجريمة وقد بنى ذلك على أن المادة (١٠/ ٢) من القانون أحالت في الإجراءات لقانون الإجراءات الجنائية .

ب ـ ومع ما ذكر فإن المادة (١٠/ ١) من القانون أحالت في الأحكام الموضوعية للمشهور من أيسر المذاهب ، ولما كانت قواعد الإثبات منها أحكام موضوعية وأحكام إجرائية ، فإنه يرجع إلى قانون الإجراءات الجنائية في أحكام الإجراءات ومن ذلك كيفية سماع الشهادة

أما الأحكام الموضوعية في الإثبات فيرجع فيها طبقاً للنص المذكور للمشهور من أيسر المذاهب في الشريعة الإسلامية ، ومن الأحكام الموضوعية في هذا المجال : الأدلة التي تقبل في الإثبات وشروطها الموضوعية ، وحجية هذه الأدلة في الإثبات والمشهور من أيسر المذاهب هنا هي المذاهب التي تضيق من أدلة الثبوت في الحدود ، وتكثر من التضييق في شروطها ، فيكون المذهب الأيسر هو الذي يقتصر في قبول الأدلة ، في الزنى على الإقرار أو شهادة رجلين مع التضييق في شروطهما ومجال تطبيقهما . .

جـ ـ ومع ما ذكرت من تفسير لنص المادة (١٠/ ٢) من قانون حد الزنى فمن المرغوب فيه توحيد الصياغة في أحكام إثبات الحدود ليكون واضحاً أن الشارع سن أحكاماً واحدة للإثبات فيها إذ لا جدال في أن أحكام الإثبات خصوصاً في الأدلة التي تقبل وشروطها هي من الأحكام العامة في الحدود ، وحتى القصاص .

٥ ـ وكل ما ذكرت ينبغي أن لا ينقص من المجهود الكبير الذي بذل في إعداد مشروعات قوانين الحدود وصياغتها لا سيما واللجان كانت تسير على خطة مرحلية قوامها العمل على إزالة التعارض الصارخ بين أحكام القانون الجنائي الليبي وبين أحكام الشريعة الإسلامية ثم يشرع بعد ذلك في مسح شامل لجميع

مواد القانون وجميع ما يكون قد صدر من قوانين خاصة ونصوص التج
والعقاب العامة والخاصة على صعيد واحد .

وقد باشرت اللجان المهمة الأولى وهي العمل على إزالة التعارض
الأحكام الأساسية في الشريعة الإسلامية .

والمنتظر من اللجنة العليا الجديدة وما ينشأ من لجان فرعية الب
صياغة الأحكام العامة في الحدود في صعيد واحد منعاً للتكرار ورفعاً لما
هناك من مشاكل في التطبيق . .

الجاني الذي لم يتم الثامنة عشرة

٢١ ـ نصوص القوانين :

نصت المادة (٨) من قانون السرقة والحرابة على الآتي :

« إستثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادتين الأولى والرابعة
كان الجاني في الجريمتين المنصوص عليهما في هاتين المادتين لم يتم الثامنة
سنة هجرية يعزر على النحو الآتي :

١ ـ إذا كان قد أتم السابعة ولم يتم الخامسة عشرة ، يعزر بالتوجيه والت
والتأنيب ، ويجوز ـ إذا تجاوز العاشرة ـ تعزيره بالضرب بما يناسب سنه .

٢ ـ وإذا كان قد أتم الخامسة عشرة يعزر بالضرب في جريمة السرقة ، وأما ج
الحرابة فيعزر بالضرب والإيواء في إصلاحية قانونية .

٣ ـ وفي الحالتين المنصوص عليهما في البندين ، إذا تكرر ارتكاب الجريمة يح
على الجاني بالضرب بما يناسب سنه ، فإذا كان قد تجاوز العاشرة ، يحكم ع

كذلك بالإيواء في إصلاحية قانونية .

٤ ـ وتكون جريمتا الحد المنصوص عليهما في هذا القانون وحدة واحدة في نصوص التكرار .

٥ ـ وتعتبر التعازير المنصوص عليها في هذه المادة مجرد إجراءات تأديبية »

ومما جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن من لم يبلغ الثامنة عشرة يعتبر صبياً والصبي يمر بمرحلتين : مرحلة عدم التمييز وهي من الولادة حتى تمام السابعة . ومرحلة التمييز وتبدأ من تمام السابعة حتى سن البلوغ وهي ثمانية عشر عاماً ، على ما جرى عليه القانون ، في سن البلوغ . والمقرر أن الصبي في المرحلتين لا يسأل جنائياً لكن يجوز إذا بلغ مرحلة التمييز تعزيره عن الجرائم التي يرتكبها بأوجه التعازير المناسبة لسنه كالتأديب« التوبيخ » والضرب عند الإقتضاء على صورة مناسبة لسنه .

وقد استهلت هذه المادة حكمها بعبارة استثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادتين الأولى والرابعة وذلك لإيضاح أن الإستثناء بالنسبة إلى الصبي المميز إنما هو من شرط السن فقط ، أما الشروط الأخرى التي يجب توافرها في الفاعل كالعقل والاختيار وعدم الإضطرار فيجب أن تتوافر في الصبي المميز المخاطب بحكم هذه المادة .

ومسئولية الصبي في ذلك هي مسئولية تأديبية ووقائية ممحضة وليست مسئولية عقابية ولذلك نص على أن التعازير المنصوص عليها في المادة لا تعدو أن تكون إجراءات تأديبية .

والنص المذكور ورد نظيره في المادة (٤) من قانون تحريم الخمر وإقامة حد الشرب ، وكذلك في المادة (٧) من قانون إقامة حد القذف وكذلك في المادة (٣) من قانون إقامة حد الزنى .

٢٢ ـ ومما يلاحظ على هذه النصوص :

١ ـ صدرت المادة (٨) من قانـون إقامـة حدي السرقة والحرابـة بعبا

[إستثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادتين الأولى والرا
كان الجاني في الجريمتين المنصوص عليهما في هاتين المادتين لم يتم الثا
سنة هجرية ، يعزر على الوجه الآتي : . . . . .]

وصدرت المادة (٤) من قانون تحـريم الخمـر وإقامـة حد الشرب
بعبارة :

[إستثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادة السابقة ، إذا كان
لم يتم الثامنة عشرة ، يعزر على الوجه الآتي . . . .]

وقد علل ذلك الإستثناء في المذكرة الإيضاحية لقانون حدي السرقة
بأن المقصود من الإستثناء إنما هو شرط السن فقط أما الشروط الأخرى الت
توافرها في الفاعل كالعقل والاختيار وعدم الإضطرار فيجب أن تتوافر في
المميز المخاطب بحكم المادة (٨) المذكورة .

وليس هذا ، في رأيي ، بتعليل لأنه لا يترتب على الإستثناء إقامة ا
الصبي بل إنه يترتب عليه تعزيره تأديبياً بما نص عليه في المواد المذكورة لذل
من المناسب في الصياغة لتؤدي مقصد الشارع ، وعلى سبيل المثال أن تصد
بعبارة [إذا كان الجاني في الجريمتين المنصوص عليهما لم يتم من العمر ثما ني
سنة يعزر على الوجه الآتي . . . .]

وكذلك في صياغة المادة (٧) من قانون إقامة حد القذف إذ صدرت
هي مثل العبارة المذكورة .

٢ ـ وما دمنا نتكلم في حكم الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشرة فإن
يجرنا إلى القول أن الشارع قرر في حكم مسألة الصغير جنائياً حتى بلوغ

عشرة من عمره ، وهو في هذا اعتمد على رأي معتبر في الفقه الإسلامي حقا ذلك أن حكم الصغير في الشريعة الإسلامية من حيث المسألة الجنائية أنه ما لم يبلغ فلا يسأل جنائياً لا عن حدود ولا قصاص ولا تعزير ، وإن كان يمكن في مرحلة التمييز الناقص ، وهي من بلوغ سن السابعة حتى كمال التمييز أن يمارس عليه التعزير المناسب لا على أنه عقوبة بل على وجه التأديب والتهذيب[1] .

وما عليه الشريعة في هذا الخصوص يخالف حكم القانون الليبي الذي يقرر مسئولية الصغير جنائياً من سن الرابعة عشرة حتى بلوغ الثامنة عشرة وإن كانت مسئوليته في هذه المرحلة مخففة لعذر صغر السن المقتضى لتخفيف العقوبة[2] .

ومما يترتب على هذا أن الصغير في المرحلة المذكورة يختلف حكمه من حيث المسئولية الجنائية فى نصوص قوانين الحدود عنه في نصوص التجريم والعقاب الأخرى فهو لا يسأل جنائياً إذا ارتكب جريمة من جرائم أشد عقوبة من بعض عقوبات الحدود ، وليس لدى القاضي خيار في هذا السبيل بل هو مقيد بالنصوص يطبقها كما هي لأن التشريع ليس له بل عليه تطبيق القانون فقط على الحادثات .

٣ ـ وإني أضع ما ذكرت تحت نظر من لهم سلطة التشريع فهم وحدهم الأمناء على النصوص وعليهم فرض ما يرفع التعارض وما يتحقق به الإنسجام في

---

(١) حاشية الدسوقي جـ/٤ ص ٢٣٧ ، ٣١٣ ، ٣٢٤ ، ٣٥٢ بداية المجتهد جـ/٢ ص ٣٩٦ ، ٤٣٠ ، ٤٤٦ ـ تبصرة الحكام جـ/٢ ص ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٦ ـ الفواكه الدواني جـ/٢ ص ٢٤٧ ، ٢٨٨ ـ حاشية ابن عابدين جـ/٣ ص ١٤٥ ، ١٦٧ ، ١٨٢ ـ الفصول الخمسة عشر في التعزير للأستروشني وهو مخطوط (٩٥٠ مجاميع) مكتبة بخيت بالأزهر رقم ٤١٠٣ ـ حاشية فخر الإسلام ص ١٣٩٢ ـ التعزير في الشريعة الإسلامية لصاحب البحث ، طبعة رابعة ف ٦١ ص ٧١ .

(٢) تنص المادة (٨١) عقوبات على أنه : [يُسأل جنائياً الصغير الذي أتم الرابعة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة وقت ارتكاب الفعل وكانت له قوة الشعور والإرادة على أن تخفض العقوبة في شأنه بمقدار ثلثيها . وإذا ارتكب الصغير المسئول جناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد يستبدل بهاتين العقوبتين السجن لمدد لا تقل عن خمس سنوات . .]

الأحكام التي تعالج موضوعاً واحداً مع لزوم أحكام الشريعة الإسلامية ، الأمر بعد صدور تشريعات الحدود قد صار سهلاً لوجود الأساس المتين والذي لا ينضب من أحكام شريعة الإسلام الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان .

٤ ـ وإذا كانت لي ملاحظة أخيرة في حكم الصغير الذي لم يبلغ الـ عشرة من عمره من حيث تعزيره تأديباً بدل أخذه بالحدود الشرعية فإني أ باللجنة العليا واللجان المنوط بها مراجعة التشريعات بقرار مجلس قيادة الث الصادر في ١٧ محرم ١٣٩٥ هـ . الموافق ٢٩ يناير ١٩٧٥ م[1] أن تبدأ ، إصدار تشريعات القصاص في مسح شامل صدر تشريعات الحدود وغ وقانون العقوبات لرفع التعارض ، وتحقيق الإنسجام بين النصوص والأ وتلافي التكرار خصوصاً الأحكام المشتركة بين الحدود ، ومن ذلك في خص المسألة محل البحث أن تستبدل مادة واحدة في شأن من لم يتم « ١٨ » سنة ب المكررة في شأنه بتشريعات الحدود .

تم البحث بعون الله وتو

---

(١) وهو منشور في العدد « ٢٥ » السنة الثالثة عشرة من الجريدة الرسمية في ٢٩ جماد الآ ١٣٩٥ هـ ـ ٨ يونيو ١٩٧٥ م .

(ب) تقريرُ الأستَاذ المحَامي ابرَاهِيم الغُويـل

١ ـ أهم الجوانب الإيجابية فى صياغة تشريعات الحدود أنها كانت إعلاناً للإستقـلال التشريعـي لهـذه الأمـة . . جاء يكمـل الإستقـلال السياسي والاقتصادي . . ويحرر السيادة لهذه الأمة من التبعية لأمم أخرى ـ بل إنه يحررها من التبعية لطبقة أو عصبية أو هوى ؟ !

٢ ـ ثم إن صياغة تشريعات الحدود جاءت إعلانـاً أن شريعـة المجتمـع في أصولها المتصلة بفطرة الإنسان ليست محل تأليف (ولكنها محل صياغة) . . وهي من عند الذي خلق الإنسان ويعلم كل أحواله ويحيط بكل ظروفه وتاريخه . . الخ ـ وما عدا ذلك ، فيقرره المجتمع ككل (أي لا يقرره فرد أو مجموعـة أو حزب . الـخ) من خلال أعرافـه الآخـذة بالمعـروف من تراث الإنسـانية . . والمتمثلة في تحري أكبر قدر من الموضوعية في تحديد العلاقات بما يحقق التضامن أو الوحدة من خلال التنوع أو التنوع في وحدة ؟ !

فالعرف تعبير عن حياة الشعوب ، والـدين يحتـوي العـرف ويستوعبـه ، فالدين يؤكد ما هو ثابت في النظرة الإنسانية ويثبته ، ويضع إلى جانب الشرعـة المحددة منهاجاً مفتوحاً يستوعب ما هو متطور . . . .

و« إن الشرائع اللادينية اللاعرفية هي ابتداع من إنسان ضد إنسان آخر ، وهي بالتالي باطلة لأنها فاقدة للمصدر الطبيعي الذي هو العرف والدين » .

٣ ـ والتشريع الإسلامي في المجـال الجنائـي يقـوم على أسـاس ذي ثلاث شعب ، فهناك عقوبات محددة شرعت لمواجهة جرائم لا بد للمجتمع أن يضع حدوداً محددة لها والشعبة الثانية تتناول ما عدا ذلك من جرائم . . مما تتصل بغير المجالات التي ذكرنا أو تتصل بجرائم ليست فاحشـة وإن تعلقـت بالمجـالات

المذكورة ـ وقد ترك الشارع الإسلامي هذه الجرائم دون عقوبات م
مفوضاً المجتمع الإسلامي (من خلال أعرافه وعلاقاته المتطورة)
أنسب العقوبات وفقاً لاختلاف الأزمنة والأمكنة .

أما الجانب الثالث فهو نوع رأى فيه الشارع الإسلامي أنه يمس
لمساسه بأفراد معينين من هذا المجتمع ، ولقد جعل الشارع عقوبة لهذه
ولكنه جعل لهؤلاء الأفراد الذين تمسهم الجريمة ولاية خاصة وأعطاهم
محدداً . . يكون لهم بمقتضاه بعض الصلاحيات التي يكون لها أثرها
المجتمع من هذه الجرائم ـ فمثلاً : فإن القتل العدوان العمد ، وإن كا
جريمة اعتداء في حق المجتمع ، إلا أن أولياء دم المقتول هم الذين يمس
العدوان أولاً وقبل باقي أفراد المجتمع . ومن هنا فإن الشريعة الإسلامي
تقرر القصاص وترى فيه حياة المجتمع ، جعلت لولي الدم سلطاناً يترتب
العقوبة المقررة لهذه الجريمة ، فهو إن عفا فإن هذا يكون ظرفاً مخففاً ل
موقف المجتمع عند العقاب ، إذ إن من عفا له من أخيه شيء واتبا
بالمعروف والأداء إليه بإحسان إنما يكون قد هيأ للمجتمع ظرفاً يجعل من
المذكورة أخف خطراً في ما لو بقيت دون عفو وتآخ ومعروف وإحسان .
فإن التشريع الإسلامي الجنائي يتميز بأنه يقرر عقاباً رادعاً للقتل العدوا
إن خشي من آثاره على إحداث ردود أفعال في المجتمع . . تفقد المجتم
والطمأنينة ، ولكن إن قويت وشائج الرحمة والأخوة وكان العرف الا
والأداء الحسن حائلاً دون اضطراب الأمن وفقدان الطمأنينة فإن ا
الإسلامي يخفف العقوبة . . تاركاً للمجتمع أن يقرر عقوبة ملائم
لاختلاف الأزمنة والأمكنة والظروف . . . (بقيت ملحوظة أخيرة هنا ، و
وإن كان الاتباع بالمعروف والأداء بإحسان ليس هو نفس مصطلح الدي
تسلم للأهل في القتل الخطأ إلا أن السنة الموضحة وإجماع المسلمين يجع
الدية ـ والتي هي في الأصل نوع من العوض عن الدم يعطاه أولياء القتيل
مطبقة على حالات القتل العدوان العمل في حالة العفو . والدية فيها

الإقرار بالذنب والاعتراف به مع محاولة غرم ما يجب على المقر والمعترف ، ولا شك أن من أقر بذنبه وأعلن ندمه وحاول إصلاح خطئه حري بنا أن نعامله كما أمرنا ربنا) .

٤ ـ ولئن كان بحثنا هنا يقتصر على الحدود فقط فإننا قد عرضنا للتشريع الإسلامي في المجال الجنائي عامة لنوضح حقيقة الإختلاف مع موسوعات القوانين الوضعية التي هي مليئة بالعقوبات المادية الموجهة ضد الإنسان « أما العرف فهو خال تقريباً من تلك العقوبات . . . العرف يوجب عقوبات أدبية غير مادية لائقة بالإنسان (التعازير) . . الدين يحتوي العرف ويستوعبه . . ومعظم العقوبات المادية في الدين مؤجلة . وأكثر أحكامه مواعظ وإرشادات وإجابات على أسئلة . وتلك أنسب شريعة لاحترام الإنسان . الدين لا يقر عقوبات آنية إلا في حالات قصوى ضرورية للمجتمع » !

وسيكون هذا مدخلنا لتوضيح الجوانب السلبية في صياغة تشريعات الحدود .

الجوانبُ السَّلبيَّة
في صِياغة تشريعَات الحُدُود

« وتكمن أهمية الشريعة في كونها هي الفيصل لمعرفة الحق والباطل
والصواب وحقوق الأفراد وواجباتهم ، إذ ان الحرية مهددة ما لم يكن لل
شريعة مقدسة . . . » .

وللأسف فإن صياغة تشريعات الحدود لم تتخذ الشريعة فيصلاً .

وللأسف فإن صياغة تشريعات الحدودلم تلتفت إلى أن الفيصل بين
والدين من جهة وبين القوانين الوضعية من جهة أخرى إنما هو أن موس
القوانين الوضعية مليئة بالعقوبات المادية الموجهة ضد الإنسان « أما العر
خال تقريباً من تلك العقوبات . . العرف يوجب عقوبات أدبية غير ماد
بالإنسان » كما هو الحال في التعازير الإسلامية . . ومن هنا « الدين يحتوي
ويستوعبه . . . ومعظم العقوبات الملدية في الدين مؤجلة . وأكثر أحكامه
وإرشادات وإجابات على أسئلة .

وتلك أنسب شريعة لاحترام الإنسان . والدين لا يقر عقوبات آنية
حالات قصوى ضرورية للمجتمع .

وللأسف فإن صياغة تشريعات الحدود لم تلتفت إلى جوانب
الجنائي الإسلامي كلها ، فحشرت الحدود حشراً في موسوعات القوانين ا
المليئة بالعقوبات المادية الموجهة ضد الإنسان !

وللأسف فإن صياغة تشريعات الحدود لم تستقل بنا إستقلالاً تشريعياً والأهم من كل ذلك ، فإن روح الشريعة الإسلامية . . في عدم إقرارها لعقوبات آنية - إلا في حالات قصوى - إن هذه الروح لم تراع ، بل إن صياغة تشريعات الحدود جاءت تطارد الناس بالعقوبات الآنية في كل حالة !

صياغة تشريعات الحدود تطارد الناس بالعقوبات خلافاً للشريعة الإسلامية . .

١ ـ فمن المعروف مثلاً أن الشريعة الإسلامية تعاقب على الزنى باعتباره ماساً بكيان الأسرة التي هي الوحدة الأساسية للمجتمع . . . هذا المجتمع الذي يتكون من رجال كثيرين ونساء جاءوا أصلاً من نفس واحدة ولا يجدون سكنهم إلا في وحدتهم من جديد ـ هذه الوحدة التي لا يقر بها المجتمع سوى سبيل الأسرة سبيلاً . . . .

٢ ـ ومن هنا ، فإنه لتحديد معنى الزنى صلة وثيقة بمعرفة الأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية . . . باعتباره سبيل العلاقة المشروعة بين الرجال والنساء . . . .

٣ ـ ومن مراجعة نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية ـ باعتباره سبيل العلاقة المشروعة بين الرجال والنساء . . . . نجده يقوم على سهولة الدخول فيه . . . وسهولة الإستمرار فيه . . . وسهولة الخروج منه !

٤ ـ فسهولة الدخول في علاقة الزوجية في الإسلام تتضح من أن الشكلية ليست شرطاً في الزواج الإسلامي ، فالكتابة الرسمية أو العرفية غير مطلوبة في شريعة الإسلام ، والشهادة ـ وكما قال يزيد بن هارون . . بحق ـ أمر الله تعالى بها (أي بالشهادة) في البيع دون النكاح . . فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها في البيع !. . وقال أنس بن مالك رضي الله عنه : اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة قروش ، فقال الناس : ما ندري أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد ؟. . . فلما أراد أن يركب

حجبها فعلموا أنه تزوجها (متفق عليه) . . وقال ابن المنذر:لا
الشاهدين في النكاح خبر ، وقال وقد اعتقد النبي ﷺ صفية ابنة حيي
بغير شهود .

وعلى كل ، وحتى لو أخذنا بالفقه . . فإن المشهور في مذهب الإ
أن الشهادة ليست شرطاً لإنشاء العقد ، وعن أحمد أنه يصح بغير
وفعله إبن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة وابنا ابن
وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارو
وابن المنذر ، وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

وهناك قول عن مالك رضي الله عنه ، وقول عن أحمد ، على أن
وحده كاف لإنشاء العقد من غير حاجة مطلقاً لتعيين الشهادة حداً
للإعلان ومن غير اشتراطها لترتب الآثار .

والأحناف يرون أن الغرض من الشهادة هو الإعلان . . وبذلك
بحضور الفساق كما يتحقق بحضور الأبرار ؟ ! . .

ويذهب البعض أن الاشهاد يصلح بعد العقد للتداعي والاختا
ينعقد بين المتناكحين .

وقد ذهب أبو ثور وجماعة إلى أن الشهود ليسوا من شرط النكاح . .
شرط صحة ولا شرط تمام .

فإذا كان هذا هكذا فلا أقل من أن نعتبر أي علاقة ـ ولو لم ت
الشكل ـ شبهة تدرأ الحد .

٥ ـ ومن المقرر (الذي لم يأخذ به الذين صاغوا حد الزنى) أنه لا ح
وطء في أنكحة مختلف عليها ، لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ، ولو كان
يعتقد بجريمة الفعل ، لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام الفقهاء مخ

على الحل والحرمة .

وكل ما اختلف الفقهاء على حله أو جوازه كان الاختلاف فيه شبهة يدرأ بها الحد .

وإذا علمنا أن اشتراط الولي في صحة النكاح مختلف عليه أيضاً فإنه لا يبقى لقيام علاقة الزوجية سوى الركن الحقيقي وهو رضا الطرفين وتوافق إرادتهما في الإرتباط . . . وبأي لغة أو لفظ أو فعل كان عده الناس صالحاً للإنعقاد . . وبشرط أن يكون بين من هما حلّ وأهل لذلك . . .

٦ ـ ومن هنا ، يمكن أن نفهم أي عقوبة إذا تعلقت بأحد الأفعال التالية :

١ ـ حالات الإغتصاب والإكراه والخداع والغش التي تعدم الرضا . .
٢ ـ قيام أي علاقة آثمة مع إحدى المحارم . . .
٣ ـ قيام أي علاقة آثمة مع إحدى المحصنات (أي المتزوجات) من آخرين .
٤ ـ قيام علاقات آثمة مع إحدى المسافحات (أي تكون واحدة لأكثر من واحد) أو المتخذات أخدان (أي التي تكون متزوجة ولها علاقات غرامية مع عدد من الصبيان !) .
٥ ـ أي علاقة لا يحصن فيها الرجل من يتزوج منها !

ملحوظة : وفي كل الأحوال يلحق بفترة الزوجية العدة

٧ ـ أما أن يوجد رجل مع امرأة برضا الطرفين وليست من محارمه وليست محصنة ولا من المسافحات . . . . الخ .

فيدعي الرجل أنه يريد أن يحصنها . . . . . .

فإنه من المقرر أنه إذا ضبط شخص يطأ امرأة فادعى الرجل
الزوجية فالقول قولهما على ما يرى جمهور الفقهاء .

ويرى ابن حزم التفريق ما إذا كانا غريبين أو معروفين ، فإن كانا
أو لا يعرفان فلا شيء عليهما ، ولا يعرض لهما ولو قامت البينة على الوطء
يكلفان إقامة البينة على النكاح . وإن كانت المرأة معروفة ومعروف أن لا ز
فإن أمكن ما يقول الواطئ فلا شيء عليهما .

بل ، ومن المقرر أنه إذا أقر أحد الطرفين بالرأي فادعى الطرف
الزوجية فإن أبا حنيفة وأحمد يريان أنه لا يحد أي منهما ، لأن دعوى الز
تحتمل الصدق ، وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون ادعاء النكاح
ويسقط الحد لاحتمال صدق دعوى النكاح .

٨ ـ بل ، إننا نذهب أن المتزوجة المعروفة لا يتعرض لها إن ادع
زواجها إنما هو زواج موقوت ـ ووافقها زوجها على ذلك ـ وإنها تستمت
أصول المتعة . . . . !

[وأهم هذه الأصول أن تستبرئ بين متعة ومتعة ، فنلحظ في كتا
وسنة رسوله الحرص على ألا يجتمع ماء رجلين في فرج واحد في فترة
واحد] . . . . وكل ما إختلف الفقهاء على حله وجوازه كان الإختلاف فيه شبه
بها الحد !

ومن المناسب أن نذكر هنا ما صار إليه الجمهور من حمل آية « والز
ينكحها إلا زان . . . » على الذم لا على التحريم إستناداً إلى ما جاء في الحدي
رجلاً قال للنبي ﷺ في زوجة أنها لا ترد يد لامس ! . . . فقال له
ﷺ : طلقها (أو غربها . . . بمعنى طلقها) فقال (الرجل) : أخا
تتبعها نفسي ! . . فقال (الرسول ﷺ) له : إمسكها (وفي ر
فاستمتع بها)!.

فنحن نرى أن دعوى الزنى بالنسبة للمتزوجة لا تحرك إلا من زوجها . . . إن رأى ألا يمسكها أو ألا يستمتع بها !

بمعنى . . . أنه متى ضبط شخص يطأ امرأة فادعى الرجل والمرأة الزوجية (أو ادعى أحد الطرفين على رأي أبي حنيفة وأحمد) فالقول قولهما على ما يرى جمهور الفقهاء . . . دون تفريق إبن حزم !

وعليه

فإننا نأخذ على صياغة حد الزنى :

١ ـ صياغته غير الدقيقة عند تعريفه لما يعتبر زنى ، إذ كان أحرى بالمشرع أن يعرف الزنى على أنه كل وطء وقع على غير نكاح ولا شبهة نكاح ، أو كان عليه أن يوضح أن علاقة الزوجية المشروعة التي تدرأ الحد هي علاقة التراضي بإيجاب وقبول ، ممن هما أهل لذلك وحل للإقتران والتزوج ، وبأي لفظ أو إشارة أو فعل أو كل ما يدل عليه . . . (ودون أي شكلية أو شهود أو موافقة من أطراف أخرى) .

٢ ـ كما أننا نأخذ على قانون حد الزنى أنه عاقب على حالات هي مما يدرأ فيها الحد . . كحالة إدعاء الزوجية من الطرفين أو إحداهما وحالة إنكار أحد الزانيين إذا لم يقم دليل غير الإقرار (ويرى أبو حنيفة أن إنكار أحد الزانيين يدرأ حد الزنى ، فلا يعاقب المنكر لأنه لا دليل عليه إلا إقرار المتهم الآخر ، والإقرار حجة قاصرة على المقرر . ولا يحد المقر لأننا صدقنا المنكر في إنكاره) وكذلك حالة الزواج اللاحق . . . . الخ .

٣ ـ وثالثة الأثافي في قانون حد الزنى أنه عاقب على حالات بعضها من قبيل ما هو مباح إن لم يكن من المرغوب ، وبعضها من قبيل اللمم . . .

أ ـ فمثلاً : من المعروف أن النظر إلى المخطوبة قد ندب إليه رسول الله ﷺ ورغب فيه ، فعن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : إذا

خطب أحدكم المرأة فإن إستطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليف
والحديث ظاهر الدلالة ، بل أيده عمل راوية له (وهو الصحابي الجليل ج
عبد الله رضي الله عنه) وقد صنع مثله محمد بن مسلمة ـ وكفى بهما حجة

وبغض النظر عن مذهب من قيد الحديث بالنظر إلى الوجه والكفين
لأنه تقيد للحديث بدون نص مقيد ، وتعطيل لفهم الصحابة بدون وجه
لا سيما وأن عمر خطب إلى علي ابنته أم كلثوم فذكر له صغرها فعاوده بعد أ
هذا الرد ، فقال له علي : أبعث بها إليك فإن رضيت بها فهي امرأتك
فأرسل بها إليه فكشف عن ساقيها . . . فقالت : لولا أنك أمير ا
لصككت عينك .

وقال داود ينظر إلى سائر جسدها ، وعن أحمد ثلاث روايات . .
النظر إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والساقين ونحوهما ، ومنها ينظر إليها كلها
وغيرها .

فكيف يعاقب قانون حد الزنى مثل هذه الأفعال . . طالم
بالتراضي وبين شباب يتوجهون إلى الزواج ؟!

ب ـ ومما هو من قبيل اللمم ، وعاقب عليه قانون حد الزنى بقس
اللمس والقبلة الخ . .

فعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ ف
إني عالجت امرأة من أقصى المدينة فأصبت منها ، دون أن أمسها ، فها أ
فأقم علي ما شئت . فقال عمر : سترك الله لو سترت على نفسك ، ولم يرد
ﷺ شيئاً . . فانطلق الرجل ، فاتبعه النبي ﷺ رجلاً فدعاه . . فتا
« وأقم الصلاة طرفي النهار وزلفاً من الليل . . إن الحسنات يذهبن الس
ذلك ذكرى للذاكرين » فقال له رجل من القوم : يا رسول الله ألك خاص
للناس عامة ؟! . . فقال : للناس عامة . رواه مسلم وأبو داود والترمذي

القانون رقم ٨٩/ ٧٤ جاء بحدّ الخمر؟! . . وتوسع في تحديد ما يعتبر خمراً ؟!.. وتساهل في طرق الإثبات ؟!

وهذا مثل آخر على أن صياغة تشريعات الحدود ـ للأسف الشديد ـ لم تتخذ الشريعة فيصلا . . .

وللأسف فإن صياغة تشريعات الحدود لم تلتفت إلى أن الفيصل بين العرف والدين من جهة (وباعتبارهما المصدر الطبيعي للشرائع) وبين القوانين الوضعية (وهي شرائع لا دينية لا عرفية من ابتداع إنسان ضد إنسان آخر ، وهي باطلة لأنها فاقدة للمصدر الطبيعي الذي هو العرف والدين) من جهة أخرى إنما هو أن موسوعات القوانين الوضعية مليئة بالعقوبات المادية الموجهة ضد الإنسان « أما العرف فهو خال تقريباً من تلك العقوبات . . العرف يوجب عقوبات آنية غير مادية لائقة بالإنسان » .

كما هو الحال في التعازير الإسلامية . . ومن هنا « الدين يحتوي العرف يستوعبه . . ومعظم العقوبات المادية في الدين مؤجلة . وأكثر أحكامه مواعظ وإرشادات وإجابات على أسئلة . وتلك أنسب شريعة لاحترام الإنسان . والدين لا يقر عقوبات آنية إلا في حالات قصوى ضرورية للمجتمع »

وللأسف فإن صياغة تشريعات الحدود لم تلتفت إلى جوانب التشريع الجنائي الإسلامي كلها . . ولم تلتفت إلى دقة تعبيرات التحريم في توضيح حكمة التحريم ، فالزنى جاء تحريمه بلفظ « ولا تقربوا الزنى . . . » ! . . . وغيره ـ كالخمر ـ جاء بلفظ « . . . فاجتنبوه » ! . . وغيره مما جاء تحريمه بلفظ من مادة (ح . ر . م) !. . . .

فالاجتناب استعمل في الأمور اللصيقة بالإنسان الفرد . . وفي ما يتصل بعقله . . . وذلك لتحريره من الطاغوت وعبادته . . . وتحريره من الرجس من الأوثان . . والرجس من عمل الشيطان . . وكبائر الإثم والفواحش التي تذهب

رشاد العقل من غضب وكثير من الظن وقول زور . . . . .

وعدم الإقتراب استعمل في أمور الأصل فيها ألا يقربها الإنسان على القربى ومراعاة لها ، وذلك كعدم الإقتراب من مال اليتيم إلا بالتي أحسن ، وعدم الإقتراب من النساء حتى يطهرن ، وعدم الإقتراب من ونحن سكارى وهي كما أنها صلة بين الإنسان وربه هي صلة بين وإخوانه الأقربين الذين يلتقي معهم في أوقات الصلاة ؟! . . .

ومما يلفت النظر أن تحريم الخمر جاء بصيغة الإجتناب وبصيغة الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » .

فهناك تحريم لصيق بذات الإنسان . . وعقله وهنا تحريم لها في وأماكن ؟!

أما مادة (ح . ر . م) فقد جاءت للتحريم فيما يتعلق بالمطع وإحلال الطيبات والزينة (ولعلها تشمل ما زين للنفس ؟!) والمع والعلاقات وما حرم منها . . . . الخ .

وكل هذا متصل بالمجتمع ككل ، فتحريم الميتة والدم ولحم الخنـ أهل به لغير الله . . . إنما هو تحريم للخبائث فتكون لنا الطيبات فضلاً ومنّة . . . « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق

وفي المعاملات والعلاقات « . . . وحرم الربا . . . . » وحرم قتل إلا بالحق . . .

وهذه التحريمات الإجتماعية لها ظروف من زمان ومكان . . وع بأشخاص وشروط . . واستثناءات الضرورة الخ .

ولعل للخمر باعتباره من الأشربة ـ وهي ذات الصلة بالأطعمة بالتحريم الإجتماعي . . . . .

وإن الخمر على هذا النظر مما ينبغي أن ينظر فيه إلى ظروف وزمان ومكان . . وعلاقات أشخاص . . وشروط واستثناءات . .

كل ذلك دون نسيان لاتصاله اللصيق بالإنسان وعقله . . .

مع التفات إلى جانبه المؤثر في علاقات القربى وعلاقات المجتمع . . . ومنعه في هذا المجال ؟ ! .

هل هناك حد كعقوبة على شرب الخمر ؟!

ورغم أننا نرى ـ مع من رأى بحق ـ أن قانون تحريم الخمر في الإسلام يتكون من مراحل ثلاث :

١ ـ مرحلة تعريف بمساوئه ومزاياه . .
٢ ـ ومرحلة منع في أزمنة محددة وأمكنة محددة وأثناء قيام علاقات محددة . . .
٣ ـ منع له فيما يفسد العلاقات بين الناس (مع معالجة للمدمنين بالتعريف والمنع المؤقت . . . الخ) .

إلا أنه ، على كل حال ، فمن المعروف فقهاً أن كون شارب الخمر يحد ليس محل إجماع من الفقهاء ، فالقرآن لم يرد فيه حد ، بل إن السنة لم يثبت أنه قد ورد فيها حد ، وكل ما هناك هو أن أبا بكر جلد أربعين ثم جلد عمر أربعين صدراً من إمارته ثم جلد عثمان ثمان وأربعين ثم ثبت معاوية جلد ثمانين . . . . .

وحتى هذا محل نظر ، إذ إن هناك رواية تقول « كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبي بكر وصدراً من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين !

. . . . وهناك روايات بأنه (أي عمر) جلد أربعين وستين بعد أن جلد

ثمانين ـ بل إنه حلق شارب الخمر بعد الرابعة ولم يجلده !

ما الذي يعتبر خمراً . . موجباً للعقوبة ؟ :

وبغض النظر عن الخلاف الذي ذكرنا في حد الخمر . . فإن الذين يقول بحد شارب الخمر لا يذهب جميعهم إلى تحريم سائر الأنبذة المسكرة ، بل إ يرون أن المحرم من سائر الأنبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين .

ـ وإلى هذا ذهب العراقيون إبراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثو وابن أبي ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر ع البصريين .

وفي هذا يروى حديث شريف عن سماك بن حرب بإسناده عن أبي بردة بنار قال رسول الله ﷺ : « إني كنت منعتكم عن الشراب في الأوعية فاشربوا بدا لكم فلا تسكروا » .

ورووا عن أبي موسى قال : « بعثني رسول الله ﷺ أنا ومعاذا إلى الي فقلنا :

يا رسول الله إن بها شرابين يصنعان من البر والشعير . . . أحدهما يقال المزور والآخر يقال له التبع فما نشرب ؟ ! فقال عليه الصلاة والسلام : إشربا تسكرا » . . .

طرق الإثبات الشرعية :

يقصد بطرق الإثبات الشرعية الكيفية التي يتم بها نقل وقائع الحاد موضوع المنازعة إلى مجلس القضاء بطريق التواتر المفيد للعلم أو طريق الظ الراجح .

وقد اتفق علماء المسلمين على أن الإثبات ـ في الخمر ـ يكون بالإق

وبشهادة عدلين ، أما ثبوته بالرائحة فقد قال به المالكية ـ شريطة أن يشهد بذلك عند الحاكم شاهدان عدلان ـ أما الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت بالرائحة ؟! .

ثم إن أبا حنيفة وأبا يوسف يشترطان أن رائحة الخمر أو السكر تكون قائمة وقت الشهادة ـ فالشهادة مقيدة بوجود الرائحة .

ولم يقل أي مذهب من المذاهب الفقهية بأن فحص الدم أو غيره هو من طرق الإثبات .

والدليل على أن فحص الدم ليس دليلاً من أدلة الإثبات أنه عندما يقوم على غير تثبت . . . وكثيراً ما تختلط العينات . . . ثم إن القائم بالعينة يطهر المكان بالكحول .

. . . بل إنه يأخذ العينة بحقنة بعد أن يضع قطعة قطن تحتوي على الكحول فوق رأس الحقنة عند القيام بعملية السحب . . . والحقنة الزجاجية التي تستعمل تكون قبل استعمالها موضوعة في حوض به كحول . . . الخ .

ومن كل هذا لا يجوز الإعتماد على طريقة الإثبات بغير الإقرار أو شهادة الشاهدين العدلين اللذين يدليان بها ورائحة الخمر أو السكر قائمة .

خاتمة

هذا قليل من كثير من جوانب سلبية صاحبت صياغة تشريعات الحدود فكادت أن تفقدها إيجابياتها . . التي كنا نرى أن أهمها الإستقلال التشريعي والقضاء على مخلفات الإستبداد المستعارة من الغرب والمتمثلة في امتلاء موسوعات القوانين الوصفية بالعقوبات الموجهة ضد الإنسان بتقييد حريته والسجون والأقفاص الحديدية وصحف السوابق . . . الخ .

ولقد عاش الإسلاميون دهراً في ظلال مدنيتهم السلفية بغير حبو
أصفاد وبدون بيروقراطية ولا عقوبات مقيدة للحرية .

وحينما سقطوا أمام الأسلحة الأكثر تفوقاً التي صنعها التفوق الأورو
العلوم الفيزيقية والتكنولوجيا ، وبحكم الضياع الذي يعقب الهزيمة ، أخذ
الأوربيين قشوراً لا تغني شيئاً . . ورذائل أوربا جميعاً (فارتدوا ل
الإفرنجي ، وأقيمت الحانات في عواصمهم وثغورهم) وأعدت له
حبوس ـ سجون ـ شتى يكابدون في ظلماتها عقوبات وضعية سالبة للحر
أفعال وممنوعات لا حصر لها . . ولم يكن تجريحها ليخطر لآبائه
بال !. . .

وغدا المتهمون لا يمثلون أمام المحاكم الجزائية إلاّ من د
الأقفاص ! . . ولا يفتادون إلا وأيديهم مكبلة ! . . وأقحموا . . . في م
البيروقراطية ، ورتبت صحف السوابق ! . . واستشرت صولة المب
والمخابرات . . .

وإننا لا زلنا نأمل أن تكون نهضتنا التشريعية الجديدة قاضية على ه
الاستبداد المستعارة من الغرب . . والمتمثلة في العقوبات السالبة للحرية
تتعارض مع كرامة الإنسان ـ وكذلك الحبوس والأقفاص الحديدية والأ
وصحف السوابق ، والبيروقراطية وزبانية المباحث والمخابرات . . . الخ

وعلى العموم ، فصياغة تشريعات الحدود بداية خطوة في مسيرة ط
لإقامة دولة الإسلام التي ذكرنا . . . فلتتشابك الأيدي ، ولتتراص الصف
ولتنتظم الخطى ، ولتتكاثف الجهود لإقامة الإسلام . . عقيدة وفكراً ، و
ومسلكاً ، مع إقامة أنظمة وتشريعات . . . . ونعوذ بالله من أن نغضب له
مما غضب تعالى لدينه أو أقل من ذلك أو نشرع بآرائنا الشرائع الفاسدة ، و
الله تعالى كثيراً على ما مَنَّ به علينا من التمسك بالقرآن . . والسنة . . .
تعالى التوفيق)

ملحق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

من المقرر أنه لا حدَّ على وطء في أنكحة مختلف عليها ، لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ، ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل ، لأن هذا الإعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام الفقهاء مختلفين على الحل والحرمة .

وكل ما اختلف الفقهاء على حله أو جوازه كان الاختلاف فيه شبهة يدرأ بها الحد .

وإذا علمنا أن اشتراط الولي والشاهدين في صحة النكاح مختلف عليه فإنه لا يبقى لقيام علاقة الزوجية سوى الركن الحقيقي وهو رضى الطرفين وتوافق إرادتهما في الإرتباط وبأي لغة أو لفظ أو فعل كان عده الناس صالحاً للإنعقاد ـ وعلى أن يكون بين من هما حلّ وأهل ذلك .

ومن المعروف أن أبا حنيفة يجيز النكاح بلا ولي ، ومالك يجيز النكاح بلا ولي ، ومالك يجيز النكاح بلا شهود ـ بل أن ابن عباس والشيعة الإمامية يجيزون نكاح المتعة . وعليه فلا حد في وطء في أي من هذه الأنكحة المختلف عليها .

مسألة (لا نكاح إلا بولي وشاهدين)

في هذه المسألة ينبغي النظر في موضوعين : موضوع اشتراط الولاية في صحة النكاح ، وموضوع الشهادة .

الموضوع الأول
إشتراط الولاية في صحة النكاح

إختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي ، إلا أنه يتخرج على رو القاسم عن مالك في الولاية أن اشتراطها سند لا فرض .

أما أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري فيرون أنه إذا عقدت المرأة بغير ولي وكان كفؤاً جاز .

وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط ال النكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك نص .

ويحتج من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة بقوله تعالى (ف عليكم فيما فعلن بأنفسهنَّ من معروف» قالوا هذا دليل على جواز تعرفها نفسها ، قالوا وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقا « أز واجهن » وقال « حتى تنكح زوجاً غيره » . وأما عن قوله تعالى « فلا تع أن ينكحن أز واجهن » فقالوا إن المهم ليس هو توحيد الخطاب لقرا وعصبتها أن يمنعوها النكاح ، إنما إضافة النكاح إليهن ونهى عن منعهن خالص حقها . وهي من أهل المباشرة فصح منها كالبيع .

وأما من السنة تحتج بحديث ابن عباس المتفق على صحته وه ﷺ « الايم أحق بنفسها من وليها والبنت تستأمر في نفسها . . . » وبهذا احتج داود . . .

أما الحديث المروي عن عائشة فقد ضعفه الحنيفية لأنه حدي

الجماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن علية ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه . قالوا والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة .

ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها .

ولو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فإذا كان لا يجوز عليه الصلاة والسلام تأخر البيان عن وقت الحاجة فإن هذا كان يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه ﷺ تواتراً أو شبه تواتر ولكن لم ينقل عنه ! .

ونكرر أن مثل هذا الأمر كان يكفي فيه حديث مختلف مفيد ، وإلا ظهر أن ما لا يتفق على صحته فإنه لا يجب العمل به .

وحتى حديث عائشة فإنه يقرر « فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » مما يستفاد منه أنها إن عقدت نكاحها تولى السلطان ولايتها وأجاز العقد ويجيز الولي على ذلك .

الموضوع الثاني
في اشتراط الشاهدين في صحة النكاح

في مذهب الإمام مالك (المشهور) أن الشهادة ليست شرطاً لإنشاء العقد ، وعن أحمد أنه يصح بغير شهود ، وفعله إبن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة إبنا ابن عمر ، وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون العنبري وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال : النبي ﷺ صفية ابنة حيي فتزوجها بغير شهود .

قال أنس بن مالك رضي الله عنه إشترى رسول الله ﷺ جار قروش ، فقال الناس ما ندري أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم و فلما أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها ـ متفق عليه .

قال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالإشهاد في البيع دون النكا أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها في البيع .

هنا قول عن مالك رضي الله عنه وقول عن أحمد على أن الإعل كاف لإنشاء العقد من غير حاجة مطلقاً لتعين الشهادة حداً مرسوماً للإ غير اشتراطها لترتب الآثار .

والأحناف يرون أن الغرض من الشهادة هو الإعلان ، وبذلك بحضور الفساق كما يتحقق بحضور الأبرار .

كما أنه من المقرر أنه إذا شهد الشهود وأوصاهم المتعاقدان بك وعدم إذاعته كان العقد صحيحاً وهذا قول أبي حنيفة .

ويذهب البعض إلى أن الإشهاد يصلح بعد العقد للتداعي والإ ينعقد بين المتناكحين وعندهم أنه إذا عقد العقد ولم يحضره شهود ل العقد .

هذا وقد ذهب أبو ثور وجماعة إلى رأي يرى أن الشهود ليسو النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام .

(٢) دَعوَى التعَارض بَين تشريعَات الحُدُود وَمَفَاهيم العَصر

(١) تقرير الدكتور عبد اللطيف الشيرازي الصبّاغ

المحاضر في قسم الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة قاريونس
والمعـار من جامعة دمشق

الحمد لله صاحب الخلق والأمر والصلاة والسلام على نبينا محمد ، نبـي الرحمة ونبي الملحمة وعلى آله وصحبه وتأبينهم بإحسان إلى اليوم وإلى يوم الدين وبعد :

فإننـي أعتقـد أن هذه النـدوة التـي تعقـد حول تشريعـات الحـدود في الجمهورية العربية الليبية هي الأولى من نوعهـا في عالمنـا العربـي والإسلامـي الحديث ، لذلك فهي خطوة جريئة ورائدة في طريق إحياء التشريع الإسلامـي وتجديده وتطويره ليكون هذا التشريع الأساس الأول لكل قوانيننـا وتشريعاتنـا الحديثة . فالهدف الذي نرمي إليه، كما يقول الأستاذ العلامة المرحوم عبد الرزاق السنهوري « هو تطوير الفقه الإسلامي ، وفقاً لأصول صناعته ،حتى نستقي منه قانوناً حديثاً يصلـح للعصر الـذي نعيش فيه . . . . وليس القانـون المصري أو قانون العراق الجديد إلا قانوناً مناسباً في الوقت الحاضر لمصر أو العـراق . . . . والقانون الدائم النهائي لكل من مصر والعراق ، بل لجميع البلاد العربية ، إنما هو القانون المدني الذي نشتقه من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطورها » . وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت فيأتي القانون ليدعـم وحدتها ، وقد تكون في طريقها إلى التوحيد فيأتي القانـون عامـلاً من عوامـل وحدتها ، ويبقى على كل حال رمزاً لهـذه الوحـدة »[1]. وإذا كنـا نعالـج هذا

---

(١) راجع : العالم العربي ، مقالات وبحوث ، الكتاب الثاني ، بحث القانون المدني العربي ص ٢٨ ، ٢٩ ـ مطبعة مصر عام ١٩٥٣ م نقلاً عن كتاب المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي للأستاذ البهنسي ، مقدمة الدكتـور محمـد يوسف موسى ص ١٤ ، ١٥ .

الموضوع بمنطق قومي وإسلامي شامل فإن هذا لا يمنعنا من أن نسجل هنـ
القطر العربي الليبي العزيز في تبني هذه الفكرة وفي وضعهـا موضع التـ
مباشرة . ولولا أن تشريعات الحدود الإسلامية قد صدرت بها قوانين نافذة
البلد الطيب لما كنا نجتمع اليوم في هذه الندوة لدراسة هذه التشريعات ب
بعض جوانبها وإبداء بعض الملاحظات البناءة المخلصة حول جوانبها الأخر

ولعل ما يلفت نظر الباحث والمراقب معاً أن المسؤولين عن التشريع
القطر العربي لم يترددوا مطلقاً في أن تكون تشريعات الحدود من
التشريعات الإسلامية التي يصدر بها تقنين رغم صعوبة هذه التشريعات
وحساسية الحديث فيها ، ولعل في ذلك علامة ظاهرة على اعتزاز هذا الـ
المؤمن بتراثه وتشريعه وإيمانه بخلوده، وصلاحيته ،إيماناً يهون معه تلقي كل
الناقدين والمشككين . إن هذا يقودنا بالضرورة إلى شائقة « دعوى التعار
تشريعات الحدود ومفاهيم العصر» وهي مناقشة شائقة على أنها مدخل م
وطبيعي إلى مناقشة موسعة حول مسائل هذه التشريعات الفنية والإصطلا
الدقيقة .

وها نحن أولاً : نطرح موضوعاً خطيراً عندما نقول : « دعوى التـ
بين تشريعات الحدود ومفاهيم العصر» . إنه موضوع خطير لأنه قد يصيب
في تشريعات الحدود التي نحن بصدد تدارسها ، أو هكذا يظن
المعاصرين .

فهل هناك دعوى صحيحة بهذا التعارض فعلاً ؟ ومن هو صاحـ
الدعوى ؟

لا داعي للمكابرة بنفي وجود هذه الدعوى ،فالحق أننا نجد دعا
هذا النوع هنا وهناك . والمهم أن نحدد أصحاب هذه الدعوى وهويتهم
ذلك يرسم لنا طريقة الحوار معهم واتجاهه ، وهو أمر منهجي لا بد من تحد
البدء .

إن أصحاب هذه الدعوى يمكن أن ينقسموا إلى أربعة أصناف :

١) غير المسلمين الذين لا يؤمنون بالإسلام عقيدة وشريعة وهم خارجون عن دائرة الحضارة الإسلامية . فالحوار مع هؤلاء يجب أن يرتد بالأحرى إلى أصول الدين الإسلامي ، وحقيقته الألوهية والوحي . فإن من لا يؤمن بالأصل يهون عليه إنكار الفرع وتجريحه ، وبخاصة عندما يخالف ما اعتاد عليه .

٢) المثقفون المسلمون ، ينتسبون إلى الإسلام حضارياً وثقافياً دون أن يكون الإسلام بالنسبة إليهم عقيدة دينية ربانية وتشريعاً الهياً واجب التصديق والاتباع . ومثل هؤلاء يسهل عليهم أيضاً أن ينتقدوا تشريعات الحدود الإسلامية بحجة أنها نتاج سابق من نتاج العبقرية العربية في عصورها الأولى ، وأن العصر قد تجاوزها بأفكاره ومفاهيمه الإنسانية الحديثة .

والحديث عن دعوى التعارض بين تشريعات الحدود ومفاهيم العصر يتجه بالدرجة الأولى إلى هذا الصنف الأخير المؤمن الذي قامت في ذهنه بعض الشبهات حول هذه التشريعات الصارمة . ومع ذلك فإن الأصناف الثلاثة الأخرى يمكن أن تعرف وجهة أنصار الشريعة الإسلامية في مثل هذه الدعوى المشتركة من خلال النقاش مع هذا الصنف الأخير من المتسائلين .

وهنا لا بد من التوضيح أولاً بأننا في هذا الحوار لا نقف موقف الدفاع والتبرير لأننا لسنا في قفص الإتهام حتى ندافع عن أنفسنا في تهمة شائنة ، ومع ذلك فنحن نتخذ هنا موقف الشرح والتفسير لما يمكن أن يخفى من حكمة التشريع أو لتنفيذ ما يمكن أن يعلق بالأذهان حول تشريعات الحدود نتيجة اعتياد أوضاع ومفاهيم معينة أو نتيجة شبه يثيرها بعض المختلفين مع الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها .

كما يجب أن نبين منذ البدء أن معيارنا لصحة تشريعات الحدود وجدارتها

بالتطبيق وحسم دابر الجريمة ليست أنها توافق لمفاهيم العصر كما يعبر عنه
الباحث أو ذاك أو نتائج هذا المؤتمر أو ذاك ، أو كما تتمثل في هذا الاتج
ذاك ، كما أن معيارنا للحكم بتأخر هذه التشريعات وتخلفها أو عدم صلا
ليس أنها تعارض مفاهيم العصر أو تخالف اتجاهاً عقابياً معيناً في هذا البل
ذاك ، فلم يعد يجدر بالباحثين والعلماء أن يخضعوا لضغط مثل هذه الإعتب
كما أنه آن الأوان الذي نرمي فيه تلك العقد ومركبات النقص التي تراكم
نفسيتنا الثقافية والحضارية كترسبات من عصور التخلف والضعف والف
للاستعمار ، تلك التي تنبع من إحساس المغلوب بعظمة الغالب وصلا
أفكاره الأمر الذي يدعوه إلى اعتناق مفاهيمه واتباع خطواته الفعل بالفعل بـ
لو دخلوا حجر ضب لدخلناه وراءهم .

أرجو أن تسمحوا لي بأن أؤكد هنا بأن المسلم له شخصيته ومفاه
المتميزة وهو ليس امعه يقول : أنا مع الناس إن أحسن الناس أحسنت
أساؤوا أسأت ، بل هو يوطن نفسه على أن يحسن إذا أحسن الناس وأن يج
طريقهم عندما يسيئون . « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأ
ومن فيهن » فالشريعة الإسلامية هي الحق في نظر المسلم وماذا بعد الحق إلا الض
والرسول ينبئنا بأن الرسالة لم تأت لتكون محكومة بالهوى بل حاكمة عليه
يعتبر المؤمن مؤمناً حتى يكون هواه تبعاً لما جاء به رسول الله ﷺ وما بلغه
ربه عز وجل .

ومع ذلك فإن علماء المسلمين من فلاسفة وفقهاء قد عنوا ببيان التوافق
بين أحكام الشريعة ومعطيات العقل الصحيح والتجربة السليمة .

فهذا ابن رشد (ت ٥٩٥ هـ) يحاول بجدية ونجاح أن يفصل المقا
بين الحكمة والشريعة من الاتصال . ثم جاء بعده ابن تيمية (٧٢٨هـ) ليبـ
كتابه المشهور « موافقة صحيح المنقول لصريح المعقول » . وليس من الفضو
أفكر أن بحثي المتواضع هذا هو محاولة لبيان « مطابقة تشريعات الحدود الـ

الناجحة لمفاهيم العصر الصحيحة الراجحة » ومن هنا يمكن الملاحظة بأن موقفي ليس موقف الدفاع والتبرير بقدر ما هو موقف التوضيح والتفسير ونحن محتاجون إلى البيان والتفسير في كل زمان ومكان .

* * * *

لنحاول أولاً تبيان المقصود بمفاهيم العصر التي يدعي بعض الناس أن تشريعات الحدود متعارضة معها :

إن المقصود بمفاهيم العصر هنا مفاهيم العصر الحديث طبعاً ، وليس مفاهيم العصر القديم : عصر نزول القرآن أو عصر الحضارة الزراعية أو عصر الإقطاع . على أساس أن الألف واللام هنا عهدية مستعملة للإشارة إلى عصر معهود ، معروف لنا ، هو هذا العصر الذي نعيش فيه بالذات . وكذلك فإن مفاهيم هذا العصر الحديث إما أن تكون مفاهيم إنسانية عامة شائعة في دوائر الأمم المتحدة ومؤسساتها تلك التي تنادي باحترام حقوق الإنسان وكرامته أو أن تكون مفاهيم عقابية مخصوصة تتردد في حلقات علماء الإجتماع والإجرام والعقاب وندواتهم وأبحاثهم الجادة الأصيلة .

وإذا أردنا أن نحدد المفاهيم الإنسانية العامة الشائعة في هذا العصر الحديث فإننا نجد أن أكثرها شيوعاً وانتشاراً هي مفاهيم :

- الحرية الشخصية في الإعتقاد والعبادة والعمل والسلوك .
- النفور من العنف والقسوة والإرهاب وإيثار الرحمة والرفق .
- إحترام الإنسان في حياته وجسمه وأعضائه أو ما يسمى بحرمة الجسد الإنساني .
- المدنية والحضارة بمفهومها الفكري والأخلاقي والفني المطلق ، وليس بمفهومها الاتنولوجي الثقافي المحلي . كالتأكيد على قيمة الجمال والفن ويدخل فيهما التأكيد على عناصر الأناقة والنظافة وحسن الاستقبال

والحديث وطريقة الأكل والجلوس والنوم وغير ذلك مما يف
الغربيون عندما يقولون عن إنسان بأنه متحضر أو متمدن .

ولسنا محتاجين لأن نمحص مصادر هذه المفاهيم وأصحابها فهي من ال
والانتشار والعموم بحيث أصبحت تراثاً مشتركاً بين جميع الشعوب على ا
أنظمتهم السياسية والاجتماعية .

أما مفاهيم العصر العقابية الخاصة فهي مزيج من آراء مختلفة ومت
تتعلق بأغراض العقوبة ونوعيتها ومقدارها وطرق تنفيذها[1] .

فلقد كانت النظرة الأولى إلى العقوبة أنها إنتقام فردي أو اجتماع
المحكوم عليه ، وكان ينظر إلى المجرم المحكوم عليه ، على أنه شخص منبو
المجتمع لا يتمتع بكرامة الإنسان وحقوقه الأساسية . وكان العقاب تبعاً
يتكون من تدابير قاسية تهدف إلى إيلام المحكوم عليه فحسب . ولذلك
العقوبات البدنية هي العقوبات التي كانت سائدة في التشريعات الج
القديمة .

وقد بدأت العقوبة منذ الثورة الفرنسية تطوراً كان اتجاهه البار
« الإقلال من مقدار الإيلام الذي تنطوي عليه » .

فلقد كانت التشريعات القديمة السابقة على الثورة الفرنسية تعترف بعقو
قاسية كالعقوبات البدنية التي تقوم على بتر بعض الأعضاء أو إعدام
الحواس أو الجلد أو الضرب . والعقوبات المهينة تطبع علامات غير قابلة للـ
على جسد الجاني تدل على جريمته . وهذه العقوبات قد اختفت من التشري
الحديثة .

---

(١) إستعنا لعرض هذا الجانب الثقافي بكتاب الأستاذ الدكتور نجيب حسني المسمى
العقاب »

ومن ناحية ثانية ، فإن العقوبات القاسية التي تشترك التشريعات القديمة والحديثة في الإعتراف بها كعقوبة الإعدام قد اختلف نطاقها اختلافاً كبيراً . فكانت فيما مضى مقررة لعدد كبير من الجرائم ، ومنها ما هو قليل الخطورة في ذاته . فقد كان التشريع الفرنسي السابق مباشرة على الثورة يقرر عقوبة الإعدام لمائة وخمس عشرة جريمة من بينها السرقات التي ترتكب في الأماكن المسكونة أو التي تقع من قائد . وقد بلغ عدد الجرائم التي كان القانون الإنجليزي في القرن الثامن عشر يعاقب عليها بالإعدام مائتي جريمة من بينها بعض السرقات البسيطة .

« أما التشريعات الحديثة فتحصر عقوبة الإعدام في جرائم الإعتداء على الحياة في صورة مباشرة أو غير مباشرة . بل إن منها ما قد حذفها » .

ومن ناحية ثالثة ، فقد تطورت أساليب تنفيذ العقوبات تطوراً كبيراً فكان طابعها فيما مضى التعذيب والتمثيل . أما طابعها في التشريع الحديث فهو الإتجاه إلى الإصلاح والتأهيل . وتنفيذ عقوبة الإعدام مظهر واضح لهذا التطور . فالتشريعات القديمة عرفت صوراً بشعة لذلك كتمزيق الجسد عن طريق أربع أحصنة تربط إلى أطراف الجسم وينطلق كل منها في اتجاه خاص ، وتحطيم عظام الجسم فوق العجلة والغلي في الزيت والدفن حياً . أما التشريعات الحديثة فتقصر تنفيذ الإعدام على مجرد إزهاق الروح، وغالبها لا يعرف إلا أسلوب تنفيذ واحد يحدده القانون ويمتنع على القاضي التصرف فيه » .

« كما أن عقوبة سلب الحرية كانت تنفذ بقسوة بالغة كالإلزام بالأعمال البدنية المضنية كالتجديف . وقد مهد ذلك لنشوء عقوبة الأشغال الشاقة . وقد عرفت وسائل أخرى للزيادة من الإيلام المصطحب بسلب الحرية كالجلد والتقييد بالحبال والإيداع في مكان مظلم . ولم يستطع أبناء هذا القرن التخلص من فكرة أن المحكوم عليه هو إنسان من الدرجة الثانية بالنسبة لسواه من الناس »[1] .

---

(١) أنظر كتاب الدكتور نجيب حسني « علم العقاب »

ولقد اتفق رجال التشريع وعلماء العقاب على أن الهدف الأساسي
للعقوبة هو حماية الحقوق والمصالح التي قدر الشارع جدارتها بالحماية ا
أي مكافحة الإجرام . ولكن هناك اختلافاً كبيراً بين مدارس علم العق
تحديد الغرض القريب للعقوبة .

١) فبينما نجد المدرسة التقليدية الأولى ، التي تحددت معالمها في
الثاني من القرن الثامن عشر على أيدي بيكاريا في إيطاليا وفويرباخ في المان
في إنجلترا تؤكد على أن الغرض الأساسي للعقوبة هو المنصفة الإجتما
الدفاع عن المجتمع ووقايته من شرور الإجرام والمجرمين أي الردع الع
آخر .

٢) نجد المدرسة التقليدية الحديثة التي نشأت في النصف الثاني مر
التاسع عشر على أيدي جيزوا وجوفروا في فرنسا وغيرهما في بلدان أخر
متأثرة بالفلسفة المثالية الألمانية وخاصة فلسفة كانت وهيجل على أن
العقوبة الرئيسي هو العدالة مضافاً إليها فكرة الردع العام المستمدة من
المنفعة الإجتماعية .

وقد استخلص رجال هذه المدرسة بعد دراسات كبيرة ومقارنات متن
شرعية العقوبة منوطة باستنادها إلى العدالة والمنفعة معاً .

٣) ولكن المدرسة الوصفية على أيدي لمبروزو وفيري وجاروفال
نحت منحى آخر في تحديد أغراض العقوبة تبعاً لنظريتها الخاصة عن
الإجرام وعوامله متأثرة في ذلك بنظريات أوجست كونت في علم الإجتماع
دارون في فكرة النشوء والإرتقاء . وقد حددت هذه المدرسة أغراض ا
الجنائية بأنها (وضع المجرم في وضع لا يستطيع فيه الإضرار بالمجتمع)
مرادف في نظر هذه المدرسة للردع الخاص الذي يتحقق عن طريق است
العوامل الإجرامية لدى الجاني بالعلاج والتهذيب أو باستئصال الجاني

عندما يكون ذلك هو الوسيلة الوحيدة .

٤) أما رجال المدرسة التقليدية الحديثة الفرنسية وعلى رأسهم العالم الفرنسي جارو (Garraud) فإنهم اعترفوا للعقوبة بوظيفة الجزاء وهم يؤمنون بدورها في الردع العام والخاص كليهما .

٥) وأما المدرسة الثالثة التي يتزعمها اليمينا وجاد نفالي ، فإنها اعترفت بالعقوبة وأقرت لها بدورها في الردم العام .

ولقد كان إسهام هذه المدرسة تهذيباً للآراء الوصفية ومحاولة لإضفاء صلاحية التطبيق عليها ، كما أن لها فضل الجميع بين الردع العام والردع الخاص ومحاولة التنسيق بينهما .

٦) وهناك أيضاً الاتحاد الدولي لقانون العقوبات الذي يعرف السياسة الجنائية السليمة بأنها هي التي تعطي نتائج حسنة في مكافحة الإجرام دون اعتداد بالأسس الفلسفية التي قد تتبناها . وقد أقر رجال هذا الاتحاد الحديث بوظيفة العقوبة كجزاء ووسيلة إلى الردع العام .

٧) أما حركة الدفاع الإجتماعي الحديث فإن غرض العقوبة في نظرها هو «حماية المجتمع والفرد معاً من الإجرام » وبالتالي فإن الفرص من التدابير العقابية في هذه الحركة الحديثة هو تأهيل المجرم على اعتبار أن هذا التأهيل هو السبيل إلى حماية المجتمع وحماية المجرم ، ولذلك فإن هذه الحركة قد أنكرت تحقيق العدالة والردع العام . كغرضين من أغراض العقوبة الأساسية .

وعلى الرغم من تعدد أغراض العقوبة فهي جميعاً تصدر عن فكرة واحدة هي (مكافحة الجريمة) . ويقتضي ذلك تحقيق التنسيق بين هذه الأغراض ببيان يغيب كل منها في توجيه النظام الإجتماعي للعقوبة ، سواء في صورة من المساواة بينها أو ترجيح أحدها أو بعضها على الآخر .

والحقيقة أن ترجيح الردع الخاص على سائر أغراض العقوبة هو
الذي تقره صراحة التشريعات الحديثة وتحرص على أن تستخلص منه
المنطقية حتى أن المادة ٢٧ من الدستور الإيطالي الصادر سنة ١٩٤٧ تنص
« لا يجوز أن تكون العقوبة معاملة مناقضة للشعور الإنساني ويتعين أن ت
إعادة تهذيب المحكوم عليه ».

ويمكن أن نستنتج من هذا العرض السريع الموجز أهم الأفكار الح
الفكر العقابي المعاصر على الشكل التالي :

١ ـ إن الفكر العقابي المعاصر ينفر من العقوبات البدنية والعقوبات
للحرية هي العقوبات الغالبة في السياسة الجنائية الحديثة .

٢ ـ لقد احتلت فكرة إصلاح المحكوم عليه وتأهيله في الفكر الحديث
الصدارة بين أغراض العقوبة .

مع تأكيد عدم اعتبار العقوبة إنتقاماً من الجاني بل وسيلة لإصلاحه وت

٣ ـ إن الإتجاه الحديث في الفكر العقابي يميل إلى فكرة « تفريد العقاب
بالنظر إلى كل مجرم على حدة وتقدير العقوبة الملائمة له شخصياً بما ي
مع ظروفه ونفسيته والعوامل التي دفعته إلى الجريمة .

٤ ـ البعد عن القسوة والغلظة في تقدير العقوبة وتنفيذها . والحقيقة أن
التأهيل على ما سواه هو نقطة الإرتكاز للنظام العقابي الحديث كله
يؤدي إلى النتائج التالية :

١ ـ التفريد الدقيق للمعاملة بحيث تلتئم تماماً مع نوع ودرجة خ
الشخصية الإجرامية لتواجه على نحو صحيح مقتضيات الـ
والتهذيب .

٢ ـ صرف النظر عن درجة جسامة ماديات الجريمة .

٣ ـ قصر إيلام العقوبة على مجرد سلب الحرية . أما أساليب المعاملة فلا ينبغي أن يكون الإيلام من أغراضها وإن ارتبط على نحو لازم ببعضها . وإنما تتجه إلى التأهيل وتتسم بطابع إنساني غالب .

٤ ـ توحيد العقوبات السالبة للحرية .

والواقع أن تشريعات الحدود في طبيعتها ونوعية عقوباتها لا تسير مع مفاهيم علم العقاب الحديث في اتجاه واحد . فنظرة التشريع الإسلامي إلى جرائم الحدود من حيث خطورتها وعمق أثرها تختلف عن نظرة القوانين الحديثة . فجريمة السرقة وجريمة الحرابة وجريمة الزنى وجريمة القذف وجريمة الردة وجريمة البغي ، وهي جرائم الحدود المقصورة ، يعتبرها الشارع الإسلامي جرائم من نوع خاص تستلزم عقوبات من نوع خاص .

وعقوباتها عقوبات مقدرة ومحددة وصارمة . فهي تتراوح بين القتل رجماً والتصليب والقطع والجلد والنفي والتعذيب . وأكثرها عقوبات بدنية تتسم بالشدة والغلظة .

فإذا كانت مفاهيم العصر تنفر من العقوبات البدنية فهذه عقوبات بدنية ، وإذا كانت مفاهيم العصر تنفر من القسوة والغلظة في العقاب فهذه عقوبات قاسية وشديدة .

وإذا كانت مفاهيم علم العقاب الحديثة ترجى الردع الخاص وتأهيل المجرم وإصلاحه كغرض رئيسي للعقوبة . فإن عقوبات الحدود كما هو ظاهر تهدف بالدرجة الأولى إلى الردع العام وإلى تحقيق العدالة . كما أنها عقوبات محددة لا تقبل الزيادة والنقصان وهي تشمل كل محكوم عليه دون نظر إلى شخصيته ونفسيته وظروفه الخاصة وعلى ذلك فهي لا تأخذ إذن بمبدأ (تفريد العقاب) .

وبالتالي فإن المراقب لا يسعه إلا أن يلاحظ تعارضاً ظاهراً بين تش
الحدود وعقوباتها ، ومفاهيم العصر الغالبة . فما هو تفسيرنا للإتجاه الذي تس
تشريعات الحدود إذن ؟

١) يجب أن نلاحظ أولاً أن عقوبات الحدود تنصبّ على جرائم قليل
ومحدودة لا تقبل الزيادة مطلقاً (ما عدا عقوبة الجلد فإنها تصلح أن تكون
تعزيرية لبعض الجرائم الأخرى غير المنصوص عليها) . ومعنى ذلك أن
تطبيق هذه العقوبات البدنية القاسية محدود جداً وهي لا تطبق إلا في ستة
هي الزنى للمحصن وغير المحصن والسرقة والحرابة والقذف وشرب الخمر
وبالتالي فنحن بعيدون إذن عن ذلك التشريع الفرنسي ما قبل الثورة الف
الذي كان يقرر عقوبة الإعدام لمائة وخمس عشرة جريمة .

٢) ويجب أن نلاحظ ثانياً أن هذه العقوبات لا توقع إلا بعد ثبوت ا
ثبوتاً كاملاً عن طريق وسائل الإثبات الإسلامية الشرعية الدقيقة والصعبة ،
قيل أن عقوبات الحدود لا تنفذ إلا في الجرائم العلنية التي يرتكبها أصحابه
وتبجحاً واستهتاراً .

٣) ثم إننا يجب أن نذكر بأن هذه العقوبات لا توقع هكذا بخفة بل
بكل شبهة . فالقاعدة كما هو معلوم ، تقول على لسان النبي ﷺ :

(إدرأوا الحدود بالشبهات ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن
إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة) . وكذلك فإن الحديث ا
الآخر يأمر الناس جميعاً بقوله : « يا أيها الناس من ارتكب شيئاً من
القاذورات فاستتر فهو في ستر الله ، ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد »

فهذان الحديثان يدلان على أمرين كما يقول الأستاذ العلامة المرحو
زهرة[1] :

---

(١) أنظر كتابه « العقوبة » الذي استعنا به لكتابة بعض جوانب هذا البحث

١ ـ أن يدفع الحد بكل شبهة تذهب باليقين في الأمر الموجب للحد ، سواء كانت هذه الشبهة في تحقيق ركن الجريمة أو شبهة الملك أو شبهة الحق أو شبهة سببها الجهل أو شبهة في الإثبات أو شبهة في تطبيق النصوص بالتفصيل الفقهي الدقيق المبين في مجاله من كتب الشريعة في كل شبهة من هذه الشبه .

٢ ـ إن الجريمة إذا ارتكبت في غير إعلان فيجب الاستمرار في سترها ومنع كشفها لأن في فتح الباب لإقامة الحد في ما استتر من جرائم وتحري طرق الإثبات وإعلانها من الأضرار أكثر مما في إقامة الحد في ذاته . وهذا بلا ريب تضييق للعقاب وجعله رمزاً مانعاً أكثر من أن يكون علامة على القسوة بإيلام الناس وتشويه أجسامهم . ومعنى هذا أن الأخذ بمبدأ الشبهة الدارئة للحد إنما يقصد منه أن تكون شريعة الحد قائمة معلنة وليكون التنفيذ العملي القليل منها صالحاً لردع المذنبين أو من يكون بصدد الوقوع في الجريمة .

٤) ومن المناسب أن أذكر هنا أيضاً أن التوبة يمكن أن تسقط حدود السرقة والزنى والشرف كما تسقط حد الحرابة قبل القدرة على الجاني وهذا هو أحد اتجاهين في الفقه الإسلامي ، أما الإتجاه الثاني فإنه لا يسقط الحد عن هذه الجرائم بالتوبة ، وهذا المبدأ دليل على أن المشرع الإسلامي يعتبر إحدى الغايات المقصودة من الحدود غاية إصلاحية بدليل إسقاط الحد عند التوبة وقبل القدرة كعلامة على رجوع الجاني إلى صوابه ورشده . ولا مجال لتفصيل هذه المسألة في هذا البحث الخاص .

٥) ويجب أن نبين هنا أيضاً أن هذه العقوبات لا تطبق إلا في مجتمع إسلامي تظلله شريعة الله تعالى وتسود فيه قيم الإسلام في العقيدة والعبادة والعدالة الإجتماعية والأخلاق الفاضلة والتهذيب الكامل بحيث تصبح عند الفرد في هذا المجتمع شبه مناعة ذاتية ضد الجريمة ومغرياتها ، ويكون هناك في هذا المجتمع إعفاف وإحصان وكفالة إجتماعية شاملة للمحتاج وأمن واستقرار راسخان ، بحيث يكون الجاني في مثل هذه الأوضاع متعدياً تعدياً صريحاً لا يقبل

معه أي عذر .

٦) ولا بد أن نذكر أمراً جوهرياً هنا وهو أن هذه الجرائم وال
شرعية وقانونية ، بمعنى أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة متوفر فيها تما
شهرتها وعلم الناس الشامل بها قديماً وحديثاً .

٧) وأخيراً فإن هذه العقوبات البدنية القاسية قد شرعت عقوب
جرائم خطيرة خطورة شديدة لأنها تفسد المجتمع وعلاقات أفراده وتزر
وعدم الأمن في أرجائه . فلا بد إذن من حماية المجتمع من شرور هذه
بوضع العقوبات الزاجرة الرادعة .

ولا شك أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين عقائد كل مجتمع وقيمه ال
والإجتماعية من جهة وبين العقوبات التي يضعها ذلك المجتمع أو يرتضي
هذه العقائد والقيم ومنع الإعتداء عليها . لذلك فإن الحكم على جرائ
وعقوباتها المقدرة في التشريع الإسلامي هو فرع عن تصور المبادى
والمقاصد العامة التي يقيم هذا التشريع بناءه عليها . فلا شك في أن ن
عقوبة الزنى من حيث شدتها ومناسبتها للجريمة تختلف اختلافاً جذرياً عن
إليها في إطار منظومة القيم الدينية الإسلامية التي هي أساس التش
الإسلامية أو في إطار منظومة القيم المادية الغربية الحديثة . وإذا كان
نفسه نسبياً يختلف من مجتمع إلى آخر تبعاً لاختلاف النظرة الايد
والأخلاقية والاقتصادية فإن العقوبة نفسها تصبح نسبية بنفس درجة نس
الجرائم . وعلى ذلك فإن عقوبات الحدود التي نحن بصدد الحديث
تصبح مفهومة ومقبولة إذا عرفنا أن جرائم الحدود المخصوصة تشكل
صارخاً على مقاصد الشريعة الأساسية . إن المصلحة الحقيقة في نظر الإس
المحافظة على مقاصد الشرع ، ومقاصد الشرع من الخلق خمسة : وهي
عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم .

فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يف

الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة . وحفظ هذه الأصول الخمسة واقع في مرتبة الضرورات ، فهي أقوى المراتب في المصالح :

- فلحفظ أصل الدين قضى الشرع بقتل الكافر المضل وعاقب المبتدع الداعي إلى بدعته .
- ولحفظ النفوس قضى بإيجاب القصاص في النفس والجروح .
- ولحفظ العقول التي هي ملاك التكليف ومناطه أوجب حد الشرب .
- ولحفظ النسل والأنساب أوجب حدالزنى والقذف .
- ولحفظ الأموال التي هي معاش الخلق وهي قوام حياتهم أوجب زجر النصاب والسراق وقطاع الطرق بعقوبات السرقة والحرابة .

وعلى هذا فالأحكام التي شرعت لصيانة الأركان الضرورية هي أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة كما أن العقوبات التي فرضت لحمايتها هي أقسى العقوبات وأكثرها زجراً . ومن هنا فإنه لا غرابة إذن إذا جاءت عقوبات الحدود قاسية وغليظة لأن جرائمها جرائم خطيرة خطورة شديدة .

٨) والحقيقة أن التشريع الإسلامي قد لاحظ في عقوبات الحدود بالذات معنى الردع العام وحماية المجتمع ومصالحه من العدوان عليها « فالعقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده » أي أن العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل كما أن إيقاعها على الجاني يمنعه من العودة إليه . والحكمة من الحد كما قال الزيلعي هي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الإسلام من الفساد « أما الماوردي فقد عرف الحدود بأنها » زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما خطر وترك ما أمر لما في الطبع من مثالبة الشهوات الملهية عن وعيد الآخرة بعاجل اللذة . فجعل الله من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذراً من ألم العقوبة وخيفة من نكال الفضيحة أيكون ما خطر من محارمه ممنوعاً وما أمر به من فروضه متبوعاً

فتكون المصلحة أعم والتكليف أتم » . وهناك نصوص فقهية كثيرة تب
فقهاء الإسلام قد فهموا إذن فرض العقوبة بشكل عام وعقوبات الحدود
خاص هو إنذار الناس كافة ـ عن طريق التهديد بالعقاب ـ بسوء عاقبة ا
الجريمة فينفروا بذلك منها . بل إن هناك من يرى أن قول الله تعالى ع
السرقة « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله » أ
وردعاً لغيرهما ممن يرى العقاب عن ارتكاب جريمتهما . وفكرة الردع العا
يقول علماء العقاب ـ تقوم على مواجهة الدوافع الإجرامية بدوافع أخرى
للإجرام حتى تتوازن معها أو ترجح عليها فلا تتولد الجريمة . والواقع أن
العام لا يزال له اعتباره عند كثير من علماء الإجرام والعقاب وعلماء
والاجتماع . وإذا كان الإتجاه الحديث الغالب يميل إلى اعتبار الردع الخاص
أساسياً للعقاب فإن هذا الاتجاه لم ينتصر بعد وهناك من يدافع عن فرض
العام بشدة ويعتبر أن التشريعات العقابية الحديثة عندما تخلت عن فرض
العام بحثت بذلك على الجريمة ويؤيد وجهة نظره هذه بكثير من الإحصائيا
تثبت ازدياد نسبة ارتكاب الجرائم ، وجرائم القتل والسرقة والسطو والاغ
بشكل خاص ، وإذا كان مما لا شك فيه أن للظروف الإقتصادية والا
المتأزمة أثراً أساسياً في ازدياد هذه النسبة فإن مما لا ينكر أيضاً أن لر
العقوبات واستهدافها لمجرد إصلاح المحكوم عليه وتأهيله دون ردعه وزج
كبيراً في ارتفاع هذه النسبة . ونحن نعتقد بأن الإشادة بالردع الخاص و
الردع العام إنما جاءت نتيجة طغيان المذهب الفردي في ظل المجتمعات الل
الرأسمالية التي تقدس الفرد وتضحي كثيراً بمصلحة الجماعة من أجل
مصلحة الفرد وحريته . أما الإتجاه الجماعي الذي يراعي مصلحة ال
بالدرجة الأولى ويرجعها عند تعارضها مع مصلحة الفرد فهو لا بد آخذ إلى
مبدأ الردع الخاص بمبدأ الردع العام . وقد نصت المادة (٢٠) من قانون عق
الجمهورية الإشتراكية الاتحادية الروسية على أن « العقوبة ليست إيلاماً ف
من أجل ارتكاب جريمة ، ولكن فرضها كذلك إصلاح وإعادة تهذيب الم

عليهم كي تتولد لديهم روح الإخلاص للعمل والتنفيذ الدقيق للقوانين واحترام قواعد الحياة الجماعية في المجتمع الإشتراكي ، وفرضها كذلك الحيلولة دون إقدام المحكوم عليهم أو غيرهم على ارتكاب جرائم تالية ، وليس من أغراضها إحداث إيلام بدني أو إهدار الكرامة الإنسانية » . ومعلوم أن التشريع الإسلامي في المجالات الإقتصادية والاجتماعية ذو نزعة جماعية بارزة ، ولذلك فهو منسجم مع نفسه في جعل الردع العام أهم فرض من فروض العقوبة . ولعلنا نتذكر في هذا المقام الحديث الشريف الذي يقول « مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها . فكان الذين في أسفلها إذا استقوا الماء مروا على من فوقهم فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ، ولم نؤذ من فوقنا؟ فإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً وإن تركوهم هلكوا جميعاً » .

٩) وإذا كان التشريع الإسلامي قد طرح العقوبة في إطار منطق الفعالية النفعية وتأثيرها في مكافحة الجريمة ، فإنه مع ذلك لم يهمل منطق العدالة . فكما أن عقوبات الحدود زواجر وموانع فهي عقوبات جزائية لتحقيق معنى العدالة . وقد نص القرآن الكريم على أن العقوبة جزاء عندما ذكر في آية السرقة ، (فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) . وكذلك في قوله تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض . . . ». ومعنى كون العقوبة جزاء أنها مكافأة ومجازاة للمجرم بما يستحقه بسبب عدوانه على الحق الفردي والحق الإجتماعي . والعدل المطلق كقيمة إنسانية أساسية يستلزم أن لا يسوى بين المحسن والمسيء والمصلح والمفسد فيجازى كل منهما لقاء ما قدم . ومن هنا كانت العقوبة تحقيقاً لفكرة العدالة . وتبدو فكرة العدالة أوضح ما تكون بالمعاملة بالمثل وهذا أوضح تماماً في عقوبة القصاص . ولكنها ظاهرة أيضاً في عقوبة الحدود في أصلها وفي نوعيتها ومقدارها . أما في أصلها فلأن جرائم الحدود جرائم خطيرة

وهي عدوان على المجتمع وقيمه الأساسية لذلك كان من مقتضى العدل يفلت المعتدون من العقاب .

ـ وأما في نوعيتها ، فلأنها كانت من جنس الغاية التي قصد اليها ا منصبة على الوسيلة التي يقترف بها جنايته . فالزاني والقاذف إنما أرادا تحق جسدية أو معنوية فكان من عدل العقوبة أن يكون فيها ألم بدني ومعنو عن طريق الجلد . وكذلك الأمر بالنسبة لشارب الخمر .والسارق وقاطع ا سعيا الى اقتراف جريمتهما باليد بالنسبة للسرقة وباليد والرجل بالنسبة الطريق فكان من عدل العقوبة أن تنصب على وسيلة الجريمة .

ـ وأما في مقدارها ، « فان الله سبحانه قد أحكم وجوه الزجر الراد هذه الجنايات غاية الإحكام ، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة والزجر مع عدم المجاوزة لما يستحقه الجاني من الردع ، وإن في حد السرق آخر ، وهو أن السرقة تقع من فاعلها سراً كما يقتضيه اسمها والعازم على مختف كاتم خائف أن يشعر بمكانه فيؤخذ به . ثم هو مستعد للهرب وا بنفسه إذا أخذ الشيء . واليدان للانسان كالجناحين للطائر في إعانت الطيران ، فعوقب السارق بقطع يده قصاً لجناحه وتسهيلا لأخذه إ السرقة . . وعقوبة السارق بالقطع أبلغ وأردع من عقوبته بالجلد ولم تبلغ حد العقوبة بالقتل فكان أليق العقوبات به إبانة العضو الذي جعله وسي أذى الناس وأخذ أموالهم . ولما كان ضرر المحارب أشد من ضرر الس وعدوانه أعظم ضم إلى قطع يده قطع رجله ليكف عدوانه وشرّ يده التي بط ورجله التي سعى بها ، وشرع أن يكون ذلك من خلاف لكيلا يفوت عليه الشق بكماله فكف ضرره وعدوانه ورحمه بأن أبقى له يداً من شق ورجلاً من

وهكذا نلاحظ التناسب العادل بين كل جريمة وبين عقوبتها المؤلمة فطن علماء العقاب الى تنوع الضوابط التي يقاس بها التناسب بين والجريمة ، فقد تعتمد على درجة جسامة ماديات الجريمة أو تعتمد على ق

الارادة الجرمية من الخطأ أو تعتمد على مقدار عدم المشروعية الكامن في ماديات الجريمة ومعنوياتها .

ومن الملاحظ أن الاسلام اعتمد لتقدير التناسب العادل بين الجريمة وعقوبتها على نصب الارادة الجرمية من الخطأ من ناحية وعلى مقدار عدم المشروعية الكامن في ماديات الجريمة ومعنوياتها من ناحية أخرى .

والحقيقة أن أساس فكرة العدالة هو الجزاء وقوام فكرة الجزاء هو مقابلة الشر بالشر . فما أنزله الجاني من شر بالمجتمع والمجنى عليه يتعين أن يقابله شرٌ في إيلام العقوبة بشكل مناسب .

١٠) إن هذا الحديث عن العدالة يقودنا بالضرورة الى الحديث عن قسوة عقوبات الحدود وغلظتها الأمر الذي قد يبدو متعارضاً مع قيم الرحمة والرفق واحترام الكرامة الانسانية وحرمة الجسد الانساني .

نحن لا ندعي أن عقوبات الحدود عقوبات هينة لينة ، فلا شك أن الحدود لوحظت فيها شدة العقاب . فقطع يد السارق عقوبة غليظة تقشعر لهولها القلوب ورجم الزاني أغلظ عقوبة إنسانية وكذلك القتل والتصليب في حد قطع الطريق . والقتل في الردة وكذلك الجلد للزاني غير المحسن وللقاذف وقد سماه الله تعالى عذاباً بمعنى الإيلام البدني الذي يتضمنه « ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » . إنها عقوبات شديدة قاسية إذن لا رأفة فيها ، بل يجب أن يكون تنفيذها بعيداً عن الرأفة والرحمة .

ـ وقد روعي جانب الشدة والغلظة في هذه العقوبات لأن جرائمها ذات خطر إجتماعي بعيد : فالدافع الى ارتكابها قد يكون قوياً وأثر ارتكابها أثر بعيد وعميق في الحياة الاجتماعية وحفظ مقاصد الشريعة . لذلك كانت العقوبة قاسية لتكافىء المغريات الدافعة الى الارتكاب ولتعادل الخطر الكبير الذي ينتج عن

ارتكابها . ويجب أن لا ننسى أن الغاية الأساسية منها هي الزجر والمنع
العدالة .

ـ ثم ما هو البديل ؟ البديل هو العقوبات السالبة للحرية وهي
مدداً متفاوتة .

والحبس لم يحقق المقصود منه حتى الآن . وله آفاقه الفردية والاج
والملاحظ أن عقوبة الحبس في الشريعة الاسلامية لم تقرر في أية جريمة من
الحدود وإنما تركت لنجرائم التغريرية . فكأن الشارع قد اعتبر أن ع
الحدود يجب أن تكون أكثر فعالية وأكثر حسماً وهذا لا يتم إلا بعقوبة
تنصب على الجاني في جسمه وبدنه . ولقد ذكرنا سابقاً أن غلظة العقوبا
من غلظة الجريمة لأن ذلك أكثر عدلا وأكثر فعالية . وإذا كان الاتجاه الح
علم العقاب يميل الى العقوبات السالبة للحرية فاننا يمكن أن نوافقه على
غير عقوبات الحدود والقصاص ، لان النص الصريح قد جاء باعتبار الن
البدنية هنا ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص . وما يظنه بعض الناس
العقوبات السالبة للحرية تحقق المصلحة أكثر هو ظن بعيد عن ال
والمصلحة التي يتحدثون عنها (وهي مصلحة الفرد والمجتمع) هي م
موهومة لا اعتبار لها ، وقد ثبت أنها لم تحقق مصلحة الفرد ولم تحقق
المجتمع ، بل أن الجرائم تزداد والعود الى الجريمة يزداد والفساد
والاجتماعي الذي ينتجه الحبس سواء كان طويل المدة أو قصيرها ، أصب
الظهور والانتشار بحيث لم يعد مجال لإخفائه .

ـ أما أن عقوبات الحدود متعارضة مع مفاهيم الرحمة والرف
مغالطة كبيرة . لأن العقاب لا يسمى عقاباً إلا لانه يتسم بطابع القسوة و
وقيم الرحمة والرفق قيم إنسانية نبيلة ولكنها يجب أن تفهم على حقيقت
تستعمل في محلها ، والا انقلبت من المصلحة إلى المفسدة . وقديماً قال الـ

[فقسا ليزدجروا ومن يك راحماً فليقس أحياناً على من ي

والتشريع الإسلامي تشريع قائم على الرحمة والتيسير والتخفيف .

بل أن رسول الاسلام يؤكد « بان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » و« أن الله يحب الرفق في الأمر كله » ولكن هذا شيء والشدة في الموضع الذي تجب فيه الشدة شيء آخر . لذلك فقد تكون القسوة رحمة بالفرد ورحمة بالجماعة معاً .

ولقد قال ابن تيمية في كتابه « السياسة الشرعية » :

« إن إقامة الحدود من العبادات كالجهاد في سبيل الله . وينبغي أن يعرف أن إقامة الحد رحمة من الله بعباده. فيكون الوالي شديداً في إقامة الحد لا تأخذه رهبة في دين الله فيعطله ويكون قصده رحمة الخلق بكف الناس عن المنكرات لا لشفاء غيظه وإرادة العلو عن الخلق بل بمنزلة الوالد إذا أدب ولده ، فانه لو كف عن تأديب ولده كما تتستر به الأم رقة ورأفة لفسد الود . وإنما يؤدبه رحمة وإصلاحاً لحاله مع أنه يود ويؤثر ألا يحوجه الى تأديب . وبمنزلة الطبيب الذي يسقي المريض الدواء الكريه وبمنزلة قطع العضو المتآكل والحجم وقطر العروق بالفصد ونحو ذلك ، بل بمنزلة شرب الانسان الدواء الكريه وما يدله على نفسه من المشقة لينال به الراحة فكذلك شرعت الحدود » .

فالعقوبة إذن هي رحمة للمجرم نفسه لإصلاحه وزجره كما أنها رحمة عامة بالمجتمع . والنظر إلى أثر الحدود على القلة التي تتعرض لها دون نظر إلى أثرها في المجتمع ككل هو نظر مقلوب ومعكوس ويكاد أن يكون نظراً مغرضاً ومريباً ، لان العبرة بمصلحة الناس في مجموعهم وليست بمصلحة مجرمين ثبت جرمهم ولم يدرأ عنهم أحد شبهة .

وأما ما يقال من أن عقوبات الحدود تتعارض مع حفظ الكرامة الانسانية وحرمة الجسد الانساني، فالحقيقة أنه لا تعارض بين إيقاع العقوبات البدنية وإهدار الكرامة الانسانية . والكرامة الانسانية إنما تهدر بالعدوان على الأموال

والأرواح والأمن والدين ، كما تهدر الكرامة الانسانية بالأخذ بالتهمة
والاكراه على الاعترافات الباطلة . وتهدر الكرامة الانسانية أيضاً بعقو
التي تشعر الفرد انه شبيه بحيوان مفترس أو حيوان أعجم لا عقل له ولا

وأخيراً فان الكرامة الانسانية كانت تهدر لو أن العقوبة كانت تنف
وحشياً كما كان يجري عند الغربيين في القرون الوسطى من التمثيل
عليهم والعبث بأجسامهم وتمزيقها وإطعامها للحيوانات والحكم با
بالزيت على نار هادئة الى آخر ما هنالك من هذه العقوبات اللا إنسانية

وأما ما يقال من أن عقوبات الحدود تتنافى مع مبدأ حرم
الانساني ، فان أغلبية الدول لا تزال تأخذ بعقوبة الاعدام وهي أقس
بدنية كما أن بعض الشعوب كان يطبق الى وقت قريب عقوبة الضرب وا
بعض الجرائم والمخالفات . ولا نعتقد أن حرمة الجسد الانساني قيمة
أنها مقيدة بمصلحة الفرد نفسه عندما تجري له بعض العمليات الجراحي
لصحته وحياته ، وبمصلحة المجتمع أيضاً عندما تكون العقوبة البدنية
القطع أو الصلب أو القتل هي العقوبة الفعالة الرادعة . وإنما يقصد
الجسد الانساني عدم جواز المساس به بدون ضرورة قاطعة .

ويجب أن نلاحظ أخيراً أن هذه المفاهيم الحديثة لم تصبح محل
الناس جميعاً ولا في دوائر علم العقاب بالذات ، كما أن جدواها في
الجريمة محل شك كبير . كما أنها مفاهيم نظرية مثالية في كثير من الأحي
ألمانيا النازية وإيطاليا الفاشية رغم انهما شهدتا صيحات علماء العقاب
احترام الكرامة الانسانية وحرمة الجسد الانساني قد شهدتا من امتهان
وإهدار كرامته وتعذيبه والتنكيل به والتمثيل بجسمه وأعضائه ما يندى
الانسانية ولا يزال العالم الانساني يشهد في كل يوم مشهداً من هذه
المروعة البشعة . ومع ذلك فان عقوبات الحدود بعيدة جداً عن أمث
التصرفات اللاانسانية وهي عقوبات شرعية محددة محوطة بكثير من الض

الحكم بها وفي تنفيذها .

ولقد يقال أن عقوبات الحدود تحدث تشوهات في الجسم الانساني وتكثر بذلك عدد المشوهين في المجتمع ، وفي ذلك ، بالاضافة الى إيذاء الناحية الجمالية للانسانية ، تعويق عن العمل وانقاص للقدرة الانتاجية في المجتمع .

أما أن عقوبات الحدود تشوه الجسم الانساني من الناحية الجمالية فان التشويه في المجتمع يحدث بأسباب متعددة.

١ ـ بالعمليات الجراحية نتيجة بعض الأمراض الخبيثة التي تقتضي القطع والبتر .

٢ ـ بحوادث السير العنيفة والمتكاثرة في عصرنا الحالي .

٣ ـ بفعل الحروب المشروعة وغير المشروعة هنا وهناك .

٤ ـ بسبب إصابات العمل الخطيرة والمتكاثرة شيئاً فشيئاً نتيجة انتشار استعمال الآلة .

فهل حقاً تكثر تشريعات الحدود بقطع يد أو يدين في مجتمع من المجتمعات لردع ضعفاء النفوس عن السرقة وغيرها من عدد المشوهين في المجتمع ؟

وأما أن تطبيق تشريعات الحدود يعيق عن العمل ويضعف القدرة الانتاجية في المجتمع فانها شبهة باطلة تماماً لأن العقوبات السالبة للحرية هي التي تعيق عن العمل وبالأحرى تضعف القدرة الانتاجية وتحرم الاسرة ممن يعيلها لتصبح عالة على المجتمع . . .

١١) والواقع العملي بعد كل ما سبق أكبر شاهد على جدوى تشريعات الحدود وإنسانيتها :

« فلقد أثبت التاريخ أن المجتمع الاسلامي عندما طبق الحدود عاش آمناً

مطمئناً على أمواله وأعراضه ونظامه ، حتى أن المجرم نفسه كان يسعى
الحد عليه رغبة في تطهير نفسه والتكفير عن ذنبه . وعندما تهاون الم
الاسلامي في تطبيق الحدود وانساق مع تشريعات الغرب وبهره زخرفها
تسرب اليه الفساد وشاع فيه الاجرام وكاد يلحق بدول الغرب في التفن
أساليب الجريمة وخباياها .

ويروى في التاريخ أن هشام بن عبد الملك عطل حد السرقة س
فتضاعفت حوادثها وصار الناس غير آمنين على أنفسهم ولا أموالهم من ال
والنهب وظهر اللصوص في البوادي والحواضر . فلما تفاقم الأمر واضط
الأحوال أعادا العقوبة كما شرعها الله تعالى ، فكان الإعلام بالاعادة وحد
لصون الحقوق وحفظ الأموال والنفوس[1] والواقع العملي في البلاد ال
السعودية يشهد بأن السلطات هناك لم تقطع سوى ستة عشر يداً خلال أ
وعشرين عاماً . ورغم هذا العدد القليل جداً فقد استتب الأمن وانقط
السرقات وانهارت عصابات الطرق حتى أصبحت البلاد مضرب المثل المس
في انقطاع دابر جريمتي السرقة وقطع الطريق ، رغم أن ما قطع من الأيد
البدء بتطبيق الحدود لا يمثل إلا عدداً ضئيلاً جداً لا يوازي ما كان يقطعه
الطرق من رقاب الابرياء في هجمة واحدة[2] .

١٢) بعد هذا البيان والتفسير نعتقد أن دعوى التعارض بين تشر
الحدود ومفاهيم العصر دعوى غير قائمة على أساس صحيح ولا على
مقبول :

ـ فمفاهيم العصر المعارضة لتشريعات الحدود لم تصبح محل اتفا
جميع العلماء والباحثين وهي لا تزال موضع نقاش وحوار ونقد . كما أنها لم
جدواها بعد في مكافحة الجريمة والتقليل منها . وكذلك فان هناك كث

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون السرقة والحرابة

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون السرقة والحرابة

المفاهيم العصرية هي أقرب الى الشعارات الدعائية من الحقائق العلمية والواقعية والتجريبية .

ـ وهناك مفاهيم عصرية أخرى لا تعارض بينها وبين تشريعات الحدود إلا فى الظاهر ،والتحليل والتفسير يكشفان عن التطابق التام بين « تشريعات الحدود الصريحة الناجحة ومفاهيم العصر الصحيحة الراجحة » .

ولسوف يبقى الحديث عن هذ الموضوع موصولا مستمراً ، ولسوف يتجدد في بداية كل عصر جديد ، ولسوف تكون دعاوى كثيرة ومتنوعة ، ولسوف تبقى الحاجة مستمرة الى البيان والتوضيح والتفسير موجهة في الدرجة الاولى الى ذلك الصنف من المسلمين الذين يؤمنون بالاسلام عقيدة وشريعة الهية صالحة لكل زمان ومكان ، لكن عندهم بعض التساؤلات . فعلى هؤلاء الذين يتساءلون أن يعيدوا قراءة قول الله تعالى :

« ويقولون آمنا بالله وبالرسول وأطعنا ثم يتولى فريق منهم من بعد ذلك وما أولئك بالمؤمنين . وإذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم إذ فريق منهم معرضون . وإن يكن لهم الحق يأتوا الله مذعنين . أفي قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله ، بل أولئك هم الظالمون . إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون . ومن يطع الله ورسوله ويخشى الله ويتقيه فأولئك هم الفائزون » .

صدق الله العظيم. . .

(ب) تقرير الدكتور محمّد سعيد رمضان البوطي

عميد كلية الشريعة ـ جامعة دمشق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد فمن المعلوم أن العقوبات في الشريعة الإسلامية تنقسم الى نوعين :

عقوبات مقدرة بنصوص من الكتاب أو السنة ، لا تدع مجالاً لتغييرها ، مهما تطورت الأزمنة واختلفت الأمكنة .

وعقوبات فوض الشارع تقديرها الى بصيرة الحاكم المسلم ، على ألا تتجاوز حدوداً معينة .

فأما النوع الأول منهما، فيتعلق بجرائم أساسية هي في الحقيقة أمهات الجرائم والانحرافات المختلفة التي قد تشيع في المجتمع . وهي لا تخلو من أن تكون انتهاكاً لكلي من حقوق الله عز وجل ، أو لكلي من الحقوق الانسانية ، او انتهاكاً لقيم أخلاقية ذات خطورة اجتماعية وآثار هامة .

وبتعبير آخر : هي الجرائم التي تعد انتهاكاً مباشراً للضروريات المتعلقة بكليات المصالح الخمس ، التي قامت شرعة الإسلام لتحقيقها وحمايتها . وهي : الدين ، والحياة ، والعقل ، والنسل ، والمال .

فكان من مقتضى خطورتها هذه أن أناط الشارع بها عقوبات محددة بنصوص صريحة واضحة ، والا يدع أمر النظر فيها عائداً الى اجتهادات العلماء والحاكمين ، تحسباً للأخطاء الاجتهادية فيها من جانب ، وسداً لسبل التهاون في

أمرها من جانب آخر .

وهي : قتل المرتد. وقد شرعه الله حفظاً للدين .

والقصاص في القتلى . وقد شرعه الله حفظاً للحياة .

وحد الشرب . وقد شرعه الله تعالى حفظاً للعقول .

وحد الزنى والقذف ، وقد شرعهما الله تعالى حفظاً للأنساب والحرمات .

وحد السرقة وقطع الطريق ، وقد شرعهما الله تعالى حفظاً للأموال .

فهذه هي الحدود . وقد ذهبنا مذهب من يرى عد القصاص من الحدود

وأعلى درجاتها القتل ، ثم القطع ، ثم الضرب أو الضرب مع النفي والتغريب .

وأما النوع الثاني منهما فيتعلق بجرائم وانحرافات فرعية ، لا بدأن

كل منهما بنسب الى واحدة من تلك الجرائم الأساسية التي حدد الش

عقوباتها . ولكنها لا تعدو أن تكون مقدمة إليها ، أو ذيلا من ذيولها ، أ

من التهيج نحوها والدعوة اليها .

فلئن كانت الجرائم الأساسية التي نص الشارع على عقوباتها إهداراً

ضروري لتحقيق المصالح الخمس التي ذكرناها ، فان سائر الجرائم الأخرى

إهداراً لما هو حاجي أو تحسيني من أجل تحقيق تلك المصالح ذاتها .

فمن أجل ذلك عهد الشارع الى ولي الأمر برسم العقوبة التي

مناسبة لكل انحراف أو جريمة من هذه الجرائم الفرعية ، على أن تراعى في

شروط وقيود معينة لا مجال للحديث عنها في هذا المقام . وتلك هي التعازير

وإذا كان حديثنا في هذه الندوة عن النوع الأول ، وهو ما يسمى بالحد

فاني لأعتقد أن أهم عقدة تبرز في هذا الموضوع وتحتاج الى المعالجة والنقا

عصرنا هذا ، هي التناقضات القائمة في أذهان كثير من الناس ، بين هذه ا

وطبيعة العصر الذي نحن فيه .

بل إنني لا أتصور أن يقوم أي عائق في طريق تنفيذ الحدود وتطبيقها

مجتمع من المجتمعات اليوم ، إلا إذا كان ثمرة لهذه التناقضات .

فما هي هذه التناقضات ؟
وما مصدرها وقيمتها في ضوء العلم ؟
ثم ما هو سبيل القضاء عليها ؟
على هذا الترتيب سنسير في معالجة بحثنا هذا إن شاء الله .

أولا ـ ما هي حقيقة هذه التناقضات ؟

إن الباحث قد يخيل إليه أن مظاهر هذه التناقضات كثيرة متعددة الجوانب . غير اني اعتقد انها تنتهي الى مظهرين اثنين لا ثالث لهما ، وسأشرح كلا منهما بشيء من النظر والتفصيل .

المظهر الأول :

هذا الثبات التي تتسم به الحدود في الشريعة الإسلامية . . . فقد اجتازت أربعة عشر قرناً من الزمن ، بما تحمله هذه القرون من طوارىء العادات والظروف والمدنيات وهي هي : لم تتطور ولم تتبدل ، لم تعل الى مزيد من الشدة ، ولا تدانت الى شيء من اللين والخفة .

والنفس الانسانية ، أياً كانت ، تعاني من عقدة ضد القديم .

فهي تتبرم من القديم وتعافه ، إذ يخيل إليها أن الزمن قد استحلب خيراته واعتصر كل ما قد كان فيه من نفع وجدوى . وهي تحفل بكل جدي وتتشوق إليه ، إذ يخيل إليها انه قد يكون مليئاً بما لم يكتشفه الزمن من النفع والخير بعد .

خذ أحدث قانون اجتمعت على وضعه لجنة من خيرة علماء القانون ، يلبي سائر حاجات العصر وينسجم مع مختلف ظروفه وأحواله ، ثم قدمه الى سواء الناس على أنه مجموع أحكام قديمة تعود الى عهد جستنيان ، ثم انظر كيف يعافه أكثر هؤلاء الناس ، وتأمل كيف يختلقون فيه نقيصة تلو أخرى . . .

ثم انظر الى أي قانون مدني يطبق اليوم في أي قطر من الأقطار العر
إن قيام أكثر من نصف مواده على أحكام الشريعة الإسلامية في المذاه
المختلفة ، لم يحل دون قبول الناس له وإقبالهم عليه ، ذلك لأن تاريخ م
الذي سجل عليه واستقبله الناس به تاريخ حديث ، ولأنه إنما قدم الى الناس
أنه إبداع جديد ، لا على أن نصفه أو أكثره منتزع من أحكام قديمة هي أ
الشريعة الاسلامية .

ولا يستثنى من التأثر بهذه العقدة النفسية : عقدة القديم والحديث
أولئك الذين بذلوا كل ما لديهم من جهد في سبيل أن يعتقوا عقولهم
الأوهام ، وأن يحرروها من غوائل النفس والأهواء .

على أنهم لم يستطيعوا أن يعتقوا عقولهم من هذه العقدة النفسية ، إ
أن استعانوا بمفتاح لا بد منه ، سنتحدث عنه ، عندما يحين البحث في
القضاء على هذه التناقضات .

إن قصة القديم والحديث، تشكل (ويا للأسف) المحور
للمشكلات المتعلقة بحياتنا الأخلاقية والتشريعية العامة . وأن يشتد ال
عندما نعلم أنه محور نفسي مجرد ، لا شأن له بحكم العقل وتحليله إطلاقاً

أي فنحن مسوقون فيما نقبله ونرفضه من النظم والتشريعات
الأخلاقية ، بمقتضى إيحاءات نفسية ، لا بموجب أحكام عقلية .

فهذا المظهر الأول ، من أهم الأسباب في رفض من يرفضون تطبيق ا
الشرعية في مجتمعاتنا الاسلامية . إنهم يشمئزون نفسياً من أن تعود ال
القديمة ذاتها ، بعد أن ركنت حيناً من الدهر في مخزن التاريخ ، فتصبح
يفرض نفسه في المجتمع ، وإذا الزاني يجلد أو يرجم ، والسارق يقط
والشارب يجلد .

المظهر الثاني :

ما تتسم به حدود الشريعة الاسلامية أو أكثرها ، في نظر سواد كبير من الناس، من القسوة التي تبعث على الاشمئزاز في نفوسهم .

كثيرون هم أولئك الذين يقولون : إن الحكم بقطع يد السارق أو رجم الزاني . . . ينطوي على قسوة ترفضها إنسانية القرن العشرين .

ومن العجيب أن عصرنا هذا ينادي بشعارات تنتمي الى نقيض ما هو ثابت فيه .

إنه يهتف بالحرية ، وما رئيت الحرية الحقيقية للفكر والبحث أضعف منها في هذا العصر .

وهو ينادي بالعدل والحق ، وما رئي العدل والحق ميتمين ضائعين ، كما يتما وضيعا في هذا العصر .

وهو ينادي بالانسانية والرفق ، وما رئيت الانسانية أهون منها أمام أي غاية من الغايات في هذا العصر .

ومع إنك لتجد الكثير ممن يخجل أن يذعن لأحكام الحدود في الشريعة الإسلامية أمام ما يسميه : إنسانية القرن العشرين . كأن قانون السحل والمقصلة ليس من أبرز ما يمتاز به القرن العشرون .

فهذان المظهران، إليهما مرد كل عامل من عوامل الاشمئزاز من الحدود الشرعية وتطبيقها عند طائفة من الناس .

مصدر هذا التناقض وتقويمه على ضوء العلم :

والآن يجدر بنا أن نتساءل : ما هو مصدر كل من هذين المظهرين ومبعثهما ؟ وما هي قيمتهما الحقيقية في ميزان النظر العلمي الذي يجب أن نحتكم

اليه ؟ ويتمثل الجواب على هذا التساؤل في النقاط التالية :

أولا : ـ لا يشك أي باحث في أن مبعث كل من هذين المظهرين اللذ
تحدثنا عنهما إنما هو مركز الوهم في النفس ، لا وحي المنطق والعقل .

فان فرار الانسان من القديم واحتفاله بالجديد ، ليس إلا أثراً من آ
طبيعة الملل في النفس الإنسانية . فان أردت أن تفلسف هذا العامل وتبحث
عن المصطلحات المعروفة عند علماء النفس فهو ليس إلا أثراً من آثار مايسم
برد الفعل الشرطي في النفس : رأت النفس أن التمزق والاستهلاك نتجت
لبعض ما يتقادم عليه العهد من الأشياء ، فتوهمت أن كل ما قد أخذ ط
القدم ، لا بد أن يلازمه التمزق والاستهلاك . وسيطر هذا المثير الوهمي
النفس فغرس فيها الاشمئزاز من التعامل مع كل ما هو قديم .

ولكن أفإن كان هذا القانون النفسي سلاح المخرقين والخادعين من النا
في هذه الحياة ، لصرف خصومهم عن الحق والتلبيس عليهم ما أمكن ، أفيص
في مقياس المنطق والعقل أن نستعمل نحن أيضاً هذا السلاح لنلبس به
أنفسنا ونخادع به عقولنا ، فنتخذ منه عذراً في طي جانب من أخطر الجوان
التشريعية عن حياتنا الاسلامية اليوم ؟

لئن كانت النفس البشرية تخيل الى صاحبها أن القديم قد زال منه ن
وجنيت منه ثماره ، فان العقل البشري يقرر أن قيمة كل قديم وجديد بجد
وآثاره . ورب جديد كان مبعث شقاء ودمار على الانسان . ورب قديم شهد
الدنيا كلها أنه كان ولا يزال ينبوع سعادة وخير له .

ولقد علم كل انسان أن مقومات الحياة في هذه الدنيا لا تزال تنبع
معينها القديم الذي عرفه فجر الحياة فوق هذه الأرض : شمس وماء وا
وهواء وزرع وضرع . . . . لم يختلف شيء من ذلك منذ أقدم العصور الانس
الى اليوم .

فهل قاطع أصحاب النفوس التي تشمئز من القديم هذه المقومات الأساسية للحياة لقدمها ؟ وهل تحولوا ساعة عن التعامل معها ؟

إلا أن المحاور الثابتة في بنية هذا النظام الكوني ، تحتاج بلا شك ، الى محاوٍر ثابتة تقابلها في بنية المبادىء والفيم الانسانية . وليست عملية التربية والتعليم إلا تحريراً للنفس الانسانية من سجن أوهامها ، وتصعيداً لها الى مستوى الانسجام مع هذه الحقيقة التي لا مرية فيها .

ثانياً : ـ هذا الذي نقرره فيما يتعلق بعقده القديم والجديد ، هو الذي نقرره أيضاً فيما يتعلق بالمظهر الثاني ، وهو تخيل أن الحدود التي فرضتها الشريعة الإسلامية تتسم بالقسوة التي لم تعد تتناسب وعقلية هذا العصر .

إننا نقول : كان المفضل ألا توجد في المجتمع عقوبات أصلا ، وأن يكون الناس كلهم أحراراً في كل ما قد يفعلون ويذرون . ولكن طبيعة النظام الاجتماعي أوجبت نوعاً من الإلتزام . وتفاوت الناس في تقديرهم لمقتضيات هذا النظام أوجب نوعاً من الرقابة واقتضى وضع مؤيدات جزائية تحذر وتردع ، ولا ردع ولا تحذير بدون قسوة ولا إيلام .

وإذا كان هذا الكلام منطقياً الى هذا الحد ، فلنتساءل بعد ذلك عن الميزان الذي يجب أن يحتكم اليه في معرفة الشدة والقسوة المناسبتين ، واللتين يجب أن تقف عند حدودهما شرعة المؤيدات الجزائية على اختلافها .

من المعلوم أن شرع عقوبة ، من حيث ذاتها ، ليس إلا فرعاً من النظرة المعينة الى الجريمة التي استوجبتها . فما تشتد العقوبة أو تلين إلا تبعاً لتقويم الجريمة التي اقتضتها وللايمان بمدى خطورتها . وبناء على هذه الحقيقة الواضحة ، كان توجيه النقد الى العقوبة بحد ذاتها ، مفصولة عن النظر في خطورة الفعل الذي استوجبها، غباء عجيباً ، وذهولاً عن أوضح النظم العامة

التي يقوم عليها شرع العقوبات .

ورب كلمة واحدة لا نرى لها عندنا شأناً ، يتفوه بها فرد من رعاي
مجاورة تواجهه بسببها عقوبة الإعدام ، ورب فاحشة عظمى نرى ن
مكافحتها أكثر مما يكافح داء وبيل ، تشيع بين رعايا تلك الدولة ، فلا يل
ولا يلتفت إليها بأي نقد أو استنكار . ولقد كان قدماء الرومان يغمسون أو
في الساعات الأولى من ولادتهم في مياه غامرة أو نبيذ أو نحوه ، حتى إذ
أحدهم عن مقاومة أسباب الاختناق فمات ، مات غير مأسوف عليه. . دو
ينظر القضاء الى هذا العمل باي استهجان أو استنكار ، ولو فعل ذلك أح
الناس اليوم لعوقب عليه عقاباً قد يوصل الى الموت . .

وواضح ـ مع هذا كله ـ أن أحداً ممن يحترم عقله ، لا يشغل
بالتعجب من مقارقات هذه الأوضاع بين أمة وأخرى أو عصر وآخر . لأن
ما قد يعلمه كل عاقل أن شرع العقوبات في أي أمة إنما يترتب على ما اقتنـ
من فلسفة للقيم ونظرة الى الحياة . وإنما الشرط القانوني والإنساني العام ل
العقوبة ، أن تنسجم مع فلسفة الأمة التي أخذت بها ، لا أن تنقاد لرأي
يكن له من شأن فيها أو التفات اليها .

وإذا كان الناس يرون أن لكل أمة أن تقيم الروادع فيما بينها على أ
ما انتهت اليه من نظرة الى الحياة وقيمها ، فان الشريعة الاسلامية يجب أن
على فرض أدنى الاعتبارات ـ هذا الحق نفسه . فتشرع من العقوبات ما
مع الموازين التي وضعتها للكون والإنسان والحياة .

وإذا ما أراد أحد أن يوجه اليها أي نقد يتعلق بنظام ما فيها من رو
فان عليه أن يتجه قبل ذلك بالنقد الى تقويمها الأساسي للحياة ، لا أن يحص
فيما تفرع عن ذلك بسائق الضرورة من المقتضيات والأحكام . وعندما يتجه
الى تقويمها الأساسي للحياة يأخذ الحديث عندئذ مجرى آخر في ال
والنقاش .

ومع أن هذا الكلام الذي أقوله ، ليس إلا ترديداً لحقيقة واضحة ، لا يمكن أن تغيب عن بال واحد من علماء الفكر والقانون ، فان خصوم الشريعة الاسلامية ينصرفون عنها ، بصدد نقدهم لأحكام الحدود فيها ، كما لو كانوا على جهل تام بهذه الحقيقة .

يعذرون دولة ما من دول العالم اليوم ، في أن تزهق روحاً إنسانية كريمة من أجل كلمة واحدة ، ويدافعون عنها بحجة أن لها ذاتيتها المعينة التي جعلتها صاحبة حق في أن تنظر نظرتها الخاصة الى المصالح والقيم . . . . ثم لا يعذرون شرعة الإسلام (ولنفرض أنها من وضع دولة وليست من وضع الخالق جل جلاله) في أن تحكم بقطع يد السارق وقتل الزاني ، بناء على ما لها من ذاتية مستقلة أعطتها هي الأخرى الحق في أن تنظر نظرتها الخاصة الى القيم والمصالح .

وإنما تنظر الشريعة الإسلامية الى الجنايات التي شرع في حقها الحدود ، على أنها أمهات المفاسد التي من شأنها أن تقضي على جوهر المصالح الخمس التي يدور عليها سائر ما قد شرعه الله لعباده من الأحكام .

فالزنى مثلا ، مدمر لمصلحة « النسل » تدميراً جوهرياً مباشراً .

واليد التي تذوق طعم السرقة ، تستحيل الى جرثومة فتاكة تدمر مصلحة المال تدميراً جوهرياً مباشراً . ويجب أن نلاحظ هنا بأن الإسلام لا يصنف جريمة السرقة مع الأخطاء والإنزلاقات العفوية العابرة . بل هي تعدها مرضاً خطيراً تصاب به اليد التي اعتادت على السرقة وذاقت طعمها ، فهي تغدو بذلك آفة من الآفات الاجتماعية التي لا يكاد يعثر العلماء والمربون على مخلص منها (وقد دلت الدراسات النفسية على هذه الحقيقة) .

فمن أراد أن ينتقد شيئاً من الحدود ، فان عليه أن يبدأ بنقد هذه المنطلقات وليس له أن يقفز فوقها ، ثم يقف عند النتيجة الطبيعية لها ، ينتقدها

ويصفها بالشدة والقسوة .

وعندما تتجه الأنظار الى نقد هذه المنطلقات ذاتها ، فان علينا أن نج
ندوة مشابهة أخرى نناقش فيها مدى خطورة هذه الجنايات بمنأى عن هذا الـ
نخوض فى الحديث عنه الآن .

ثالثاً : ـ بالاضافة الى هذا الذي ذكرناه ، نقول :

إن ادعاء القسوة والشدة في حدود الشريعة الاسلامية ، مظهر من مظ
السطحية في فهمها . بل الجهل العجيب بطبيعتها وأنظمتها وقيودها .

يعلم كل دارس للشريعة الإسلامية وعقوباتها أن ما يبدو في حدودها
القسوة ، لا يعدو أن يكون قسوة تلويح وتهديد . فهو أسلوب تربوي وقا
أكثر من أن يكون عملاً انتقامياً أو علاجاً بعد الوقوع . وهي بهذا تنطلق
أدق الأسس التربوية السليمة للمجتمع .

ومع أن كشف الستر عن هذه الحقيقة أمام جماهير الناس ، يتنافى مع المـ
التربوي الذي تستهدفه شريعة العقوبات في الإسلام ، فان الضرورة تدعو
إبراز هذه الحقيقة والتبصير بها ، ما دمنا في مرحلة الدراسة لهذه الشريعة من ش
جوانبها ، وما دمنا نحاول تثبيت القناعة بضرورة الأخذ بها في حياتنا القانونية

وتبرز هذه الحقيقة إذا لاحظنا الأمور التالية :

أولا : ـ لقد أعلنت الشريعة أن عقوبة الزاني المحصن هي الرج
وهو إعلان مخيف ، وتلويح بسلاح رهيب ولا شك ، ولكنها شرطت لإيقاع
العقوبة أحد الشرطين : الاعتراف القاطع الصريح ، أو شهادة أربعة ش
برؤية الفعل على حقيقته ، ويشترط جمهور من الفقهاء ألا تتخ
شهاداتهم ! . . .

فأما الإقرار ، فشيء نادر لا يقام عليه أي اعتبار ، وعندما يقع هذا الن

النادر ، فان على القاضي أن يبادر فيقطع سبيل الاقرار على الزاني ، قبل أن يتفوه بالاعتراف القاطع الصريح به وأن بنصحه بالتوبة والستر . وكلنا يذكر هدي رسول الله ﷺ في ذلك .

وأما الشهادة فانكم لتلاحظون أن ثلاثة أرباع الشهادة التامة فيها ، تنقلب ردعاً للشاهد وزجراً له عن التفوه بالشهادة ، كي يظل المتهم في حماية من الستر ونجوة من العقاب . وحسبك أن تعلم أن عدد الشهود ما لم يتكاملوا أربعاً ، يعدون آتين متلبسين بجريمة القذف ، وتغدو شهادتهم سبباً لانزال العقوبة عليهم بدلاً من أن تكون موجباً لأخذ المتهم بجريمة الزنى .

فاذا ما تكامل الشهود أربعا ، فان العقوبة تتحول عندئذ الى المشهود عليه حيث يستحق عقوبة الزنى . ولكن مناط العقوبة ليس كما قد يتصور مجرد فعل الفاحشة وإنما المناط هو ما أقدم عليه هذا المجرم من تلويث صفحة المجتمع ، باشاعة الفاحشة فيه . فان لم يقترف جريمته هذه بحيث رآه متلبساً بها أربعة من الرجال الثقات العدول ، ألا وهو مستعلن بعمله في الناس ، مستهين بكرامة الأمة وسمعة المجتمع . وتصرف من هذا القبيل من شأنه أن ينشر وباء الفاحشة فيه كما تنتشر النار في الهشيم .

لا جرم أن فاحشة ترتكب بهذا الشكل تستدعي عقوبة صارمة تحقق الغاية المرجوة منها وهي العبرة والردع .

ثانياً : ـ لقد أعلنت الشريعة الإسلامية أن الحدود تدرأ أما بالشبهات ، وهي كما تعلمون قاعدة فقهية كبرى ، أجمع على الأخذ بها جماهير الائمة والفقهاء . وهي قبل أن تكون قاعدة فقهية حديث مروي عن رسول الله ﷺ ، ورد بصيغ متقاربة ، مرفوعاً وموقوفاً . والصيغة الموقوفة مروية عن عائشة رضي الله عنها تلفظ : (ادرأوا الحدود عن المسلمين بالشبهات ما استطعتم ، فان وجدتم مخرجاً فخلوا سبيله . فان الإمام لأن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة) .

ولئن كان في بعض طرق هذا الحديث مقال ، فانه على كل
الأحاديث التي تلقتها الأمة بالقبول بدءاً من عصر الصحابة فيما بع
فمضمونه حكم مجمع عليه مكتسب بذلك درجة اليقين والقطع .

ومعنى القاعدة أو الحديث أن أي احتمال لعدم تكامل شروط إق
يطوف بالمتهم أو بالظرف الذي تمت فيه الجريمة ، يسقط الحد ويلغى ثبوت
الحاكم أن يستعيض عنه بما يراه من أنواع العقوبات التعزيرية الأخرى

وإنا لنتأمل ، فنجد أن هذه الاحتمالات كثيرة متنوعة ، لا تكاد ت

وننظر ، فنجد لها التطبيقات الكثيرة والمختلفة في عهد الص
والتابعين ، كما نجد لها التطبيقات الكثيرة المتنوعة في تخريجات الفقهاء وفتا

من ذلك ما رواه ابن القيم ان امرأة رفعت الى عمر بن الخطاب ر
عنه ، وقد اتهمت بالزنى ، فسألها عن ذلك ، فقالت : نعم يا أمير الم
وأعادت ذلك وأيدته ، فقال علي رضي الله عنه : إنها لتستهل به استهلا
يعلم أنه حرام فدرأ عنها الحد .

ومثل ذلك قصة المرأة التي رفعت الى عمر بن الخطاب أيضاً وقد
بالزنى ، فلما أراد أن يأمر برجمها ، قال علي رضي الله عنه : لعل بها عذ
قال لها :ماحملك على الزنى ؟فقالت:كان لي خليط ، وفي إبله ماء ولبن ، ول
في إبلي ماء ولا لبن ، فظمئت فاستسقيته فأبى أن يسقيني حتى أعطيه نف
فأبيت عليه ثلاثاً فلما ظمئت وظننت أن نفسي ستخرج ، أعطيته الذي
فسقاني . فقال علي : الله أكبر ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم ع
الله غفور رحيم .

وتطبيقاً لهذه القاعدة الفقهية ، بل الحديث النبوي ، ذهب جماهير ال
من الشافعية والحنفية والحنابلة الى أن السارق لا يقام عليه حد القطع ، إذا
من شريك له ، أو سرق من مال أصله أو فرعه ، أو سرق أحد الزوجين من

الآخر ، أو سرق من بيت مال المسلمين إذا كان له نصيب ، أو سرق أثناء غلاء أو مجاعة عامة ، على تفصيل في ذلك .

روى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس ، فدفعه الى النبي ﷺ فلم يقطعه ، وقال : مال الله سرق بعضه بعضاً . وقد سأل ابن مسعود عمر رضي الله عنهما عمن سرق من بيت المال ، فقال : أرسله، فما من أحد إلا وله في هذا المال حق .

بل ذهب الشافعي في تطبيق هذه القاعدة الى أبعد من هذا ، فقرر أن السارق إذا ادعى ملكيته لما سرق ، وأمكن أن يكون صادقاً في دعواه ، بنظر الحاكم ، سقط عنه الحد .

ثالثاً : ـ إن حد كل من القصاص والقذف ، إنما يستقر بعد مطالبة صاحب الحق به ، وهو المقذوف وولى الدم . فان عفا المقذوف سقط الحد عن القاذف ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة وابي ثور وجمع من الائمة . وإن عفا ولي الدم عن القصاص سقط القصاص ، ووجبت الدية إن طالب بها . ولا يبقى على الجاني بعد عفو صاحب الحق إلا تعزير قد يراه الحاكم .

وهكذا ، فان قسوة الحد في هاتين الجريمتين ، على فرض التسليم بهما ، تختفي وتزول نهائياً بكلمة ينطق بها صاحب الحق نفسه . وإن من أدب القضاء الإسلامي أن يحمله عليها القاضي بكل السبل الممكنة .

رابعاً : ـ أما حد المرتد ، وهو القتل (ومثله المصرّ على ترك الصلاة) فان أمر إسقاطه رهن بمن استوجبه واستحقه . أي أن سبيل انعتاقه من ذلك الحد عائد اليه هو ، وذلك باعلانه التوبة والرجوع الى الحق . واستغفاره مما استوجب ارتداده وكفره ، فان ركب رأسه وأبى التوبة والانابة الى الله تعالى ، رغم تكرير النصح والتحذير له ، فانما هو وحده الظالم لنفسه والشديد عليها . وإن في عناده واستكباره على الحق الذي لا يكلفه أكثر من كلمة ينطق بها ، مستهيناً بكل

عقوبة يهدّد بها ، ما يستوجب إغلاق أي سبيل الى الرحمة به والاشقاق
ذلك لانه لا يوجد أي معنى لرحمة القانون بمن يرفض أن يرحم هو نفسه

فاذا ما الغى الحد لشبهة مما قد أوضحنا ، فان الجاني لا يؤخذ عنا
بمسئوليتين اثنتين :

أولاهما : التسوية الحقوقية ، إذا كانت الجناية مما يستلزم ذلك ، ك
وقطع الطريق حيث يجب أن يغرم السارق ما قد سرقه بذاته أو بمثله أو ق
وهو خطاب وضعي يواجه به حتى من لم يكن أهلا للتكليف .

الثانية : عقوبة التعزير ، ويتخير الحاكم في نوعها وكيفيتها وكمي
حسب ما تقضي به المصلحة ، ويحقق الغاية من شرع العقوبات ، ضمـ
وتفصيلات لا مجال لبحثها في هذا المقام .

فتلك هي قصة القسوة التي ينعت بها بعض الناس حدود الش
الاسلامية . وانه لنعت ظالم باطل ، يندفع اليه من لا يريد لهذه الأمة أن
الى شيء من الالتزام بمنهج الفضيلة والخلق الإنساني القويم ، ويشفق عل
الاباحية الذي تسفيه علينا رياح الغرب والشرق أن ينقطع سيله أو تسكن ر

ولقد تبين من خلال ما ذكرته أن الشريعة الاسلامية ، إذ ترسم أح
لمعاقبة الجانحين والمجرمين ، لا تنطلق في ذلك من حصر المسؤوليات فيـ
وتحميلهم وحدهم عاقبة ما أقدموا عليه أو انزلقوا فيه . بل هي تحمل ا
قسطاً كبيراً من السبب والمسؤولية ، وقاعدة درء الحدود بالشبهات أبلغ
لهذه الحقيقة ، وأوضح برهان عليها .

ما هو سبيل القضاء على هذا التناقض :

وبعد فهل يكفي كل ما قد ذكرناه للقضاء على التناقض الموهوم بين
الحدود وروح العصر وطبيعته ؟

إن كل ما ذكرته ، لا يغير من الأمر شيئاً ، ولا يحل عقدة ، ولا يقضي على الوهم الذي يسمونه التناقض .

ستظل طبيعة الاشمئزاز من القديم ، أياً كان مضمونه ، هي المتغلبة ، وسيظل هواة الجديد ينزعون الى التطوير والتغيير مهما حدثتهم عن فضائل القديم وتفاهة الجديد . وسيظلون ينعتون هذه الأحكام بالقسوة والشدة ، مهما كان الكلام الذي ذكرناه واضحاً ومقبولاً على صعيد البحث والمنطق النظري .

وباختصار فان أي انصراف الى تزويق الشريعة الاسلامية وتجميلها ، أو الى التفنن في عرضها وتيسير السبيل الى التبصير بمزاياها وصلاحيتها وعظيم فوائدها وآثارها ـ لن يبدل من نظرة الخصوم تجاهها ، وبالتالي لن يقوى على حل شيء من هذه العقدة ، مهما أثبتنا بالبرهان أنها عقدة خيال ووهم .

إذاً فما السبيل للقضاء عليها أو على إزالة هذا الذي يقولون عنه : التناقض ؟

السبيل هو أن نعود بهؤلاء الناس الى أساس العقيدة الإسلامية ، التي اتجه بها القرآن الى الناس يغرسها في نفوسهم وينبه اليها عقولهم ثلاثة عشر عاماً ، دون أن يخاطبهم طيلة تلك المدة بكلمة واحدة في التشريع .

السبيل هو أن نقنع هؤلاء الناس قناعة فكرية ووجدانية تامة ، بأن التشريع الإسلامي (والحدود جزء منها) إنما هو حكم الله عز وجل ، لم ينبع من أرض عربية ولا اقتبس من أمة أعجمية ولا اخترعته (كما تصور بعض المستشرقين) أدمغة قانونية . وإنما تنزل وحياً من الله عز وجل على قلب نبيه محمد ﷺ ليبلغه الناس ، وليحملهم تبعة تطبيقه والعمل به .

وقد يبدو لنا أن هؤلاء الناس مقتنعون بهذا كله ، لأنهم مسلمون . ولكن الواقع ليس كذلك . ما أكثر الذين ينعتون أنفسهم بالإسلام والإيمان ، ثم يعلنون مع ذلك بملء أفواههم أن الشريعة الإسلامية غير صالحة للتطبيق اليوم .

وإني لأذكر جيداً هذا الازدواج الغريب ، وقد بدا واضحاً في كلمة ع
قالها واحد من الذين اشتركوا في الحوار المفتوح مع الرئيس الأخ معمر القذ
الندوة التي نظمتها جريدة الأهرام القاهرية منذ بضعة أعوام ، فقد كان ماض
معارضته بصلاحية الشريعة الإسلامية للحكم ، بكل ما يملك . ولكنه اس
بعد ذلك قائلا : غير أنني مسلم وقد حججت والدتي وأختي على حس
مرتين .

إن علينا ألا نخدع بهذا النوع من الإسلام ، إسلام المظاهر والقش
وما أكثره في صفوف عامة الناس اليوم . وإني لأعتقد أن العمل على إقامة أ
الشريعة الاسلامية من حدود وغيرها ، في مجتمع أكثر المسلمين فيه من
القبيل ، ودون التفات الى إصلاح حالهم هذه ـ يشبه نثر البذار في أ
مستحجرة لم تمسها سكة حرث ولا طافت بها يد إصلاح . . .

لن يطبق الإسلام بدون مسلمين .

تلك حقيقة هامة ما ينبغي أن نجهلها . فاذا أردنا تطبيق العقو
الإسلامية أو غيرها من أحكام الإسلام ، فلنهيء القاعدة الإسلامية ونحن ن
سعينا لهذا الأمر .

وإنما سبيل إيجاد هذه القاعدة نشر الدعوة الإسلامية في أوساط المسل
وعلى شتى المستويات ، ينهض بها دعاة من العلماء الواعين لمجتمعهم الع
بعلمهم . قد ألهب الاخلاص قلوبهم ، وهذبت الخشية من الله نفوسهم
ينطلقون من عصبية للنفس أو نصرة للذات أو رغبة في منصب أو مال . بل
شعور عارم بالشفقة على عباد الله تعالى أن يصبحوا غداً وقوداً لنار جهنم ،
تطلع خالص الى رضوان الله تعالى وعظيم ثوابه .

وإني لأقول : إن هذه الأمة بكاملها مهيأة اليوم أحسن تهيؤ لقبول
الدعوة ولكن أين هم هؤلاء الدعاة ؟ وأين هي ثورة الدعوة الى الإسلام ،
المسلمين، بدينهم وتخلصهم من الإزدواج البشع في تفكيرهم وسلوكهم

توقظهم الى هوياتهم الحقيقية في هذا الوجود : انهم عبيد مملوكون لله عز وجل . وتنبههم الى وظائفهم الأساسية التي أنيطت بهم في هذه الحياة : وهي أن يضعوا عبرديتهم لله موضع التنفيذ فيحرموا حرامه ويطبقوا أحكامه . وتربط أفكارهم بالمصير ، المصير الذي سينتهون إليه بلا ريب إذا اجتازوا مرحلة الموت وحانت وقفة الحساب بين يدي الله .

فعلى هذه القاعدة المسلمة تنهض أحكام الشريعة الإسلامية من حدود وغيرها باسقة ثابتة ، لا تقوم في سبيل تطبيقها عقبة ، ولا يعاني الناس حيالها من وهم أو تناقض .

لا تجد من يقول عن الحدود أنها قاسية لأنها حكم الله المبرم ، ولا من ينتقصها بأنها قديمة ، لأن عبوديتهم لله أقدم .

وأخيراً فاني لأرجو ألا يفهم من كلامي هذا ، أنني أجيز توقيف الأخذ بشيء من الأحكام الإسلامية من حدود وغيرها ، ريثما تؤتي الدعوة الإسلامية ثمارها وتنشأ القاعدة الاسلامية المنشودة . . .

معاذ الله ! . . . إن عهد التدرج في أخذ المسلمين بأحكام التشريع قد انتهى بتكامل الإسلام ، وبنزول قول الله عز وجل : اليوم أكملت لكم دينكم .

ولكنني أريد أن ألفت النظر الى واجب يقف عند أعلى درجات الأهمية والخطورة واجب تقتضيه ضرورة التكامل والتنسيق ، ألا وهو أن نسعى سعينا لتطبيق أحكام الحدود وغيرها من أحكام الشريعة الإسلامية ، في الوقت الذي نلتفت فيه الى واقع المسلمين والى التيارات التي تجنح بسلوكهم وبتفكيرهم عن سبيل الإسلام والتأثر به ، فنسعى سعياً حثيثاً آخر لدرء هذه التيارات عنهم ، ولإبقاء جذوة العقيدة الإسلامية في نفوسهم وعقولهم وذلك عن طريق بث الدعوة الاسلامية الخالصة ينهض بها علماء عاملون متحرقون مخلصون .

فذلكم هو وحده الحصن الواقي لغرس الشريعة الاسلامية على اخ
فروعها من أي آفة أو عدوان . . .

والحمد لله رب العالمين

(٣) الضَوابطُ الشَرعيّة للأخذِ بأيسَر المَذاهِب

تقريرُ الدّكتور وَهبه الزّحيلي
أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه
بجامعة دمشق

« ما خُيرَ رسول الله ﷺ بين أمرين قط إلاّ اختار أيسرهما ، ما لم يكن مأثماً » .
(أخرجه مالك والبخاري والترمذي)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد كله لله تعالى ، وأقدس الصلاة والسلام على رسل الله الكرام وخاتم الأنبياء العظام ورضي الله عن الصحابة والآل والتابعين لهم بإحسان ، وعن الأئمة المجتهدين ذوي الأفضال وبعد :

فان عملية « التخير أو الانتقاء من آراء المذاهب الاسلامية » كانت هي الضوء الأخضر الذي أضاء الطريق أمام العاملين في العصر الحاضر على إنهاض الفكر الاسلامي ، والقائمين فعلا بوضع التشريعات أو التقنينات المستمدة من معين الفقه الإسلامي ، تمشياً مع متطلبات النطور ، وضغط الحاجات ، ومراعاة مصالح الناس في كل زمان ومكان .

وقد استجاب المصلحون المخلصون من العلماء ـ غير المتشائمين والمتزمتين ـ من رجال الأزهر وجامعة الزيتونة في مصر وتونس وغيرهما من البلاد الإسلامية ، إلى دواعي النهضة أو الحركة المطلوبة ، فقاموا باختيار الحق أو الأفضل والأصلح من الآراء الفقهية المتعددة في المسألة الواحدة ، لجعل « الفقه المختار » يتفق مع المصلحة العامة في هذا العصر وذلك عملا بالمبادىء أو الأسس التالية :

١ ـ الحق واحد لا يتعدد ، ودين الله واحد مستمد من معين واحد : هو الكتاب والسنة وعمل السلف الصالح .

٢ ـ الإخلاص للشريعة والحفاظ على أحكامها وخلودها وبقائها عقيدة كل مسلم .

٣ ـ مبدأ دفع الحرج أو خاصية اليسر والسماحة التي قامت عليها الشريعة من

أبرز مقومات شرع الله الخالد .

٤ ـ مراعاة مصالح الناس وحاجاتهم المتجددة أمر يتفق مع روح الشريع
قامت أحكامها ـ بالاستقراء والتتبع ـ على المصالح ، فالمصلح
التشريع ، وحيثما وجدت المصلحة فثمة شرع الله ودينه . ولا ينك
الأحكام بتغير الأزمان .

٥ ـ لا إلزام في الشريعة باجتهادات وأقوال الفقهاء ، إذ لا واجب إلا ما أو
ورسوله ، ولم يوجب الله ولا رسوله على أحد من الناس أن يعمل
الله عز وجل بغير كتاب الله وسنة رسوله وما يرجع إليهما .

٦ ـ لا يجب ـ في الأصح الراجح ـ التزام مذهب فقهي معين ، لان ذلك
تقليد (أى أخذ بقول الغير من غير معرفة دليله) ، وإيجاب التقليد
شرع جديد ، كما قال شارح مسلم الثبوت .

ولا مانع شرعاً من تقليد أئمة المذاهب والمجتهدين المشه
والمغمورين ، كما لا محذور في الشرع من التلفيق بين أقوال المذاهب عما
اليسر في الدين : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

لكن في خضم هذا الإتجاه بالانتقاء من المذاهب ، لا بد من
« الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب » وهو موضوع بحثنا ، حتى لا
الأمر فوضى ، أو يصبح مجرد عمل بالرغبة المحضة والهوى الشخصي ،
دليل شرعي ، أو مسوغ مقبول، ولان اختيار الأيسر نوع من الاجتها
تقديري ، وبحث هذا الموضوع يقتضى ما يلي :

المطلب الأول ـ ما هي المذاهب أو الآراء التي يمكن الأخذ بها ؟

المطلب الثاني ـ هل التزام مذهب معين أمر مطلوب أصولياً ؟

المطلب الثالث ـ هل يجب على السائل المستفتي الترجيح بين العلماء و

الراجح في نظره ، أم له الاختيار وسؤال من شاء من المفتين ؟

المطلب الرابع ـ ما هي آراء الأصوليين في مسألة اختيار الأيسر (أو تتبع الرخص) وفي التلفيق بين المذاهب الإسلامية ؟

المطلب الخامس ـ ما هي الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب المستنبطة من جملة أقوال الأصوليين ؟

ويلاحظ أن الكلام عن المطالب الأربعة السابقة تقديم ضروري لبحث المطلب الأخير ، لاعتماده على القواعد التي ذكرها الأصوليون فيها . ولا يخفى ما لهذا الموضوع من أهمية وفائدة ملموسة ، سواء فيما يخص أكثرية المسلمين المستفتين فيما يحتاجونه بالفعل في نطاق العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية ، أو يهم رجال القانون والقضاء الذين يضعون القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي ، أو يحتاج اليه علماء التدريس العام والخاص لاستئصال المصيبة المذهبية التي تقوم على التقليد الأعمى ، من دون مراعاة لما يوجبه رجحان دليل بعض الأقوال الفقهية من ضرورة الاسراع في اتباعها ، وترك القول الآخر المرجوح ،والله يقول الحق وهو يهدي السبيل .

المطلب الأول ـ المذاهب أو الآراء التي يمكن الأخذ بها :

إن الثروة الفقهية الضخمة التي تنتظم كل الأحكام الكفيلة بحل مشاكل الناس ، والتي خلفها لنا سلفنا الصالح ، لا تقتصر على المذاهب الفقهية الأربعة (المالكية ، والحنفية ، والشافعية ، والحنبلية) وإنما تشمل كل المذاهب المعروفة ، ما اشتهر منها وما انقرض كمذهب الليث بن سعد ، والأوزاعي وابن جرير الطبري وداود الظاهري والثوري ، ومذاهب أهل السنة والشيعة الإمامية والزيدية ، والاباضية والظاهرية ، وآراء الصحابة والتابعين وتابعي التابعين ، فقد نجد فيها ما يؤدي لنا فائدة كبرى في نهضتنا المرجوة ، لأن ذلك أولى من أخذ أحكام غير شرعية ذات مصدر غربي أو شرقي ، ودين الله يسر لا عسر ، ولا حرج

في دين الله . وتحقيق المصالح والحاجات أمر مطلوب شرعاً .

ومما يدل على سلامة هذا الاتجاه أن جمهور المسلمين يرون ترجيح « المخطِّئة » القائلين بأن الحق واحد لا يتعدد ، وأن المجتهد المصيب في اج هو واحد ، وغيره هو المخطىء ولكن لا إثم عليه في الخطأ ، لانه مكلف با بما أداه اليه اجتهاده ، وبما غلب على ظنه ، فقالوا : « الصواب الذي لا ص غيره أن دين الله واحد ، وهو ما أنزل الله به كتابه ، وأرسل به رسوله ، وا لعباده ، كما أن نبيه واحد ، وقبلته واحدة ، فمن وافقه فهو المصيب أجران ، ومن أخطأه فله أجر واحد على اجتهاده ، لا على خطئه[1] وهذ الصحيح عند الأئمة الأربعة[2] .

فالواجب أولا طلب ما فيه الحق والصواب أو المصلحة من الأقوال الف الثابتة النسبة لأصحابها ويترك منها ما هو شاذ مخالف للمصادر والأص الشرعية ، فقد أمر الله مثلا باتباع الصحابة والتابعين[3] . فقال تعا « والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار ، والذين اتّبعوهم بإحس رضي الله عنهم ورضوا عنه ، وأعدّ لهم جنات تجري تحتها الأنهار خالدين أبداً ، ذلك الفوز العظيم » ، وقد قال الشافعي في الصحابة : « رأيهم لنا من رأينا لأنفسنا »[4] وقال العز بن عبد السلام : أن المدار على ثبوت المذهب المقلّد[5] ، وغلبة الظن على صحته ،فحيث ثبت عنده مذهب من المذاهب ص أن يقلده ، ولو كان صاحب المذهب من غير الأئمة الأربعة . وقال العراق انعقد الاجماع على أن من أسلم ، فله أن يقلد من شاء من العلماء من حجر . وأجمع الصحابة رضي الله عنهم على أن من استفتى أبا بَ و

---

(١) أعلام الموقعين: ٢/١١٢ ، ط عبد الحميد

(٢) مسلم الثبوت: ٢/٣٣٠، ط الكردي بمصر

(٣) أعلام الموقعين: ٤/١٢٣

(٤) أعلام الموقعين: ٢/١٨٦

(٥) المقلد: هو من يأخذ بقول الغير من غير معرفة دليله .

وقلدهما ، فله أن يستفتي أبا هريرة ومعاذ بن جبل وغيرهما ، ويعمل بقولهم من غير نكير ، فمن أدعى رفع هذين الاجماعين فعليه الدليل[1] .

وبهذا يتبين أن لا دليل على إلزام الناس بمذاهب الأئمة الأربعة رضي الله عنهم ، فهم وغيرهم سواء ، ويصح تقليد غير الأربعة إذا صحت نسبته لصاحبه ، كما أبان العز بن عبد السلام .

المطلب الثاني : هل التزام مذهب معين أمر مطلوب أصولياً ؟

إنقسم الأصوليون في هذه المسألة على آراء ثلاثة :

١ ـ فقال بعضهم : يجب التزام مذهب أمام معين ، لانه اعتقد أنه حق ، فيجب عليه العمل بمقتضى إعتقاده .

٢ ـ وقال أكثر العلماء : لا يجب تقليد أمام معين في كل المسائل والحوادث التي تعرض ، بل يجوز أن يقلد أي مجتهد شاء ، فلو التزم مذهباً معيناً كمذهب أبي حنيفة أو الشافعي أو غيرهما ، لا يلزمه الاستمرار عليه ، بل يجوز له الانتقال منه الى مذهب آخر ، إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ، ولم يوجب الله تعالى ولا رسوله على أحد أن يتذهب بمذهب رجل من الأئمة ، وإنما أوجب الله تعالى اتباع العلماء من غير تخصيص بواحد دون آخر ، فقال عز وجل : « فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » ولان المستفتين في عصر الصحابة والتابعين ، لم يكونوا ملتزمين بمذهب معين بل كانوا يسألون من تهيأ لهم دون تقيد بواحد دون آخر ، فكان هذا إجماعاً منهم على عدم وجوب تقليد إمام، أو اتباع مذهب معين في كل المسائل .

ثم إن القول بالتزام مذهب ما يؤدي الى الحرج والضيق ، مع أن المذاهب نعمة وفضيلة ورحمة للأمة .

وهذا القول هو الراجح عند علماء الأصول .

---

(١) مسلم الثبوت : ٢/٣٥٧ حاشية ، ط الكردي .

٣ ـ وفصل الآمدي والكمال بن الهمام في المسألة فقال : إن عمل الشخص
التزمه في بعض المسائل بمذهب معين ، فلا يجوز له تقليد الغير فيها ، و
يعمل في بعضها الآخر جاز له اتباع غيره فيها ، إذ إنه لم يوجد في الش
يوجب عليه اتباع ما التزمه ، وإنما أوجب الشرع عليه اتباع العلماء
تخصيص عالم دون آخر[1] .

بتلخص من هذا أن القول الأصح الراجح عند علماء الأصول[2]
عدم ضرورة الالتزام بمذهب معين ، وجواز مخالفة إمام المذهب والأخذ
غيره ، لان التزام المذهب غير ملزم ، كما بينّا ، وبناء عليه فلا مانع إ
من حيث المبدأ في العصر الحاضر من اختيار بعض الأحكام الشرعية ا
لدى علماء المذاهب دون تقيد بجملة المذهب أو بتفصيلاته .

ويضاف لذلك أن الفقهاء قرروا جواز العمل بالقول الضعيف
المذهب ، وهذه هي نصوصهم :

١ ـ للقاضي أن يلجأ الى غير مذهبه للضرورة (فتوى عطاء بن حمزة) .

٢ ـ للقاضي أن يعمل بغير المشهور من مذهبه إذا نص السلطان على ذلك (
الدر المختار للحصكفي) .

---

(١) راجع فواتح الرحموت: ٢/٤٠٢، مسلم الثبوت: ٢/٣٥٥، شرح المحلى على
الجوامع: ٢/٣٢٨، والاحكام في أصول الأحكام للآمدي: ٣/١٧٤ ، التق
والتحبير : ٣/٣٤٤ ، شرح الأسنوي : ٣/٢٦٦ ، المدخل الى مذهب الامام أح
ص ١٩٣ ، إرشاد الفحول: ص ٢٤٠ ، فتاوي الشيخ عليش: ١/٦٠ .

(٢) قال الشافعية : الأصح من كلام المتأخرين كالشيخ ابن حجر وغيره أنه يجوز الانتقال
مذهب الى مذهب من المذاهب المدونة ، ولو بمجرد التشهي ، سواء انتقل دواماً أ
بعض الحادثة ، وإن أفتى أو حكم أو عمل بخلافه ما لم يلزم منه التلفيق (الفوائد ا
فيما يحتاجه طلبة الشافعية والضوابط والقواعد الكلية للسيد علوي بن أحمد السقا
ص (٥ ، ط البابي الحلبي) .

٣ ـ للقاضي أن يقضي بالقول المنصوص على فساده ، ولا ينقض قضاؤه ، لانه مجتهد فيه ، إلا إذا كان في مقابلة أخذ المال ، أو للهوى والغرض (عبارة جامع الفضولين وتعليلها) .

٤ ـ جواز العمل والافتاء بالقول الضعيف في مواضع الضرورة (عبارة المعراج عن فخر الأئمة) .

٥ ـ جواز العمل بالضعيف للشخص في خاصة نفسه ، وللفتوى إذا تحقق المفتي الضرورة (عبارة الدسوقي المالكي) .

٦ ـ منع التخيير إذا كان الغرض من الالتجاء الى القول الضعيف الشهوة والغرض ، إتباعاً للهوى وابتغاء حطام الدنيا[1] .

٧ ـ إن خروج المقلد من العمل بالمشهور الى العمل بالشاذ الذي فيه رخصة من غير تتبع للرخص صحيح عند كل من قال بعدم لزوم تقليد الأرجح ، وهو قول الأكثر من الأصوليين ، ويباح للمقلد أن يقلد من شاء من أقوال المجتهدين . وإن نقل الاجماع على منع ذلك غير صحيح (فتاوى الشيخ عليش : ١/ ٦١).

٨ ـ وكذا يجوز الأخذ والعمل لنفسه بالأقوال والطرق والوجوه الضعيفة إلا بمقابل الصحيح ، فان الغالب فيه أنه فاسد ويجوز الإفتاء به للغير بمعنى الارشاد (الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية السقاف ص ٥١).

المطلب الثالث ـ هل يجب سؤال الأفضل والأرجح في العلم، أم يصح سؤال من تيسر ؟

عبارة الأصوليين المشهورة في هذه المسألة هي : هل يجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل ؟

---

(١) الاجتهاد في الاسلام للشيخ الاستاذ محمد مصطفى المراغي :ص ٣٦ ـ ٣٩ نقلا عن هذه الكتب ، رسم المفتي لابن عابدين في حاشيته : ١/ ٦٩ .

للعلماء رأيان في ذلك[1] :

١ ـ قال جماعة (وهو مذهب أحمد في رواية عنه وابن سريج والقفال الشافع
وأبي إسحق الاسفراييني الملقب بالاستاذ ، وأبي الحسن الطبري الم
بالكيا ، واختاره الغزالي ، وهو المذهب المشهور عند الشيعة) :
استفتاء[2] الأفضل في العلم والورع والدين ، ويجب على السائل النف
الأرجح ، ثم اتباعه ، ويكفيه الاعتماد على الشهرة . قال الغز
المستصفى[3] :

« والأولى عندي أنه يلزمه اتباع الأفضل ، فمن اعتقد أن الشافعي
الله أعلم ، والصواب على مذهبه أغلب ، فليس له أن يأخذ بمذهب
بالتشهي » .

ودليل هؤلاء : هو أن أقوال المجتهدين بالنسبة للناس كالأدلة والإم
المتعارضة بالنسبة للمجتهد ، فيجب على السائل الترجيح ، ولا ترجي
بالفضل والعلم ، لأن الأعلم أقوى ، وطريق معرفة الأعلم أما بالا
والتجربة ، أو بالشهرة والتسامع ورجوع الناس إليه .

---

(١) أنظر التقرير والتحبير : ٣/ ٣٤٥ وما بعدها ، فواتح الرحموت : ٢/ ٤٠٣ وما بـ
مسلم الثبوت : ٢/ ٣٥٤ ، اللمع في أصول الفقه للشيرازي : ص ٦٨ ، الأ
للآمدي: ٣/ ٧٣ ، المدخل الى مذهب أحمد : ص ١٩٤ ، فتاوى الشيخ عل
١/ ٦١ ، ٧١ ، حاشية ابن عابدين : ١/ ٤٥ ، ط الاميرية ، رسالة في أصول
لابن عربي : ص ٣٢ ، المستصفى : ٢/ ١٢٥ ، إرشاد الفحول : ص ٢٣٩ .

(٢) الاستفتاء : هو السؤال عن الحكم عند المجتهد لاجل العمل بقوله ، سواء أكان الم
هو نفس المجتهد ، أو من نقل عنه نقلاً صحيحاً ولو بواسطة (تحفة الرأي السديد
الحسيني : ص ٢٣٩).

(٣) المستصفى : ٢/ ١٢٥ .

٢ ـ وقال القاضي أبو بكر بن العربي وأكثرية الفقهاء والأصوليين[١] : يخير السائل في سؤال من شاء من العلماء سواء أتساووا أم تفاضلوا . أي أنه يجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل في العلم لعموم قوله تعالى «فاسألوا أهل الذهر إن كنتم لا تعلمون » والإجماع الصحابة : وهو أن الصحابة كان فيهم الفاضل والمفضول من المجتهدين ، وكان فيهم العوام ، ولم ينقل عن أحد من الصحابة تكليف العوام بالاجتهاد في أعيان المجتهدين ، ولو كان التخيير غير جائز لما تطابق الصحابة على عدم إنكاره . قال الآمدي حاكياً هذا الإجماع[٢] :

« إن الصحابة كان فيهم الفاضل والمفضول من المجتهدين ، فان الخلفاء الأربعة كانوا أعرف بطريق الاجتهاد من غيرهم ، ولهذا قال عليه السلام : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي ، عضُّوا عليها بالنواجذ » وقال عليه السلام : « أقضاكم علي ، وأفرضكم زيد ، وأعرفكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل » وكان فيهم العوام ومن فرضه الإتباع للمجتهدين والأخذ بقولهم لا غير . ومع ذلك لم ينقل عن أحد من الصحابة والسلف تكليف العوام الاجتهاد في أعيان المجتهدين ، ولا أنكر أحد منهم اتباع المفضول ، والاستفتاء له ، مع وجود الأفضل . ولو كان ذلك غير جائز ، لما جاز من الصحابة التطابق على عدم إنكاره والمنع منه . ولولا إجماع الصحابة على ذلك لكان القول بمذهب الخصوم ـ أي أصحاب الرأي الأول ـ أولى[٣] » .

---

(١) قال ابن عابدين في حاشيته نقلا عن التحرير وشرحه : وبه قال الحنفية والمالكية وأكثر الحنابلة والشافعية . وفي آخر فتاوى ابن حجر : الأصح لدى أئمة الشافعية أن المقلد يتخير تقليد أي شاء من العلماء ولو مفضولا وان اعتقده كذلك . وحينئذ فلا يمكن أن يقطع أو يظن انه ـ أي المجتهد ـ على الصواب ، بل على المقلد أن يعتقد أن ما ذهب اليه إمامه يحتمل أنه الحق (حاشية ابن عابدين : ١/ ٤٥).

(٢) الأحكام للآمدي : ٣/ ١٧٣ وما بعدها .

(٣) قال الامام الرازي هذه العبارة أيضاً .

يتبين من هذا أن القول الثاني هو الأرجح باجماع الصحابة ع
التخيير بين الأقوال ، وسؤال السائل من شاء من العلماء[1] .

المطلب الرابع ـ آراء الأصوليين في مسألة اختيار الأيسر (أو تتبع الر
وفي التلفيق بين المذاهب .

يتفرع على ما بيّناه من أنه لم يوجد في الشرع ما يوجب على الانسا
ما التزمه من المذاهب : القول بجواز تتبع الرخص والتلفيق . أما تتبع الر
اختيار الأيسر : فهو أن يأخذ الشخص من كل مذهب ما هو أهون عليه و
يطرأ عليه من المسائل .

وقد حكى الأصوليون في هذه المسألة ثمانية أقوال[2] أذكرها باجمال
أقوى النظريات المقولة فيها .

١ ـ قال أكثر أصحاب الشافعي وصححه الشيرازي والخطيب البغداد
الصباغ والباقلاني والآمدي يخير الانسان بأخذ ما شاء من الأقوال ،
الصحابة على عدم إنكار العمل بقول المفضول مع وجود الأفضل .
٢ ـ أهل الظاهر والحنابلة : يأخذ بالأشد الأغلظ .
٣ ـ يأخذ بالأخف .
٤ ـ يبحث عن الأعلم من المجتهدين ، فيأخذ بقوله .
٥ ـ يأخذ بقول الأول ، حكاه الروياني .
٦ ـ يأخذ بقول من يعمل على الرواية دون الرأي ، حكاه الرافعي .
٧ ـ يجب عليه أن يجتهد فيما يأخذ مما اختلفوا فيه ، حكاه ابن السمعاني
عليه الشاطبي في الموافقات . وهذا القول قريب من رأي الكعبي

---

(١) قال ابن بدران الحنبلي في المدخل: ص ١٩٤: الحق أن المقلد لا يلزمه استفت
المجتهدين مطلقاً فان هذا يسد باب التقليد ، أما إذا قيدنا ذلك بمجتهدي
يلزمه حينئذ تحري الأفضل، لان الفضل في كل بلد معروف مشهور .
(٢) إرشاد الفحول للشوكاني : ص ٢٤٠، فتاوى الشيخ عليش : ١ / ٧١ وما بعد

٨ ـ إن كان الأمـر في حق الله أخـذ بالأخف ، وإن كان في حق العبـاد أخـذ بالأغلظ ، حكاه الاستاذ أبو منصور الماتريدي .

ويمكن القول بوجود آراء ثلاثة في الموضوع هي الأشهر وهي التي نعتمدها بحثاً .

١ ـ قال الحنابلة[١] . والمالكية في الأصح عندهم[٢] ، والغـزالي [٣] : يمتنـع تتبع الرخص في المذاهب ، لأنه ميل مع أهواء النفوس ، والشرع جاء بالنهي عن اتباع الهوى ، قال تعالى : « فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول » فلا يصح رد المتنازع فيه الى أهواء النفوس ، وإنما يرد الى الشريعة .

ونقل عن ابن عبد البر : أنه لا يجوز للعامي تتبع الرخص إجماعاً . وعبارة الحنابلة في ذلك[٤] :

إن استوى المجتهدان عند المستفتي في الفضيلة واختلفا عليه في الجـواب اختار الأشد منهما ، لما روى الترمذي من حديث عائشة قالت : « قال رسول الله ﷺ : ما خير عمار بين أمرين إلا اختار أشدهما « وفي لفظ : أرشدهما » قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . ورواه أيضاً النسائي وابن ماجه . فثبت بهذين اللفظين للحديث أن الرشد في الأخذ بالأشد ، والأولى أن يعتبر ـ أي المستفتي ـ القولين ساقطين ، لتعارضهما ، ويرجع الى استفتاء آخر .

وعبارة المالكية[٥] : الأصح أنه يمتنـع تتبـع الأرخص في المذاهـب ، بأن يأخذ منها ما هو الأهون فيما يقع من المسائل . وقيل : لا يمتنع . وصرح بعضهم

---

(١) المدخل الى مذهب الامام أحمد بن حنبل لابن بدران الدمشقي : ص ١٩٥ .
(٢) فتاوى الشيخ عليش مع التبصرة لابن فرحون المالكي : ١/ ٥٨ ـ ٦٠ ، الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي : ص ٧٩ .
(٣) المستصفى : ٢ / ١٢٥ .
(٤) المدخل الى مذهب أحمد ، المرجع والمكان السابق .
(٥) فتاوى الشيخ عليش ، المرجع السابق ، صفحة ٧٦ .

بتفسيق متتبع الرخص . والأولى الاحتياط بالخروج من الخلاف بالتزام الأش
الأقوى ، فان من عز عليه دينه تورع ، ومن هان عليه دينه تبدع .

وعبارة الغزالي[1] : ليسَ للعامي[2] أن ينتقي من المذاهب في كل مسأ
أطيبها عنده ، فيتوسع بل هذا الترجيح عنده كترجيح الدليلين المتعارضين ع
المفتي ، فانه يتبع ظنه في الترجيح فكذلك ههنا .

٢ ـ قال القرافي المالكي ، وأكثر أصحاب الشافعي ، والراجح عند الحنفية من
ابن العمام وصاحب مسلم الثبوت[3] : يجوز تتبع رخص المذاهب ، لانه لم يوج
في الشرع ما يمنع من ذلك ، إذ للانسان أن يسلك الأخف عليه إذا كان له إ
سبيل ، بأن لم يكن عمل بآخر ، بدليل أن سنة الرسول ﷺ الفعلية والقو
تقتضي جوازه ، فانه عليه الصلاة والسلام « ما خير بين أمرين قط إلا اخت
أيسرهما ما لم يكن مأثماً »[4] وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها «
النبي ﷺ كان يحب ما خفف عن أمته » .

وقال ﷺ : « بعثت بالحنيفية السمحة »[5] وقال أيضاً : « إن ه
الدين يسر ، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه »[6] . وقال عليه السلام أيضاً : «
الله قد فرض فرائض وسن سنناً وحد حدوداً وأحل حراماً وحرم حلالا ، وشر
الدين فجعله سهلا سمحاً واسعاً ولم يجعله ضيقاً[7] » .

---

(١) المستصفى ، المرجع السابق .
(٢) العامي في اصطلاح الأصوليين : هو كل من ليس أهلا للاجتهاد ، وإن كان عالماً بض
غير فن استنباط الأحكام من أدلتها .
(٣) مسلم الثبوت : ٢/ ٣٥٦ ، إرشاد الفحول : ص ٢٤٠ ، شرح المحلى على جمع الجوام
٢/ ٣٢٨ ، شرح الأسنوي : ٣/ ٢٦٦ ، رسم المفتي في حاشيته ابن عابدين : ١/ ٦٩ و
بعدها ، الفوائد المكية للسقاف ص ٥٢ .
(٤) اخرجه البخاري ومالك والترمذي .
(٥) أخرجه أحمد في مسنده ، والخطيب البغدادي ، ورواه الديلمي في مسند الفردوس ، و
آخره عند الخطيب : « ومن خالف سنتي فليس مني » .
(٦) أخرجه البخاري والنسائي .
(٧) رواه الطبراني في الكبير عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وقال الشعبي : « ما خير رجل بين أمرين ، فاختار أيسرهما إلا كان ذلك أحبهما الى الله تعالى .

وقال القرافي في هذه المسألة : يجوز تتبع الرخص بشرط ألا يترتب عليه العمل بما هو باطل عند جميع من قلدهم ، أي إن شرط جواز تقليد مذهب الغير ألا يؤدي الى التلفيق[1] أي ألا يكون موقعاً في أمر يجتمع على إبطاله الإمام الذي كان على مذهبه ، والإمام الذي انتقل اليه ، كما إذا قلد الإمام مالك في عدم نقض الوضوء بلمس المرأة بغير شهوة ، وقلد الامام الشافعي في عدم وجوب ذلك الاعضاء في الوضوء ، أو عدم وجوب مسح جميع الرأس ، فان صلاته تكون باطلة عند الإمامين ، لعدم صحة الوضوء عند كل منهما .

ويلاحظ أن هذا القيد الذي ذكره القرافي وهو : « ألا يترتب على تتبع الرخص العمل بما هو باطل لدى جميع من قلدهم « لا دليل عليه من نص أو إجماع ، وإنما هو قيد متأخر ، كما قرر الكمال بن الهمام في « التحرير » . فاذا جاز للشخص مخالفة بعض المجتهدين في كل ما ذهب اليه ، كما بينا ، جازت مخالفته في بعض ما ذهب إليه من باب أولى ، كما قال صاحب تيسير التحرير . ثم قال : وليس هناك دليل من نص أو إجماع يدل على أن الفعل إذا كانت له شروطه فانه يجب على المقلد أن يتبع مجتهداً واحداً في هذه الشروط التي يتوقف عليها هذا الفعل ، ومن أدعى دليلا على ذلك فعليه الاتيان به .

وأما ما نقل عن ابن عبد البر ، من أنه « لا يجوز للعامي تتبع الرخص إجماعاً » ، فلا تسلم صحة هذا النقل عنه ، ولو سلم فلا يسلم صحة الاجماع ، إذ في تفسيق متتبع الرخص عن أحمد روايتان . وحمل القاضي أبو يعلى الرواية المفسقة على غير متأول ولا مقلد . وقال ابن أمير الحاج في التقرير على التحرير : وذكر بعض الحنابلة : أنه إن قوى الدليل ، أو كان عامياً ، لا يفسق . وفي روضة النووي حكاية عن أبي هريرة : لا يفسق . والخلاصة أن مبدأ الأخذ

(١) التلفيق : هو الاتيان بكيفية لا يقول بها المجتهد . كما سنبين .

بالرخص أمر محبوب ، ودين الله يسر، وما جعل عليكم في الدين من
والمفروض أن المقلد لم يقصد تتبع الرخص في كل الوقائع وإنما
المسائل ، وكثيراً ما قال العلماء : « من قلد عالماً فقد برىء مع الله » « ا
العلماء رحمة »وربما قال بعضهم: « حجرت واسعاً » إذا التزم العمل
المشهور في جميع تصرفاته .

٣ـ رأى الشاطبي :

يرى الشاطبي رأي ابن السمعاني[1] : وهو أنه يجب على المقلد ال
بين أقوال المذاهب بالأعلمية وغيرها ، واتباع الدليل الأقوى ، لأن
المجتهدين بالنسبة للمقلدين كالأدلة المتعارضة بالنسبة الى المجتهد ، فكي
على المجتهد الترجيح أو التوقف عند تعادل الأدلة ، كذلك المقلد . ولأن ا
ترجع في الواقع الى قول واحد ، فليس للمقلد أن يتخير بين الأقوال . وأ
متبعاً فرضه وشهوته ، والله تعالى يمنع إتباع الهوى جملة وهو قوله تعالى :
تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول » .

ثم أبان الشاطبي في كلام مسهب ما يترتب على مبدأ الأخذ بالأي
مفاسد :

أولاها ـ الضلال في الفتوى بمحاباة القريب أو الصديق في تتبع
المذاهب اتباعاً للغرض والشهوة .

ثانيها ـ الإدعاء بأن الاختلاف حجة على الجواز أو الإباحة ، حتى
بين الناس الاعتماد في جواز الفعل على كونه مختلفاً فيه بين أهل العلم .

ثالثها ـ اتباع رخص المذاهب إعتماداً على مبدأ جواز الانتقال الك
مذهب الى مذهب ، وأخذاً بمبدأ اليسر الذي قامت عليه الشريعة مع

---

(١) الموافقات : ٤/ ١٣٢ـ ١٥٥ .

الحنيفية السمحة أتى فيها السماح مقيداً بما هو جار على أصولها ، وليس تتبع الرخص ولا اختيار الأقوال بالتشهي بثابت من أصولها » . ثم ذكر بعض مفاسد اتباع رخص المذاهب كالانسلاخ من الدين يترك اتباع الدليل الى اتباع الخلاف ، وكالاستهانة بالدين إذ يصير سيّالا لا ينضبط ، وكترك ما هو معلوم الى ما ليس بمعلوم ، للجهل بأحكام المذاهب الأخرى ، وكانخرام قانون السياسة الشرعية[1] بترك انضباط معيار العدالة بين الناس وشيوع الفوضى والمظالم وضياع الحقوق وتعطيل الحدود واجتراء أهل الفساد ، وكفضاء ذلك الى القول بتلفيق المذاهب على وجه يخرق إجماعهم، وغير ذلك من المفاسد التي يكثر تعدادها.

رابعها ـ التخلص من الأحكام الشرعية وإسقاطها جملة ، عملا بمبدأ الأخذ بأخف القولين ، لا بأثقلهما ، مع أن التكاليف كلها شاقة ثقيلة .

ثم رد الشاطبي على القائل بجواز تتبع الرخص في حالات الضرورة أو الحاجة عملا بالقاعدة الشرعية « الضرورات تبيح المحظورات » بأن حاصل فعله هو الأخذ بما يوافق الهوى ، أو تجاوز حدود الضرورة أو الحاجة المقررة في الشرع . كما أنه رد على المتمسك بمبدأ « مراعاة الخلاف بين الأقوال » لتسويغ الأخذ بالأيسر بأن مراعاة الخلاف لا يترتب عليه الجمع بين قولين متنافيين أو القول بهما معاً ، وإنما هما لمسألتين مختلفتين . وفي تقديري أن السبب الذي جعل الشاطبي على منع تتبع الرخص والتلفيق هو غيرته على نظام الأحكام الشرعية حتى لا يتخطاها أحد عملاً بمبدأ التيسير على الناس ، ولكنه ـ كما يلاحظ من كلامه ـ متأثر بالعصبية المذهبية ، ويخشى ـ رغم تحرره الفكري ـ مخالفة مذهب الامام مالك ، ويحرص على التقليد ومنع الاجتهاد .

ونحن معه في هذه الغيرة على أحكام الشريعة ، لكن التقليد أو التلفيق

---

(١) وهي الطرق العادلة التي تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيراً من المظالم . وإهمالها يضيع الحقوق. ويعطل الحدود، ويجرىء أهل الفساد . ويندرج فيها كل ما شرع لسياسة الناس وزجر المعتدين .

الجائز مجاله محصور فيما لم يتضمن الإعراض عما أنزل الله ، أو الذي لم يتضح رجحان الحق والدليل على صحة قول المجتهد المقلد[1] وحينئذ ينهدم الشاطبي من أساسه، لانه يطالب بضرورة العمل بالدليل الراجح ، والى أصول الشريعة ، وهذا أمر مفترض في كل تقليد محمود أو أخذ بأيسر المذاهب

التلفيق :

هو الاتيان بكيفية لا يقول بها المجتهد . ومعناه أن يترتب على العمل بتقليد المذاهب ، والأخذ في مسألة واحدة بقولين أو أكثر : الوصول الى حقيقة مركبة لا يقرها أحد ، سواء الامام الذي كان على مذهبه ، والامام الذي انتقل اليه ، فكل واحد منهم يقرر بطلان تلك الحقيقة الملفقة ، ويتحقق ذلك إذا قلد المقلد في قضية واحدة بالقولين معاً أو بأحدهما مع بقاء أثر الثاني .

فالتلفيق إذاً : هو الجمع بين تقليد أمامين أو أكثر في فعل له أركان جزئيات لها ارتباط ببعضها ، لكل منها حكم خاص ، كان موضع اجتهاد وتباين آرائهم ، فيقلد أحدهم في حكم ، ويقلد آخر في حكم آخر ، فيتم العمل ملفقاً من مذهبين أو أكثر .

مثل أن يقلد شخص في الوضوء مذهب الشافعي في الاكتفاء بمسح الرأس، ثم يقلد أبا حنيفة أو مالكاً في عدم نقض الوضوء بلمس المرأة خالية قصد الشهوة ووجودها ، ثم يصلي ، فان هذا الوضوء الذي صلى به لم يقل كل واحد من هؤلاء الأئمة ، فالشافعي يعتبره باطلا لنقضه باللمس ، وأبو لا يجيزه لعدم مسح ربع الرأس ، ومالك لا يقره لعدم مسح جميع الرأس أو ذلك أعضاء الوضوء ونحو ذلك. أو أن يقلد مالكاً في عدم نقض الو بالقهقهة في الصلاة ، وأبا حنيفة في عدم النقض بمس الذكر ، وصلى ،فهذه مجمع منهما على فسادها .

---

(١) راجع أعلام الموقعين في بيان نوعي التقليد المحمود والمذموم: ٢/ ١٦٨ ، تحفة السديد للحسيني: ص ٣٩ .

ومثل أن يستأجر شخص مكاناً موقوفاً تسعين سنة فأكثر ، من غير أن يراه مقلداً في المدة الطويلة للشافعي وأحمد ، وفي عدم الرؤية لأبي حنيفة ، فيجوز[1] .

ومجال التلفيق كمجال التقليد محصور في المسائل الاجتهادية الظنية . أما كل ما علم من الدين بالضرورة ـ أي بالبداهة ـ من متعلقات الحكم الشرعي ، وهو ما أجمع عليه المسلمون ويكفر جاحده ، فلا يصح فيه التقليد والتلفيق ، وعلى هذا فلا يجوز التلفيق المؤدي الى إباحة المحرمات كالنبيذ والزنى مثلا . هذا وأن قضية التلفيق بين المذاهب اشترط عدمها لجواز تقليد مذاهب الغير أكثر المتأخرين من العلماء بعد انتهاء القرن العاشر الهجري ، ولم يتكلم فيها قبل القرن السابع .

وجواز التلفيق مبني على ما قررناه من أنه لا يجب التزام مذهب معين في جميع المسائل ، فمن لم يكن ملتزماً مذهباً معيناً ، جاز له التلفيق ، وإلا أدى الأمر الى بطلان عبادات العوام ، لأن العامي لا مذهب له ولو تمذهب به ، ومذهبه في كل قضية هو مذهب من أفتاه بها . كما أن القول بجواز التلفيق يعتبر من باب التيسير على الناس .

وتقليد إمام في جزئية أو مسألة لا يمنع من تقليد إمام آخر في مسألة أخرى ، ولا يقال : إن المقلد وصل الى حقيقة لم يقل بها كلا الإمامين ، وإنما يعد ذلك من قبيل تداخل أقوال المفتين (أي المجتهدين) بعضها في بعض في عمل المستفتي تداخلاً غير مقصود ، كتداخل اللغات بعضها ببعض في لسان العرب . فالمقلد لم يقلد كل إمام في مجموع عمله ، وإنما قلد كلا من الإمامين في مسألة معينة غير التي قلد فيها غيره ، ومجموع العمل لم يوجد أحد النظر اليه لا في اجتهاد ولا في تقليد .

---

(١) شرح الاسنوي على منهاج البيضاوي: ٣/٢٦٦ ، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق للشيخ محمد سعيد الباني : ص ٩١ .

وأما اشتراط بعض العلماء لجواز التلفيق ضرورة مراعاة الخلاف
المذاهب ، فهو أمر عسير ، سواء في العبادات أو في المعاملات ، وذلك يتنا
سماحة الشريعة ويسرها ومسايرتها لمصالح الناس .

وأما ادعاء وجود الإجماع (من قبل ابن حجر وغيره من بعض
الحنفية) على عدم جواز التلفيق ، فيحتاج الى دليل ، وليس أدل على عد
مثل هذا الاجماع من وجود اختلاف واضح بين العلماء في مسألة التلفيق
الشفشاوني في تركيب مسألة من مذهبين أو أكثر : « إن الأصوليين اختلف
هذه المسألة ، والصحيح من جهة النظر جوازه » وحكى الثقات الخلاف
كالفهامة الأمير والفاضل البيجوري ، هذا وإن مثل هذا الاجماع المدعي ا
بطريق الآحاد لا يوجب العمل عند جمهور العلماء ، ولعل المراد بهذا ال
هو اتفاق الأكثر أو أهل مذهب ما .

وسأذكر هنا بايجاز أقوال علماء المذاهب في إباحة التلفيق[1] .

١ ـ الحنفية : قال الكمال بن الهمام وتلميذه ابن أمير الحاج في الت
وشرحه : أن المقلد له أن يقلد من شاء ، وإن أخذ العامي في كل مسألة
مجتهد أخف عليه لا أدري ما يمنعه من النقل أو العقل ، وكون الانسان يت
هو الأخف عليه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ، ما علمت من الشرا
عليه ، وكان ﷺ يحب ما خفف عن أمته .

وجاء في تنقيح الفتاوي الحامدية لابن عابدين ما يفيد أن في منية الم
يفيد جواز الحكم المركب ، وأن القاضي الطرسوسي (المتوفى سنة ٧٥٨ هـ

---

(١) رسم المفتي : ١/ ٦٩، التحرير وشرحه: ٣/ ٣٥٠ وما بعدها، الاحكام في تمييز ا
عن الأحكام للقرافي: ص ٢٥٠ وما بعدها، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق
ص ١٠٦ وما بعدها، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الاسلامي ، بحث الاستاذ
الشنهوري: ص ٨٣ وما بعدها ، وبحث الشيخ عبد الرحمن القلهود: ص
بعدها .

على الجواز . أفتى مفتي الروم أبو السعود العمادي (المتوفى سنة ٩٨٣ هـ) في فتاويه بالجواز . وجزم ابن نجيم المصري (المتوفى سنة ٩٧٠ هـ) في رسالته « في بيع الوقف بغبن فاحش »و بأن المذهب جواز التلفيق ، ونقل الجواز عن الفتاوى البزازية وذهب أمير باد شاه (المتوفى سنة ٩٧٢هـ) الى جواز التلفيق بكل قوته . والف مفتي نابلس منيب أفندي الهاشمي رسالة في التقليد عام ١٣٠٧ هـ أيد فيها التقليد مطلقاً ، وقال عنها فقيه عصره الشيخ عبد الرحمن البحراوي : « إن المؤلف قد بين الحق على الوجه الصحيح » والخلاصة أن الشائع المشهور أن التلفيق باطل ، لكن العلماء خلاف ذلك وأنه جائز بأدلة كثيرة ناطقة على صحته .

٢ ـ المالكية : الأصح والمرجح عند المتأخرين من فقهاء المالكية هو جواز التلفيق ، فقد صحح الجواز ابن عرفة المالكي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير ، وافتى العلامة العدوى بالجواز ، ورجح الدسوقي الجواز ، ونقل الأمير الكبير عن شيوخه أن الصحيح جواز التلفيق وهو فسخه .

٣ ـ الشافعية : منع بعضهم كل صور التلفيق ، واقتصر بعضهم الآخر على حظر حالات التلفيق الممنوع الآتي بيانها . وأجاز آخرون التلفيق إذا جمعت في المسألة شروط المذاهب المقلدة .

٤ ـ الحنابلة : نقل الطرسوسي أن القضاة الحنابلة نفذوا الأحكام الصادرة بالتلفيق هذا ولم أذكر أقوال المخالفين من علماء هذه المذاهب ، سواء في قضية الأخذ بأيسر المذاهب . ولان أقوال المخالفين لا تلزمنا ، لعدم وجود دليل شرعي راجح لها .

التلفيق الممنوع :

ليس القول بجواز التلفيق مطلقاً ، وإنما هو مقيد في حدود معينة ، فمنه ما هو باطل لذاته كما إذا أدى الى إحلال المحرمات كالخمر والزنى ونحوهما . ومنه ما

هو محظور لذاته ، بل لما يعرض له من العوارض ، وهو ثلاثة أنواع[1] :

أولها . تتبع الرخص عمداً : بأن يأخذ الانسان من كل مذهب ما
الأخف عليه بدون ضرورة ولا عذر . وهذا محظور سدا لذرائع الفساد بالانح
من التكاليف الشرعية .

الثاني ـ التلفيق الذي يستلزم نقض حكم الحاكم ، لأن حكمه ي
الخلاف درءاً للفوضى .

الثالث : التلفيق الذي يستلزم الرجوع عما عمل به تقليداً أو عن
مجمع لازم لأمر قلده . وهذا الشرط في غير العبادات أما فيها فيجوز التلفيق
استلزم الرجوع عما عمل به أو عن أمر لازم لآخر إجماعاً ، ما لم يفض
الانحلال من دقة التكاليف الشرعية أو الى الذهاب بالحكمة الشرعية باقت
الحيل المغايرة للشريعة أو المضيعة لمقاصدها .

مثال الأول أي الرجوع عن العمل : ما نقل عن الفتاوى الهندية : ل
فقيهاً قال لامرأته : أنت«طالق ألبتة» وهو يرى أن الطلاق يقع ثلاث ، فئ
رأيه فيما بينه وبينها ، وعزم على أنها حرمت عليه . ثم رأى بعدئذ أنها تط
رجعية ، أمضى رأيه الأول الذي كان عزم عليه ، ولا يردها الى أن تكون ز
برأى حدث من بعد .

وكذلك لو كان في الإبتداء يراها تطليقة رجعية ، فعزم على أنها امرأ
ثم رأى بعد أنها ثلاث ، لم تحرم عليه . هذا ويلاحظ أن بطلان التلفيق
العمل مقيد بقيدين :

أولهما : أن يبقى من آثار الفعل السابق أثر يؤدي الى تلفيق العمل ب
لا يقول به كل من المذهبين كتقليد الشافعي في مسح بعض الرأس ومسالل

---

(١) عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، المرجع السابق: ص ١٢١، الاحكام في تمييز الف
عن الأحكام للقرافي: ص ٧٩، فتاوى الشيخ عليش: ١/ ٦٨، ٧١

طهارة الكلب في صلاة واحدة . وكما لو أفتى مفت ببيونة زوجته بطلاقها مكرهاً ، ثم نكح أختها مقلداً للحنفي بطلاق المكره ثم أفتاه شافعي بعدم الحنث . فيمتنع عليه أن يطأ الأولى مقلداً للشافعي والثانية مقلداً للحنفي لأن إمضاء الفعل كإمضاء القاضي لا ينقص .

ثانيهما : أن يكون ذلك في حادثة واحدة بعينها لا في مثلها كما لو صلى ظهراً بمسح ربع الرأس مقلداً للحنفي فليس له إبطالها باعتقاده لزوم مسح الكل مقلداً للمالكي . وأما لو صلى يوماً على مذهب وأراد أن يصلي يوماً آخر على غيره فلا يمنع منه[1] .

مثال الثاني أي الرجوع عن أمر مجمع عليه : لو قلد رجل أبا حنيفة في عقد النكاح بلا ولي فيستلزم العقد صحة إيقاع الطلاق لأنها أمر لازم لصحة النكاح إجماعاً فلو طلقها ثلاثاً ثم أراد تقليد الشافعي في عدم وقوع الطلاق لكون النكاح بلا ولي فليس له ذلك لكونه رجوعاً عن التقليد في أمر لازم إجماعاً . وهذا أمر معقول حتى لا تصبح العلاقة الزوجية السابقة علاقة محرمة وإن الأولاد أولاد زنى فيمنع ذلك كما يمنع كل ما يؤدي الى العبث بالدين أو الإضرار بالبشر أو الفساد في الأرض .

ومن صور التلفيق الممنوع لمخالفته الاجماع : أن يتزوج رجل امرأة بغير صداق ولا ولي ولا شهود مقلداً كل مذهب فيما لا يقول به الآخر فهذا من التلفيق المؤدي الى محظور لأنه يخالف الإجماع فلم يقل به أحد[2] .

من صور التلفيق الممنوع أيضاً : أن يطلق شخص زوجته ثلاثاً ثم يتزوج بابن تسع سنين بقصد التحليل مقلداً زوجها في صحة الزواج للشافعي فأصلبها ثم طلقها مقلداً في صحة الطلاق وعدم الحاجة الى المدة للإمام أحمد فيجوز لزوجها الأول العقد عليها فوراً فهذا التلفيق ممنوع لأنه يؤدي الى التلاعب بقضايا

(١) رسم المفتي في حاشية ابن عابدين: ١/ ٦٩ وما بعدها
(٢) شرح التنقيح للقرافي: ص ٣٨٦

الزواج . لذا قال الشيخ الأجهوري من الشافعية : هذا ممنوع في زماننا ولا يج
ولا يصح العمل بهذه المسألة لانه يشترط عند الشافعي أن يكون المزوج للص
أباًله أو جداًوأن يكون عدلاً وأن يكون في تزويجه مصلحة للصبي وأن يك
المزوج للمرأة وليها العدل بحضرة عدلين فاذا اختل شرط لم يصح التحليل لف
النكاح .

حكم التلفيق [1] في التكاليف الشرعية :

تنقسم الفروع الشرعية الى ثلاثة أنواع[2] :

الأول ـ ما بني في الشريعة على اليسر والتسامح مع اختلافه باختلا
المكلفين .

الثاني ـ ما بني على الورع والاحتياط .

الثالث ـ ما يكون مناطه مصلحة العباد وسعادتهم .

أما النوع الأول ـ فهو العبادات المحضة وهذه يجوز فيها التلفيق لأن مناط
امتثال أمر الله تعالى والخضوع له مع الحرج ، فينبغي عدم الغلو بها لأن التنط
يؤدي الى الهلاك .

أما العبادات المالية : فانها مما يجب التشديد بها احتياط خشية ضياع حقو
الفقراء فلا يؤخذ بالقول الضعيف أو يلفق من كل مذهب هو أقرب لمصلح
المزكي لاضاعة حق الفقير وإنما يجب الافتاء بالأحوط والأنسب لمصلحة الفقراء

وأما النوع الثاني : فهو المحظورات : وهي مبنية على مراعاة الاحتي
والأخذ بالورع مهما أمكن[3] لان الله تعالى لا ينهي عن شيء إلا لمضرته فلا يج

---

(١) إن التلفيق في التقليد للمذاهب هو تخير أو انتقاء من أحكام المذاهب الفقهية تقليداً لها

(٢) عمدة التحقيق للمباني: ص ١٢٧ وما بعدها .

(٣) والدليل على أنها مبنية على الورع والاحتياط أحاديث نبوية منها : « دع ما يريبك الى
لا يريبك » ومنها « ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام الحلال »

فيهـا التسامـح أو التلفيق إلا عنـد الضرورات الشرعية لأن الضرورات تبيح المحظورات .

وعليه لا يجوز التلفيق في المحظورات المتعلقة بحقـوق الله (أو حقـوق المجتمع) حفاظاً على النظام العام في الشرعية واهتماماً برعايا المصالح العامة . كما لا يجوز التلفيق في المحظورات المتعلقة بحقـوق العبـاد (حقـوق الأشخـاص الخاصة) منعاً من الاحتيال على حقوق الناس وإلحاق الضرر بهـم والاعتـداء عليهم .

وأما النوع الثالث : فهو المعاملات المدنية : والعقوبات الشرعية (الحدود والتعزيرات) وإداء الأموال الواجبة شرعاً من عشر المزروعات وخراج الأراضي وخمس المعادن المكتشفة والمناكحات (أو الأحوال الشخصية) فعقود الـزواج (المناكحات) وما يتبعها من أنواع الفرقة الزوجية : مبناها سعـادة الزوجـين وأولادهما . ويتحقق ذلك بالحفاظ على الرابطة الزوجية وتوفر الحياة الطيبة فيها كما قرر القرآن الكريم : « فإمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان » فكل ما يؤيد هذا الأصل يعمل به ولو أدى في بعض الوقائع الى التلفيق الجائز أما إذا اتخـذ التلفيق ذريعة لتلاعب الناس بأقضية الزواج والطلاق تلفيقاً فادحاً ممنوعاً مراعاة للقاعدة الشرعية : وهي « ان الأصل في الابضاع[1] التحـريم » صيانـة لحقـوق النساء والأنساب .

وأما المعاملات وأداء الأموال والعقوبـات المقـررة في الشرع والقصـاص لصيانة الدماء ونحوها من التكاليف المراعى فيها مصالح البشرية والمرافق الحيوية فيجب الأخذ منها من كل مذهب ما هو أقرب لمصلحة الناس وسعادتهم ولو لزم منه التلفيق لما فيه من السعي وراء تأييد المصلحة التي يقصدها الشرع .

ولأن مصالح الناس تتغير بتغير الزمان والعرف وتطور الحضارة والعمران

---

(١) الابضاع جمع بُضع بضم الباء : يطلق على الفرج والجماع ويطلـق أيضـاً على التـزويج (المصباح المنير) .

ومعيار المصلحة أو تحديد المراد منها : هو كل ما يضمن صيانة الأصول الك
الخمسة : وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال .

وصيانة كل مصلحة مقصودة شرعاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع . و
المصالح المرسلة المقبولة .قال الشرنبلالي الحنفي في العقد الفريد بعد أن ذكر فر
من أهل المذاهب صريحة بجواز التلفيق : فتحصل مما ذكرناه أنه ليس ع
الانسان التزام مذهب معين وأنه يجوز له العمل بما يخالف ما عمله على مذه
مقلداً فيه غير إمامه مستجمعاً شروطه ويعمل بأمرين متضادين في حادثتين لا تع
لواحدة منهما بالأخرى . وليس له إبطال عين ما فعله بتقليد إمام آخر لان إمض
الفعل كإمضاء القاضي لا ينقض .

وقال أيضاً إن له التقليد بعد العمل كما إذا صلى ظاناً صحة الصلاة ع
مذهبه ثم تبين بطلانها وصحتها على مذهب غيره فله تقليده ويجتزىء بتل
الصلاة على ما قال في البزانية : أنه روى عن أبي يوسف : انه صلى الجمع
مغتسلا من الحمام ثم أُخبر بفأرة ميتة في بئر الحمام فقال : نأخذ بقول إخواننا م
أهل المدينة : إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً[1] .

والخلاصة : ان ضابط جواز التلفيق وعدم جوازه : هو أن كل ما أفض
الى تقويض دعائم الشريعة والقضاء على سياستها وحكمتها فهو محظور وخصوص
الحيل الشرعية الممنوعة[2] وإن كل ما يؤيد دعائم الشريعة وما ترمي اليه حكمت
وسياستها لإسعاد الناس في الدارين بتيسير العبادات عليهم وصيانة مصالحهم
المعاملات فهو جائز مطلوب .

اختيار الأيسر في التقنين :

لا مانع شرعاً من اختيار الحاكم ولي الأمر أيسر الأقوال في المذاهب الشرعي

---

(١) رسم المفتي في حاشية ابن عابدين: ١/٧٠

(٢) أنظر أمثلة على الحيل المحرمة التي يكفر من أفتى بها في أعلام الموقعين: ٣/٢٥٥ و
بعدها .

المختلفة إذ إن ذلك ليس من قبيل التلفيق الممنوع لأن الأحكام المختارة من المذاهب هي أحكام كلية لأمور متغايرة لا تجمع بينها رابطة كما بيّنا وإذا حدث فيها تلفيق أثناء التطبيق الفعلي فهو غير مقصور فلا حرج فيه كالقول بصحة الزواج بغير ولي وبعبارة النساء والتفريغ عليه بجواز استدامة الزوجية بعدم مراجعتها أثر صدوق طلاق ثلاث بلفظ واحد اكتفاء بإيقاعه طلقة واحدة رجعية فهو تلفيق غير ممنوع لانه لم يقصد اليه .

وأقول بجواز التلفيق في الجملة أقوى دليلا من القول بمنعه فضلا عما فيه تحقيق مصالح الأفراد والجماعات ولا يترتب عليه أي مفسدة من مفاسد التلفيق المحظور ولو افترضنا أن التلفيق كله غير جائز فان تخير الحاكم لرأي وجعله قانوناً نافذاً : يقوي الحكم ولو كان قولا ضعيفاً كما قرر العلماء بل ويوجب الطاعة إذا لم يكن أمراً بمعصية متيقنة شرعاً . وقد بدأ التخير من أحكام المذاهب في مجال التقنين فعلا منذ أكثر من خمسين عاماً في مطلع القرن وذلك حينما شعرت الحكومة

العثمانية بالحاجة الى التوسع في حرية التعاقد والشروط العقدية وقابلية المحل المعقود عليه بسبب ازدياد حاجة التعامل التجاري والصناعي وتطور أساليب التجارة الداخلية والخارجية وظهور أنواع جديدة من الحقوق هي الحقوق الأدبية كحق المؤلف والمخترع والاحتياج الى عقود التأمين على البضائع المستوردة واتساع مجال عقود الاستصناع مع المصانع الكبرى وعقود التوريد لتقديم اللوازم والمواد الأولية الى المؤسسات والشركات والمعامل والمدارس .

فاستبدلت السلطة العثمانية بالمادة ٦٤ سنة ١٣٣٢ هـ / ١٩١٤م من قانون أصول المحاكمات مادة أخرى أخذت مبادئها من غير المذهب الحنفي كالمذهب الحنبلي ومذهب ابن شبرمة اللذين يوسعان من دائرة حرية الشروط العقدية ويقتربان من مبدأ سلطان الارادة القانوني أي أن « العقد شريعة المتعاقدين » ويجيز أن هذه المبادىء الثلاثة التي تضمنتها المادة الجديدة هي :

١ ـ توسيع قابلية المحل للتعاقد عليه ليشمل كل ما جرى العرف أو س
بعد .

٢ ـ جواز كل اتفاق أو اشتراط لا يخالف النظام العام والآداب والق
الخاصة وقوانين العقارات والأحوال الشخصية والأوقاف وبذلك تقلصت ن
الفساد عند الحنفية وأصبح جائزاً ما يعرف بالشرط الجزائي أو التعهد بالضمان
جزاء النكول أو التأخر عند تنفيذ الالتزام عملا بمذهب القاضي شريح .

٣ ـ اعتبار العقد تاماً بمجرد الاتفاق على النواحي الأساسية ولو لم
الأمور الفرعية وبه أصبحت الجهالة غير ضارة في تكوين العقد فيصح ال
بسعر السوق أو بما يستقر عليه في يوم ما[1] هذا وقد أصدرت الحكومة الع
سنة ١٣٣٦ هـ قرار حقوق العائلة المعمول به اليوم أخذت فيه بطائفة من أ
المذاهب الثلاثة غير الحنفية واختارت بعض أقوال ضعيفة في المذهب الح
وصدرت في مصر قوانين متخيرة من أحكام المذاهب بدأ من سنة ١٩٢٠ م الى
١٩٢٩ م ثم سنة ١٩٣٦ م وحتى الآن اتبعت فيها : أسلوب قانون الع
العثماني وذلك بحضور صفوة مختارة من كبار العلماء ورجال القضاء الشرعي
مختلف المذاهب مراعاة لتغير الزمان وتطور الحياة الاجتماعية وتجدد المص
والحاجات وتبدل الأوضاع والتنظيمات . ومن أبرز الأمثلة على القوانين الم
قانون الوصية الواجبة رقم ٧١ في المواد ٧٦ ـ ٧٩ من قانون الأحوال الشخ
المصري الصادر عام ١٩٤٦م لمعالجة مشكلة « أولاد المحروم » أي أولاد ال
المتوفى في حال حياة أبيه وتابعه القانون الشوري الصادر عام ١٩٥٣ مع
فارق بينهما وهو أن القانون المصري لم يميز بين أولاد الابن وأولاد البنت
القانون السوري فقد اقتصر على أولاد الابن وأما أولاد البنت فهم من
الأرحام الوارثين وقد أخذ هذا القانون من مجموع آراء فقهية كرأي ابن
الظاهري وأقوال بعض فقهاء التابعين ورواية في مذهب أحمد ولم يستند ذلك
رأي فقهي معين .

---

(١) المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى الزرقا: ف٣٨٨ ـ ٣٩٢

ومن الأمثلة الشهيرة على تخطي المذاهب الأربعة أو التلفيق بينهـا وبـين غيرها لحاجة الناس اليها : جواز الوصية لوارث بدون توقف على إجازة الورثة في المادة (٣٧) من قانون الوصية المصري رقم (٧١) لعام ١٩٤٦ م أخذاً بقول فريق من المفسرين ومنهم أبو مسلم الاصفهاني وفريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة كبعض أئمة الشيعة الزيدية وبعض الشيعة الإمامية الاثني عشرية والاسماعيلية .

ومن الأمثلة القضائية للتخير : تقييد الشهادات بأن تصحب بدليل قوي كالكتابة والخبرة والتسجيل الرسمي لنفي الشبهة بسبب تغير الزمان وضعف الوازع الديني . والنهي عن سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة إلا في الوقف والأرث فبعد ثلاث وثلاثين سنة في لائحة المحاكم الشرعية المصرية سنة ١٨٨٠ م والمنع من سماع دعوى الزوجية والطلاق والاقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين إلا إذا كانت الدعوى مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحتها في المادة (٣١) من لائحة سنة ١٨٩٧م المصرية .

المطلب الخامس ـ الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب :

لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب علماء الأصول والفقه بحثاً مستقلاً بهذا الموضوع ويمكن وضع ضوابط شرعية للأخذ بأيسر المذاهب من طريق الاستنباط أو الاستخلاص مما كتبه الأصوليون والفقهاء في بحث التلفيق وتتبع الرخص والتقليد عموماً .

وهذه الضوابط[1] هي ما يأتي :

الضابط الأول: أن يتقيد الأخذ بالأيسر في مسائل الفروع الشرعية الاجتهادية الظنية أي القضايا العملية التي تثبت أحكامها بطريق ظني أغلبي كأحكام العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والجنايات التي ليس فيها نص

---

(١) الضابط: معناه القاعدة الكلية ومعه ضوابط ويراد هنا القيود التي تحدد نطاق الموضوع .

قطعي أو إجماع أو قياس جلي[1] .

وهذا ـ كما بينا ـ هو مجال التقليد والتلفيق أما غير ذلك فلا يصح الأخ
بالأيسر مثل مسائل العقائد وأصول الايمان والأخلاق كمعرفة الله تعالى وص
وإثبات وجود الله ووحدانيته ودلائل النبوة ومثل كل ما علم من الدين بالضرو
أي البداهة ـ وهو ما أجمع عليه المسلمون ويكفر جاحده أو منكره في
التكاليف الشرعية : عبادات أو معاملات أو عقوبات أو محرمات كأركان الإ
الخمسة وحرمة الربا (الفائدة)والزنى وحل البيع والزواج والقرض ونحوها م
ثابت قطعاً بالاجماع لا يجوز فيها التقليد والتلفيق أو الأخذ بالأيسر . فلا ي
التلفيق المؤدي الى إباحة المحرمات كالنبيذ المسكر والزنا مثلاكما لا يباح الت
المؤدي الى اهدار حقوق الناس أو إلحاق الأذى والضرر بهم والعدوان عليهم
ضرر ولا ضرر في الاسلام .

قال القرافي[2] : أن ضابط المذاهب التي يقلد فيها خمسة أشياء لا س
لها عملا بالاستقراء :

١ ـ الأحكام الشرعية الفروعية الاجتهادية .
٢ ـ وأسبابها .
٣ ـ وشروطها .
٤ ـ وموانعها .
٥ ـ والحجاج[3] المثبتة للأسباب والشروط والموانع .

احتـز بـ (الشرعية) عن العقلية كالحســاب والهندســة وعــن الحس

---

(١) القياس الجلي : هو ما كانت العلة فيه منصوصة أوغير منصوصة ولكن قطع فيه بنقي
الفارق بين الأصل والفرع . كقياس الضرب على التأنيف في الحرمة .

(٢) الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والامام للقرافي : ص ٩٥
بعدها طحلب الفروق.

(٣)أي طرق الاثبات أو أدلته مثل الاقرار والشهادة.

وغيرها . واحتز بالفروعية عن أصول الدين وأصول الفقه وبالاجتهادية عن الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة .

وأسباب الأحكام مثل الإتلاف المسبب للضمان . والشروط كاشتراط الولي والشهود في عقد الزواج والموانع كالجنون والأعماء المانعين من التكليف الشرعي والدين المانع من إيجاب الزكاة .

الحجاج المثبتة للأسباب والشروط والموانع هي ما يعتمد عليه القضاء من البينات والأقارير ونحو ذلك وهي نوعان : ١ ـ مجمع عليه كالشاهدين في الأموال والأربعة الشهود في الزنى والإقرار في جميع ذلك إذا صدر من أهله في محله . ٢ ـ ومختلف فيه : نحو الشاهد واليمين وشهادة الصبيان في القتل والجراح والإقرار إذا أعقبه رجوع . ونحن كما نقلد العلماء في الأحكام وأسبابها وشروطها وموانعها فكذلك نقلدهم في الحجاج المثبتة لذلك .

فاختيار الأيسر من المذاهب مقيد إذاً في هذا النطاق وهو الأحكام الفرعية الثابتة بغلبة الظن لدى المجتهد مثل وجوب الوتر والنية في الوضوء وكون الدين مانعاً من الزكاة وإباحة المعاطاة(١) وقبول شهادة الصبيان في القتل والجراح والشاهد واليمين وشهادة النساء فيما يختص بهن الاطلاع عليه كعيوب الفروج واستهلال المولود وجواز البيع بشرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين والتطليق بسبب الغيبة أو الإعسار أو الإضرار وتقويم منافع العقارات وتضمين الأُجراء الصناع ومنع هدية المديان ونحو ذلك .

الضابط الثاني ـ ألا يترتب على الاخذ بالأيسر معارضة الشريعة القطعية أو أصولها ومبادئها العامة . يفهم هذا الشرط مما ذكره فقهاء المالكية ـ حتى الشاطبي ـ من ضرورة نقض حكم الحاكم أو قضاء القاضي أمور أربعة ينقض فيها قضاؤه مما

---

(١) المعاطاة : المبادلة من غير إيجاب ولا قبول كدفع الثمن وأخذ المبيع فعلا من غير كلام صادر من العاقدين أو من أحدهما .

يدل على أنه عند الأخذ بالأيسر لا يجوز الوقوع فيما يخالف هذه الأمور وهي م

الأول : أن يحكم القاضي بما يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع . فيـ
هو حكم نفسه بذلك وينقضه القاضي الوالي بعده ويلحق بذلك الحكم با
الشاذ .

الثاني : أن يحكم بالظن والتخمين من غير معرفة ولا اجتهاد فينقض
ومن يلي بعده .

الثالث : أن يحكم بعد الاجتهاد ثم يتبين له الصواب في خلاف ما حك
فلا ينقضه من ولي بعده واختلف هل ينقضه هو أم لا ؟

الرابع : أن يقصد الحكم بمذهب فيذهل ويحكم بغيره من المذ
فيفسخه هو ولا يفسخه غيره .ويهمنا في بحث الأخذ بالأيسر من هذه الأمور
الأول فقد عدد القرافي[٢] صوراً أربعة بنقض فيها الحكم هي : مخالفة الا
والقواعد والقياس الجلي والنص . ومثل لكل حالة وبين سبب النقض ثم ق
فان مثل هذا لا يقر في الشرع لضعفه وكما لا يتقرر إذا صدر عن الحكام كذل
يصح التقليد فيه إذا صدر عن المفتي ويحرم اتباعه فيه[٣] أما سبب نقض ا
المخالف للاجماع : فهو أن الاجماع معصوم من الخطأ ولا يحكم إلا بحق فـ
يكون باطلا قطعاً .

وأما سبب نقض الحكم لمخالفة القواعد والقياس الجلي والنص إذ
يكن لها معارض راجح عليها فهو أنها واجبة الاتباع شرعاً ويحرم مخالفتها ولا
شرعاً ما يعارضها باجتهاد خاطىء : « فإن تنازعتم في شيء فردوه الى
والرسول».

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي: ٢٩٤ : ط ناس

(٢) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام:ص ١٢٨ ،تبصرة الحكام:١/ ٧٠،٧٣ البابي
البابي

(٣) ويؤيده أن عز الدين بن عبد السلام (المتوفى سنة ٦٦٠هـ.) اشترط لجواز التلفي
يكون ما قلد فيه مما ينقض فيه الحكم أي أن تكون المسألة اجتهادية .

فمخالفة النص : مثل حكم القاضي بابطال وقف المنقول فانه ينقض حكمه لمخالفته نصوص الأحاديث الصحيحة بصحة وقف المنقول منها أن رسول الله ﷺ قال في حق خالد بن الوليد : قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله»[1] ومثل جهاز الوصية للوارث فانه مخالف للحديث المتواتر : ألا لا وصية لوارث » ومثل إقرار الربا القليل أو الفائدة في حدود ٧٪ فانه مخالف للآيات القرآنية الدالة دلالة قطعية على تحريم الربا : «وأحلّ الله البيع وحرم الربا » ومثل تسوية المرأة بالرجل في الميراث فانه معارض صراحة للنص القرآني : « للذكر مثل حظ الانثيين » .

ومخالفة الاجماع : مثل الحكم بحرمان الجد من الميراث إذا اجتمع مع الأخوة مع أن الصحابة أجمعوا على ضرورة إرث الجد ، وإنما اختلفوا في أنه : هل يرث جمع المال ويحجب الأخوة أم أنه يرث مع الأخوة ومثل الحكم بعدم ضرورة القسمة بين الزوجات في بعض الأحوال فانه مخالف للاجماع على أن العدل في القسمة واجب . ومثل الحكم بالقرائن في إثبات جريمة الزنى فانه مخالف للاجماع والنص القرآني القاطع ومخالفة القواعد : مثل لها القرافي بالمسألة السريجية (نسبة لأحمد بن سريج الشافعي المتوفى سنة ٣٠٦ هـ) وهي أن يقول الزوج : « إن طلقتك فانت طالق قبله ثلاثاً » فلا يقع الطلاق عند ابن سريج وتابعه فيه ابن تيمية وابن القيم[2] لان الطلاق الصادر منه لم يصادف محلاً له . فلو حكم حاكم باقرار الزواج عملا بهذا الرأي فينقض حكمه ـ عند المالكية ـ لمخالفته القواعد لان من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط فاذا لم يجتمع الشرط مع المشروط لا يصح أن يكون في الشرع شرطاً[3] . هذا والوصية لوارث مخالفة

---

(١) نيل الأوطار: ٦/ ٢٥ .

(٢) أعلام الموقعين: ٣/ ٢٦٣ وما بعدها.

(٣) ومن أمثلة مخالفة قواعد الشريعة عند الشافعية: بيع المعاطاة أو المراضاة : فهو مصادم لأصل شرعي -في رأيهم - وهو كون الرضا المشروط في البيوع والتجارات معبراً عنه بالايجاب والقبول اللفظين .

للقواعد أيضاً مثل قاعدة « درأ المفاسد مقدم على جلب المصالح » وقاع
« الحكم يتبع المصلحة الراجحة » والمصلحة الراجحة في الإبقاء على روابط الأ
على أساس من المحبة والتعاون وصلة الرحم .

ومخالفة القياس الجلي : مثل قبول شهادة النصراني فان الحكم بشهاد
ينقض لان الفاسق لا تقبل شهادته والكافر أشد منه وأبعد عن المناصب الش
في مقتضى القياس فينقض الحكم لذلك ولقوله تعالى « واشهدوا ذوي ع
منكم » وهو رأي المذاهب الأربعة الا الحنابلة فقد أجازوا شهادة أهل الكتاب
الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم عملا بقوله تعالى « أو آخران من غيركم »

لكن يلاحظ أن الأسباب المعنوية والاجتماعية والظروف الخاصة والتعص
الذي كان موجوداً في التاريخ بين المسلمين وغيرهم هو الذي أدى الى رفض قب
شهادة غير المسلمين أما الآن وقد عاش المسلمون مع غيرهم في صعيد وا
واتصلوا اتصالا وثيقاً مع بعضهم فلا مانع من قبول شهادتهم على المسلم
للضرورة . وقد جرى العمل على ذلك في البلاد الإسلامية .

الضابط الثالث ـ ألا يؤدي الأخذ بالأيسر الى التلفيق الممنوع :

قد بينا دائرة التلفيق الممنوع سواء الباطل لذاته كإحلال المحرمات كا
والزنى ونحوهما أو الباطل لا لذاته وإنما لعارض ويشمل أنواعاً ثلاث

الأول : تتبع الرخص عمداً أي الأخذ بالأيسر بدون ضرورة ولا عذر

الثاني : التلفيق الذي يستلزم نقض حكم القاضي .

الثالث : التلفيق الذي يستلزم الرجوع عما عمل به تقليداً أو عن
مجمع عليه لازم لأمر قلده وذلك في غير العبادات الخمسة فلا يؤخذ بالأيسر
أدى الأمر الى انحلال من مسئولية التكاليف الشرعية أو العبث بالدين وقض
الزواج أو الاضرار بالبشر أو الفساد في الأرض أو الاضرار بالمصلحة الاجتم

فلا يجوز مثلا التلفيق أو الأخذ بالأيسر للتخلص من فريضة الزكاة باستخدام الحيل[1] قبيل مضي العام باعطاء الشخص مديناً له من الزكاة بقدر ما عليه ثم يطالبه بالوفاء فاذا وفاة بريء وسقطت الزكاة من الدافع أو يلجأ المزكى لتصرف صوري بيعاً أو هبة ثم يسترد المال إليه فهذه حيلة محرمة باطلة لا تسقط فرض الزكاة [2] لان في ذلك إضراراً بمصلحة الفقراء وتآمراً على حقوقهم الثابتة شرعاً في أموال الاغنياء .

كما لا يصح الأفتاء بأيسر المذاهب في أحكام الزكاة دفعاً لحاجة الفقير ، وإنما يفتى بما يحقق المصلحة فيفي مثلا بمذهب مالك والشافعي وجمهور العلماء بايجاب الزكاة في مال الصبي والمجنون وباخراج زكاة الأرض الخراجية (التي فتحت عنوة) مع الخراج فيكون الواجب في تلك الأرض الخراج والعشر معاً . لأن العشر واجب ديني على المسلمين والخراج واجب اجتهادي ليكون مورداً للجماعة ممثلة بالدولة لسد حاجاتها ونفقاتها العامة .

ومن الواجب أن تكون الغاية من الأخذ بالأيسر الحفاظ على مقاصد الشريعة والتزام سياستها وحكمتها التشريعية ورعاية مصلحة الناس كافة في المعاملات والعقوبات وأداء الأموال والعلاقات الزوجية لا المصلحة الخاصة وعدم إهدار مصلحة أهم مما دونها ، واتقاء المفسدة الكبرى بالدنيا عند الضرورة وأن يكون الشرع هو معيار تحقيق المصلحة ودرء المفسدة . ومقاصد الشريعة هي : حفظ الدين (من عقائد وعبادات) والنفس والعقل والنسل والمال وينبغي التدرج في الحفاظ عليها حسب مراتبها وهي الضروريات أولا ثم الحاجيات ثم التحسينيات .

أما الضروريات : فهي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا وضاع النعيم وحل العقاب في الآخرة . أي أنها

---

(١) قال ابن القيم : لا يجوز للمفتي تتبع الحيل المحرمة والمكروهة : أعلام الموقعين: ٤/ ٢٢٢

(٢) أعلام الموقعين: ٣/ ٢٥٨ ، ٣٢٠

كل ما لا بد منه لحفظ المقاصد الخمسة الأصلية .

وأما الحاجيات :فهي التي يحتاج الناس اليها لرفع الحرج عنهم فقـ
بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج دون أن تختل الحياة . فقد تتح
بدونها المقاصد الخمسة ولكن مع المشقة والضيق .

وأما التحسينات : فهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادا
ومكارم الأخلاق ، كالطهارات وستر العورات . فهي بمثابة السور للحفاظ ع
المقاصد الخمسة الضرورية .

الضابط الرابع : أن تكون هناك ضرورة أو حاجة للأخذ بالأيسر .

الأخذ بالأيسر ينبغي ألا يكون متخذاً للعبث في الدين أو مجاراة أهـ
النفوس أو للتشهي وموافقة الأغراض لأن الشرع جاء بالنهي عن اتباع الهوى
قال الله تعالى « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيه
« فإن تنازعتم في شيء فردون الى الله والرسول » فلا يصح رد المتنازع فيه
أهواء النفوس.وهناك آيات كثيرة في هذا المعنى منها قوله سبحانه : « فان
يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ، ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هد
من الله ، إن الله لا يهدي القوم الظالمين » « يا داود إنا جعلناك خليفة
الأرض ، فاحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله »

وبناء عليه ألزم العلماء المفتي في إفتائه ألا يتبع أهواء الناس[1] بل يتب
المصلحة والدليل الراجح والمصلحة المعتبرة هي مصلحة للكافة كما بينا .قال تع
لنبيه: «ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون
انهم لن يغنوا عنك من الله شيئاً» . قال القرافي في الأحكام والشيخ عليش
فتاويه[2]: أما اتباع الهوى في الحكم والفتيا فحرام اجماعاً .

---

(١) أعلام الموقعين: ١/ ٤٧ ، الموافقات: ٤/ ١٤٢أو ما بعدها، الاعتصام: ٢/ ١٧٦
(٢) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك: ١/ ٦٨ ، الأحكام للقرافي: ص ٧٩

وقال ابن القيم : « لا يجوز للمفتي تتبع الرخص لمن أراد نفعه فان تتبع ذلك فسق وحرم استفتاؤه »[1] وهذا المعنى هو الذي حمل الشاطبي - كما بينا سابقاً - على منع تتبع الرخص فقد قال : وقد أدى إغفال هذا الأصل (أي اتباع أحد الدليلين أو القولين من غير ترجيح) الى أن صار كثير من مقلدي الفقهاء يفتي قريبه أو صديقه بما لا يفتي به غيره من الأقوال ، اتباعاً لغرضه وشهوته أو لغرض ذلك القريب وذلك الصديق[2] .

وهذا يدلنا على أن مراعاة المصلحة الخاصة في الأخذ بالأيسر أمر غير مرغوب فقها وشرعاً وإنما ينبغي مراعاة المصلحة العامة أو مصلحة الكافة .

وإذا كان اتباع الأهواء محرماً لزم تقييد الأخذ بأيسر المذاهب بوجود حالة الضرورة أو الحاجة لان « الضرورات تبيح المحظورات » « والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة » والضرورة : ما يترتب على عصيانها خطر . أما الحاجة : فهي ما يترتب على عدم الاستجابة اليها عسر وصعوبة والمراد بكون الحاجة عامة : أن تكون شاملة جميع الأمة والمراد بكونها خاصة أن يكون الإحتياج لطائفة متخصصة من الأمة كأهل بلد أو حرفة لا أن تكون دردية[3] .

ولسنا مع الشاطبي في أن العمل بالضرورة أو الحاجة أخذ بما يوافق الهوى[4] لان الضرورات والحاجات تتجدد حسب التطور . ولا بد من مراعاة ضوابط الضرورة الشرعية والحاجة (وهي أن تكون قائمة لا متوقعة ويقينية أو غالبة الظن وملجئة أو محرجة . . الخ[5] .

الضابط الخامس : أن يتقيد الأخذ بالأيسر بمبدأ الترجيح .

---

(١) أعلام الموقعين : ٤/ ٢٢٢

(٢) الموافقات: ٤/ ١٣٥

(٣) المدخل الفقهى للاستاذ مصطفى الزرقا: ف٦٠٣

(٤) الموافقات: ٤/ ١٤٥

(٥) راجع نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبه الزحيلي: ص ٦٦ وما بعدها .

أي أن يكون الهدف العام أولا هو العمل بالرأي الأقوى أو الأرج
بحسب رجحان دليله لان الأخذ بالأيسر نوع من الاجتهاد والمجتهد ملزم باتبا
الدليل الراجح المؤدي الى الصواب وبحسب غلبة ظنه . لذا أوجب الأصوليو
على المفتي (أي المجتهد) أن يتبع القول لدليله ، فلا يختار من المذاهب أضعف
دليلاً بل يختار أقواها دليلا وذلك لان الصحابة اجمعوا في اجتهاداتهم على وجو
العمل بالراجح من الظنين دون أضعفهما ولان العقل يوجب العمل بالراجح
الحوادث والأصل اتفاق الشرع مع العقل .

قال القرافي : إن الحاكم إن كان مجتهداً فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي ا
بالراجح عنده وإن كان مقلداً جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه وأن يحكم
وإن لم يكن راجحاً عنده مقلداً في رجحان القول المحكوم به أمام الذي يقلده ك
يقلده في الفتيا . وقال أيضاً : أما الحكم أو الفتيا بما هو مرجوع فخلاف
الاجماع[1] لكن ناقش الشيخ عليش هذا الاجماع فقال : ولعل هذا الاجماع ع
تقدير ثبوته ـ إنما يكون حيث تبع القاضي أو المفتي في تقليد الشاذ هواه ، فإ
أبغض شخصاً أو كان من ذوي الخمول شدد عليه فقضى عليهوأفتاه بالمشهو
وإن أحبه أو كان له عليه منة وكان من أصدقائه أو أقاربه واستحيا منه لكونه م
ذوي الوجاهة أو أبناء الدنيا أو قضى له بالشاذ الذي فيه رخصة[2] .

ثم ذكر الشيخ عليش في فتاويه عند الكلام على موضوع التخير بي
الأقوال : الصحيح إن كان المقلد أهلا للنظر في طرق الترجيح وإدراك مدار
التقديم والتصحيح فانما الواجب عليه في القولين أو الأقوال إن كانت لشخص
واحد ألا يعمل أو يفتي أو يحكم بالراجح عنده[3] .

---

(١) الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص ٧٩ ، ٨٠، تبصرة الحكام: ١/ ٦٦، فتاوى الشيخ عليش ١/ ٦٤ ، ٦٨

(٢) فتح العلي المالك : ١/ ٦٢

(٣) فتاوى الشيخ عليش: ١/ ٦٥

ثم تعقب الشيخ عليش[1] عبارة القرافي في أنه منع المجتهد من الحكم والفتيا الا بالراجح عنده وأجاز للمقلد أن يفتي بمشهور مذهب من قلده حتى ولو كان شاذاً مرجوعاً في نظره . ثم قال عليش : لا دليل فيه على جواز العمل بغير الراجح لانه لا يلزم من العمل على المرجوح عنده الراجح في نظر إمامه أو عله العمل بالمرجوح في نظرهما معاً .

وخلاصة الكلام المفهوم من كلام القرافي والشيخ عليش : أن المقلد إذا كان أهلا للترجيح وكان هناك قولان : راجح ومرجوح فعليه النظر والترجيح وإن كان القولان متكافئين لا راجح فيهما في نظره جاز له الحكم بأحد القولين أو الترجيح بلا علم أو بالأكثر أو بالأشد والأثقل[2] .

هذا هو الأصل العام عند العلماء في أنه يجب العمل بالراجح في الفتيا والقضاء والعمل إلا لعارض معتبر شرعاً فاذا وجدت ضرورة أو حاجة أو مصلحة عامة للعمل بالقول المرجوح (الضعيف أو الشاذ) أو اعتمد الحاكم قولاً مرجوعاً ، جاز الأخذ به كما بينا سابقاً ولا إجماع في الحقيقة على منع الأخذ بالمرجوح بدليل وجود الاختلاف بين العلماء فيما يأخذ به المقلد من أقوال العلماء :

قيل : يأخذ بقول أعلمهم . وقيل : يأخذ بقول أكثرهم ، وقيل : يأخذ بقول من شاء منهم يعني وإن لم يكن قائله أعلم ولا أكثر بل يكون مماثلا أو أقل عدداً أو أدنى علماً وهذا هو عين القول الشاذ .

وقد قال بعض المفسرين في سر قوله تعالى لداود عليه السلام : « ولا تتبع الهوى » بعدما أمر له أن يحكم بالحق : إن فيه إشارة الى أن الامتثال لا يكون بمجرد الحكم بالحق حتى يكون الباعث على الحكم به حقيقة لاتباع الهوى فيكون معبود من اتصف بهذا هواه لا مولاه جلّ وعلا حتى إذا لم يجد هواه في الحق تركه واتبع غير الله . أما من قلد القول الشاذ لانه حق في حق من قال به وفي حق من

(١) المرجع السابق: ١/٦٨

(٢) الأحكام للقرافي: ص ٣٠، ٨٠، فتاوى عليش: ١/ ٦٥ ، ٦٩ ، ٧٩ .

قلده . ولم يحمله عليه مجرد الهوى بل الحاجة والاستعانة على دفع ضرر دنيوي فهذا ترجى له السلامة في تقييده ذلك[1] .

وقال الشيخ عليش : أما التقليد في الرخصة من غير تتبع بل ع اليها في بعض الأحوال خوف فتنة ونحوها فله ذلك[2] هذه هي ضوابط الا المذاهب - في تقديرنا - فاذا ما التزمناها نكون قد أخذنا بمبدأ الاعتدال الذي قامت عليه شريعة الإسلام والذي يتفق مع المنهج الذي ارتآه ا جعفر المنصور حينما لقي الامام مالك في الحج فقال له : إنه لم يبق ع وغيرك . أما أنا فقد اشتغلت بالسياسة فأما انت فضع للناس كتاباً والفقه تجنب فيه رخص ابن عباس وتشديدات ابن عمر وشواذ ابن مسع توطيئاً ، قال مالك: فعلمني كيفية التأليف يعني دله على طريقة الاعتدال

ويمكن اختصار هذه الضوابط في أمرين :

أولها - أن تكون المسألة إجتهادية ليس فيها دليل راجح .

ثانيهما - أن تكون هناك ضرورة أوحاجة أو مصلحة أو عذر .

هذا وقد أبان ابن حجر وغيره من الشافعية[3] شروط التقليد وبالتا هذه الشروط لبحثنا وهو الأخذ بأيسر المذاهب من باب أولى فيحسن ذ وشروط التقليد ستة :

الأول : أن يكون مذهب المقلد مدوناً لتتمكن فيه عواقب ويتحصل له العلم اليقيني بكون المسألة المقلد بها من هذه المذاهب .

الثاني : حفظ المقلد شروط إمام المذهب في تلك المسألة .

---

(١) فتاوى الشيخ عليش : ١/ ٦٢

(٢) المرجع السابق : ١/ ٦٠

(٣) راجع الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية من المسائل والضوابط والقواعد ضمن مجموعة سبعة كتب مفيدة « للسيد علوي بن أحمد السقاف » طبعة البابي ص ٥١ .

الثالث : أن لا يكون التقليد فيما ينقض فيه قضاء القاضي بأن لا يكون خلاف نص الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس الجلي .

الرابع أن لا يتبع الرخص بأن يأخذ من كل مذهب بالأسهل لتنحل رتبة التكليف من عنقه .

قال ابن حجر : ومن ثم كان الأوجه أن يفسق به . وقال الرملي : الأوجه أنه لا يفسق وإن أثم به .

وهذا الشرط ـ كما صرح المتأخرون ـ ليس شرطاً لمصلحة التقليد بل هو شرط لدرء الاثم كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة .

الخامس : أن لا يعمل بقول في مسألة ثم بضده في عينها .

وهذا الشرط فيه نظر لأنه مبني على امتناع التقليد بعد العمل والأصح جوازه ـ كما قال الشافعية .

السادس : أن لا يلفق بين قولين تتولد منهما حقيقة واحدة مركبة لا يقول كل من الامامين بها كتقليد الشافعي في مسح بعض الرأس ومالك في طهارة الكلب في صلاة واحدة . قال البلقيني : إن التركيب القادح في التقليد إنما يؤخذ إذا كان في قضية واحدة كتقليد إمامين في طهارة الحدث أما إذا كان التركيب من حيث القضيتين كطهارة الحدث وطهارة الخبث فذلك غير قادح لأن الامامين لم يتفقا على بطلان طهارته .

وزاد بعض الشافعية شرطاً سابعاً : وهو أنه يلزم المقلد اعتقاداً أرجحية أو مساواة مقلدة للغير لكن المشهور الذي رجحه النووي والرافعي جواز تقليد المفضول مع وجود الفاضل . قال ابن عابدين في رد المحتار : ذكر في التحرير وشرحه أنه يجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل . وبه قال الحنفية والمالكية وأكثر الحنابلة والشافعية .

وزاد بعضهم شرطاً ثامناً : وهو أنه لا بد في صحة التقليد أن يك
صاحب المذهب حياً وقت التقليد لكن هذا مردود عند العلماء لان الشيخ
النوري والرافعي اتفقا على جواز تقليد الميت ، وقالا : هو الصحيح .

يتبين من نقاش هذه الشروط خلال ما كتبناه أن الشرطين الأولين مفتر
تحققهما في كل تقليد أو أخذ بالأيسر . وأن الشرط الخامس والسابع والثامن
داعي لهما ، ونوافق على الشرط الثالث ونعتمده في بحثنا ونمنع الأخذ بالت
الممنوع فقط . ونأخذ بما يخالف الشرط الرابع عند الحاجة .

والحمد لله رب الع

القِسمُ الثّاني

حَول تطبيقَات تشريعَات الحُدود

أولاً : التطبيق القضائي لتشريعات الحدود ومشاكله

تقرير الدكتور أحمد رفعت خفاجي

المستشار بمحكمة النقض المصرية
استاذ القانون المقارن
بكلية اللغة العربية والدراسات الاسلامية
جامعة بنغازي (فرع البيضاء) .

خطة التقرير :

مقدمة

١ ـ قانون العقوبات وتشريعات الحدود

المسألة الأولى ـ نطاق تطبيق قانون إقامة حدي السرقة والحرابة ونصوص قانون العقوبات في هذا الشأن .

٢ ـ عرض المسألة .

٣ ـ أهمية البحث .

٤ ـ دقة البحث .

٥ ـ الشروط الواجب توافرها في السرقة المعاقب عليها حداً .

٦ ـ الشروط الواجب توافرها لإقامة الحد في جريمة الحرابة .

٧ ـ التكييف القانوني لجريمتي السرقة والحرابة .

٨ ـ الشروع في جريمتي السرقة والحرابة .

٩ ـ الاثبات في جريمتي السرقة والحرابة .

١٠ ـ مجال تطبيق قانون إقامة حدي السرقة والحرابة .

١١ ـ مجال تطبيق قانون العقوبات في هذا الشأن .

المسألة الثانية ـ كيفية أعمال المادة ٣٧٢/ ٣ من قانون العقوبات مع وجوه المادتين ٤ و٥ من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة في شأن المحارب القاتل

١٢ ـ عرض المسألة.

١٣ ـ المادة ٣٧٢/ ٣ احتياطية في التطبيق.

المسألة الثالثة ـ ارتكاب الأحداث لجرائم السرقة والحرابة.

١٤ ـ عرض المسألة.

١٥ ـ مجال تطبيق المادة الثانية من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة والمادتين ٨٠ و٨١ من قانون العقوبات.

خاتمة.

١٦ ـ الختام.

مقدمة

١ ـ قانون العقوبات وتشريعات الحدود :

من المعروف أن قانون العقوبات الليبي ـ كغيره من سائر التقنينات ـ قد وضعت نصوصه على ضوء التشريعات الغربية ، وجاءت أحكامه بهدي من معطيات الفقه الغربي .

وظل الحال على هذا النحو الى ان اتجهت الجمهورية العربية الليبية الى إعادة النظر في تشريعاتها وتعديلها بما يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية الغراء .

وكان من بين التشريعات التي صدرت ـ تحقيقاً لهذا الاتجاه ـ تشريعات الحدود :

١ ـ القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ م في شأن اقامة حدي السرقة والحرابة .
٢ ـ القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ م في شأن اقامة حد الزنى .
٣ ـ القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ م في شأن إقامة حد القذف .
٤ ـ القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤م في شأن اقامة حد الشرب .

ولما كانت القواعد الواردة في هذه التشريعات تغاير تلك المقررة في قانون العقوبات الليبي ـ فبديهي أن يحتدم الجدل ويثور التساؤل عن كيفية تطبيقها .

وإذا كان رجال الفقه قد اتجهوا الى بحث هذه التشريعات لتبيان جوانبها الايجابية والسلبية ـ فان رجال القضاء ـ وأقصد بهم القضاة وأعضاء النيابة ـ قد تساءلوا عن كيفية أعمالها وتطبيقها قضائياً متعرضين لما يثيره هذا التطبيق من مشاكل .

وأبادر، فأقدم في هذه المناسبة بعض خواطر عنّت اليّ في كيفية التطبي
القضائي لتشريعات الحدود ومشاكله ، ولولا ضيق الوقت لعرضت الكثير ، وإ
سأقتصر على الكلام عن ثلاث مسائل :

١ ـ نطاق تطبيق قانون إقامة حدي السرقة والحرابة ونصوص قان
العقوبات في هذا الشأن.

٢ ـ كيفية أعمال المادة ٣٧٢/٣ من قانون العقوبات مع وجود المادتين
و٥ من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة في شأن المحارب القاتل

٣ ـ ارتكاب الأحداث لجرائم السرقة والحرابة .

المسألة الأولى

نطاق تطبيق قانون إقامة حدى السرقة والحرابة

و

نصوص قانون العقوبات في هذا الشأن

٢ ـ عرض المسألة :

تضمن قانون العقوبات الليبي المواد من ٤٤٤ الى ٤٥٠ التي تعاقب على جريمة السرقة في صورتها البسيطة أو إذا اقترنت بظرف قانوني مشدد بعقوبات متفاوتة تبدأ بالحبس أو بالحبس والغرامة أو بالسجن والغرامة . فاذا ارتكبت جريمة السرقة وهي اختلاس مال منقول مملوك للغير دون أن تكون مصحوبة بظرف مشدد ، فهي سرقة في صورة بسيطة ويعاقب عليها بالحبس . أما إذا اقترنت بظرف من الظروف المشددة الواردة في المادة ٤٤٦ كالسرقة بطريقة التسلل الى مكان مسكون أو من أحد المحلات المعدة للعبادة أو السرقة باستعمال العنف ضد الأشياء او باستعمال مفاتيح مصطنعة أو ليلا فالعقوبة هي الحبس مع الشغل لمدة لا تقل عن ستة شهور وغرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تزيد عن خمسين ديناراً . وإذا وقعت جريمة السرقة بطريق الاكراه فيعاقب الجاني بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تجاوز مائتين .

وبتاريخ ٤ رمضان ١٣٩٢ هـ الموافق ١١ أكتوبر ١٩٧٢ م صدر القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٣٩٢م في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة . وعاقبت مادته الثانية السارق حداً بقطع يده اليمنى متى توافرت الشروط الواردة في المادة الأولى .

وعاقبت المادة الخامسة المحارب حداً على الوجه التالي :
(أ) بالقتل إذا قتل سواء استولى على مال أم لم يستول.
(ب) بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا استولى على المال بغير قتل
(جـ) بالسجن إذا أخاف السبيل .

وذلك متى توافرت شروط جريمة الحرابة المنوه عنها في المادة الرابعة .

وأمام وجود نصوص للسرقة والحرابة في كل من قانون العقوبات
القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٣٩٢ هـ /١٩٧٢ م في شأن إقامة حدي السرقة والح
على النحو المشار إليه .

يثور التساؤل :

متى تطبق أحكام قانون العقوبات ؟ ومتى يسري القانون رقم ١٤٨ ل
١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢ م؟ وبعبارة أخرى ما هو نطاق تطبيق كل من قان
العقوبات وقانون إقامة حدي السرقة والحرابة؟ .

٣ ـ أهمية البحث :

وغني عن البيان أن لهذه الدراسة أهميتها القصوى وذلك عن تح
القانون الواجب التطبيق للوصول منه الى معرفة العقوبة التي يتعين على المح
الجنائية أن تقضي بها على الجاني ، هل العقوبة هي الحبس أو الحبس وال
أو السجن والغرامة كما هو وارد في قانون العقوبات على حسب الأحوال ؟
العقوبة هي قطع اليد اليمنى أو القتل أو قطع اليد اليمنى والرجل اليسر
السجن كما هو مقرر في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢م .

٤ ـ دقة البحث:

ولا شك أن الذي أثار هذا الجدل هو أن القانون رقم ١٤٨ لسنة ٣٩٢
١٩٧٢ م ، لم يقم بالغاء نصوص السرقة الواردة في قانون العقوبات

من ٤٤٤ الى ٤٥٠)، بل أبقاها .

ومسلك الشارع في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٣٩٢ هـ / ١٩٧٢م يغاير مسلكه في القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ م في شأن إقامة حد الزنى ، ذلك أن هذا القانون الثاني قد قرر في مادته التاسعة الغاء المواد ٣٩٩ و٤٠٠ و٤٠١ و٤٠٢ و٤١٠ من قانون العقوبات .

المادة ٣٩٩ في زنى الزوجة .
المادة ٤٠٠ في ظرف تخفيف .
المادة ٤٠١ في سقوط الجريمة .
المادة ٤٠٢ في الاعتداء الجنسي على المحارم .
المادة ٤١٠ في هتك العرض بالرضا .

واستبدل بها أحكاماً جديدة تضمنها هذا القانون وأقام حد الزنى وهو مائة جلدة وأجاز تعزير الزاني بالحبس مع الجلد وذلك على التفصيل المشار اليه في هذا القانون .

ويمكن تبرير مسلك المشروع في قانون إقامة حد الزنى حين الغى المواد المقابلة لنصوص هذا القانون في مجموعة قانون العقوبات بالقول أن القانون الوضعي قد عالج هذه الجريمة باعتبارها اعتداء على حق من الحقوق المقررة للأفراد ، فأجاز للزوج المجني عليه أن يتنازل عن إقامة الدعوى الجنائية أو عن تنفيذ العقوبة صيانة للأسرة متأثراً في ذلك بنظرة الفقه الغربي الى فعل الزنى باعتباره يمس كيان الأسرة وحدها .

أما القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣م فقد وضعت قواعده على أساس أحكام الشريعة الاسلامية الغراء التي تعتبر الزنى حدا وتعاقب عليه ، والحدود هي من حقوق الله ولا يجوز التنازل عنها ولا تقبل العفو والصلح .

٥ ـ الشروط الواجب توافرها في السرقة المعاقب عليها حداً :

تشترط المادة الأولى في السرقة المعاقب عليها حداً بقطع يد السارق ا
ما يأتي :

١ ـ أن يكون الجاني عاقلا أتم ثماني عشرة سنة هجرية مختاراً غير محتا
مضطر .

٢ ـ أن يأخذ الجاني المال خفية بنية تملكه .

٣ ـ أن يكون المال المسروق منقولا متمولا محترماً مملوكاً للغير في حرز
لا تقل قيمته عن عشرة دينارات ليبية وقت حدوث السرقة .

وقررت المادة الثالثة أنه لا يطبق حد السرقة إذا كان للجاني شبهة ، ك
الأحوال الآتية :

١ ـ إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة أثناء العمل فيها أو أي
آخر مأذون للجاني في دخوله ولم يكن المسروق محرزاً .

٢ ـ إذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو
المحارم .

٣ ـ إذا كان مالك المال المسروق مجهولا .

٤ ـ إذا كان الجاني دائناً لمالك المال المسروق وكان المالك مماطلاً أو ج
وحل أجل الدين قبل السرقة وكان ما استولى عليه الجاني يساوي
أو أكثر من حقه بما لا يصل الى النصاب في اعتقاده .

٥ ـ إذا كان المسروق ثماراً على الشجر أو ما يشابهها ، كالنبات غير المح
وأكلها الجاني من غير أن يخرج بها .

٦ ـ إذا كان الجاني شريكاً بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة ما لم

المساعدة الى حد اعتبار الجاني شريكاً بالمباشرة .

٧ ـ إذا تملك الجاني المال المسروق بعد السرقة وقبل الحكم نهائياً في الدعوى .

٨ ـ إذا تعدد الجناة ولم يبلغ ما أصاب كل واحد منهم نصاباً ما لم يكن المسروق نصاباً لا تتم سرقته الا بتعاونهم جميعاً .

٩ ـ إذا كان للسارق شبهة في الملك كشركة او استحقاق في وقف وكالسرقة من بيت المال والسرقة من الغنيمة .

وتضمنت المادة الثامنة تعزير الجاني الذي لم يتم الثامنة عشرة من عمره .

٦ ـ الشروط الواجب توافرها لاقامة الحد في جريمة الحرابة :

تتوافر جريمة الحرابة ـ كما أعلنت في ذلك المادة الرابعة ـ في إحدى الحالتين الآتيتين :

(أ) الاستيلاء على مال الغير مغالبة .

(ب) قطع الطريق على الكافة ومنع المرور فيها بقصد الاخافة .

ويشترط في الحالتين المذكورتين استعمال السلاح أو أية أداة صالحة للإيذاء الجسماني أو التهديد بأي منهما .

وإذا وقعت الجريمة داخل العمران فيشترط عدم إمكان الغوث ، ويجب أن يكون الجاني عاقلا أتم ثماني عشرة سنة هجرية مختاراً غير مضطر . وحد المحارب أما القتل أو القطع أو السجن على حسب الأحوال ، كما ذكرنا .

وتسقط الحرابة بتوبة الجاني طبقاً للتفصيل والقواعد المشار اليها في المادتين ٦ و٧ من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٩٢ هـ/ ١٩٧٢م.

وتضمنت المادة الثامنة تعزير الجاني الذي لم يتم الثامنة عشرة من عمره .

٧ ـ التكييف القانوني لجريمتي السرقة والحرابة :

نصت المادة التاسعة من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٩٢ هـ / ٧٢م على
تعتبر جناية كل من جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً بموجب أ
هذا القانون، ذلك أن تقسيم الجرائم يقوم في قانون العقوبات الى جنايات و
ومخالفات على أساس نوع العقوبة المقررة لكل جريمة . وظاهر أن العقوب
المقررة في جريمتي السرقة والحرابة هي عقوبة الحد بالقطع وهي عقوبة مستح
لم يتضمنها التشريع الجنائي القائم وعقوبتا القتل والسجن وهما من عقوبا
الجنايات .

من أجل هذا اعتبر القانون رقم ١٤٨ المشار اليه جريمتي السرقة والح
المعاقب عليها حداً من الجنايات نظراً لشدة العقوبة التي قررها الشارع وه
حتى تتحدد الأحكام المتعلقة بهاتين الجريمتين على هذا الأساس في مجال قان
العقوبات والاجراءات الجنائية .

٨ ـ الشروع في جريمتي السرقة والحرابة :

وقررت المادة ١١ من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٩٢ هـ/ ٧٢م أنه تس
أحكام قانون العقوبات على الشروع في جريمتي السرقة والحرابة المعاقب علي
حدا وتتحدد العقوبة على الشروع في الجريمتين المشار اليهما وفقا لاحكام الماد
٦٠ و٦١ من قانون العقوبات وذلك على أساس العقوبة المقررة للجريمة بحس
وصفها في القانون المشار اليه .

فمن الواضح أن عقوبة الحد في الجريمتين المذكورتين لا توقع إلا في ح
الجريمة التامة ، فاذا اقتصر عمل الجاني على مجرد الشروع في الجريمة فلا توقع ع
عقوبة الحد، وإنما توقع عليه عقوبة تعزيرية ويتبع في هذا الشأن أحكام قانو
العقوبات وهو متضمن لجرائم التعازير .

٩ ـ الاثبات في جريمتي السرقة والحرابة :

من المسلم به في الفقه الاسلامي أن هناك تلازماً بين الجريمة ودليل الاثبات فيها ، فحتى يمكن إقامة الحد يجب أن تثبت الجريمة بالوسائل المشار اليها في الفقه الإسلامي .

ومن أجل هذا أوجبت المادة العاشرة من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٩٢ هـ / ٧٢م إثبات جريمتي السرقة والحرابة باقرار الجاني مرة واحدة أمام السلطة القضائية أو بشهادة رجلين ولا يعد المجني عليه شاهداً إلا في الحرابة إذا كان شاهداً لغيره . ويجوز للجاني العدول عن إقراره الى ما قبل صدور الحكم نهائياً وفي هذه الحالة يسقط الحد إذا لم يكن ثابتاً إلا بالاقرار . ويراعى في صحة الاقرار والشهادة ، وشروطهما اتباع المشهور من أيسر المذاهب . ويعتبر الشاهد عدلا إذا كان ممن يجتنب الكبائر ويتّقي في الغالب الصغائر .

وجاء بالمذكرة الايضاحية أن الإسلام حريص كل الحرص على ألا يقام الحد إلا حيث يتبين على وجه اليقين ثبوت ارتكاب الجرم وذلك بتشدده في وسائل الاثبات . والمقرر في الشريعة الاسلامية أن جرائم الحدود لا تثبت الا بوسائل اثبات محددة وهي في جملتها لا تخرج عن الاقرار والبينة . ويراد بالبينة شهادة رجلين عدلين . وقد نصت الفقرة الأولى على أن جريمتي السرقة والحرابة تثبتان باقرار الجاني مرة أمام السلطة القضائية ، واقتصرت في البينة على أن تكون شهادة رجلين أخذاً برأي الأئمة الأربعة في اتفاقهم على عدم جواز شهادة النساء في الحدود . ومن المسلم به أن الشهود لا بد أن يكونوا عدولا وان تتوفر فيهم وفي الاقرار كل الشروط التي نص عليها الفقهاء . وظاهر أن الاثبات إذا كان قد قام على أساس إقرار الجاني ثم عدل عن إقراره فان أساس الاثبات يكون ، قد انهار ولا وسيلة لتوقيع الحد في هذه الحالة .

١٠ ـ مجال تطبيق القانون رقم ١٤٨ لسنة ٩٢ هـ / ٧٢ م في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة :

لما كان ذلك ، وكان من المقرر في علم أصول الفقه أن النص الخاص

يقدم في التطبيق على النص العام ، يمكن القول أن حد السرقة أو الحرابة يجر
إعمالا لأحكام القانون رقم ١٤٨ ـ إذا توافرت شروط موضوعية وأخرى متع
بالاثبات وانعدمت موانع قطع اليد .

أولا : الشروط الموضوعية :

وتنحصر في توافر شروط إقامة حد السرقة المنوه عنها في المادة الأولى ولم
من إقامته المادة الثالثة إذا كان للجاني شبهة ووقعت الجريمة في صورتها التا
أو توافرت شروط إقامة حد الحرابة ولم يسقط هذا الحد بالتوبة ،ووقعت ج
الحرابة في صورتها الكاملة أيضاً .

ثانياً : شروط الاثبات :

وهي ثبوت الجريمة باقرار الجاني في كل مراحل الدعوى الجنائية الى
يصير الحكم نهائياً أو بشهادة رجلين عدلين أي ممن يجتنبان الكبائر ويتقيان
الغالب الصغائر .

ثالثاً : انعدام موانع قطع اليد :

نصت المادة ٢٢ من القانون رقم ١٤٨ على أنه لا قطع على السارق
الحالات الآتية :

أ ـ إذا كانت يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الابهام أو أصب
سوى الابهام .

ب ـ إذا كانت رجله اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها جرح يمنع ا
عليها .

جـ ـ إذا ذهبت يمناه لسبب وقع بعد الجريمة .

والحد في السرقة والحرابة عقوبة جناية ، وقد منعت المادة ١٧ من الق

رقم ١٤٨ الأمر بايقاف تنفيذ هذه العقوبة ولا استبدال غيرها بها ولا العفو عنها .

ويمكن تأصيل هذا القول بأن القانون رقم ١٤٨ هو قانون متعلق بحالات معينة ويستوجب لأعماله توافر شروط محددة . وهو ما أعلنته المذكرة الايضاحية صراحة بقولها أن هذا القانون من طبيعة خاصة لا تلتئم تماماً مع أحكام قانون العقوبات مما اقتضى أن يعد في شكل تشريع مستقل ليكون بمثابة قانون خاص .

١١ ـ مجال تطبيق قانون العقوبات في شأن السرقة والحرابة :

وإذا لم تتوافر الشروط المذكورة آنفاً فلا مناص من تطبيق أحكام السرقة الواردة في قانون العقوبات .

فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٤٨ على أنه في الحالات التي لا يطبق فيها حد السرقة إذا كان للجاني شبهة فتخضع لأحكام قانون العقوبات .

وأعلنت الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من هذا القانون على أنه لا يحل سقوط حد الحرابة بالتوبة بالعقوبات المقررة في قانون العقوبات عن الجرائم التعزيرية التي يكون المحارب قد ارتكبها .

كما قررت الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من هذا القانون على أنه تطبق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات إذا لم يكتمل الدليل الشرعي المنصوص عليه في هذه المادة أو عدل الجاني عن إقراره وذلك متى اقتنع القاضي بثبوت الجريمة بأي دليل أو قرينة أخرى .

وذكرت المادة ١١ أنه تسري أحكام قانون العقوبات على الشروع في جريمة السرقة المعاقب عليها حدا وتتحدد العقوبة على الشروع في الجريمة وفقاً لأحكام المادتين ٦٠ و٦١ من قانون العقوبات، وذلك على أساس العقوبات المقررة للجريمة بحسب وصفها في القانون المشار اليه .

وعاقبت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٢ تعزيراً طبقاً لأحكام قانون الع
إذا امتنع القطع على السارق لقيام إحدى الحالات الثلاثة المذكورة بالمادة

وأخيراً فقد أحالت المادة ٢٣ الى تطبيق المشهور من أيسر المذاهب
يرد بشأنه نص في هذا القانون بالنسبة الى جريمة السرقة المعاقب عليها حداً
لم يوجد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات ، ولا تخل أحك
القانون بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر ، وذلك فيما لم يرد بشأ
خاص في هذا القانون .

وتدل هذه النصوص في جلاء ووضوح على أن ما ورد بقانون إقامة
السرقة والحرابة فيما يتعلق بهاتين الجريمتين ، هو من قبيل النصوص الخاصة
كانت هناك سرقات أخرى عادية أو مصحوبة بالاكراه أو بظروف مشددة أ
لا تتوافر فيها شروط أي من الجريمتين المعاقب عليهما حداً ، فقد تكفل ال
ببيان هذا الأمر حيث أورد النصوص المذكورة وبذلك يكون قد حسم التع
بين الخاص والعام في هذا المجال ببيان نطاق تطبيق كل منهما .

وهذا هو ما أعلنته المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في جملة مواضع من
أنها ذكرت أنه تجدر الاشارة الى أنه في صور السرقة والحرابة التي لا تتوافر
شروط الحد فان الشريعة الاسلامية تعاقب عليها تعزيراً بالعقوبة التي يراها ا
مناسبة وإنما اختصت الشريعة الاسلامية صورتي السرقة والحرابة المعاقب ع
حدا لخطورة الاجرام فيهما . كما قالت هذه المذكرة أيضاً أنه في حالة عدم تـ
الدليل الشرعي على إثبات الجريمة وكذلك في حالة عدول الجاني عن إقراره و
لا يفلت الجاني من العقاب فيعاقب بعقوبة تعزيرية مما نص عليه في قا
العقوبات .

والخلاصة أنه إذا لم يطبق القانون رقم ١٤٨ فتسري أحكام قا
العقوبات وما تتضمنه من عقوبات تعزيرية ومثال ذلك إذا كان دور الجاني

الاشتراك في الجريمة فحسب وليس فاعلا أصلياً أو اقتصر فعله عند مرحلة الشروع في الجريمة فقط أو لم يكتمل الدليل الشرعي أو وجد مانع من موانع القطع الواردة في القانون . وهذا ما أكدته المذكرة الايضاحية حين قررت أنه بذلك تظل جميع السرقات والجرائم التي لا تتوافر فيها شروط جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليها حداً محكومة بالقوانين التي تعاقب عليها .

المسألة الثانية

كيفية أعمال المادة ٣٧٢/ ٣ من قانون العقوبات مع وجود المادتين (٤ و
من قانون إقامة حدي السرعة والحرابة في شأن المحارب القاتل :

١٢ ـ عرض المسألة :

نصت المادة الرابعة من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٩٢ هـ / ٧٢ م في شأن
حدى السرقة والحرابة على ما يأتي :

١ ـ تتوافر جريمة الحرابة في إحدى الحالتين الآتيتين :
أ ـ الاستيلاء على مال الغير مغالبة .
ب ـ قطع الطريقة على الكافة ومنع المرور منها بقصد الإخافـ

٢ ـ ويشترط في الحالتين المذكورتين استعمال السـلاح أو أية أداة ص
للايذاء الجسماني أو التهديد بأي منهما .

٣ ـ وإذا وقعت الحرابة داخل العمران فيشترط عدم إمكان الغوث .

٤ ـ ويجب أن يكون الجاني عاقلا أتم ثماني عشرة سنة هجرية مختار
مضطر .

وعاقبت المادة الخامسة من هذا القانون المحارب حدا على الوجه الآ
أ ـ بالقتل إذا قتل سواء استولى على مال أم لم يستول .
ب ـ بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا استولى على المال بغير قتل
جـ ـ بالسجن إذا أخاف السبيل .

واعتبرت المادة التاسعة جريمة الحرابة المعاقب عليهـا حدا جنـاية

ذكرت المادة (٢٠) أن عقوبة القتل المشار اليها في القانون تنفذ طبقاً للقواعد والاجراءات المعمول بها في شأن تنفيذ عقوبة الاعدام .

ويستفاد من مجموع هذه النصوص أن المحارب أي قاطع الطريق إذا ارتكب جريمة القتل العمد فيعاقب حدا بالقتل أي الاعدام .

ولا يخرج هذا الحكم عن نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٧٢ من قانون العقوبات التي تعاقب بالاعدام من قتل نفساً عمداً إذا اقترن ذلك بجناية أخرى . وغني عن البيان أن السرقة بالاكراه جناية عملا بنص المادة ٤٥٠ من قانون العقوبات ، ذلك أن المشرع في قانون العقوبات الليبي وضع عقوبة جزافية لجريمة القتل العمد المقترن بجناية أخرى وهي الاعدام إذ الجريمة المقترنة تذوب في الجريمة الأولى فتصبح مجرد ظرف مشدد فيها .

وهنا ، يثور التساؤل : هل تطبق الفقرة الثالثة من المادة ٣٧٢ من قانون العقوبات مع وجود المادتين (٤ و٥) من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة في شأن المحارب القاتل ؟ أم يقتصر الأمر على المادتين الأخيرتين فقط ؟ وبعبارة أخرى هل تطلب النيابة العامة تطبيق هذه النصوص برمتها بوصفها مواد الاتهام ؟ أم تطلب تطبيق المادتين الاخيرتين ؟ وما هو موقف محكمة الجنايات عند نظر القضية ؟

١٣ ـ الفقرة الثالثة من المادة ٣٧٢ من قانون العقوبات إحتياطية في التطبيق :

تجب الاشارة ابتداء الى أن هناك فارقاً دقيقاً بين ما جاء في قانون إقامة حدي السرقة والحرابة وما ورد في الفقرة الثالثة من المادة ٣٧٢ من قانون العقوبات ، فعقوبة القتل العمد في الحالة الأولى لا توقع على الجاني اعتباره قاتلاً متعمداً بل باعتباره محارباً أي قاطع طريق و[1] بينما أن عقوبة الاعدام في الحالة

---

(١) الاستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي ، الجزء الثاني ، ١٩٦٠ ، ص ١١٤ .

الثانية توقع على الجاني باعتباره مرتكباً لجناية القتل العمد المقترن بجناية أخ
الأمر الذي يستلزم أن يكون لكل منهما مجال في التطبيق .

وعندي أن هناك أهمية عملية لهذا الفارق الدقيق تنحصر في و
إعمال أحكام قانون إقامة حدي السرقة والحرابة برمتها ، ومن بينها سقو
الحرابة بتوبة الجاني قبل القدرة عليه طبقاً للتفصيل الوارد في المادتين الس
والسابعة من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة . وكذا وجوب اكتمال ال
الشرعي في الاثبات المنصوص عليه في المادة العاشرة من هذا القانون والذي ين
لإثبات جريمة الحرابة . إقرار الجاني أمام السلطة القضائية أو شهادة ر
عدلين إذ الشريعة الاسلامية تستلزم التلازم بين جرائم الحدود ودليل الاثبات
حتى يقام الحد .

ولما كانت الأولوية في التطبيق لقانون إقامة حدي السرقة والحرابة با
قانوناً جاء بأحكام خاصة والنص الخاص مقدم في التطبيق على النص العام
سقوط الحد بالتوبة لو لم يكتمل الدليل الشرعي من إقرار أو شهادة فلا مناص
أعمال الفقرة الثالثة من المادة ٢٧٢ من قانون العقوبات المشار اليها بشأن
العمد المقترن بجناية أخرى وذلك حتى يمكن توقيع عقوبة تعزيرية على الج
فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون إقامة حدي السرقة وا
بأنه لا يخل سقوط الحد بالتوبة بحقوق المجني عليهم من قصاص ودية كما لا
بالعقوبات المقررة في قانون العقوبات عن الجرائم التعزيرية التي يكون المح
قد ارتكبها . كما نصت الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من هذا القانون عل
تطبق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات إذا لم يك
الدليل الشرعي أو عدل الجاني عن إقراره متى اقتنع القاضي بثبوت الجري
دليل أو قرينة أخرى .

المسألة الثالثة

ارتكاب الأحداث لجرائم السرقة والحرابة

١٤ ـ عرض المسألة :

نصت المادة الثامنة من القانون رقم ١٤٨ لسنة ٩٢ هـ / ١٩٧٢ م في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة على أنه استثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادتين الأولى والرابعة إذا كان الجاني في الجريمتين المنصوص عليهما في هاتين المادتين لم يتم الثامنة عشرة سنة هجرية يعزر على الوجه الآتي :

١ ـ إذا كان قد أتم السابعة ولم يتم الخامسة عشرة يعزر بالتوجيه والتوعية والتأنيب ويجوز إذا تجاوز العاشرة تعزيره بالضرب بما يناسب سنه .

٢ ـ وإذا كان قد أتم الخامسة عشرة يعزر بالضرب في جريمة السرقة وأما جريمة الحرابة فيعزر بالضرب والإيواء في إصلاحية قانونية .

٣ ـ وفي الحالتين المنصوص عليهما في البندين السابقين إذا تكرر ارتكاب الجريمة يحكم على الجاني بالضرب بما يناسب سنه ، فاذا كان قد تجاوز العاشرة يحكم عليه كذلك بالايواء في إصلاحية قانونية .

٤ ـ وتكون جريمنا الحد المنصوص عليهما في هذا القانون وحدة واحدة في نصوص التكرار .

٥ ـ وتعتبر التعازير المنصوص عليها في هذه المادة مجرد إجراءات تأديبية .

وجاء بالمذكرة الايضاحية لهذا القانون ـ تعليقاً على هذه المادة ـ أن الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشرة يعتبر صبياً . والصبي ـ وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ـ

يمر بمرحلتين ، الأولى : مرحلة عدم التمييز ، وهي من تاريخ ولادته حتى السابعة ، والثانية : مرحلة التمييز ، وتبدأ من تمام السابعة حتى سن البلوغ وهي ثمانية عشر عاماً ، ومن المقرر أن الصبي في هاتين المرحلتين غير مسئول جنائياً ولكن يجوز إذا بلغ مرحلة التمييز تعزيره عن الجرائم التي يرتكبها بالتعازير المناسبة لسنه كالتأنيب (التوبيخ) والضرب عند الاقتضاء على ضوء مناسبة لسنه ، مع العمل على إصلاح شأنه ومراعاة مدى جسامة الجريمة في اختيار الأسلوب المناسب في التعزير . ويجب توافر الشروط الأخرى في الفعل كالعقل والاختيار وعدم الاضطرار ، حتى ولو كان صبياً مميزاً . ومسئولية الصبي في ذلك مسئولية تأديبية ، ووقائية محضة ، وليست مسئولية عقابية ، فلا يترتب على تعزير الصبي أي أثر يلحق الضرر بسمعته ومستقبله حماية له ورعاية لظروف سنه .

أما قانون العقوبات ، فقد أورد المادة ٨٠ التي تقرر أنه لا يكون مسئولاً جنائياً ، الصغير الذي لم يبلغ سنه الرابعة عشرة غير أن للقاضي أن يتخذ في شأنه التدابير الوقائية الملائمة إذا كان قد أتم السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل وكانت له قوة الشعور والارادة على أن تخفض العقوبة في شأنه بمقدار ثلثها .

وإذا ارتكب الصغير المسئول جناية عقوبتها الاعدام أو السجن المؤبد يحكم بهاتين العقوبتين السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات ويمضي الصغير المحكوم عليه عقوبته في محل خاص بالأحداث المسئولين جنائياً يخضع فيه لنظام خاص لتثقيفه وتهذيبه بشكل يكفل ردعه وتهيئته ليصبح عضواً صالحاً في المجتمع .

ويدل قانون العقوبات في جلاء ، على أن الصغير دون الرابعة عشرة غير مسئول جنائياً . وفي هذا يتفق مع أحكام الفقه الاسلامي .

أما في الفترة من ١٤ الى ١٨ سنة ، فان الصبي يسأل مسئولية جنائية في قانون العقوبات ، ولا يسأل في الفقه الاسلامي وإن كان يمكن تعزيره باجراءات تأديبية وليست عقابية[1] .

---

(١) المستشار الدكتور عبد العزيز عامر ، شرح الأحكام العامة للجريمة ١٩٧٤ ، ص ٥ بعدها .

وحينئذ ، يجدر بنا أن نتساءل ، متى تطبق المادة الثامنة من القانون رقم ١٤٨؟ ومتى تسري أحكام المادتين ٨٠ و٨١ من قانون العقوبات؟

١٥ ـ مجال تطبيق المادة الثامنة من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة والمادتين (٨٠ و٨١) من قانون العقوبات :

ونبادر الى القول بأنه إذا تعلق الأمر بجريمة سرقة أو بجريمة حرابة معاقب عليهما حداً ، ارتكب أيهما الصبي الذي لم يبلغ الثامنة عشرة سنة هجرية فلا مناص من إعمال المادة الثامنة من القانون رقم ١٤٨ والحكم عليه باجراءات تأديبية وليست عقابية متى أتم السابعة على التفصيل المنوه به في هذه المادة من ناحية كيفية توقيع اجراءات التأديب .

أما إذا ارتكب الصبي المذكور جريمة سرقة أو جريمة حرابة غير معاقب عليها حداً لعدم توافر شروط الحد الموضوعية أو المتعلقة بالاثبات أو وجد مانع من موانع القطع إعمالاً لما سبق ذكره في شرح المسألة الأولى من هذا التقرير فلا محل لتطبيق المادة الثامنة من القانون رقم ١٤٨ وإنما يسري في شأنه حكم المادتين ٨٠ و٨١ من قانون العقوبات ، وهو مغاير لحكم المادة الثامنة ولا سيما في الفترة من ١٤ الى ١٨ سنة من عمر الصبي .

وبديهي أن حكم المادة الثامنة أيسر بالنسبة للمتهم الصبي . وهو أمر يدعو الى الدهشة ، إذ كيف لا نسأل الصبي الذي لم يبلغ ثماني عشرة سنة هجرية جنائياً في جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً ، ويقتصر الأمر بالنسبة له على إجراءات تأديبية فحسب ، بينما أنه لو ارتكب سرقة أو حرابة تعزيرية فيسأل جنائياً إذا تجاوز أربعة عشرة سنة ، بل لو ارتكب جريمة أخرى من نوع مغاير كالقتل أو الحريق أو التزوير او الإتلاف أو الضرب فيسأل جنائياً .

خاتمة

١٦ ـ الختام :

ولكننا ما دمنا في نطاق التطبيق القضائي لتشريعات الحدود لا يسعنا إ
نعمل حكم القانون وأن نعمله على نصوصه تاركين أمر عدم انسجام النص
القانونية الى المشرع لتدارك ذلك بتعديل لها لتحقيق التوافق والتوازن والان
بين أحكام القانون .

والله ولي التوفيق

الدكتور

أحمد رفعت خ

ثانيًا : بَعضُ حَالات تنازع نصوص مُتّصِلة بجَرائم الحُدُود

تقَاريرُ الدكتوُر عوَض محمَّد عوَض
أستاذ القانون الجنائي
بجامعة قاريونس (سابقاً) والاسكندرية

(١) التنازع بين النصوص الخاصة بالشروع في الوقـاع وهتـك العرض

المبدأ القانوني :

إن ما عول عليه الحكم المطعون عليه في اعتبار الطاعـن مرتكبـاً لجريمـة الشروع في المواقعة يعد تطبيقاً صحيحاً للقانون ، ذلك أن الطاعن وقد تسلل ليلا إلى حجرة المجني عليها أثناء نومها واستلقى بجانبها بعد أن أطفأ النور الذي كان مضاء وأزاح عنها غطاءها وأبعد يدها من على وجهها يكون قد ارتكب فعلا سابقا على المواقعة ويؤدي إليها مباشرة ، وأن عدم إتمامه لما عقد العزم عليه راجع إلى سبب لا دخل لإرادته فيه ، وهو استيقاظ المجني عليها واستنجادها بمن كانت تنام معها . كما أن ركن القوة يكون متوفراً لأن الطاعن ارتكب الفعل أثناء نوم المجني عليها ، وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن فعل الوقاع أو هتك العرض يعتبر مرتكباً بالقوة كلما كان الفعل واقعاً على المجني عليه أثناء نومه .

وإنه مع التسليم جدلاً أن ما نسب إلى الطاعن لا يكون جريمة الشروع في المواقعة إلا أنه يكون جريمة هتك العرض المنصوص عليهـا في المادة ٢٠٨ / ١ عقوبات ، لأن ما صدر من الطاعن يعتبر من أعمال الفحش وعلى درجة جسيمة منه ويخل بالحياء العرضي للمجني عليها . وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن فعل الفحش الجسيم يكون جريمة هتك العرض ولو لم يمس عورة من المجني عليه . واستلقاء شخص أجنبي عن المجني عليها بجانبها أثناء نومها ، وإزاحة الغطاء عنها ، ورفع يدها من على وجهها ، لا ريب أنه من أعمال الفحش لما ينطوي عليه من انتهاك للأخلاق السائدة والآداب المرعية .

« وإن العقوبة الموقعة على الطاعن تدخل في نطاق عقوبة هتك العر
المبينة بالمادة ٤٠٨ عقوبات ، ومن ثم فإنه لا يكون للطاعن مصلحة في الن
بعدم تكوين فعله لجريمة الشروع في المواقعة (حكم المحكمة العليا في ٢ أبر
١٩٧٤ ، مجلة المحكمة العليا ، السنة العاشرة ، العدد الرابع ، ص ٢٢٠)

وقررت المحكمة نفس المبدأ في واقعة أخرى مشابهة ، وختمت حك
قائلة : وفضلا عن ذلك ، فإن ما قام به الطاعن تجاه المجني عليها يكون جر
هتك العرض المبينة بالمادة ٤٠٨ عقوبات ، وهو ما سلم به الطاعن في نعيه ، و
كان ذلك لا يجعل له مصلحة في الطعن ، لأن العقوبة المقضي بها في الحكم
السجن لمدة سنتين ، وهذه العقوبة تدخل في نطاق العقوبة المقررة لجريمة ه
العرض ، إذ إن عقوبتها السجن الذي لا تزيد أقصى مدته على خمس سنوا
وطبقاً للمادة ٢١ عقوبات ، فإن الحد الأدنى لمدة عقوبة السجن هي ثلا
سنوات . وعلى ذلك فإن الحد الأدنى لعقوبة جريمة هتك العرض والتي سلم
الطاعن تزيد عن العقوبة المقضي بها مما لا يكون معه وجه لنعيه (حكم المحك
العليا في ١٩ مارس ١٩٧٤ ، مجلة المحكمة العليا ، السنة العاشرة ، الع
الرابع ، ص ٢٠٥) .

التعليق :

يلاحظ أن الأمور مضت في الحالتين السابقتين بغير تعقيد لأن الطاعن ك
هو المتهم وحده ، ولكن ماذا كانت تصنع المحكمة العليا لو أن النيابة الع
طعنت بدورها أو طعنت وحدها في الحكم ونعت عليه خطأه في تطبيق القا
على أساس أنه عاقب المتهم بعقوبة الشروع في المواقعة بدلا من عقوبة هت
العرض ؟

إن لهذا الطعن في التشريع الليبي ما يبرره ، لأن العقوبة التي يقرر
للشروع في المواقعة بالقوة تقل في حدها الأدنى عن عقوبة هتك العرض بالقو
فالأولى طبقاً للمادتين ١/٤٠٧ و٦٠ عقوبات هي السجن من سنة ونصف

خمس سنوات، والثانية هي السجن من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات طبقاً للمادة ٤٠٨/ ١ عقوبات . ولو أن محكمة الجنايات اعتبرت أن ما نسب إلى المتهم في الحالتين السابقتين يكون هتك عرض لما كان في وسعها أن تحكم عليه بأقل من ثلاث سنوات إلا إذا عاملته بالرأفة ، ولكنها إذْ اعتبرت أن ما صدر عنه شروع في مواقعة فقد وسعها أن تحكم عليه بالسجن سنتين ، وكانت تستطيع قانوناً أن تحكم عليه بالسجن سنة ونصف سنة فقط . وهنا يبدو الشذوذ ، فالجاني إذَا هتك عرض غيره بالقوة قاصداً مواقعته كانت عقوبته أخف مما لو ارتكب نفس الفعل دون قصد إلى المواقعة . فهل من سبيل لتدارك هذا الشذوذ ؟ وهل تملك النيابة العامة أن تطلب من المحكمة إسقاط قصد المواقعة والاكتفاء باعتبار ما صدر عن المتهم هتك عرض لا شروعاً في مواقعة ؟ .

لم يواجه القضاء الليبي المشكلة بهذه الصورة فيما نعلم . ويتضح من استقراء أحكامه أنه لا يجري في هذا الشأن على خطة ثابتة ، فمن الأحكام ما يعتبر الفعل شروعاً في مواقعة ، ومن أمثلتها الحكمان محل التعليق ، ومنها ما يعتبر الفعل هتك عرض بالرغم من وضوح قصد المواقعة والتصريح في الحكم به[1] .

---

(١) والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها ما قضت به إحدى محاكم الجنايات في واقعة حصلها الحكم في أن المتهم وهو ناظر مدرسة استدرج أحد تلاميذه الى منزله ودلف به إلى حجرة داخلية ثم راوده عن نفسه فامتنع عليه فأمسك به المتهم وحل سرواله وطرحه أرضاً وفسق به بينما كان المجني عليه يبكي ويستغيث . وقرر ممرض المستشفى الحكومي الذي أوقع الكشف على المجني عليه وجود تلوثات منوية بين الإليتين وحول الدبر وعلى السروال ، ولكنه لم يتحقق من الإيلاج . وقد رأت المحكمة أن تأخذ المتهم بالقدر المتيقن فاعتبرت الفعل هتك عرض ، وأقرتها المحكمة العليا على قضائها . أنظر عليا ٢١ مايو ١٩٦٠ ، قضاء المحكمة العليا ، جـ٢ ص ٢٩٩ طعن ٦/٧٦ ق .
وقضي بمثل ذلك أيضاً في واقعة أخرى حصلتها محكمة الجنايات في أن غلاماً في الرابعة عشرة ذهب ليستحم في البحر ، ولما أراد العودة وقف بالطريق العام وأشار إلى إحدى السيارات العابرة لتحمله ، فاستجابت له إحداها وكان بداخلها شخصان . وبعد أن مضت السيارة قليلا انحرفت عن الطريق العام ثم توقفت ، وطلب زميل السائق مواقعة الغلام فرفض ، فقام السائق بالقبض عليه من ساقيه ثم طرحه على المقعد الخلفي للسيارة =

والقضاء المصري كالقضاة الليبي في هذا الصدد ، فالواقعة يتردد تكييف أحكامه بين الشروع في المواقعة وهتك العرض رغم وجود قصد المواقعة[1]

= وجذب سرواله ثم قام زميله بهتك عرضه بأن وضع عضو تناسله بين الإليتين ، و الغلام بانسكاب سائل . ولما فرغ من ذلك قام بالقبض على الغلام وتعطيل مقاومته السائق فى مواقعته ، وشعر المجني عليه بإيلاج قضيبه . وقرر الطبيب الشرعي سحجات حول فتحة الشرج وأنه أخذ عينة من المستقيم لتحليلها فلم تظ حيوانات منوية . وقضت محكمة الجنايات باعتبار الواقعة هتك عرض منطبقة على ١/٤٠٨ عقوبات ، وأقرتها المحكمة العليا على مذهبها . أنظر عليا ٢٩ ف ١٩٧٢ ، مجلة المحكمة العليا س ٨ ع٣ ص ١٥٥ .

وفي واقعة أخرى تتحصل في أن المتهم دخل ليلا على المجني عليها في خيمتها ر بملابسها وراودها عن نفسها واحتضنها وضمها إلى صدره وقبلها وغازلها ، فحك المحكمة باعتبار الفعل هتك عرض ، وأيدتها في ذلك المحكمة العليا ، أنظر ع يناير ١٩٧٢ مجلة المحكمة العليا س٨ ع٣ ص١١١ ، وانظر في نفس الاتجاه عل ديسمبر ١٩٦٠ قضاء المحكمة العليا جـ٢ ص ٣٨٦، وعليا ٢٥ فبراير ١٩٦٤ المحكمة العليا س١ ع١ ص ٥٧ .

(١) من أمثلة الطائفة الأولى ما قضت به محكمة النقض من أنه متى قال الحكم إن المته المجني عليها بالقوة وأرقدها عنوة ثم رفع ثيابها وكشف جسمها وجذب س فأمسكت برباط الأستك تريد منعه ما استطاعت من الوصول إلى غرضه منها لباسها في يده ، وفك أزرار بنطلونه وجثم فوقها وهو رافع عنها ثيابها يحاول مو بالقوة ، فإن ذلك مما تتحقق به جريمة الشروع في الوقاع متى اقتنعت المحكمة بأن كان يقصد إليه .
نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س٧ ص ١٠٧٩ رقم ٢٩٧ . و المعنى نقض ١١ يناير ١٩٤٣ ونقض ١٩ ديسمبر ١٩٤٩ . مجموعة القواعد القان ٢٥ عاماً جـ٢ ص ١٢٢٣ رقم ٢ و٣ .
ومن أمثلة الطائفة الثانية التي غلب القضاء فيها وصف هتك العرض ما قضت به النقض من أنه إذا كان المتهم قد طرق باب المجني عليها ليلا ففتحته معتقدة أنه فسارع المتهم بالدخول وإغلاق الباب من خلفه وجذبها إليه وراودها عن نفسها إياها بالإيذاء إن رفضت ، فاستغاثت فاعتدى عليها بالضرب ، فإن هذا الفعل الذي وقع على جسم المجنى عليها بقصد الاعتداء على عرضها هو مما يخدش ويمس عرضها ويجعل الواقعة لذلك هتك عرض بالقوة . نقض ٤ اكتوبر ١٩٥٤

وقد ورث التشريع الليبي هذه المشكلة من التشريع الايطالي ، وهو المصدر التاريخي الأساسي له في هذه الجرائم . ففي إيطاليا كما في ليبيا يمكن أن تكون عقوبة الشروع في الموافعة أخف من عقوبة هتك العرض . وفي مصر أيضاً يمكن أن تثور المشكلة ، وإن كانت أحكام الشروع من جهة ، والتباين الواضح بين عقوبة المواقعة بالقوة وهتك العرض بالقوة من جهة أخرى تحول في معظم الأحيان دون أن تنزل عقوبة الشروع في المواقعة عن عقوبة هتك العرض التام[1] .

= القواعد القانونية في ٢٥ عاماً حـ٢ ، ص ١١٩٠ رقم ٣١ . وبنفس المعنى نقض ٨ اكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض س٣ ص ٣٠ رقم ١٥ .
وقضى بمثل ذلك أيضاً في واقعة حاصلها أن المجني عليها كانت وحدها بالمنزل وأنها كلفت المتهم ببعض الشئون المنزلية مما يتصل بخدمته وهو يشتغل عندها ، وتركته ودخلت الحمام لتغسل يديها ، فحضر المتهم ووقف خلفها ومد يده على شعر رأسها فالتفتت إليه تسأله لم يفعل ذلك ، فأبدى لها المتهم رغبته في وقاعها وهجم عليها محاولاً إكراهها على ذلك إذ أبت أن تستجيب له ، واستعمل في سبيل ذلك مختلف الوسائل من ضغط عليها وضرب بالأيدي وإلقاء على الأرض وهي تقاومه ، واضطرت لعض إصبعه وأخذت تستغيث وسمع صراخها بعض جيرانها ففر المتهم . وجاء بالحكم أن المتهم أبان للمجني عليها عن عورته واحتضنها وكشف ملابسها وطرحها أرضاً وحاول الفسق بها ، ومع ذلك اعتبرت الفعل هتك عرض بالقوة . نقض ١٤ فبراير ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض س٧ ص ١٧٤ رقم ٥٥ .

(١) تنص المادة ٤٦ من قانون العقوبات المصري على ما يلي : « يعاقب على الشروع في الجناية بالعقوبات الآتية إلا إذا نص قانوناً على خلاف ذلك :
بالأشغال الشاقة المؤبدة إذا كانت عقوبة الجناية الإعدام .
بالأشغال الشاقة المؤقتة إذا كانت عقوبة الجناية الأشغال الشاقة المؤبدة .
بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً أو السجن إذا كانت عقوبة الجناية الأشغال الشاقة المؤقتة . . . » .
وتنص المادة ٢٦٧ على أن « كل من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة » .

=

وقد واجه الفقه الايطالي هذه المشكلة وانقسم الرأي فيه قسمين
فريق من الفقهاء الى أنه إذا اجتمعت في واقعة واحدة أو كان هتك
والشروع في المواقعة وجب تغليب أحكام الشروع في المواقعة ولو أدى
الحكم بعقوبة أقل من العقوبة المقررة لهتك العرض ، وذهب فريق
ضرورة تغليب النص الخالص بهتك العرض وتطبيق عقوبته .

ويستند الرأي الأول إلى أن العلاقة بين المواقعة وهتك العرض ه
خاص بعام ، وأن القواعد الأصولية تقضي بأن الخاص يقيد العام .
المواقعة تشتمل على كل أركان هتك العرض وتزيد عليها عنصراً
الإيلاج . وهذا العنصر هو مناط الخصوصية في جريمة المواقعة وهو الذ
عليها اسمها وسلخها من عموم هتك العرض وأفردها بنص خاص . فإذ
شروط انطباق هذا النص فلا يجوز العدول عنه إلى النص العام مهما تكن
لأن ذلك مخالف للأصول .

أما الرأي الثاني ، وعليه جمهور الفقهاء . فلا ينكر أن الواقع
خاصة من هتك العرض ، وهو لا ينازع كذلك في أن الخاص يقيد العام
يشترط لذلك تمام المواقعة ، لأن المواقعة التامة هي التي يتحقق فيها الإيلاج
وجه الخصوص . أما الشروع في المواقعة فلا يختلف في ذاته - أي من
فعل - عن غيره من أفعال هتك العرض في شيء ، لأنه مثلها فح
الإيلاج . ويقرر أنصار هذا الرأي أن الحالة الوحيدة التي يمكن الحكم
الجاني بعقوبة الشروع في المواقعة هي الحالة التي يرتكب فيها فعلا يؤ
ومباشرة إلى المواقعة دون أن ينطوي هذا الفعل على هتك عرض ، كأن

= وتنص المادة ٢٦٨ على أن كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع
يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى سبع . وإذا كان عمر من وقعت عليه
المذكورة لم يبلغ ست عشرة سنة كاملة أو كان مرتكبها ممن نص عنهم في الفقر
من المادة ٢٦٧ يجوز إبلاغ مدة العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للأشغال الشاقة
وإذا اجتمع هذان الشرطان معاً يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة .

الجاني على المرأة بيتها ويهددها بقتلها أو قتل طفلها إن لم تمكنه من نفسها ، أو يخدعها بالتظاهر بالعقد عليها حتى توشك أن تدعه يطؤها . وأما الشروع في المواقعة الذي تكتمل فيه أركان هتك العرض فيجب اعتباره هتك عرض فحسب وعقاب مرتكبه على هذا الأساس .

والرأي الثاني تعززه الأعمال التحضيرية لقانون العقوبات الإيطالي ، فقد جاء بتقرير وزارة العدل المرافق للمشروع في هذا الشأن أن « المشروع يعاقب على هتك العرض الذي يقصد به الجاني إلى مواقعة المجني عليه بوصفه هتك عرض لا شروعاً في مواقعة ، وذلك باعتبار أن العامل الحاسم في تحديد نوع الجريمة لا يتمثل في غرض الجاني أو غايته ، بل في طبيعة الفعل وكيفيته . أما الشروع في المواقعة فيقتصر فحسب على الأفعال التي يقصد بها الجاني إلى اتمام المواقعة دون أن تكون لهذه الأفعال خصائص هتك العرض » .

وما قيل عن حل المشكلة في إيطاليا يمكن أن يقال في ليبيا أيضاً .

ويمكن الاحتجاج للرأي الأول بالمادة ١٢ من قانون العقوبات الليبي ، فهي تنص صراحة على أنه : إذا خضعت إحدى المسائل لعدة قوانين جنائية أو لأحكام متعددة من قانون جنائي واحد ، فإن القوانين الخاصة أو الأحكام الخاصة من القانون تسري دون القوانين العامة أو الأحكام العامة من القانون إلا إذا نص على خلاف ذلك . ولما كان نص المواقعة يعتبر خاصاً بالنسبة إلى نص هتك العرض ، فإنه يتعين تطبيق الأول كلما توفرت شروطه دون الثاني .

أما التفرقة بين المواقعة التامة والشروع فيها فيمكن دفعها بأن نص الشروع مكمل لكل نص مجرم . وكان من الممكن إلحاق حكم الشروع بكل نص من هذه النصوص لولا أن أصول الفن التشريعي اقتضت فصله وإيراده في القسم العام تجنباً للتكرار . وعلى هذا الأساس يعتبر نص المواقعة في جملته - أي سواء كانت المواقعة تامة أو مجرد شروع - نصاً خاصاً يعطل النص العام الذي يعاقب على هتك العرض .

غير أننا مع ذلك لا نؤيد هذا الرأي ، بل نرجح الرأي الآخر ع
ونحن نتفق مع الرأي الآخر في نتيجته ولكنا لا نسلم بحجته لأن وجه ال
فيها ظاهر . فالقول بأن نص المواقعة لا يكون خاصاً إلا إذا ارتكبت المواقع
لا يخلو من افتعال . والصحيح أن مناط الخصوص في هذا النص لا ينح
الإيلاج فحسب ، وإنما في القصد أيضاً . فإذا توفر القصد وتحقق الإيلا
الجريمة ، وإذا قام القصد وحده وتخلف الإيلاج لسبب لا دخل لإرادة الجا
كان الفعل شروعاً في المواقعة بغير شبهة . أما الاحتكام إلى القواعد الأص
هذا المقام فغير جدّي . ولو صحت هذه الدعوى في صدد المواقعة لوجب ال
بصحتها في صدد القتل أيضاً . فالقتل صورة خاصة من الإيذاء ، لا يميز
المادي غير النتيجة ، وهي الوفاة . فهل في الفقه من يستطيع القول بأن
يعاقب بعقوبة الضرب أو الجرح إذا اعتدى على جسم المجني عليه قاصد
فأخفق ، وأنه لا يعاقب بعقوبة الشروع في القتل إلا إذا ارتكب فعلا يؤدي
ومباشرة إلى وفاة المجني عليه دون أن يمسه ، كأن يطلق النار عليه فيخط
بدس له السم فلا يتجرعه ! إن أحداً من الفقهاء لم يقل بذلك لسبب واض
هو أن عقوبة الشروع في القتل أشد من عقوبة الضرب والجرح . ولو أن
الشروع في المواقعة كانت أشد من عقوبة هتك العرض ما ثارت المشكلة أص
مع أن فكرة العام والخاص لا شأن لها بمقدار العقاب .

أما الحجة التي نعتمد عليها فهي الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من ق
العقوبات (وتقابلها الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات المص
وهي تنص على أنه إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الج
التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها . وتطبيقاً لهذا النص فإنه إذ
فعل الجاني هتك عرض وشروعاً في مواقعة وكانت عقوبة هتك العرض أ
وجب اعتبار هذه الجريمة والحكم بعقوبتها .

وقد يعترض على ذلك بأن حكم هذه الفقرة مشروط بألا يكون
الأخف خاصاً والأشد عاماً، وإلا وجب تطبيق الخاص أياً ما كانت عقو

وهذا الاعتراض صحيح من حيث المبدأ ، ولكنه ليس مطلقاً ، وإنما تقيده الغاية من التخصيص . والمعلوم أن المشرع عندما قرر للمواقعة نصاً خاصاً لم تكن غايته التخفيف عن الجاني ، بل كان غرضه التشديد عليه . فإذا تراكبت الأحكام القانونية وبدا أن اعمال النص الخاص يؤدي بالتفاعل مع غيره إلى نتيجة تناقض ما أراد المشرع وجب الرجوع إلى القاعدة التي قررتها المادة ٧٦/ ١ وتعين تغليب النص الأشد .

وعلى ذلك إذا اجتمع في فعل واحد وصفان هما هتك العرض والشروع في المواقعة وكانت عقوبة هتك العرض أشد وجب إغفال قصد المواقعة ومعاقبة الجاني بعقوبة هتك العرض ، لأن قصد المواقعة إنما يعتد به فحسب حين يؤدي إلى توقيع عقوبة أشد من عقوبة هتك العرض ، وإلا أفسدنا على المشرع قصده ورميناه بغير حق بمجافاة العقل والمنطق والإخلال بموازين العدالة .

(٢) التنازع بين نصوص الزنى والمواقعة في التشريع الليبي

بسم الله الرحمن الرحيم

١ ـ نطاق المواقعة في قانون العقوبات :

عقب صدور قانون العقوبات الليبي في سنة ١٩٥٣ ثار في الوسط القض
خلاف حول تفسير نص المواقعة ، فذهب رأي الى أنه يشترط لانطباق المادة ٧
أن يكون المجني عليه أنثى وأن يطأها الجاني وطئاً طبيعياً بايلاج قضيبه في قبلها
وذهب رأي آخر الى أن النص لا يفرق بين إتيان الاناث وإتيان الـذكور ،
يطبق حكمه على أفعال الزنى واللواط بغـير تمييز . وكان سبـب الخـلاف عم
النص ، فالمادة ٤٠٧ لم تشر في أي فقرة من فقراتها الى المجني عليه بلفظ
جنسه ، وإنما استخدمت ألفاظاً عامة تنصرف عند أهل اللغة الى الانـاث
الذكور .

وقد حسمت المحكمة العليا هذا الخلاف في وقت مبكر فقضت بأن ال
والأنثى في صدد المواقعة سواء ، وأنه لا وجه للتفرقة بينهما في تطبيق المادة
لعموم لفظها من جهة ، ولأن مصدرها التاريخي ـ وهو التشريع الايطالي ـ يس
بين الجنسين فلا يفرق بين مواقعة الذكر للأنثى وإتيان الذكر للذكر . وأر
المحكمة العليا هذا المبدأ في حكم شهير لها أصدرته في سنة ١٩٥٥ وثبت
قضاؤها من بعد فلم تتحول عنه[1] ، واستقر عليه القضاء الليبي من ورائها
على حكم المادة ٢٨ من قانون المحكمة العليا التي تجعل المبادىء التي تقررها
المحكمة ملزمة لكل السلطات . وأيد الفقه من جانبه هذا القضاء .

---

(١) أنظر حكم المحكمة العليا في ٧/ ١٢/ ١٩٥٥ ـ قضاء المحكمة العليا حـ١ رقم ٢٦
١٨٣ . ورددت المحكمة العليا نفس المبـدأ وبلفظـه في حكم آخـر أصدرت
٢١/ ١٢/ ١٩٥٥ ـ قضاء المحكمة العليا حـ١ رقم ٤١ ص ٢١٤ .

ومن هذا يتضح أن فعل المواقعة في قانون العقوبات الليبي منذ صدوره في سنة ١٩٥٣ والى أن صدر قانون الزنى في سنة ١٩٧٣ هو إيلاج فرج انسان في مطلق فرج انسان آخر .

٢ ـ نطاق الزنى المعاقب عليه حدًّا :

صدر قانون إقامة حد الزنى في سنة ١٩٧٣ ونصت المادة الأولى منه على أن « الزنى هو أن يأتي رجل وامرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة » . والنص صريح في تحديد طرفي الزنى ، فهو لا يكون الا بين رجل وامرأة . غير أنه إذا كان جنس الموطوء لا يحتمل الخلاف فان محل الوطء يحتمله ، ذلك أن الجماع لفظ يفيد الاقتران الجسدي بالمرأة ، وقد يرى البعض أن اللفظ في عمومه لا يقتصر على إتيان المرأة في القبل فحسب ، بل وفي الدبر أيضاً . غير أن هذا الرأي ضعيف ، والصحيح أن الزنى في تطبيق تشريع الحد هو إتيان المرأة في قبلها فحسب . والأدلة على ذلك عديدة ، منها :

١ ـ أن الصحابة رضوان الله عليهم والأئمة من بعدهم اختلفوا في حكم اللواط اختلافاً كبيراً ، فذهبت طائفة من الصحابة والتابعين الى وجوب حد اللائط ، وهذا مذهب مالك والشافعي وأحمد ، وبه قال محمد وأبو يوسف صاحبا أبي حنيفة . ومن هؤلاء من اعتبر اللواط زنى شرعا ، ومنهم من رآه في معنى الزنى . وذهبت طائفة أخرى من الصحابة الى عدم حد اللائط ، وهذا مذهب أبي حنيفة وأهل الظاهر أيضاً ، وحجتهم أن اللواط ليس زنى ، وأن الحد مقصور على الزنى وحده . والذي يعنينا في هذا المقام بيانه أن الخلاف كان منصباً على المأتي ، لا على جنس الموطوء ، فليس بين الصحابة أو الفقهاء من غاير في الحكم تبعاً لكون الموطوء ذكراً أو أنثى . وقد اشترط قانون الزنى في الموطوء أن يكون امرأة ، فدل بذلك على أنه لا يعتبر اللواط زنى ، وإلا كان معنى ذلك أن اللواط يعتبر زنى حين يقع على أنثى ولا يعتبر كذلك حين يقع على ذكر ، وهو ما لا يمكن قبوله ، لأنه يؤدي الى ابتداع تفرقة

لم يسبق إليها أحد من فقهاء الشريعة ، فلم يبق إلا أن يكون تخصيص
بالذكر في المادة الأولى من قانون الزنى مقصوداً به قبلها لا مطلق فرج

٢ ـ أن إشارة النص الى علاقة الزوجية المشروعة كمانع من اعتبار الجماع
تخلو من دلالة على بيان المأتي ، فعقد النكاح لا يحل للزوج من زوج
القبل ، أما الدبر فعلى أصله من التحريم ، فيظل اللواط منهياً عن
الزواج كما كان قبله . وإذا كان ما يبيحه عقد الزواج هو القبل ، وكا
الزوج زوجته لا يعد زنى ، فذلك يعني أن الزنى المعتبر هو اتيان غير
في قبلها .

٣ ـ أن لفظ الجماع وإن جاز صرفه الى الايلاج في الفرج مطلقاً ، إلا
الاصطلاح يقتصر على الايلاج في القبل ، فالعرف اللغوي لا يسيغ ق
جامع الرجل الرجل ، وإنما يسيغ فحسب قولك : جامع الرجل
وعندئذ ينصرف الذهن الى أنه أتاها في قبلها[1] .

٤ ـ أن عدم اعتبار اللواط زنى فيه تضييق لمعنى الزنى وتفاد لايقاع الحد ،
يتفق وروح القانون . فالمشرع يوجب الرجوع الى المذهب الأيسر فيما
فيه ، وذلك يؤدي الى القول بأنه إذا كانت عبارة النص تحتمل التأويل
الى فعل من الأفعال بحيث يجب الحد على قول ويمتنع على قول فان
ترجيح مذهب القائلين بالمنع لأن مذهبهم هو الأيسر .

وحاصل ما تقدم أن الزنى المعاقب عليه حدا في التشريع الليبي ه
فرج رجل في قبل امرأة غير زوج له .

٣ ـ طبيعة العلاقة بين نص الزنى ونص المواقعة :

إذا كان كل من الزنى والمواقعة قد تحدد معناه على نحو ما تقدم ،

(١) وفي معاجم اللغة لا نجد الجماع منسوباً لغير المرأة . جاء في تاج العروس : الم
المباضعة ، جامعها مجامعة وجماعاً نكحها وهو كناية . حـ٥ ص ٣٠٩.

العقوبة المقررة لكل منهما مختلفة ، فانه يتعين البحث في طبيعة العلاقة القائمة بين نص الزنى ونص المواقعة ، لأن التداخل بين النصين قائم بالنسبة الى فعل الزنى. وهذا البحث لازم من وجهين : الأول لبيان أي النصين ينطبق عند اكتمال أركان الزنى، والثاني لبيان أي النصوص في قانون العقوبات ينطبق إذا تخلف شرط من الشروط اللازمة لايقاع الحد .

والعلاقة المحتملة بين نص الزنى ونص المواقعة لا تعدو واحداً من ثلاثة : أما أن يكون قانون الزنى قد عدل منذ صدوره نص المواقعة ضمناً فاقتطع النشاط الاجرامي المكون للزنى بصفة نهائية من هذا النص ، بحيث أصبحت جريمة المواقعة الآن مقصورة على اللواط دون الزنى ، وهذا هو الاحتمال الأول ، وأما أن يكون فعل الزنى مشتركاً بين النصين وخاضعاً لسلطانهما في نفس الوقت ، وعندئذ يفض التنازع بينهما على أساس العقوبة المقررة في كل نص طبقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من قانون العقوبات ، وهذا هو الاحتمال الثاني ، وأما أن يكون نص المواقعة بالنسبة الى فعل الزنى نصاً احتياطياً ينطبق كلما وقع الفعل وامتنع تطبيق الحد على فاعله ، وذلك استناداً الى حكم المادة ١٢ من قانون العقوبات ، وهذا هو الاحتمال الثالث .

٤ ـ النص الواجب التطبيق عند توافر شروط الحد :

إذا توافرت شروط الحد فقد اكتملت بالضرورة أركان المواقعة . ولم يعرض القضاء الليبي حتى الآن فيما نعلم للمشكلة في إطار التنازع بين النصين مباشرة ، غير أن المحكمة العليا مع ذلك تصدت لها عرضاً في أحد أحكامها . وإذا كانت المحكمة العليا لم تعلن صراحة تبنيها للاحتمال الثاني بشكل جازم ، إلا أنها لم ترفضه من حيث المبدأ ، بل لعلنا لا نفتات عليها إذا اعتقدنا أنها قد رشحته فعلا ليكون الأساس الذي تبنى عليه العلاقة مستقبلا بين نص الزنى ونص المواقعة . وفيما يلي ننقل ما قررته المحكمة :

« إن عقوبة الجلد مستحدثة بالقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣

في شأن إقامة حد الزنى ، وهي لذلك لم ترد ضمن العقوبات الأ
التي حددها قانون العقوبات في المادة ١٧ منه التي رتبتها حسب شد
وهذا الترتيب القانوني هو الضابط لمعرفة ما إذا كانت العقوبة التي ي
القانون الجديد أشد أو أخف من تلك التي كان يقررها القانون الس
كما أن نوع الجريمة يعد ضابطاً آخر لبيان أي العقوبتين أشد ، ذلك
عقوبة الجناية أشد من عقوبة الجنحة ، وهذه أشد من عقوبة المخالفة

« وأنه لا جدوى في واقعة الحال من تقرير ما إذا كانت عقوبة الجلد أ
أو مساوية في الشدة لعقوبة السجن المقررة لجريمة المواقعة المنصوص عليه
المادة ٤٠٧ عقوبات بجميع فقراتها ، لأن مجال بحث ذلك عندما يكون قا
إقامة حد الزنى ممكن التطبيق ، وهذا أمر متخلف في واقعة الحال (بسبب تخ
الدليل الشرعي) »[1] .

وهذا الحكم يكشف عن اتجاه المحكمة العليا ، فهي لا ترفض - بل لع
تحبذ - أن تكون المقارنة بين نص الزنى ونص المواقعة - عند ثبوت الزنى بدل
الشرعي - على أساس العقوبة ، فأي العقوبتين كانت أشد طبق النص ال
يقررها ، وقد أشار الحكم الى الصعوبة القانونية التي تعترض عملية المقار
نظراً لأن الضابط التقليدي لا يسعف . غير أن هذه الصعوبة على أي حال لا تر
الى حد الاستحالة ، فما زال التغلب عليها بالمنطق القانوني ممكناً. وحتى
نتجنى على المحكمة العليا فننسب اليها رأياً لم تجزم به ولم تطبقه على واقعة
عرضت عليها فعلا فسوف نعتبر أن ما استطردت اليه في حكمها كان مجرد ر
أو تصور أبدته وأنه في تقديرها يمكن أن يطرح ويناقش إذا ما ثارت المشك
أمامها ، وعلى هذا الأساس سنبحثه .

وإذا تصور أنصار هذا الرأي أن التوفيق في تحديد أي العقوبتين ا

---

(١) عليا ٢٨/ ٥/ ١٩٧٤ مجلة المحكمة العليا س١١ العدد الأول ص ١٤٨ طعن ٢٦ ق.

بحل المشكلة فاننا نخالفهم ، بل نقول انها قد تزداد بذلك تعقيداً . ذلك بأننا إذا سمحنا لأنفسنا بالمقارنة بين العقوبتين من حيث الجسامة ثم لم نصادر على المطلوب بدافع ديني ، فان المقارنة أما أن تسفر عن اعتبار السجن أشد أو العكس ، وكلا الفرضين محتمل من الناحية النظرية . ولنأخذ الفرض الأول باعتباره مثال القلق[1] ، فقد يقال دفاعاً عنه أن السجن في كل أحواله عقوبة جناية ، أما الجلد فانه في أغلب الأحوال عقوبة جنحة (كما في حدي القذف والخمر) وفي بعض الأحوال عقوبة جناية ، وما كان عقوبة جناية باطلاق أشد مما يكون عقوبة جناية في حال وعقوبة جنحة في حال . يضاف الى ذلك أنه إذا كان حد القذف ـ وهو يعتبر جنحة ـ ثمانين جلدة ، وكان حدالزنى ـ وهو جناية ـ مائة جلدة ، فان الفارق بين الحدين وهو عشرون جلدة يبدو ضئيلا الى درجة تجعل كفة السجن عند المقارنة ترجح وكفة الجلد تشيل ، ومن ثم فالسجن يعتبر أشد من الجلد . ولكي نحس الأمر نهائياً ونوصد باب النقاش تماماً سنفرض جدلا أن العقوبةالمقررة للمواقعة قانوناً هي الاعدام لا السجن ثم ننظر بعد ذلك الى النتيجة . والنتيجة الحتمية هي استبعاد نص الزنى وتطبيق نص المواقعة ، وهذا ما نرفضه بحزم ، لأن التسليم بامكان ذلك يعني تعطيل القانون الخاص باقامة حد الزنى تعطيلا يعدل الالغاء . ذلك أنه يستحيل بعد ذلك أن تتاح لهذا القانون فرصة التطبيق لأن كل زنى مواقعة . ولو صح الرأي المنتقد لكان إصدار تشريع الزنى لغواً .

والصحيح في اعتقادنا أن التنازع بين نص الزنى ونص المواقعة لا يفض استناداً الى حكم الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من قانون العقوبات التي تجعل شدة

(١) ولا يعني ذلك أن الفرض الآخر مستبعد، فمن الممكن القول دفاعاً عنه بأنه إذا كان لا يكفي لاثبات الزنى ما يكفي عادة لاثبات المواقعة ، فذلك دليل على أن جريمة الزنى أشد مما عداها من صور المواقعة الأخرى، وبالتالي فان عقوبتها أشد جسامة ،وإلا ما كان للتشدد في دليل الإثبات معنى . يضاف الى ذلك أنه فضلا عما في الجلد من ألم ومذلة ومهانة ، فان فيه خزياً ومعرة ، لأنه ـ بنص الكتاب ـ لا يتم إلا بمشهد طائفة من المؤمنين .

العقوبة هي المناط ، فهذه الفقرة لا شأن لها بما نحن بصدده ، وإنما يفض
التنازع استناداً إلى المادة ١٢ من قانون العقوبات التي تقضي بأنـه إذا خض
إحدى المسائل لعدة قوانين جنائية أو لأحكام متعددة من قانون جنائي وا
فان القوانين الخاصة أو الأحكام الخاصة من القانون تسري دون القوانين ا
أو الأحكام العامة من القانون إلا إذا نص على خلاف ذلك . ومقتضى تق
الخاص على العام أن العقوبة المقررة في النص الخاص يجب توقيعها أياً ما
نوعها أو قدرها . وسواء كانت أشد أو أخف من عقوبة النص العام .

أما أن المادة ٧٦/ ١ لا شأن لها فلأنها تعالج وضعا يتمخض الفعل الو
فيه عن جرائم متعددة ، ويتحقق ذلك عندما يصيب الفعل أكثر من مصل
يحميها قانون العقوبات . ومن قبيل ذلك أن يجري غير طبيب عملية جر
لغيره ، ففعله يعتبر مكوناً جريمتي جرح ومزاولة لمهنة الطب بغير ترخيص ،
قبيله أيضاً أن يستعمل شخص محرراً مزوراً مع علمه بذلك للاحتيال على غي
فهذا الفعل يكون جريمة استعمال محرر مزور وجريمة نصب ، أو أن يوا
شخص غيره في مكان مفتوح أو معرض للجمهور ، فهذا الفعل يكون جر
مواقعة وفعل فاضح . ولمثل هذه الأحوال كان حكم المادة ٧٦ / ١ الذي يق
بتوقيع العقوبة الأشد ، وهو حكم واجب التطبيق قانوناً ، ولكنه غير لازم عقلا
حتى أن من التشريعات الأجنبية ما ينص في هذه الأحوال على تعدد العقو
تبعاً لتعدد الجرائم . أما الحال التي نحن بصددها فمختلفة ،لأنهـا ليست ح
تعدد في الجرائم ، وإنما هي حالة تنازع بين نصين كل منهما يستغـرق الوا
بأكملها ويصلح للانطباق عليها . ولا يمكن قانوناً ولا عقلا أن ينطبق النص
معاً ، لأن الفعل أما أن يتمحض زنى أو مواقعة ، فاذا انطبق أحد النصين وج
استبعاد الآخر بحكم اللزوم العقلي . وربما كان سبب الخلط هو إغفال التف
بين ما يطلق عليه الفقه اسم التعدد المعنوي للجرائم من جهة وبين العم
والخصوص من جهة أخرى . ومن أمثلة العموم والخصوص : الشروع بالن
للجريمة التامة ، والايذاء بالنسبة للقتل ، وهتك العرض بالنسبة للمواقع

وإذا كانت العقوبة التي تطبق في الأمثلة السابقة على التوالي هي عقوبة الجريمة التامة وعقوبة القتل وعقوبة المواقعة ، فان ذلك ليس مرجعه الى أنها عقوبة الجريمة الأشد ، وإنما سببه أنها عقوبة النص الخاص .

ونص الزنى يعتبر خاصاً بالنسبة لنص المواقعة من وجهين :

الأول : أن الزنى صورة من صور المواقعة ، وكان نص المادة ٤٠٧ يشمله في البداية كما يشمل اللواط ، ثم رأى المشرع لأسباب معلومة أن يعاقب عليه بعقوبة مختلفة فأفرده بتشريع خاص تناول فيه بالتنظيم بعض أحكامه وأحال في البعض الآخر الى مشهور أيسر المذاهب . وللتخصيص عند علماء الأصول طرق يعرفونه بها ، منها الاستثناء والصفة والغاية والشرط .والزنى فرد من أفراد المواقعة خصصه المشرع بالشرط ، إذ اعتد فيه بأمور لا اعتبار بها في عموم المواقعة ، فاشترط في الايلاج المعتبر زنى أن يكون في قبل امرأة لا في مطلق فرج انسان .

والثاني : أن الزنى خاصة والمواقعة عامة أفعال محظورة لأنها معاص ، بل هي كبائر ، ولكن حد الزنى ثبت بالنص شرعاً وعقوبة المواقعة تقررت بالاجتهاد تعزيراً ، وما ثبت بالنص أخص مما تقرر بالاجتهاد . وإذا كان المشرع الوضعي في ليبيا قد قنن الحكمين فذلك لا يغير من طبيعتهما ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يزاحم نص المواقعة نص الزنى، لأنه لا يصح التعزير فيما يجب فيه الحد . وهذا المنطق ليس شرعياً فحسب ، ولكنه أصبح في ليبيا منطقاً قانونياً أيضاً ، وهو يعتمد على أساسين : الأول دستور اتحاد الجمهوريات العربية (م٦) وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ من رمضان ١٣٩١ والذي يقضي باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع ويوجب التزام مبادئها الأساسية في كل ما تصدره الدولة من قوانين . والثاني هو المادة السادسة من قانون إقامة حد الزنى التي تنص صراحة على عدم جواز الأمر بوقف تنفيذ عقوبة الحد ولا استبدال غيرها بها ولا تخفيضها ولا العفو عنها . ولا نزاع في أن الحكم بالعقوبة المقررة لجريمة المواقعة رغم ثبوت الزنى بدليله الشرعي يعتبر استبدالاً

للحد وانتهاكاً للحظر المفروض في هذه المادة ومخالفة لنص الدستور ولقرار ع
قيادة الثورة[1] .

والنتيجة التي نخلص اليها مما تقدم هي أنه إذا توافرت في فعل و
أركان الواقعة المعاقب عليها تعزيراً وشروط الزنى المعاقب عليه حداً ، فان ا
الواجب التطبيق في كل الأحوال هو نص الزنى وحده .

٥ ـ النص الواجب التطبيق عند ثبوت الحد بدليله وقيام شبهة تدرؤه

قد يثبت الزنى بدليله الشرعي وهو الاقرار أو البينة ، ولكن تقوم شبهة
الحد فلا يحكم القاضي بايقاعه ، وعندئذ يتعين البحث عن النص القانوني ا
يجب تطبيقه . والرأي متفق لدى فقهاء الشريعة على أن امتناع إقامة الحد لل

---

(١) وقد واجهت تشريعات الحدود جميعاً ـ ومنها تشريع الزنى ـ مشكلة وثيقة الصلة بمشك
وعالجتها على نحو مختلف عما تقرره القواعد العامة رعاية لحرمة الحد، ونعني بذ
مشكلة الارتباط بين جرائم الحد وجرائم التعزير . فالقاعدة في قانون العقوبات أ ن
تعددت الجرائم وارتبطت فيما بينها بوحدة الغرض فانه يتعين توقيع العقوبة المق
للجريمة الأشد مع زيادتها الى الثلث . وقد حرص المشرع على أن يورد في كل تشريع
تشريعات الحدود نصاً يعطل به هذه القاعدة إذا كان بين الجرائم المرتبطة جريمة عقو
الحد خشية أن يؤدي إعمال القاعدة الى استبعاد توقيعه . وبالنسبة الى تشريع الزنى
نصت المادة ٥/ ٢ على أنه إذا كان بين الجرائم المنسوبة الى الجاني جرائم أخرى معا
عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود ، وذلك د
إخلال بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى . ويلفت النظر أن القاعدة التي تق
بتوقيع العقوبة الأشد في أحوال التعدد والارتباط منصوص عليها في الفقرة الثانية
المادة ٧٦ عقوبات ، وهي ذات المادة التي يراد الاحتجاج بفقرتها الأولى بغية تو
العقوبة الأشد عندما يجتمع وصفا الزنى والمواقعة في فعل واحد . وإذا كان المشرع
خرج صراحة على القاعدة في أحد شقيها لئلا يفوت الحد ، فلا يصح لنا أن ننق
باجتهادنا غزله فتفوت الحد في الشق الآخر ، بل ينبغي أن تكون الغاية التي وض
المشرع نصب عينيه ماثلة أمامنا عند تفسير النصوص وفض ما بينها من تنازع . و
يقتضي التسليم بوجود توقيع الحد إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وكانت احد
جريمة عقوبتها الحد بغير بحث فيما إذا كانت هذه العقوبة أشد من الأخرى أو أخف

لا يلزم منه حل الفعل بالضرورة ، فقد يرتفع الاثم في بعض الأحيان تماماً ، وقد يبقى في أحيان أخرى رغم امتناع الحد . ومن الشبهات التي تمنع الحد وترفع الاثم الجهل بتحريم النكاح ، والغلط في الموطوءة . وهذا الضرب من الشبهات في فقه القانون الوضعي ينفي القصد الجنائي وهو ركن في الجريمة . أما الشبهات التي تمنع الحد ولا ترفع الاثم فعديدة ، منها ما اتفقت عليه المذاهب ومنها ما اختلفت فيه . ولما كان تشريع الزنى قد خلا من نص يعدد الشبهات أو يعرفها ، فانه ينبغي الأخذ بكل شبهة تمثل المشهور في أي مذهب . ومن الشبهات المعتبرة : زنى غير المسلم ، والأخرس ، والسكران سواء كان سكره بحلال أو بحرام ، وسواء كان الكسر قهراً أو اختياراً ، ومنها الزنى بحائل ، وادعاء الزوجية مع العجز عن إثباتها ، والزنى بالصغيرة دون تسع سنين ، ونكاح معتدة الغير والمجوسية إذا كان الجاني عالماً بأمرها ، والنكاح بغير ولي ولا شهود ، واستسلام المكلفة طوعاً لزنى غير المكلف .

ولا يصح القول بأن تشريع الزنى قد أخرج فعل الزنى نهائياً من نص المواقعة وجعل النص مقصوراً على اللواط وحده ، لأن ذلك يعني الالغاء الجزئي ، وهو أمر لم يصرح به تشريع الزنى ولا هو مستفاد منه ضمناً . هذا الى أن القول بذلك يؤدي في أغلب الأحوال الى إفلات الزناة من العقاب بسبب القيود الكثيرة التي وضعتها مختلف المذاهب على إقامة الحد . والفقه الشرعي على أنه إذا كانت الشبهة من النوع الذي يمنع الحد ولا يرفع الاثم فليس هناك ما يمنع بل أنه يتعين تعزير الجاني على ما ارتكب من معصية . ونص المواقعة في رأينا نص احتياطي بالنسبة لنص الزنى ، فاذا انطبق الثاني فلا عمل للأول ، أما إذا امتنع إقامة حد الزنى رغم ثبوت الفعل بدليله الشرعي فان نص المواقعة يصبح واجب التطبيق .

٦ ـ النص الواجب التطبيق عند تخلف الدليل الشرعي على الزنى :

مذهب المحكمة العليا أنه إذا امتنع إقامة حد الزنى لتخلف دليله الشرعي فان نص المواقعة يكون واجب التطبيق إذا ثبت وقوع الزنى وفقاً لأحكام الاثبات

المقررة في قانون الاجراءات . وقد أعلنت المحكمة في حكم حديث لها هذا ا
وبينت أسانيده ، ونظراً لما للمبدأ من أهمية فاننا نورده هنا بنصه . قا
المحكمة :

« إن امتناع تطبيق قانون إقامة حدالزنى لا يترتب عليه إفلات الجاني
العقاب متى ثبت ارتكابه للجريمة وفقاً للقواعد المقررة للاثبات في المسائل الج
والمنصوص عليها في قانون الاجراءات ، ذلك لأن قانون إقامة حدالزنى لم
المادة ٤٠٧ عقوبات ، والتي تعاقب على المواقعة والتي هي عبارة عن زنى حس
تعريف المادة الأولى من القانون المذكور في حالة وقوع الفعل على أنثى ، كي
الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون إقامة حدالزنى تقضي بأنه لا تخل أح
هذا القانون بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر ، وذلك فيما لم يرد ب
نص في هذا القانون . ومن البديهي أن المراد بأحكام قانون العقوبات التي لا
بها أحكام قانون حدالزنى هي الأحكام التي تعاقب على أفعال الوقاع المعتبر
في نظر القانون المذكور والتي تكون واجبة التطبيق كلما امتنع توقيع عقوبة
لتخلف الدليل الشرعي . وإنه مما يؤكد غرض المشرع في وجوب تطبيق أح
قانون العقوبات كلما امتنع توقيع حدالزنى هو التعديل في قانون العقوبات
جاء به قانون إقامة حدالزنى في المادة الثامنة منه والذى أضاف بمقتضاها فقرة
الى المادة ٤٠٧ عقوبات والتي يجري نصها بالآتي : « وكل من واقع انساناً بر
يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات » ، ذلك أن ا
المذكورة هي عبارة عن زنى وفق تعريف المادة الأولى من قانون إقامة حدالز
ولم يكن بالمشرع من حاجة لإيرادها لو لم يكن غرضه وجوب تطبيق الـ
المذكورة في حالة تخلف الدليل الشرعي في جريمة الزنى المعاقب عليها حداً »[1]

وما انتهت اليه المحكمة العليا في هذا الشأن محل نظر ، فقد س

---

(١) عليا ٢٨/ ٥/ ١٩٧٥ مجلة المحكمة العليا س١١ العدد الأول ص ١٤٨ ط
٢١ ق.

مقدمات صحيحة في جملتها ، ولكنها استخلصت من تلك المقدمات نتيجة لا تؤدي اليها بالضرورة . ونحن لا ننازع في أن امتناع تطبيق الحد لتخلف دليله الشرعي لا يكفي بمجرده لإفلات الجاني من العقاب تماماً ، ولا ننازع كذلك في أن أحكام قانون الزنى لا تخل بأحكام قانون العقوبات فيما لم يرد بشأنه نص . غير أن التسليم بذلك لا يلزم منه وجوب التسليم بأن المادة الواجبة التطبيق هي المادة ٤٠٧ على وجه التحديد ، بل أن تطبيق هذه المادة بالذات هو محل الاعتراض .

ووجه الاعتراض أنه لكي تحكم المحكمة بعقوبة المواقعة على مرتبك فعل الزنى يتعين عليها أن تذكر السبب الذي حال بينها وبين إيقاع حد الزنى ، لأن نص المواقعة احتياطي لا يصار اليه إلا عند امتناع تطبيق النص الأصلي . وهذا يقتضي الاعتراف بتخلف الدليل الشرعي على ثبوت الزنى. وإذا سلم الحكم بهذه الحقيقة ثم قضى مع ذلك بعقوبة المواقعة فقد أوقع نفسه في تناقض خطير ، لأنه بذلك يعلن أن الزنى لم يثبت للمحكمة شرعاً إلا أنه ثبت لها قانوناً ، ولأنه لم يثبت شرعاً لم تقض بالجلد حدا ، فلما ثبت لها قانوناً قضت بالسجن تعزيراً . وهذه دعوى لا يمكن قبولها بحال ، إذ لا يجوز في ظل نظام قانوني واحد أن يعلن القضاء ثبوت الواقعة وعدم ثبوتها في نفس الوقت . وإذا جاز في شرائع أخرى - كما كان جائزاً في ليبيا نفسها قبل صدور قانون الزنى - أن يثبت الزنى بالشاهد الواحد أو بالقرائن أو باعتراف المتهم ولو عدل عنه أو أنكره ، فانه لا يجوز في النظام الليبي الجديد إثبات الزنى بهذه الوسائل ولو وصف الفعل بأنه مواقعة ، لأنه لا يجوز نفي الفعل شرعاً وإثباته قانوناً ، لما في ذلك من إساءة للشريعة أو للقانون الوضعي . ذلك أن هذا التنافر يعني أحد أمرين ؛ أما إتهام الشريعة بالإفراط في تطلب دليل إثبات لا حاجة إليه ، أو اتهام القانون الوضعي بالتفريط بقبوله دليلا لا يصح الاكتفاء به والاعتماد عليه ، وكلا الأمرين لا يليق .

وقد يرد علينا بأنه لو صح هذا الاعتراض بالنسبة الى الزنى لوجب أن يصح كذلك بالنسبة الى السرقة إذا لم يكتمل دليلها الشرعي ، بحيث يتعين الامتناع عن الحكم بثبوتها قانوناً إذا تعذر إثباتها شرعاً ، وهو ما يصطدم بصريح نص المادة

العاشرة من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة التي تقضي في فقرتها الراب
بوجوب تطبيق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات إذا
يكتمل الدليل الشرعي ، وذلك متى اقتنع القاضي بثبوت الجريمة بأي دليل
قرينة أخرى . وعندنا أن هذا قياس مع الفارق ، لأن السرقة المعاقب علي
تعزيراً لا تطابق السرقة المعاقب عليها حداً ، بل هما مختلفتان لا من حيث الاثبا
فحسب ، وإنما من حيث الأركان أيضاً . فالسرقة المعاقب عليها حداً تقع على م
منقول محترم مملوك للغير في حرز مثله يساوي نصاباً على الأقل ، وفعلها هو هت
الحرز وإخراج المال منه والاستيلاء عليه خفية بنية تملكه ، أما السرقة المعاق
عليها تعزيراً فهي اختلاس منقول مملوك للغير بنية تملكه أو استعماله مؤقتاً
رده . وإذا عاقب القاضي على السرقة تعزيراً فهو في غنى عن التطرق في حك
الى ما لا يقتضيه نص قانون العقوبات الذي يطبقه ، ومن ثم فلا تعارض
العقل والمنطق بين الاعتراف بعدم ثبوت السرقة شرعاً وبثبوتها قانوناً لاختلا
المنفى عن المثبت وإن أوهم لفظ السرقة المشترك بغير ذلك . أما بالنسبة الى الز
فالوضع مختلف ، لأن الزنى شرعاً هو إيلاج فرج ذكر في قبل امرأة في غير حل
ومواقعة الأنثى في القانون لا تختلف عن ذلك في شيء ، وإنما هي عين الز
الشرعي . ومن هنا يقوم التعارض حتما حين يعترف القاضي بعدم ثبوت الز
وبثبوت المواقعة ، لأن ما نفاه هو نفس ما أثبته وإن أوهم اختلاف الاسم
ذلك . ويمكننا في النهاية أن نحتج لرأينا بما احتج به علينا ، فقد كان المش
الوضعي حريصاً على أن ينص في قانون السرقة والحرابة على التحفظ المتقدم
ينص في قانون الزنى على مثله ، لأنه يدرك جيداً أن هذا الحكم لا يستقيم
الزنى، ولو استقام لنص عليه .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان التسليم بالرأي المنتقد يؤدي
نتيجة مرفوضة شرعاً ، وهي أن هناك نوعين من الزنى ، أحدهما معاقب
حداً ، والآخر معاقب عليه تعزيراً ، وأن الفارق بين النوعين يكمن في الدل
فما ثبت بالاقرار أو بأربعة شهود ففيه الحد ، وما ثبت بما دون ذلك

التعزير . والمذاهب الشرعية على اختلافها لا تعرف إلا زنى يثبت بدليله الشرعي أو لازنى على الاطلاق .

ومن جهة ثالثة فان تنويع العقاب على الفعل الواحد تبعاً لدليل إثباته غريب على الفكر القانوني وعلى الفن التشريعي المعاصر ، فلم تجر العادة بالمخالفة في العقوبة لمثل هذا السبب ، وإنما جرت العادة على أن تختلف العقوبة تبعاً لخطورة الجريمة أو خطورة مرتكبها أو لظروف ارتكابها . وليس في التشريعات المعاصرة تشريع يقرر للفعل الواحد بنفس أبعاده عقوبتين مختلفتين ويجعل توقيع كل منهما مرهوناً بدليل إثبات معين . وليس ما يعيب هذا القول أساساً أنه خروج على المألوف ، فقد عرفته بعض الشرائع القديمة في فترة من تاريخها ، ولكن عيبه الحقيقي أنه يصطدم بالمنطق ، لأنه يقسم الأدلة الى كاملة وغير كاملة ، وهو تقسيم يتعارض مع معنى الدليل ، لأن الدليل هو ما يؤدي الى كشف الحقيقة ، أو هو ما يولد اليقين في النفس بصحة أمر أو بعد صحته . ولما كان اليقين لا يحتمل التدرج - وإلا كان شكا في بعض صوره - فكذلك الدليل لا يحتمله . وإذا عجز الدليل عن تحقيق اليقين فانه لا يعتبر دليلا أصلا ، ولا يقال عنه أنه دليل غير كامل . وفي هذا المعنى يقول ابن حزم : اليقين لا يتفاضل ، لكن إن دخل فيه شيء من شك أو جحد بطل كله ، برهان ذلك أن اليقين هو إثبات الشيء ، ولا يمكن أن يكون إثبات أكبر من إثبات ، فان لم يحقق الاثبات صار شكاً[1] .

وأخيراً فما الحكم لو أن القاضي حكم بعقوبة المواقعة على المتهم بالزنى فقدم المحكوم عليه شكوى ضده مطالباً باقامة حد القذف عليه لأنه رماه بالزنى دون أن يثبت صحة ما رماه به شرعاً ، بل على الرغم من علمه بأن ذلك غير ممكن الثبوت شرعاً ؟ إن الأمر في اعتقادنا يصبح حرجاً بغير شك ، ولا نظن أن في وسع القاضي عندئذ أن يعتصم بسبب الإباحة المتمثل في أداء الواجب ، لأن النظام القانوني لا يمكن أن يجعل قذف المسمين بالزنى بغير دليل شرعي عملا

---

(١) المحلى حـ١ ص ٤١.

مباحاً ، بله واجباً[1] .

وإذا انتهينا الى أن المادة ٤٠٧ لا تنطبق ، وكان قانون الزنى بدون منطبق، فقد يصح التساؤل: ألا يخشى أن يؤدي ذلك إلى إفلات المتهم يسيغ المنطق أن يتسع القانون لعقاب من يواقع الذكر ويضيق عن عقا يواقع الأنثى ؟

والجواب أن هذه النتيجة ليست هي البديل الضروري، فما زال ال ممكناً بنص آخر في قانون العقوبات ، وهو نص المادة ٤٠٨ الخاصة

(١) وبيان ذلك أن للزنى بين الحدود منزلة بالغة الخصوصية ، فهو الجريمة الوحيدة ال يكفي لاثباتها شاهدان ، بل يلزم لذلك أربعة ، وهو كذلك الجريمة الوحيدة الت على ارتكاب فعلها إذا ثبت بالدليل الشرعي ، ويحد على القذف به إذا عجز القاذ إثباته بهذا الدليل . أما الحدود الأخرى فيكفي لاثباتها شاهدان ، كما أن الرمي بـ دليل لا يوجب الحد وإنما قد يوجب التعزير . وعلة إفراد الزنى بهذه الخصـ مفهومة ، فالاسلام يريد أن يكون مجتمعه عفيفاً طاهراً ، ونسبة الزنى الى شخص دليله الشرعي فيه معرّة بينة ونفي للنسب وإشاعة للفاحشة . فأما أن يثبت القاذف ما قذف به فيحد الزاني أو يحد هو حد القذف . وقد حذرنا الله من خلخلة د المجتمع بقوله : « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أ الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون » . وقال في معرض الزجر عن ترديد ا بغير دليل : « إذ تلقّونه بألسنتكم وتقولون بأفواهكم ما ليس لكم به علم ، وتح هينا وهو عند الله عظيم . ولولا إذ سمعتموه قلتم ما يكون لنا أن نتكلم بهذا ، سبـ هذا بهتان عظيم » . وقد يكون الخطاب في هذه الآيات العنيفة الزاجرة موجهاً مباشرة الى قذفة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها والى جماعة المؤمنين ، إلا أن الـ عندما حمتها لم تجعل هذه الحماية وقفاً عليها لميزة من المزايا التي اختصت بها عائشة نساء المسلمين ، وإنما حمتها أساساً واشتدت على قذفتها بوصفها مؤمنة معصومة الـ إلا بالحق . فالنهي والتقريع والتهديد موجه لكل قاذف الى أن يرث الله الأرض عليها . وحتى لو لم تقرع مسامعنا كلمات الله القاطعة الزاجرة التي تنضح بالتهـ والوعيد ، فان التأسي برسول الله وصحبه كفيل بأن يصدنا عن التسرع بنسبة الزنـ انسان دون توافر الدليل الشرعي ، لأن النهي لا يقتصر فحسب على عدم إيقاع حـ الذي لم يكتمل دليله ، بل هو في الأساس ينصرف الى عدم التقرير بوقوع الزنى نفـ ويجب أن يكون أدب الإسلام أسمى مرتبة من اجتهاداتنا القانونية .

العرض . وقد تكون عقوبة هذه المادة أخفّ من عقوبة المادة ٤٠٧ ، لكنها المخرج الوحيد الذي يمكن من خلاله رفع كل أوجه الشذوذ . فاذا حقق القاضي الدعوى واستبان له أن دليل الزنى لم يكتمل شرعاً ، فعليه أن يثبت شهادة الشهود وأقوال المتهم وتقارير الخبراء وقرائن الأحوال ثم يعلن أن الأدلة التي اجتمعت لديه لا تكفي لاثبات الزنى شرعاً ، ولكنها مع ذلك تكفي قانوناً لإدانة المتهم في جريمة هتك العرض وهو القدر المتيقن ، ثم يحكم عليه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة طبقاً للفقرة التي توفرت شروطها .

٧ـ الخاتمة :

يمكن إجمال ما تقدم في المبادىء الثلاثة الآتية :

أولا : : إذا اكتملت في فعل واحد أركان المواقعة المعاقب عليها تعزيراً وشروط الزنى المعاقب عليه حدا وجب تطبيق نص الزنى لا نص المواقعة .

ثانياً : إذا استكمل الفعل أركان الزنى وثبت بدليله الشرعي ثم امتنع توقيع الحد لشبهة معتبرة وجب تطبيق نص المواقعة .

ثالثاً : إذا وقع فعل الزنى ولكنه لم يثبت بدليله الشرعي وكانت هناك أدلة أخرى على وقوعه ، فان النص الواجب التطبيق هو النص الخاص بهتك العرض لا نص المواقعة .

ثالثًا : عَن الإثبَات

تقاريرُ الدكتور عَوَض محمَّد عَوَض

استاذ القانون الجنائي
بجامعة قاريونس (سابقاً) والاسكندرية

(١) إثبات الحد في تشريع الزنى
بين الاطلاق والتقييد

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

نصت المادة الثانية من تشريع الزنى[١] على اقامة الحد على الزاني 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 والحرابة ، 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 تعد المادة العاشرة من قانون الزنى هذا النظر ، لأنها تنص على تطبيق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون ، فاذا لم يوجد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات ، أما بالنسبة الى الاجراءات فينص 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 الأحكام الواردة في قانون العقوبات ، أما

---

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

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

أحكام قانون الاجراءات فانها تنطبق مباشرة ولو خالفت هذا المشهور . ولما كانت قواعد الاثبات منصوصاً عليها في قانون الاجراءات ، وكان تشريع الزنى قد خلا 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 ٣٠٢ اجراءات) .

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

٢ ـ رفض دعوى حرية الاثبات في تشريع الزنى :

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

٣ ـ أولا : دلالة اختلاف تشريع الزنى عن سائر تشريعات الحدود حجة ضد الحرية

هذا الاختلاف في ذاته ليست له دلالة حاسمة ، لأن تشريعات الحدود لها طبيعة خاصة تحد كثيراً من نطاق التفسير بمفهوم المخالفة . فالحدود أحكام سماوية ، ودور المشرع الوضعي فيها يقتصر بصفة أساسية على التقرير دون الانشاء . ولذلك فان سكوته عن ايراد حكم لا يفيد بالضرورة نفيه ، وانما يفيد الأمر تحديد طبيعة هذا الحكم ، لأن من الأحكام ما يمتنع على الحاكم مخالفته ولهذا جرت خطة المشرع باطراد 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 الشريعة الاسلامية . وهذا كله يوجب الحذر والاقتصاد في استنباط الأحكام بمفهوم المخالفة .

٤ ـ 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 الاسلامية مباشرة ، وإنما يطبق تشريعاً وضعياً ، وهو بمقتضى وظيفته يلتزم بتطبيق التشريع في الحدود التي رسمها . فاذا 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 .

ويحسن 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 إتحاد 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 بالمذكرة الإيضاحية لهذا القرار أنه يعتبر متمماً للإعلان الدستوري ومقرراً لقاعدة أساسية 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[1] .

---

(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 ـ ٢٨ . وقد قدمنا هذا البحث إلى ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون التي عقدت في بيروت في سنة ١٩٧٣ م.

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

لذلك فنحن في دراستنا لتشريعات الحدود ننطلق من فكرة أساسية
الاعتقاد الجازم بأن المشرع الوضعي لم يدر بخلده الخروج على المبادئ الأ
للشريعة الإسلامية[1] ونفترض أن الأحكام التي قننها أما أحكام قطعية
اختيار في مواطن الخلاف لأحد المذاهب الفقهية ، ولا نستبعد اجتها
بعض المسائل التي لم يرد عن السلف شيء فيها .

من هنا لا يصح إرسال القول بأن القضاء عند ما يقيم الحد لا يطبق
الشريعة الإسلامية بل يطبق تشريعاً وضعياً ، وأنه لا شأن له بمطابقة هذا ال
أو مخالفته لحكم الشريعة الإسلامية ، فهذا القول إن صح التعارض خا
وإن لم يصح كان عجلة غير محمودة في هذه المواطن[2].

---

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

(٢) وهذا ما حرصت المحكمة العليا على تأكيده في خصوص إثبات الزنى على وجه الت
فقد قضت بأنه لما كان القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ م في شأن إقامة حد الزنى
نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية كما جاء في ديباجته وتنفيذاً للقرار الصادر م
قيادة الثورة بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأ
للشريعة الإسلامية ، فإنه ينبغي لذلك أن تكون أحكامه ، سواء المنصوص
صراحة أو المسكوت عنها ، متفقة مع أحكام الشريعة 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 جدلاً 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 ننفيه ، فقواعد الاثبات ليست كلها قواعد اجرائية وانما هي قسمان : قسم موضوعي وآخر اجرائي .

ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن هذه القواعد كلها وردت في قانون الاجراءات ، وأنها لهذا السبب تعتبر قواعد اجرائية ، ذلك لان موضع القاعدة ليس هو الذي يحدد طبيعتها ، وانما طبيعة القاعدة هي التي تحدد موضعها . فاذا وضع المشرع احدى القواعد القانونية في غير موضعها ، فذلك ليس من شأنه أن يمسخ طبيعتها ويضفي عليها طبيعة الموضع الذي استقرت فيه[1] . 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 لاثبات ارتكاب جريمة الزنى . أنظر حكم المحكمة العليا ١٩٧٤ م مجلة المحكمة العليا س ١١ ع ١ ، و ٢٥/ ٦/ ١٩٧٤

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

أن قانون العقوبات ، وهو قانون موضوعي ، يشتمل على احكام اجرائية م
هو الحال بالنسبة للمواد ٧ ، ١٩ ، ٤٢ وأولى هذه المواد خاصة بامتناع
الدعوى الجنائية على من برأته المحاكم الاجنبية او ادانته واستوفى عقوبت
والثانية خاصة بطريقة تنفيذ حكم الاعدام ، والأخيرة خاصة باشراف الق
والنيابة العامة على تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية . والامر كذلك بالنسب
المواد من : ١٠٥ الى ١١١ وهي خاصة في حقيقتها بانقضاء الدعوى الجن
٢ ومثل ذلك المواد العديدة الأخرى التي تعلق رفع الدعوى الجن
بعض الجرائم على تقديم شكوى أو طلب او اذن ، وأبرزها المادة ٢٢٤ ،
باكملها اجرائية خالصة . وهناك من جهة اخرى قواعد موضوعية نص ع
قانون الاجراءات الجنائية ، ومن قبيلها المواد ٢٣ و ٥٩ و ٩٩ و ١٠١ و
و٢٥٢ و٢٥٧ ، 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 الجنائي قواعد اجرائية اعتماداً على
النص عليها في قانون الاجراءات الجنائية .

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

والراجح في فقه القانون الخاص أن احكام الاثبات ليست كلها اح
اجرائية وانما هي قسمان : قسم موضوعي وآخر اجرائي . فأما القسم الموض
فيشمل القواعد التي تحدد أدلة الاثبات ، وقيمة كل دليل ، ومن يقع عليه
الاثبات ، وما الذي يقوم باثباته . واما القسم الشكلي فيضم القواعد التي
الاجراءات التي يجب اتباعها في تقديم ادلة 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[1]. واعترافا بهذه الحقيقة وزع المشرع الليبي قواعد الاثبات المدني بين مجموعة القانون المدني ومجموعة قانون المرافعات ، فجعل الأحكام الموضوعية في المجموعة الأولى والاجرائية فى الثانية[2] .

ونحن لا نزعم أن الاثبات الجنائي يطابق الاثبات المدني ، وأن كل ما يصدق على الثاني يصدق على الاول ، ولكنا 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 حـ ٢ ص ١٦ ـ ١٨ ، وانظر كذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري حـ ٣ ص ٣٤٧ ـ 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 الإثبات كلها في قانون المرافعات ، وهذا مذهب التشريع الألماني والتشريع السويسري ، ومنها طائفة تفرد للإثبات مجموعة مستقلة تضم كل أحكامه ، وهذا مذهب التشريعات الإنجليزية والأمريكية ، وبه أخذت بعض التشريعات العربية ، ففي سوريا يوجد قانون البينات ، وفي مصر صدر مؤخراً قانون الإثبات ، وجمع المشرع فيه مختلف الأحكام التي كانت موزعة من قبل بين القانون المدني وقانون المرافعات . وهذا دليل آخر على أن قواعد الإثبات لا تتحدد طبيعتها بحسب موضعها .

التي يثبت بها الحد فيعتبر من الاحكام الموضوعية التي لا ينبغي اللجوء اليو

٥ ـ ثالثاً : تشريع القذف يحدد المصدر الذي تستمد منه أدلة الزنى :

القذف والزنى حدان يرتبطان رغم اختلافهما برباط وثيق . فالقذ
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 فيه
القذف وجعلت على رأسها « اثبات القاذف لصحة القذف شرعا » . ومعنى
انه اذا رمى شخص غيره الزنى كان قاذفا وتعين حده ، الا ان باستطاعته أن
الحد عن نفسه اذا اثبت وقوع الزنى ممن قذفه ، بشرط أن تكون ادلة الاثبات
يقدمها مقبولة « شرعا » . وهذا النص وان يكن واردا في تشريع القذف ،
حاسم للخلاف في اثباتات الزنى ، لانه لا يستقيم عقلا ان يتشدد المشرع
اثبات الزنى بأدلة معينة عند اسقاط حد القذف ، وأن يطلق هذا الاثبات م
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 المعاق
بالجلد حداً يجد 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 بالموض
بالإجراءات ، كما أن قول المادة العاشرة السالفة الذكر في الفقرة الثانية منها
بالنسبة إلى الإجراءات فيطبق في شأنها قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأ
في هذا القانون ـ لا يعني أنها تحيل فيما يتعلق بإثبات جريمة الزنى إلى القانون المذ
وإنما الإحالة المعنية قاصرة على إجراءات التحقيق والمحاكمة وغيرها من الإجراءا
لا تتعلق بالإثبات .
المحكمة العليا الحكمان السابقان .

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

في حال فينبغي ان تكون كذلك في غيرها من الاحوال .

٦ ـ 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 للمبادىء الاساسية في الشريعة الاسلامية ونص على ذلك صراحة في كل تشريع من تشريعات الحدود ، فان هذا الحكم واجب الاتباع في حدالزنى 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 ـ 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 الملاعنة . وبعض هذه الأدلة مجمع عليه والبعض مختلف فيه . فاما المجمع عليه فهو الشهادة والاقرار ، وأما المختلف فيه فظهور الحمل والنكول عن اللعان .

٨ ـ (أ) الشهادة :

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

فأما الكتاب فلقوله تعالى : واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم[1] ، ولقوله تعالى : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم

(١) سورة النساء الآية ١٥

الفاسقون[1] ، ولقوله تعالى ، لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فاذا لـ
بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون . وأما السنة فلما رُوي عن أبي
أن رجلا قال : يا رسول الله ، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أمهـ
آتي 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 اللـ
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 ، وانما حد وعقوبة ، والحدو
بالشبهات[2] . 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[3] . ويرى بعض الفقهاء أن شرط العدد في
على الزنى ثبت في الأصل تعبداً غير معقول المعنى ، لأن خبر من ليس بمعص
الكذب لا يخلو من احتمال الكذب ، وعدد الأربعة في احتمال الكذب مث
المثنى ما لم يدخل في حد التواتر ، لكنا عرفناه شرطا بنص خاص معدولا
القياس[4] .

٩ - (ب) الاقرار :

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

---

(١) سورة النـور الآية ٤

(٢) سورة النـور الآية ١٣

(٣) المبسوط حـ ٩ ص ٣٧ .

(٤) بدائع الصنائع حـ٦ 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 ماعز باقراره ، وتروي كتب الحديث كذلك أن صاحبة العسيف رجمت باقرارها[1] . 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 آكد من الشهادة[2] .

١٠ ـ (جـ) 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 لستة 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 يرجمها بحملها . وروي عن علي ابن أبي طالب أنه قال: الزنى زناءان :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 الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي . حـ ٢ ص ٣٠٣ وما بعدها ، وكذلك المراجع التي أشار إليها .

لهم في عصرهم مخالف فيكون اجماعا[1] .

ويجب الحد عند المالكية بناء على هذا الدليل اذا ظهر الحمل على امر
متزوجة ، أو متزوجة ولكن من زوج لا يلحق به الحمل كالصغير والمج
أو متزوجة من زوج يلحق به الحمل ولكن أتت بالمولود كاملا لدون ستة
من العقد . ولا يقبل المالكية من المرأة الادعاء بالغصب الا اذا وجدت
تصدقها . فان قامت لها قرينة فلا حد عليها ، كأن تأتي مستغيثة ممن غصبها
تأتي البكر عقب الوطء وهي تدمي ، أو تتعلق المرأة بغاصبها[2] . ولا يقبل
الزوجية ممن لا زوج لها إذا ظهر الحمل عليها الا أن تقيم البينة على زو
فان عجزت حدت . أما إذا كانت المرأة طارئة - أي مقيمة - فقال ابن
بقبول ادعائها[3] .

أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد فلا يرون اقامة الحد بظهور الح
لاحتمال أن يكون الوطء باكراه 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 الائمة الث
امتناع الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه أو الغصب ، وكذلك مع
الزوجية ، وان لم تأت في دعوى الاستكراه بأمارة ولا في دعوى الزوجية
واحتجوا بأن الآثار الواردة عن الصحابة في هذا الباب مختلفة ، فقد ر
امرأة رفعت الى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت ، فسألها عمر فق
اني امرأة ثقيلة الرأس وقع عليّ رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ
عنها الحد . ويروى أيضاً أن عمر أتي بامرأة حامل ولا زوج لها فادعـ
أكرهت فخلّى سبيلها . وجاء في حديث شراحة أن عليًّا أتي بامرأة فقا

---

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

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

(٣) بداية المجتهد حـ ٢ ص ٤٤٠ .

أستكرهت ؟ قالت : لا ، قال : فلعل رجلا أتاك في نومك . ويروى عن علي وابن عباس أنهما قالا : اذا كان في الحد لعل وعسى فهو معطل[1] .

١١ ـ (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 شهداء الا أنفسهم . . . الآيات . ويتم اللعان بأن يشهد الزوج أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . فاذا فعل الزوج ذلك ولم تصدقه زوجته لاعنته . ولعانها أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين . وبالملاعنة يسقط عن الزوج حد القذف ولا يجب على الزوجة حد الزنى وتتم الفرقة بينهما . أما اذا نكلت الزوجة عن اللعان ففي الفقه خلاف حول ما يفعل بها .

ويرى مالك والشافعي ، أنها لا تجبر على اللعان ، وانما يقام عليها حد الزنى [2]. وبهذا الرأي ايضاً قال أهل الظاهر وجماعة من الفقهاء منهم مكحول والشعبي وأبو عبيد وأبو ثور واسحاق الجرزجاني وابن المنذر . وأما أبو حنيفة فيرى اجبارها على اللعان ، فاذا امتنعت حبست حتى تلاعن أو تقر بالزنى . فان أقرت حدت باقرارها . ولكنها لا تحد بنكولها . وفي مذهب أحمد ، روايتان : احداهما ، وهي الأصح ، أنها تحبس حتى تلاعن أو تقر أربعاً ، والثانية أنه يخلى سبيلها . وفي الحالين لا حدَّ عليها بنكولها . وقال بامتناع الحد أيضاً الحسن والأوزاعي[3] .

---

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

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

(٣) المغني حـ ٩ ص ٧٢ ـ ٧٣ .

وحجة القائلين بوجوب الحد قوله تعالى : ويدرأ عنها العذاب أن تـ
أربع شهـادات بالله . . . الآية ، فإن فيه إشـارة إلى عذاب معلـوم لأنه
التعريف ولامه ، ولا يعلم عذاب في الزنى إلا الحد ، لقولـه تعـالى : ولي
عذابهما طائفة من المؤمنين . ويرى أصحاب هذا الـرأي أن الـدرء هو الـ
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 ع
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 الم
الذي جعله الله لها برد قوله حدت ، لأنه أحق عليهاالزنى بالتعانه وصدق به
حتى صار غير قاذف لها [1].

أما القائلون بامتناع الحد فيجيبون 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 معا
قال تعالى في قصة الهدهد على لسان سليمان : لأعذبنه عذاباً شديداً ، وقيل
التفسير : أي لأحبسنه . وإذا احتمل اللفظ هذا المعنى لم يجب الحـد ، لأ
لايثبت بالاحتمال . وقد يوجه هذا الرأي ما روي عن عمر أنه قال : إن الحد
من زنى وقد أحصن إذا كانـت بينـة أو كان الحمـل أو الإعتـراف ، فقـد
موجبات الحد ولم يذكر من بينها النكول عن اللعان [2].

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

---

(١) المدونـة الكبـري حـ ٦ ص ١١٢،حاشية الدسوقـي حـ ٢ ص ٤٦٥ ، المحلى حـ
ص ١٤٥

(٢) بدائع الصنائع حـ ٣ ص ٢٣٨ و٢٣٩ ، المغني حـ 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 بينته 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[1] . 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 ينتفي بضم أحدهما إلى الآخر ، فإن احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج[2]

ومن فقهاء المالكية والشافعية من يسلم بقوة حجج الحنفية والحنابلة في هذه المسألة ويصوب رأيهم فيها ، كابن رشد وأبي المعالي[3] .

١٢ ـ 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 للحاكم أن يقيم عليه الحد لا يجوز له أن يقيمه . بدائع الصنائع ، المرجع السابق .

(٢) المغني ، المرجع السابق .

(٣) بداية المجتهد حـ ٢ ص ١٢٠ .

لها لبيان أنواعها لا لدراسة أحكامها . واتضح لنا من هذا العرض أن الشه
والإقرار دليلان مجمع عليهما ، وأن ظهور الحمل والنكول عن اللعان دلي
مختلف فيهما . وفي تطبيق تشريع الزنى يتعين استبعاد الدليلين الأخيرين :

١٣ ـ فأما النكول عن اللعان فمستبعد لاعتبار قانوني لا محل م
لاجتهاد ، فقد اعتنق المشرع في ليبيا رأي الأحناف والحنابلة صراحة في النكول ع
اللعان ، وقنن رأيهم في المادة الثامنة من تشريع القذف فنص في فقرتها الخام
على أنه « إذا امتنعت الزوجة عن اللعان حكمت المحكمة بحبسها حتى تلاعن
تصدق الزوج فيما رماها به ، فإذا صدقته تحدّ حد الزنى . وهذا يعني أن النكو
بمجرده لا يوجب الحد ، وإنما يجب الحد على الزوجة بالتصديق .

ويثير 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 ابتداء أن يكون هذا الحبس إحتياطياً
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 جد
بأن هذا الحبس عقابي فذلك لا يستتبع القول بأن أقصى مدة له ثلاث سنوا
وفقاً للقاعدة العامة المقررة في قانون العقوبات ، لأن هذا القول يؤدي إلى إطلا
سراح الزوجة قبل أن تلاعن زوجها أو تصدقه ، وهو ما يتعارض مع النص
صراحة . ولهذا فالحبس من الناحية النظرية يمكن أن يتأبد . وقد تكون هذ
النتيجة غير سائغة في مفاهيمنا القانونية ولكن قبولها أمر لا مناص منه ، إذ لو أرا
واضع التشريع غير ذلك لنص صراحة وجعل لهذا الحبس حداً أقصى . ومع ذلك
فالقول بتأييد هذا الحبس ليس بدعاً في التشريع الليبي[1] . وكان باستطاعة المشر

---

(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 المحك
المختصة ، فإذا ثبت ذلك للمحكمة جاز لها أن تمهله لمدة لا تجاوز 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 تلاعن 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[1] . ولكنا 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[2] .

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 ـ وأما ظهور الحمل فمستبعد بدوره ، لأن هذا الدليل مختلف فيه كما ذكرنا ، فمن الفقهاء من يجيزه 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 حـ ٩ ص ٧٤ .
(٢) المغني ، المرجع السابق .

القضاء ، بل هو في الوقت الحاضر يتجاوز طاقته . وقد رسم المشرع الوض
للقضاء طريقة إذا عرضت له في تطبيق تشريعات الحدود مسألة لم يجد ن
بشأنها ، فقد أوجب عليه الرجوع إلى المشهور في مذهب الإمام مالك بالنسب
تشريع السرقة والحرابة ، وإلى المشهور في أيسر المذاهب بالنسبة للتشريع
الأخرى . والأمر في الحالين مقدور عليه ، لأن المذهب المعتمد محدد باسم
الحالة الأولى وبيسره في الأحوال الأخرى . ولا شك أن المقارنة بين المذاه
لاختيار أيسرها في صدد الواقعة المطروحة أهون كثيراً من المقارنة بينها لاخ
أصحها أو أرجحها ، فهذا الأمر كما قلنا يجاوز طاقة الكثرة الكثيرة من فق
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 اس
ظهور الحمل من عداد أدلة الزنى. وإذا كانت هذه النتيجة تبدو طبيعية
الاتفاق على انطباق المادة ١٠/ ١ ، فإنها تعتبر نتيجة حتمية أيضاً إذا عنّ لقائل
يقول بأن حكم الفقرة الأولى لا ينصرف إلى أدلة الإثبات . ذلك لأن اختـ
الآراء حول مشروعية دليل الحد يعتبر بمثابة شبهة والشبهة تدرأ الحد . وقد
اختلاف الفقهاء حول ظهور الحمل ومدى اعتباره دليلاً على الزنى، فوجب
الحد بهذا الخلاف إذا لم يكن هناك غير هذا الدليل . وبهذا يمكننا دون اس
بالفقرة الأولى من المادة العاشرة أن نصل إلى نفس النتيجة التي يؤدي إليها أ
هذه الفقرة مباشرة .

١٥ ـ **أما الشهادة والإقرار** فهما الدليلان اللذان يصح الإعتماد عل
لإثبات الزنى[1]، لورود النص عليهما في الكتاب والسنة . أما الشروط اللا
لقبولهما فبعضهما محل اجتهاد ، وبعضها وردت بشأنه نصوص ، منها ما هو قط

---

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

الثبوت أو الدلالة ، ومنها ما هو ظني الثبـوت أو الدلالـة.ولا يجـوز 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 الإقـرار وإذا اختلفـت أقـوال الفقهـاء في شرط من الشروط فأيسر المذاهب أولاها 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 ـ كلمة ختامية :

قد يرى القارئ بعد الفراغ من هذا البحث أن فيه جهداً أسهم في رفع لبس وإزالة غموض . أما نحن فنعترف بأنـه محـدود القيمـة . 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 بحثهـا وعلاجهـا مشـكور ومأجور ، ولكن الأهـم من ذلك أن أثـره يبقـى إلى أمـد طويل . والحـال 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[1] ، 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 لعلة 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 المس
فنصت في فقرتها الثالثة على أنه يشترط للقطع أن يكون المسروق منقولاً مت
محترماً مملوكاً للغير في حرز مثله وألا تقل قيمته عن عشرة دنانير ليبية و
حدوث 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 يحد
معنى خاصاً . ويقال إنه استغنى عن تعريف المال لوضوحه . ولذلك نرى بع
المعاجم اللغوية يكتفي في بيانه بقوله : المال معروف . ومن المعاجم ما ي
معناه ، ويؤخذ منها أن المال في لغة العرب هو الشيء الذي يحوزه الإنسان بال
بحيث ينفرد به عمن سواه . أما الفقهاء فقد ورد عنهم في تعريف المال عبا
كثيرة مختلفة في ألفاظها متقاربة في مفهومها ومعناها . وأقرب هذه التعا
وأحسنها ما قيل فيه أن المال هو ما يمكن حيازته والانتفاع به إنتفاعاً معتاداً . و
التعريف يفيد أن مالية الشيء تثبت بمجموع أمرين : أولهما إمكان الحيا
وثانيهما إمكان الإنتفاع المعتاد به . فإذا فقد أحد الأمرين أو كلاهما انتف
المالية[٢] . فما تمتنع حيازته لا يعد مالاً وإن أمكن الإنتفاع به كالريح وض

---

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

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

القمر ، ومثله ما لا ينتفع به أصلاً وإن كانت حيازته ممكنة كالطعام المسموم ، وكذلك ما ينتفع به إنتفاعاً غير عادي كلحم الميتة وحبة 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 والانتفاع ـ وهما المناط في اعتبار الشيء مالاً ـ عملان يصدران عن الإنسان ، وذلك يعني أن وصف المال يثبت من أجله أو بسببه ، فلا يمكن أن ينبسط 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 يعنينا 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[1] .

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[2] . واحتجوا بأن السارق لا يقطع المال

---

(١) أنظر حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٤ . بل إن الظاهرية وبعض الحنابلة يقولون بقتل المالك بعبده 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 وجه ، آدمي من وجه ، فكان محل السرقة من وجه دون وجه . بدائع الصنائع جـ 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 الخرشي على خليل جـ ٨ ص ١١٠ .

لعينه ، وإنما لتعلق النفوس به ، وإذا كانت سرقة العبد موجبة للقطع
الجمهور ، فأولى عندهم أن يقطع بسرقة الحر[1] . والقانون في هذا الشأن
مذهب الجمهور (م/ ٣) ، وقد صرحت المذكرة الإيضاحية بأنه لا قمع في ا
الصغير لأنه ليس بمال ، وإنما يعاقب على خطف الأطفال باعتباره جناية عق
التعزير وفقاً للمادة ٤٢٨ من قانون العقوبات .

وتأخذ أجزاء جسم الآدمي حكم الإنسان ذاته . فثمة أجزاء من ا
يمكن فصلها عنه ، كالشعر والأسنان والدم . والرأي عند رجال القانون أن
الأجزاء لا تعتبر مالاً ما دامت متصلة بصاحبها ، فإذا انفصلت عنه أ
اعتبارها مالاً وجاز أن تقع عليها السرقة[2]. أما في فقه الشريعة فالمسألة
دقيقة . وقد قررت لجنة الفتوى بالأزهر بأن نقل قلب الميت أو أي جزء م
غيره من الأحياء جائز شرعاً ، لأن الإنسان لم يخلق لنفسه فقط ، بل لن
ومجتمعه ، وأن أخذ جزء من الميت لينتفع به الحي أيسر عملاً وأهم شأن
التصحية بالنفس في باب المنفعة العامة[3]. وهذا يعني أن القلب وما هو من
كالكلية والدم والعين أشياء يمكن فصلها ويجوز الإنتفاع بها . وقد يقال - ت

---

(١) تفسير القرطبي جـ ٦ ص ١٦٨ ، التاج والإكليل جـ ٦ ص ٣٠٦ ، الشرح ال
للدردير جـ ٥ ص ١٢٥ ، الخرشي على خليل جـ ٨ ص ١١٠ ، البهجة في شرح
للتسولي جـ ٢ ص ١٢٥ ، الخرشي على خليل جـ ٨ ص ١١٠ ، البهجة في
التحفة للتسولي جـ ٢ ص ٣٥٩ . أما الحنابلة فظاهر المذهب عندهم أنه لا يقطع
الحر الصغير ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقطع بها . وقال بالقطع أيضاً الحسن ال
والشعبي وإسحاق بن راهويه . أما الشافعي وأبو حنيفة وسفيان وأبو ثور وابن
فيرون عدم القطع . أنظر المغني جـ ١٠ ص ٢٤٥ ، والشرح الكبير ج
ص ٢٤٤ ، والمحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٣٣٦ و٣٣٧ .

(٢) أنظر في ذلك : عوض محمد - جرائم الأشخاص والأموال ص ٢٥١ ، نجيب ح
جرائم الإعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني ص ٣٣ .
(٣) راجع هذه الفتوى في مجلة الهدي الإسلامي التي تصدرها الهيئة العامة للأوق
الجمهورية العربية الليبية - السنة ١٢ العدد ٢ الصادر في جمادى الآخرة ١٣٩٣
١٩٧٣ ص ٧٨ .

على ذلك ـ 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 الإنتفاع 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 علي تقييد الإجازة بهذا القيد ، فقد صرحت بأن استئصال القلب بأخذه من جسم إنسان غير جائز إبتداء ومحظور إلا إذا دعت الضرورة إلى غير ذلك ، فيجوز العدول عن هذا الأساس وبالقدر الذي تقتضيه الضرورة[1] . وإذا كانت الضرورات تبيح المحظورات فالأحكام لا تبنى 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 ـ سواء فصلت منه في حياته أو بعد مماته ـ 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[2] . 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 ـ المرجع السابق ص ٢٥١ و٢٥٢ .

ولذلك لا يقطع بسرقة أجساد الموتى[1] .

أما الحيوان فإنه يعتبر مالاً ، غير أنه إذا نفق فلا قطع في سرقته لأن الميتة ليس بمال ، إذ لا ينتفع به عادة . أما جلد الميتة فمختلف في سرقته[2] ، أن الخلاف لا ينصب فى الحقيقة على ماليته ، فهو في اعتقادنا مال ، إذ تم حيازته والإنتفاع به ، وإنما ينصب الخلاف على احترامه أو تقومه .

المالية والتمول :

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

---

(١) حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣٤٠ ، حاشية العدوي بهامش الخرشي جـ ٨ ص ٩
وامتناع القطع في سرقة جثث الموتى مطلق سواء كانت الجثة لإنسان مات حد
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 سرقته لأنه ليس بمال . بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٧
أما المالكية فيوجبون القطع فيه إذا سرق بعد دبغه وكان الدبغ قد زاده على قيمة أ
يساوي نصاباً . الشرح الصغير للدردير جـ 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 مالك ل
فإن سرقة سارق تعين قطعه . المحلى جـ ١١ ص ٣٣٥ و٣٣٦ . ورأي الظاهر
الآراء إلى الفكر القانوني المعاصر، غير أن ما ينبغي العمل به هو مذهب الإم
نزولاً على حكم المادة ٢٣ من القانون التي توجب العمل بالمشهور في هذا المذه
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 الإنتفاع 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[1] . ومن قبل ذلك قال ابن نجيم هذا القول في البحر الرائق[2] . ولذلك فنحن نستبعد أن يكون واضع القانون قد قصد بالتمول شرطاً آخر تلزم إضافته غير المالية . ولا يعدو الأمر في إعتقادنا أن يكون عدم دقة في الصياغة ، وكانت عبارة النص تستقيم لو أن واضع 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 جاوزت قيمة المسروق منه نصاباً . والمال المطلق عندهم هو ما جرت عادة الناس بتموله وادخاره لوقت الحاجة ، وغير المطلق ما

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣ و٤ . غير أن في الحاشية مع ذلك استطراداً قد يوحي بصحة مذهب القانون ، إذ يقول ابن عابدين معقباً : وحاصله - أي ما تقدم - أن المال أعم من المتمول ، 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 جـ ٥ ص ٢٧٧ . ويلاحظ أن عبارة ابن عابدين هي ذات عبارة ابن نجيم ، ولا تختلف عنها إلا في التعقيب الذي استطرد 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 جاوزت قيمة المسروق منها نصاب القطع . ومما يعتبر تافهاً بهذا المعنى التراب والطين والآجر والفخار والتبن والحشيش والحطب . 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 يضنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها ، بل يعدون الضنة بها من باب الخساسة[1] .

ومن الأموال غير المطلقة كذلك ما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورته . كالماء والسمك والملح والحجارة والطيور والوحوش . وحجة الحنفية أن هذه الأشياء تقل فيها الرغبات ولا تضن 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 يندرئ بها[2] .

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

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٨ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٥٥ .
(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٦ و٢٢٧ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٥٤ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٨ .

ﷺ ، منها قوله : لا قطع في الطعام ، وقوله : لا قطع في ثمر ولا كثر[1]، فما آواه الجرين ففيه القطع . ويقول السرخسي : إن سرق التمر من رؤوس النخل ولو في بستان محرز ، أو سرق حنطة في سنبلها 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[2]. 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[3]. ولهذا أجاز الحنفية القطع في الحنطة والسكر لأن الفساد لا يتسارع إليهما[4].

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 حلى ، 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[5].

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

---

(١) الكثر بفتحتين جمار النخل وقيل طلعها . مختار الصحاح .
(٢) المبسوط جـ ٩ ص ١٥٥ .
(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٧ .
(٤) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٧ .
(٥) أنظر فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٩ ـ ٢٣١ .

وشراؤه[1]

ويعنينا في هذا المقام أن نبرز بوجه خاص رأي المالكية نظراً لأهميت 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 أخ للوضوء أو للشرب[2] . ويقرر الخرشي أن من أخذ ماء أو حطباً أو غير ذلك مما ه مباح في الأصل ويملك بوضع اليد عليه وأخرج من حرز مثله ما يساوي نصا فإنه يقطع لعموم الآية ، وكذلك لو كان المسروق فاكهة رطبة أو غيرها مما يتسار إليه الفساد[3]. ويقطع كذلك في سرقة المصحف وغيره من الكتب الشرعية وكتب اللغة وسائر الكتب النافعة[4].

ويلفت النظر مع ذلك عبارة وردت في المذكرة الإيضاحية للقانون جاء به أنه لا قطع في غير ما يتمول ، كالأشياء التافهة الحقيرة . وليس في هذه العبار 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 المذكر الإيضاحية قد مثلت لذلك بالأشياء التافهة الحقيرة ، فإنها لم ترم بذلك إلى اشتراط كمال المالية ، بل رمت فحسب إلى ضرورة ثبوت أصل المالية في المسروق[5].

---

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

(٢) التاج والإكليل جـ ٦ ص ٣٠٦ .

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

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

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

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 الإنتفاع به شرعاً . ويلاحظ في هذا الصدد أن صلاحية الشيء للإنتفاع به شرط في ماليته من جهة ، وفي احترامه أو تقومه من جهة أخرى . فأما الإنتفاع الذي تثبت به المالية فيقصد به القدرة الفعلية على ذلك ، وأما الإنتفاع الذي يكتسب المال به وصف التقوم أو الإحترام فيراد به الإنتفاع المباح شرعاً دون ما عداه من صور الإنتفاع الممكنة . فما يمكن الإنتفاع 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 الإنتفاع 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 الإستئناس لا الإلزام ، لأنها لا تعتبر تفسيراً تشريعياً . فإذا تعارض رأي جاءت 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 .

وللمال المحترم أو المتقوم في فقه الشريعة مقابل في اصطلاح القانـ
الوضعي ، وهو المال الذي يجوز التعامل فيه . فالقانون الوضعي ـ كالشريع
ينص على إخراج طائفة من الأموال من دائرة التعامل ، ومن هذه الأموال ما يط
اعتباره غير محترم أو غير متقوم . غير أن نطاق الحظر في كل من الشريعة والقا
الوضعي مختلف ، فمن الأموال ما يعتبر محترماً في القانون وغير محترم في ن
الشريعة . والرأي عندنا أنه في حالة التعارض يجب الإعتداد بنظرة الشريع
بنظرة القانون . وفي هذا الصدد نقرر قاعدة عامة نلتزمها في الأحوال المماث
وخلاصة هذه القاعدة أنه كلما استعمل تشريع السرقة والحرابة مصطلحاً له مق
قانوني وآخر شرعي ، فالغلبة عند التعارض تكون للمفهوم الشرعي ، وعلى
التحديد للمشهور في مذهب الإمام مالك . وهذا الرأي يؤيده أمران : ال
أن تشريع السرقة والحرابة تشريع إسلامي خالص . سواء فيما يتصل بش
انطباقه أو بنوع العقوبة المقررة فيه . وهذا الإعتبار يفرض على من يتص
لتفسيره الحذر في استخدام المفاهيم القانونية حتى لا يؤدي اقحام بعضها علي
إيقاع الحد في حالات لا يستقيم فيها إيقاعه شرعاً . ومن هذا القبيل ما ن
بصدده . فليس من المقبول أن يقطع في سرقة مال لا احترام له في نظر الشري
وإلا انتهينا إلى إيجاب الحد حيث لا يجب . فما دام القطع عقوبة مقررة شرع
يتعين أن يكون المسروق محترماً شرعاً . والأمر الثاني أن المادة ٢٣ من ت
السرقة والحرابة أوجبت الرجوع إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فيما ل
بشأنه نص في هذا التشريع . وإذا كان صحيحاً أن تحديد معاني المصطلحا
يعتبر بالمعنى الدقيق سداً لفراغ تشريعي ، إلا أنه مع ذلك وثيق الصلة
وينبغي أن يهتدي فيه بنفس الضابط ، وعلى الأخص حين يكون للمص
مفهوم شرعي متداول يؤدي العدول عنه والأخذ بدلاً منه بمفهوم قانوني مخالف
اهدار 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 محتر

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

المال المحترم في فقه المالكية :

المال المحترم عند المالكية هو ما يجوز تملكه وبيعه[1] ، وبعبارة أخرى هو ما يجوز التعامل فيه .

وتدل أقوال فقهاء المالكية على أنه يشترط للقطـع أن يكون المال محترمـاً 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 . فمذهبهـم أن الخمـر والخنزير محرمان على المسلمين دون الذميين ، ولذلك فإن كليهما يعتبر مالاً غير محترم بالنسبة للأولين ومحترماً بالنسبة للآخرين . فإذا اغتصب شخص من ذمي خمراً وجب عليه رد عينها أو دفع قيمتها ، ولكنهم مع ذلك لا يقطعون بسرقتها ، سواء كانت مملوكة لمسلم أو لذمي ، وكذلك الشأن في سرقة الخنزير[2] . ويصرح فقهاء المالكية في هذا الصدد بأن من سرق خمـراً لذمـي لا يقطـع مع أنهـا مال

---

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

(٢) وفي الفقه الإسلامي من يعتبر الخمر والخنزير مالاً غـير محتـرم إطلاقـاً ، سواء بالنسبـة 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 مسـكر حرام . وهـذا رأي الشـافعية والحنابلـة والظاهـرية . أنظـر مغنـي المحتـاج جـ ٤ ص ١٦٠ ، والمغني جـ ١٠ ص ٢٨٢ ، والشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٤٧ ، والمحلى جـ 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[1]. ولا ينفرد المالكية بهذا الرأي ، وإنما يتفق معهم في نتيجته ا
والشافعية والحنابلة والظاهرية[2].

ويتضح مذهب المالكية أيضاً مما قرروه في شأن سرقة الأموال التي
تملكها أو هبتها دون بيعها . من ذلك سرقة الكلب المأذون في اتخاذه ،
للصيد أوللحراسة[3]، فقد رُوي أن النبي ﷺ نهى عن بيعه . والرأي
المالكية أنه لا يقطع بسرقته بالرغم من ثبوت ملكيته[4]. ومن ذلك أيضاً س
الأضحية ، فهي إن سرقت بعد ذبحها وقبل التصدق بها على فقير أو إهدائها

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

(١) الخرشي حـ ٨ ص ١١١ و١١٦ ، حاشية الدسوقي حـ ٤ ص ٣٣٦ ، البهجة في
التحفة حـ ٢ ص ٣٦١ ، الشرح الصغير حـ ٥ ص ١٢٧ .

(٢) فتح القدير حـ ٤ ص ٢٢٨ ، بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٧٠ ـ ٧١ ، مغني المحتاج
ص ١٦٠ ، الأم حـ ٦ ص ١٣٤ ، المغني حـ ١٠ ص ٢٨٢ ، الشرح الكبير ح
ص ٢٤٧ ، كشاف القناع حـ ٦ ص ١٣١ ، المحلي حـ ١١ ص ٣٣٥ .
ومن فقهاء الشريعة من أوجب القطع في سرقة خمر الذمي وخنزيره لأنهما حلال في دي
ويروى ذلك عن عطاء . أنظر المحلى حـ ١١ ص ٣٣٤ .
أما التبغ فقد أفتى المالكية بأنه متقوم، سواء كان مما يدخن أو يستنشق ، لأنه طاه
منفعة شرعية لمن اختلت طبيعته نتيجة لاستعماله . فهو عندهم كسائر العقاقير ا
يتداوى بها من العلل . ولما كانت هذه العقاقير متقومة بلا خلاف ، فكذلك الت
أنظر فتح العلي المالك في الفتيو على مذهب الإمام مالك جـ ٢ ص ١٨١ .

(٣) أما غير المأذون فيه فلا خلاف عليه ، ومن ثم لا نطع في سرقته باتفاق . أنظر بداية المج
حـ ٢ ص ١٢٦ .

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

فلا قطع فيها لامتناع بيعها[1].

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[2]. أما الصلبان المصنوعة من الذهب أو الفضة فيقوم ما فيها من المعدن دون صنعة ، فإن بلغ نصاباً ففيه القطع[3].

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 جـ٤ ص ٣٣٦ ، الشرح الصغير جـ ٥ ص ١٢٧ ، القرطبي جـ ٦ ص ١٦٨ .

(٢) أنظر المراجع الثلاثة السابقة والمواضع المشار إليها فيها . ويلاحظ أن المسألة مختلف 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 جـ ٤ ص ٢٢٩ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٢ . ويرى الحنابلة كذلك عدم القطع فيها ولو بلغت قيمتها بغير تأليف نصاباً ، لأنها آلة للمعصية فأشبهت الخمر ، ولأن لآخذها حقاً في أخذها لكسرها ، فكان ذلك شبهة مانعة من القطع . الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٢٤٧ ، المغني جـ ١٠ ص ٢٨٢ ، كشاف القناع جـ٦ ص ١٣٠ - ١٣١ . وفي المذهب الشافعي قولان : أحدهما يوافق قول لحنفية والحنابلة ، والثاني كرأي المالكية . ويرى الخطيب أن الثاني أصح عند الأكثرين ونص عليه في الأم . مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٦٠ وانظر كذلك الوجيز للغزالى جـ ٢ ص ١٧٢، وقارن الأم حـ ٦ ص ١٣٤ .

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

فارغة أو مملوءة[1].

سرقة الأموال التي يحظر القانون التعامل فيها أو يقيده :

من الأموال طائفة يحظر القانون على الناس تملكها إلا بشروط معينة ، و
قبيلها المواد المخدرة والأسلحة والنقد الأجنبي . والراجح في فقه القانون الوض
أن سرقة هذه الأموال لا تنطبق عليها أحكام السرقة المعاقب عليها تعزيراً إلا
الحالة التي يعترف فيها القانون بصحة الملكية[2].

غير أن التفرقة في شأن هذه الأموال بين الملكية المعتبرة والملكية غير المعت
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 التم
والاستثناء جوازه ، فإن هذه الأموال - بالنظر إلى جنسها - لا تعتبر محتر
بإطلاق . ويؤدي أصل المالكية إلى امتناع القطع فيها تماماً ولو انصبت السرقة ع
ما يبلغ منها نصاباً مأذوناً 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 حـ ٤ ص ٣٣٦ ، الخرشي حـ ٨ ص ١١٦ . وفي المذهب الشافع
قولان ، أحدهما يقطع بسرقة الإناء ولو كان فيه خمر لأنه يقطع به ولو كان فيه بول
والآخر لا يقطع إذا كان فيه خمر لأن ما فيه مستحق الإراقة فيكون شبهة . أنظر معن
المحتاج حـ ٤ ص ١٦٠ . وفي مذهب أحمد قولان أيضاً ، أحدهما يوجب القطع و
كان في الإناء خمر لأنه كمن سرقه ولا شيء فيه ، والآخر لا يقطع إذا كان في الإناء خ
لاتصاله بما لا قطع فيه . المغني جـ ١٠ ص ٢٨٢ و٢٨٣ ، والشرح الكبير جـ ١٠
ص ٢٤٧ و٢٤٨ . فأما إن كان الإناء فارغاً فلا خلاف في وجوب القطع لأن الإناء
تحريم فيه وإنما تحرم على صاحبه نيته ، فأشبه ما لو سرق سكيناً معدة لذبح الخنازير
سيفاً معداً لقطع الطريق . الشرح الكبير جـ 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 والحرابة 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 مالكها 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 المرسلة . ووجه اعتبارها مرسلة ـ أي مطلقة ـ أنه لا يوجد في الشريعة ما يدل على اعتبارها أو إلغائها[1] . 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 ـ عبد الوهاب خلاف ـ دار القلم ـ الكويت ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧٠م ص٨٨ ـ ٨٩ . ويشترط الأصوليون لبناء الحكم على المصلحة المرسلة شروطاً ثلاثة : أولها أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية ، وثانيها أن تكون مصلحة عامة ، وثالثها ألا يعارضها نص ولا إجماع . المرجع السابق ص ٩٩ ـ ١٠٠ . وانظر في الموضوع أيضاً : الجريمة في الفقه الإسلامي ـ محمد أبو زهرة ـ دار الفكر العربي . القاهرة ص ٢٣٧ ـ 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 والحرابة 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 سينقلب 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 أمثلته 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 أمثلته 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[1] .

---

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

ولدينا أن التزام المفهوم التقليدي للمنقول والعقار في تطبيق أحكام السر
لا يستقيم ، لأنه يسفر عن نتائج يتوقف الباحث عن قبولها . من ذلك أنه لا يع
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 م
العقارات . وقد عرضت المذكرة الإيضاحية لقانون السرقة والحرابة لهذه المشك
وحرصت على تفادي تلك النتيجة الشاذة فصرحت بإمكان وقوع السرقة على أنوا
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 شباً
منه صارت منقولة وطبقت عليها أحكام السرقة لتمام الشروط وكمال الأركا
حينذاك[1] . وهذا التعليل يعتمد أساساً على التزام المفهوم التقليدي لكل م
العقار والمنقول . غير أن الإنطلاق من هذا المنطلق يفضي حتماً إلى غير ما انتهى
إليه المذكرة الإيضاحية . ذلك بأنه إذا كانت أخشاب المنزل وأبوابه ونوافذه
تكتسب وصف المنقول إلا بعد استلالها من مواضعها فإنه يمتنع القطع فيها حتماً
لأنها لحظة أخذها كانت عقاراً ولا قطع في سرقة العقار ، وهي حين أصبحت
منقولاً 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 تجوز سرقته ، ومثله العقار
بالتخصيص[2] . وتأصيلاً لهذا الإجماع يمكن تعريف المنقول في السرقة بأنه كل مال
يمكن نقله من مكامنه على أي وجه ، أو هو بعبارة أخرى كل شيء لا يستحيل
نقله من مكانه . وينطبق هذا التعريف تمام الإنطباق على حد السرقة . وعلى ذلك

---

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

(٢) أنظر : عوض محمد ـ المرجع السابق ص ٢٤٩ ـ 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 استغلالاً . 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[1] . 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 المسروق 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 حـ٨ ص ١١٩ ، حاشية الدسوقي وتقريرات عليس حـ ٤ ص ٣٤١ .

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

ثانياً : أن المالكية يقطعون في سرقة طائفة من الأموال تعتبر في التصور القا
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 يق
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[1] والثمار والشجر .

المنقول المادى هو وحده محل السرقة :

يقتضي تعريف السرقة وتنظيمها الشرعي أن يكون المنقول المادي وحد
أو الأعيان بلغة الشرعيين ، هو موضوعها ، لأن هذا المنقول دون غيره هو ما يم
إحرازه وإخراجه من حرزه . والرأي متفق في الفقه الجنائي على أن ما ع
المنقول المادي من أموال معنوية كالحقوق والإبتكارات على اختلاف صورها
تصلح محلاً للسرقة . على أن هذه الأموال إذا اتخذت مظهراً مادياً تمثل في وثيقة

(٢) يرى الحنابلة والشافعية القطع في سرقة أبواب الدور ونوافذها وجدرانها وأسقفها . أن
المغني حـ ١٠ ص ٢٥٥ ، كشاف القناع حـ ٦ ص ١٣٩ ، مغني المحتاج حـ
ص ١٦٥ . أما الحنفية فلا يوجبون القطع لعلة تتصل بشرط الحرز كما سنرى ولا ش
لها بما نحن بصدده .

محرر ، فهذه الوثائق والمحررات 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 ـ عدا الملون منها ـ لا ترى بالعين المجردة . غير أنها على اختلاف أنوعها يمكن إدراكها بالحس ، سواء تم ذلك مباشرة أو عن طريق الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة . ومن أمثلة هذه الغازات : غاز الاستصباح والأكسيجين والبوتاجاز والكلور .

حكم الطاقات والقوى الطبيعية :

شغل الفقه والقضاء المقارنان بتحديد الطبيعة القانونية للطاقات وقوى الطبيعة ، وطال الجدل فيهما حول الكهرباء على وجه الخصوص . وذهب البعض إلى أن الكهرباء مادة لأنها قابلة للنقل من مكان إلى آخر ، وأنها ـ كما أثبتت الكشوف العلمية ـ 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 تعتري 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
معنوياً كالآراء والأفكار . وليس يعنينا البحث عن كنه الكهرباء : أهي مو
تسري ، أم تيار ينساب ، أم ذرات تهتز وتختلج ، وحسبنا التحقق من و
المادي . وهذا الوجود حقيقة لا تقبل الإنكار ، فالكهرباء يمكن تعبئتها و
وقياسها وحبسها وإطلاقها . ولا يمكن أن يكون الشيء الذي يخضع لهذا ا
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 الق
اهتماماً كبيراً ، فقد اتفقت آراء الفقهاء واستقرت أحكام القضاء في معظم ال
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 تشريع
أخرى هذه القاعدة ، أما حسماً للخلاف أو إحترازاً منه ، ومن هذه التشري
قانون العقوبات الليبي ، فقد صرحت المادة ٢٤٤/ ٢ منه بأنه يعد من الأم
المنقولة في حكم قانون العقوبات الطاقة الكهربية وجميع أنواع الطاقة ذات ال
الاقتصادية . وليس في هذا النص ما يخالف أصلاً شرعياً ، ولذلك فإن حكم
يقتصر على السرقة المعاقب عليها تعزيراً ، بل يسري كذلك على السرقة المعا
عليها حداً ، لأن الطبيعة القانونية للطاقة لا تختلف باختلاف عقوبة السرقة . و
ذلك فالحد واجب الإقامة على سارق الكهرباء وغيرها من الطاقات إذا اكتم
سائر الشروط التي يتوقف الحد على ثبوتها[1] .

---

(١) ولا يجوز القطع مع ذلك على سرقة الكهرباء في ليبيا ، لعلة أخرى . فالمادة الثالثة
تشريع السرقة والحرابة تنص على عدم تطبيق الحد ـ للشبهة ـ إذا كان المسروق مملوكاً لـ
المال ، 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 وتوجبه ، والفقه مجمع عليه ، ولهذا فقد نص القانون عليه صراحة .

رابعًا : أثَرُ صُدُور تشريعَات الحُدُود عَلَى السُّلُوك الاجتِماعِي للأفـرَاد في ليـبيَا

تَقريرُ الدكتورْ محمَّد نيَازي حتَاتَه
استاذ القانون بكلية اللغة العربية والدراسات الاسلامية
بجامعة قاريونس (فرع البيضاء)

أثر تشريعات الحدود
في سلوك الأفراد

شرفني أن تطلب مني الجمعية الجنائية لكلية الحقوق بجامعة قاريونس المساهمة في أعمال ندوة تشريعات الحدود التي تعقد في الفترة من ٢٦ إلى ٢٩ أبريل ١٩٧٦ م . ، وذلك بإعداد تقرير عن الأثر الذي أحدثته تشريعات الحدود في السلوك الإجتماعي للأفراد داخل ليبيا بالنسبة للجرائم التي اشتملت عليها هذه التشريعات ، وكذلك التطبيق القضائي لها .

وقد ورد لي بتاريخ ١٩ ـ الجاري (أبريل) إحصاءات رسمية واردة من وزارتي الداخلية والعدل بطرابلس ، أرسلتها إلي الجمعية تنطوي على البيانات الآتية :

أولاً : بيانات وزارة الداخلية

تنطوي على ثلاثة تقارير عن حالة الجريمة منذ عام ١٩٧١ م حتى عام ١٩٧٤ م وكشف عن جرائم سنة ١٩٧٥ م ، وتشتمل تلك التقارير وهذا الكشف على الإحصاء التقليدي الذي يصدر دورياً كل عام عن الجرائم ، وليس من بينها جرائم الحدود (وهي حد السرقة وحد الحرابة وحد الزنى وحد القذف وحد شرب الخمر) وإنما تتضمن فقط مجموع الجنح ضد الأموال ، ومجموع الجنايات ضد الأموال ، وكذلك جرائم المواقعة ، وهتك العرض ، والسرقة بإكراه والسرقة بكسر ، والسرقات الأخرى ، وسرقة السيارات للاستعمال المؤقت وسرقة الحيوان .

وورد أيضاً من وزارة الـداخلية بيان عن قضـايا الخمـور المحـررة سنـ
١٩٧٥ م.

ثانياً : بيانات وزارة العدل :

تنطوي على عدد الدعاوى التي قدمت عن حد السرقة وحد الزنى ، وحد
شرب الخمر ، وما صدر فيها من أحكام بالإدانة ، وما قدم فيهـا من طعـون ،
وذلك في مراقبات طرابلس وبنغازي والخليج ودرنة والخمس وسبها ، ولم يرد
شيء عن المراقبات الأخرى ، كما لم تتضمن البيانات الفترة التي وقعت فيها هذ
الجرائم ، الأمر الذي يجعلنا نرجح أن البيانات قد تضمنت ما قدم من دعاوى منذ
صدور التشريعات الخاصة بكل حد على حدة .

تاريخ صدور تشريعات الحدود

من المعروف أن تشريع حد السرقة والحرابـة قد صدر في ١١ أكتوبـر/
١٩٧٢ م ، وتشريع الزنى في ٢ أكتوبر ١٩٧٢ م وتشريع حد القذف في ١٦
سبتمبر/ ١٩٧٤ م وتشريع حد شرب الخمر في ٢٠ نوفمبر ١٩٧٤ م.

وواضح أن هذه التشريعات لم يمض على تطبيقها إلا سنة أو سنتـان أو
ثلاثة على الأكثر ، وهي فترات لا تكفي عادة لقياس الأثر المترتب على ضرورة مثل
هذه التشريعات ، إذ إنه من المعروف أن المجرمين لا يترددون في ارتكاب الجرائم
أو يكفون عنها إلا بعد أن يقطع التشريع الخاص بها مرحلة من التطبيق تتأكد
فيها هيبته بصدور العقوبات الرادعة بعد استكمال مراحل الطعـن في الأحكام
وصيرورتها نهائية وداخلة في مرحلة التنفيذ .

الإحصاء الجنائي الحالي

إذا رجعنا إلى الإحصاء الجنائي الحالي الذي يصـدر عن وزارة الـداخلية
تحت إسم « إحصائية الجرائم » أو إسم « تقرير عن حالة الجريمة » نجد أن هذا

الإحصاء لم يزل يسلك الأسلوب التقليدي في إحصاء الجرائم ، أي أنه لم يزل يسمي الجرائم طبقاً للتسميات الواردة عنها في قانون العقوبات ولم تدخل في هذا الإحصاء جرائم الحدود باعتبارها جرائم جديدة ذات تعريف خاص ، فليس في هذا الإحصاء جريمة حد الزنى أو الحرابة أو القذف أو شرب الخمر ، مع العلم أن هذه المسميات الجديدة ، التي تضمنتها تشريعات الحدود ما هي إلا لجرائم محدودة العناصر والأركان تغطي جزءاً من الجرائم التقليدية التي يتضمنها الإحصاء الحالي ، وكان يحسن أن يفرد لها إحصاء خاص ، يمكن مع مرور السنين مقارنته عاماً بعد عام حتى يمكن معرفة ما إذا كانت جرائم الحدود تتزايد أو تتناقص ، وحتى يمكن قياس أثر تشريعات الحدود على الجريمة

تقدير الإحصاء المعروض في هذا البحث

قلنا أن ما قدم من إحصاء في هذا البحث لا يعدو أن يكون نوعين :

النوع الأول : إحصاء عن الجرائم بمسمياتها التقليدية في قانون العقوبات ، وبمقارنة هذا الإحصاء في السنوات ١٩٧١ م إلى ١٩٧٥ م. لا يمكننا معرفة إتجاه جرائم الحدود زيادة أو نقصاناً . .

النوع الثاني : إحصاء عن جرائم الحدود في السرقة والزنى وشرب الخمر ، ولكن هذا الإحصاء قد خلا من المقارنة في خلال السنوات التالية لصدور تشريعات الحدود ، ثم إنه إحصاء لم يفرق بين حد السرقة وحد الحرابة مع أنهما جريمتان متميزتان لا يجوز الخلط بينهما ، بل أن هذا الإحصاء قد خلا من حد القذف أيضاً . .

دلالة الإحصاء المعروض في البحث

يمكن أن تستنبط بعض النتائج من تحليل الإحصاء المعروض في هذا البحث ، ولكنها نتائج تحتاج إلى الحذر في تقديرها ، ويمكن تصنيف هذه النتائج

إلى قسمين على الوجه الآتي :

القسم الأول : ويشمل النتائج المستنبطة من تحليل إحصاء حد السرق
الزنى . . وحد شرب الخمر كما وردت في الإحصاء المعروض وذلك على
الآتي :

أ ـ تقع معظم جرائم هذه الحدود في مراقبة طرابلس . ثم مر
بنغازي ، وتقل في غيرها من المراقبات فقد وقع من جرائم حد السرقة
طرابلس ، ٢٣ في بنغازي ، ٨ في درنه ، ٦ في سبها ، ٤ في الخمس واح
الخليج . .

ووقع من جرائم حد الزنى ١١٤ في طرابلس ، ٥٥ في درنه ، ٣
بنغازي ، ١٧ في سبها ، ٩ في الخليج ، ٦ في الخمس . ووقع من جرائ
الشرب ١١٠٣ في طرابلس ، ٣٠٦ في بنغازي ، ١٢٦ في الخليج ، ٠٤
درنه ، ٧٩ في سبها ، ٣٠ في الخمس . ومما يلاحظ أن جرائم حد الزنى في
يزيد عن ضعفه في بنغازي .

ب ـ صدرت أحكام كثيرة بالإدانة في جرائم الحدود فكان عدد الأ
بالإدانة في طرابلس ١٦ في السرقة ، ٣٤ في الزنى ، ٩٥٧ في الخمر ، وكان
الأحكام بالإدانة في بنغازي ٢٥٣ في الخمر ، ولم يحكم بالإدانة في السرقة وا
وكان عدد الأحكام بالإدانة في درنة ٨ في السرقة ، ١٩ في الزنى ، ٨
الخمر . . . الخ .

ومما يلاحظ أن القضاء في بعض المراقبات يعجل بالحكم في قضايا الحدو
يبطىء القضاء في مراقبات أخرى .

جـ ـ ليست نسبة الطعن في الأحكام بالادانة في جرائم الحدود كبيرة ،
طرابلس مثلا لم يطعن إلا في ٤ أحكام . . . من ١٦ حكماً بالإدانة في الس
ولم يطعن إلا في ١٥ حكماً من ٣٤ حكماً بالإدانة في الزنى ، غير أن ذلك
اتجاهاً عاماً في كل المراقبات ، ففي مراقبة درنة مثلاً طعن في الأحكام ال

الصادرة بالإدانة في السرقة ، وطعن في ١٤ حكماً من ١٩ حكماً صادرة بالإدانة في الزنى ، بينما لم يطعن إلا في ثلاثة أحكام فقط من ٩٦ حكماً بالإدانة في شرب الخمر . . .

د ـ على الرغم من الشروط التي لا يتحقق ثبوت جرائم الحدود إلا بها ، وعلى الرغم من القيود المفروضة على إقامة الدعوى الجنائية بالنسبة لها ، فإن هنالك الكثير من جرائم الحدود قد ثبت وقوعها ورفعت الدعوى عنها وحكم فيها بالإدانة . . .

وقد كان هنالك جانب من الرأي بأن من الصعب ثبوت بعض جرائم الحدود ، كحد الزنى أو السرقة ، ولكن الواقع يدحض هذا الرأي فقد وقعت جرائم هذه الحدود مستكملة العناصر القانونية وثبتت في حق مرتكبيها !

ولا شك أن استمرار ثبوت مثل هذه الجرائم والحكم عليها بالإدانة سيكون ذا رد فعل كبير لدى من يفكر في ارتكابها في المستقبل ، فالعبرة دائماً ليست بصدور تشريع يعاقب على جريمة معينة وإنما العبرة بتطبيق مثل هذا التشريع وإشعار المجرمين بتنفيذ العقوبات المحكوم بها بناء عليه ، إن المجرمين يتباطأون في العلم بالقانون الجديد ولكنهم سرعان ما ينتبهون إلى الأحكام الصادرة بناء عليه عندما يرون العقوبة تصيب البعض منهم ، وهنا يكون للقانون الأثر الرادع في نفوسهم .

هـ ـ لم يرد في الإحصاء المعروض في هذا البحث أية إشارة إلى تنفيذ عقوبة قطع اليد أو الرجل ، ويغلب أن مثل هذه العقوبة لم توقع بعد في أية جهة من الجمّهورية العرْبية الليبيّة . على الرغم من صدور أحكام بها ، وربما كان ذلك راجعاً إلى عدم صيرورة هذه الأحكام نهائية إذ تنص المادة « ١٨ » من القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ م. بشأن حدي السرقة والحرابة بضرورة عرض الأحكام الصادرة بقطع اليد أو الرجل أو كليهما على محكمة النقض في مدى أربعين يوماً من تاريخ الحكم ، على أن تفصل محكمة النقض في القضية قانوناً وموضوعاً ، ويكون هذا الحكم هو الحكم النهائي . .

والمفهوم أن من شأن هذا الإجراء تأخير صدور الحكم النهائي .
أن حصول قطع اليد أو الرجل فعلاً ، سيكون ذا دور كبير يفيق على أث
الذين تحدثهم نفوسهم بإرتكاب جريمة السرقة أو الحرابة . .

و ـ مما يسترعي الإنتباه أن الخمور لم تزل تدخل بلاد الجمهورية
الليبية . . بكثرة على الرغم من شدة العقوبة عليها في حد الخمر ، فقد
ضبط من قضايا الخمور ١٣٩٦ قضية . . في عام ١٩٧٥ م. وهو . العـ
مباشرة لصدور قانون حد شرب الخمر ، بل ان عدد المتهمين في هذه القض
وصل إلى ٢٣١٧ متهماً ، وكان عدد المضبوط من زجاجات الخمور ٧
زجاجة ، بل أن عدد معامل تقطير الخمور التي ضبطت بلغ عشرة معامل

ومن المعروف أن إنتاج الخمور قضية ذات خطورة جسيمة ، إذ إن
هذه الخمور تكون أكثر فتكاً بشاربيها (يراجع في ذلك الجدولان رقم
«٢» . .

القسم الثاني :

ويشمل النتائج المستنبطة من تحليل إحصاء الجرائم التقليدية
الإتصال بجرائم الحدود ، وهي الجنح ضد المال ، والجنايات
المال ، . . . . . والمواقعة بغير الرضا ، وهتك العرض بغير الرضا ، والـ
بالإكراه ، والسرقة بالكسر ، والسرقات الأخرى ، وسرقة السيارات للإسـ
المؤقت ، وسرقة الحيوان . . . . . .

والمفهوم أن كل مجموعة ذات طبيعة واحدة من الجرائم تتجه اتجاهاً وا
نحو الزيادة أو نحو النقصان ، فالعوامل التي تؤثر في الإجرام عادة يكون تأثـ
واحداً بالنسبة لكل مجموعة من الجرائم ذات طبيعة واحدة ، فإذا كانت هنـ
عوامل تؤثر بالزيادة في جريمة هتك العرض مثلاً نجد أن جرائم الزنى والفعـ
الفاضح وغيرها من الجرائم ذات الطبيعة الجنسية تتجه نحو الزيادة . . .

وإذا كانت هنالك عوامل تؤثر بالنقصان في جريمة السرقة من المنازل مثلاً ، أو السرقة من الطريق العام نجد أن النقصان يصيب أيضاً كل جرائم السرقة الأخرى لأنها جرائم متماسكة ذات طبيعة واحدة تخضع لذات العوامل . . .

ولكن ينبغي أن نذكر أيضاً أن الزيادة في الجرائم أو نقصانها لا تتأثر بعامل واحد فقط ، إنما تتأثر بمجموعة عوامل تتفاعل معاً في إحداث هذه الجريمة ، وكذلك إذا قلنا أن عاملاً معيناً مما يؤثر في الجريمة بالنقصان قد تحقق ، ومع ذلك لم تنقص الجريمة ، فليس معنى ذلك مباشرة أن هذا العامل قد فقد فاعليته في إحداث النتيجة المرجوة ، إذ قد تكون هنالك عوامل أخرى مضادة تزن في فاعليتها أكثر مما يزن ذلك العامل المعين في فاعليته . .

ومع ذلك إذا رجعنا إلى الإحصاء التقليدي للجرائم « كما هو مشار إليه في الجدول رقم « ٣ » نجد ما يأتي : -

أ ـ تتزايد الجرائم ضد الأموال بصفة عامة سواء أكانت من الجنح أو الجنايات ، وسواء أكان ذلك قبل صدور تشريع حد السرقة والحرابة سنة ١٩٧٢ م. أو بعده . فنجد الجنح ضد الأموال تنتقل من ٩٥٧٤ سنة ١٩٧٠ م. إلى ١٠٧٢٠ سنة ١٩٧١ م. ، إلى ١١٦٣٢ سنة ١٩٧٢ ، إلى ١٠٤٥٣ سنة ١٩٧٣ ، إلى ١١٤٥٠ سنة ١٩٧٤ ، إلى ١٢٢٨٦ سنة ١٩٧٥ م.

ونجد . . الجنايات ضد الأموال أيضاً قد قفزت من ١٦٥ جناية إلى ١٣١ ، ثم ٢٤١ ، ثم ١٩٢ ، ثم ٢١٣ ، على التوالي في السنوات المشار إليها . . . وإذا اخترنا بعض الجرائم المعينة بذاتها من جرائم الأموال ذات الإتصال المباشر بحدي السرقة والحرابة كجريمة السرقة بالإكراه ، والسرقة بالكسر والسرقات الأخرى ، وسرقة السيارات للإستعمال المؤقت ، وسرقة الحيوان . . ، نجد أيضاً أن هذه الجرائم في تزايد مستمر ، فالسرقة بالإكراه تقفز من ٢٧ جريمة عام ١٩٧٠ م إلى ٧٠ جريمة عام ١٩٧٥م ،والسرقة بالكسر تقفز من ٧٥٤جريمة عام ١٩٧٠م ، إلى ١٢١٤ عام ١٩٧٥م ، والسرقات الأخرى تقفز من ٣٣٠٩

جريمـة عام ١٩٧٠م ، إلى ٤٨٩٨ جريمـة عام ١٩٧٥م ، وسرقـة السيـ
للإستعمال المؤقت تقفز من ٤٨٠ جريمة عام ١٩٧١م ، إلى ٧٩٠ عام ٧٥
وسرقة الحيوان تقفز من ١٩ جريمة عام ١٩٧٠ إلى ٧٠ جريمة عام ٧٥
والسرقة بالكسر تقفز من ٧٥٤ جريمة عام ١٩٧٠ م ، إلى ١٢١٤ عام
م ، والسرقات الأخرى تقفز من ٣٣٠٩ جريمة عام ١٩٧٠ م ، إلى ٤٨٩٨
عام ١٩٧٥ م ، وسرقة السيارات للإستعمال المؤقت تقفز من ٤٨٠ جريـ
١٩٧١ م ، إلى ٧٩٠ عام ١٩٧٥ م ، وسرقة الحيوان تقفز من ١٩ جريمة عام
إلى ٧٠ جريمة عام ١٩٧٥ م . . .

ب ـ تتزايد جرائم المواقعة بغير الرضا وجرائم هتك العرض بغير
أيضاً ولو أن التزايد في جرائم المواقعة ضئيلاً . .

فجرائم المواقعة زادت من ٣٢٩ جريمة إلى ٣٥٨ ، ثم ٤١٩ ، ثم ٥٠
ثم ٣٣٤ جريمة في السنوات من ١٩٧١ م إلى ١٩٧٥ م، وزاد هتك العرض
٣٧٩ ، سنة ١٩٧٤ م إلى ٤٦٤ سنة ١٩٧٥ . . وذلك مع العلم بأن قانون
الزنى قد صدر في سنة ١٩٧٣ م . .

فإذا كانت جرائم السرقات والجرائم الجنسية بوجه عام تتجه نحو الز
على الرغم من صدور قانون حد السرقة والحرابة وقانون حد الزنى ، فهل ي
ذلك أن مثل هذه القوانين فقد أثرها . .

للإجابة على ذلك ينبغي أن نعيد مرة أخرى أن عوامل زيادة أو نقص
الجرائم مختلفة ومتعددة ، ولا يمكن الربط بين زيادة أو نقصان مجموعة جرا
معينة وبين عامل واحد فقط من العوامل المؤثرة فيها ، وإلا كانت النتيجة ا
نصل إليها خاطئة . . . .

ومن هنا كان من الضروري أن توضع خطة للبحث العلمي لدراسة تط
الجريمة بالتفصيل وخصوصاً جرائم الحدود . . منذ صدور القوانين الخاصة بها
وأن يفرد لهذه الجرائم على حدة جانب خاص في الإحصاء الجنائي ، وأن يغط
هذا الجانب كل مراحل جرائم الحدود . . . منذ تحقيقها حتى تنفيذ الأحكـ
الصادرة فيها . .

« الخلاصة »

إن المادة المعروضة في هذا البحث لا تسعف في قياس تطور السلوك الإجتماعي إزاء جرائم الحدود أو إزاء الجرائم المرتبطة أو المتصلة بها ، وذلك لسببين : -

أولهما :

عدم مرور الوقت الكافي بعد صدور قوانين الحدود مما يسمح بتغيير مسار الجريمة بتأثير هذه القوانين . . .

ثانيهما :

عدم متابعة تطور الجريمة من زاوية جرائم الحدود والجرائم المتصلة بها وعدم إفراد جانب خاص بها . . في الإحصاء الجنائي السنوي الذي يصدر عن وزارة الداخلية أو غيرها . .

وذلك مع الإعتراف بأنه في حالة مرور الوقت الكافي ومع تخصيص إحصاء لجرائم الحدود ، فإن الأمر لم يزل يحتاج إلى دراسة شاملة لكافة العوامل الأخرى المؤثرة في الجرائم ذات الإتصال بجرائم الحدود حتى لا يقتصر الأمر على بحث عامل واحد وهو عامل تشريعات الحدود ، فتكون النتيجة المستخلصة غير مقبولة .

والله ولي التوفيق . . .

د. محمد نيازي حتاته

« أستاذ القانون بكلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية ـ البيضاء »

٢٣ ربيع ث / ١٣٩٦ هجرية
٢٣ أبريل / ١٩٧٦ ميلادية

الجدول رقم «١»

إحصاء بعض جرائم الحدود في الجمهورية العربية الليبية (بناء على بيانات وزارة العدل) .

الدعاوي والأحكام والطعون		مراقبة طرابلس	مراقبة بنغازي	مراقبة الخليج	مراقبة درنه	مراقبة الخمس	مراقبة سبها
حد السرقة	الدعاوى المقدمة .	٥٤	٢٣	١	٨	٤	٦
	الأحكام بالإدانة .	١٦	صفر	صفر	٨	٢	١
	الطعون في أحكام الإدانه	٤	-	-	٨	٢	صفر
حد الزنى	الدعاوى المقدمة	١١٤	٢٣	٩	٥٥	٦	١٧
	الأحكام بالإدانة	٣٤	صفر	صفر	١٩	٢	٥
	الطعون في أحكام الإدانة	١٥	-	-	١٤	صفر	٢
حد شرب الخمر	الدعاوى المقدمة	١١٠٣	٣٠٦	١٢٦	١٠٤	٣٠	٧٩
	الأحكام بالإدانة	٩٥٧	٢٥٣	٣٤	٩٦	١٧	٦٧
	الطعون في أحكام الإدانة	-		صفر	٣	١	صفر

جدول رقم « ٢ »

قضايا الخمور خلال عام ١٩٧٥ م في ج. ع. ل

« بيانات وزارة الداخلية »

عدد القضايا	عدد المتهمين . . .	أنواع الخمور المضبوطة		
		زجاجة ويسكي	زجاجة خمور أخرى	معامل تقطير. . .
١٢٩٦	٢٣١٧	١٨٢٥	١١٧٨٢	١٠

الجدول رقم « ٣ »

١ - الجنح والجنايات ضد المال في ج . ع . ل (١٩٧٠م - ١٩٧٥م) . . . .

٢ - جرائم المواقعة بغير الرضا وهتك العرض بغير الرضا والسرقات في نفس المدة

« بيانات وزارة الداخلية »

نوع الجريمة	سنة ١٩٧٠م	سنة ١٩٧١م.	سنة ١٩٧٢م	سنة ١٩٧٣م	سنة ١٩٧٤م	سنة ١٩٧٥م.
جنح ضد الأموال	٩٥٧٤	١٠٧٢٠	١١٦٣٢	١٠٤٥٣	١١٤٥٠	١٢٢٨٦
جنايات ضد الأموال	١٦٥	١٣١	٢٤١	٢٤٧	١٩٢	٢١٣
المواقعة بغير الرضا	-	٣٢٩	٣٥٨	٤١٩	٣٥٠	٣٣٤
هتك العرض بغير الرضا	-	-	-	-	٣٧٩	٤٦٤
سرقة بالإكراه	٢٧	٢٦	٨٦	٦٩	٦٢	٧٠
سرقة بالكسر	٧٥٤	٧٢٧	١٠٥٩	١٠٠٩	٩٢١	١٢١٤
سرقات أخرى	٣٣٠٩	٣٠٧٥	٣٥١٩	٣٦١٩	٤٥٠٠	٤٨٩٨
سرقة سيارات للإستعمال المؤقت	-	٤٨٠	٥١٠	٣٧٨	٥٤٧	٧٩٠
سرقة حيوان	١٩	٤٩	٨٢	٦٧	٦٥	٧٠

القسم الثالث

ملحق

نصوص تشريعات إقامة الحدود

أولاً : قانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٥ م
في شأن تعديل بعض أحكام قوانين إقامة الحدود

باسم الشعب ،

مجلس قيادة الثورة ،

بعد الإطلاع على الإعلان الدستوري ،

وعلى القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ م بإقامة حدي السرقة والحرابة ،
وعلى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٤ م في شأن إقامة حد القذف ،
وعلى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٤ م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب ،
وبناء على ما عرضه وزير العدل وموافقة مجلس الوزراء ،

أصدر القانون الآتي

مادة (١)

يستعاض عن عبارة (المشهور في مذهب الإمام مالك) أينما وردت بالقوانين أرقام ١٤٨ لسنة ١٩٧٢ م و٥٢ لسنة ١٩٧٥ م و٨٩ لسنة ١٩٧٤ م المشار إليها بعبارة « المشهور من أيسر المذاهب » .

مادة (٢)

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به من تاريخ نشره .

مجلس قيادة الثورة

الرائد عبد السلام أحمد جلود
رئيس مجلس الوزراء

محمد علي الجدي
وزير العدل

صدر في ١١ محرم ١٣٩٥ هـ
الموافق ٢٣ يناير ١٩٧٥ م

ثانياً: قانون رقم (١٤٨)
لسنة ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م
في شأن
إقامة حدي السرقة والحرابة

باسم الشعب

مجلس قيادة الثورة

نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، واستجابة لرغبة الشعب العربي المسلم في الجمهورية العربية الليبية ،

وتأكيداً لما تقضي به المادة السادسة من دستور إتحاد الجمهوريات العربية

وبعد الإطلاع على الإعلان الدستوري الصادر في ٢ من شوال ١٣٨٩ الموافق ١١ من ديسمبر ١٩٦٩ م. ،

وعلى قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ من رمضان ١٣٩١ هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ١٩٧١ م بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية ،

وعلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية الصادرين في ٢١ ربيع الأول ١٣٧٣ هـ الموافق ٢٨ من نوفمبر ١٩٥٣ م،

وعلى ما انتهت إليه اللجنة العليا لمراجعة التشريعات وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ من رمضان ١٣٩١ هـ الموافق ٢٨ من أكتوبر ١٩٧١ م المشار إليه ،

وبناء على ما عرضه وزير العدل وموافقة رأي مجلس الوزراء ،

أصدر القانون الآتي :

الباب الأول

الأحكام الخاصة بحد السرقة

المادة (١)

الشروط الواجب توافرها في السرقة المعاقب عليها حداً

مع مراعاة أحكام المادة الثالثة من هذا القانون ، يشترط في السرقة المعاقب عليها حداً ما يأتي :

١ ـ أن يكون الجاني عاقلاً ، أتم ثماني عشرة سنة هجرية مختاراً ، غير محتاج ولا مضطر .

٢ ـ أن يأخذ الجاني المال خفية بنية تملكه .

٣ ـ أن يكون المال المسروق منقولاً ، متمولاً ، محترماً ، مملوكاً للغير في حرز مثله ، لا تقل قيمته عن عشرة دينارات ليبية وقت حدوث السرقة .

المادة (٢)

حد السرقة

إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة يعاقب السارق حداً بقطع يده اليمنى .

المادة (٣)

حالات لا يقام فيها حد السرقة

لا يطبق حد السرقة إذا كان للجاني شبهة كما في الأحوال الآتية :

١ ـ إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة أثناء العمل فيها أو أي مكان آ
مأذون للجاني في دخوله ولم يكن المسروق محرزاً .

٢ ـ إذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحار

٣ ـ إذا كان مالك المال المسروق مجهولاً .

٤ ـ إذا كان الجاني دائناً لمالك المال المسروق وكان المالك مماطلاً أو جاحداً و
أجل الدين قبل السرقة وكان ما استولى عليه الجاني يساوي حقه أو أكثر
حقه بما لا يصل إلى النصاب في اعتقاده .

٥ ـ إذا كان المسروق ثماراً على الشجر أو ما يشابهها كالنبات غير المحصود وأك
الجاني من غير أن يخرج بها .

٦ ـ إذا كان الجاني شريكاً بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة ، ما لم تص
المساعدة إلى اعتبار الجاني شريكاً بالمباشرة .

٧ ـ إذا تملك الجاني المال المسروق بعد السرقة وقبل الحكم نهائياً في الدعوى .

٨ ـ إذا تعدد الجناة ولم يبلغ ما أصاب كل واحد منهم نصاباً ، ما لم يك
المسروق نصاباً لا تتم سرقته إلا بتعاونهم جميعاً .

٩ ـ إذا كان للسارق شبهة في الملك كشركة أو استحقاق في وقف ، وكالسرقة ص
بيت المال والسرقة من الغنيمة .

ولا يخل ما تقدم بخضوع الحالات المشار إليها لأحكام قانون العقوبات
أي قانون آخر .

الباب الثاني

الأحكام الخاصة بحد الحرابة

المادة (٤)

جريمة الحرابة والشروط الواجب توافرها لإقامة الحد فيها

١ ـ تتوافر جريمة الحرابة في إحدى الحالتين الآتيتين :

(أ) الإستيلاء على مال الغير مغالبة .

(ب) قطع الطريق على الكافة ومنع المرور فيها بقصد الإخافة .

٢ ـ ويشترط في الحالتين المذكورتين استعمال السلاح أو أية أداة صالحة للإيذاء الجسماني أو التهديد بأي منهما .

٣ ـ وإذا وقعت الحرابة داخل العمران فيشترط عدم إمكان الغوث

٤ ـ ويجب أن يكون الجاني عاقلاً ، أتم ثماني عشرة سنة هجرية ، مختاراً ، غير مضطر .

المادة (٥)

حد الحرابة

يعاقب المحارب حداً على الوجه الآتي :

(أ) بالقتل إذا قتل سواء استولى على مال أم لم يستول .

(ب) بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا استولى على المال بغير القتل .

(جـ) بالسجن إذا أخاف السبيل .

المادة (٦)
سقوط حد الحرابة بالتوبة

١ ـ يسقط حد الحرابة بتوبة الجاني قبل القدرة عليه ، وذلك بإحدى الطريقتين الآتيتين :

(أ) إذا ترك الجاني فعل الحرابة قبل علم السلطات بالجريمة وشخص مرتكبها بشرط إعلان توبته إلى النيابة العامة بأية وسيلة كانت .

(ب) إذا سلم نفسه طائعاً إلى الشرطة أو النيابة العامة قبل ظهور قدرة السلطة عليه .

٢ ـ ولا يخل سقوط الحد بالتوبة بحقوق المجني عليهم من قصاص ودية ، كما لا يخل بالعقوبات المقررة في قانون العقوبات عن الجرائم التعزيرية التي يكون المحارب قد ارتكبها .

المادة (٧)
إجراءات التحقق من التوبة المسقطة لحد الحرابة

١ ـ إذا أعلن الجاني عن توبته وفقاً لأحكام المادة السابقة ، تتولى النيابة العامة تحقيق الواقعة وبحث الشروط اللازمة لسقوط الحد .

٢ ـ فإذا كشف التحقيق عن وجود جرائم معاقب عليها تعزيراً ، أو وجود حقوق مستحقة للمجني عليهم كقصاص أو ديّة أو مال مضمون أو قام الشك حول شيء من ذلك ، أحالت النيابة العامة الأوراق إلى المحكمة المختصة للقضاء فيه .

٣ ـ أما إذا لم يسفر التحقيق عن شيء مما تقدم ، قررت النيابة العامة عدم وجه لإقامة الدعوى لتوبة الجاني قبل القدرة عليه .

الباب الثالث
أحكام مشتركة

المادة (٨)
تعزير الجاني الذي لم يتم الثامنة عشرة

إستثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادتين الأولى والرابعة ، إذا كان الجاني في الجريمتين المنصوص عليهما في هاتين المادتين لم يتم الثامنة عشرة سنة هجرية ، يعزر على الوجه الآتي :

١ ـ إذا كان قد أتم السابعة ولم يتم الخامسة عشرة ، يعزر بالتوجيه والتوعية والتأنيب ، ويجوز ـ إذا تجاوز العاشرة ـ تعزيره بالضرب بما يناسب سنه .

٢ ـ وإذا كان قد أتم الخامسة عشرة يعزر بالضرب في جريمة السرقة ، وأما جريمة الحرابة فيعزر بالضرب والإيواء في إصلاحية قانونية .

٣ ـ وفي الحالتين المنصوص عليهما في البندين السابقين ، إذا تكرر ارتكاب الجريمة يحكم على الجاني بالضرب بما يناسب سنه فإذا كان قد تجاوز العاشرة ، يحكم عليه كذلك بالإيواء في إصلاحية قانونية .

٤ ـ وتكون جريمتا الحد المنصوص عليهما في هذا القانون وحدة واحدة في نصرص التكرار .

٥ ـ وتعتبر التعازير المنصوص عليها في هذه المادة مجرد إجراءات تأديبية .

المادة (٩)

نوع جريمتي السرقة والحرابة

تعتبر جناية كل من جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً بموجب أحكام هذا القانون .

المادة (١٠)

الإثبات

١ ـ تثبت الجريمتان المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون بإقرار الجاني مرة واحدة أمام السلطة القضائية ، أو بشهادة رجلين ، ولا يعد المجني عليه شاهداً إلا في الحرابة إذا كان شاهداً لغيره .

٢ ـ ويجوز للجاني العدول عن إقراره إلى ما قبل صيرورة الحكم نهائياً ، وفي هذه الحالة يسقط الحد إذا لم يكن ثابتاً إلا بالإقرار ، ولا يخل سقوط الحد بمعاقبته تعزيرياً وفقاً لحكم الفقرة (٤) من هذه المادة .

٣ ـ ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما إتباع المشهور من مذهب الإمام مالك ، ويعتبر الشاهد عدلاً إذا كان ممن يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر .

٤ ـ وتطبق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات إذا لم يكتمل الدليل الشرعي المنصوص عليه في هذه المادة أو عدل الجاني عن إقراره وذلك متى اقتنع القاضي بثبوت الجريمة بأي دليل أو قرينة أخرى .

المادة (١١)

الشروع

١ ـ تسري أحكام قانون العقوبات على الشروع في جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً .

٢ ـ وتتحدد العقوبة على الشروع في الجريمتين المشار إليهما وفقاً لأحكام المادتين ٥١ ، ٦٠ من قانون العقوبات ، وذلك على أساس العقوبة المقررة للجريمة بحسب وصفها في القانون المشار إليه .

المادة (١٢)
تعدد الجرائم والعقوبات

١ ـ إذا ارتبطت أو تعددت جرائم الجاني المعاقب عليها حداً يعاقب على الوجه الآتي :

(أ) إذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر ، وقعت عقوبة واحدة .

(ب) وإن كانت العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القدر ، وقعت العقوبة الأشد .

(جـ) وإذا كانت العقوبات مختلفة الجنس وقعت جميعها .

٢ ـ أما إذا كان من بين الجرائم المنسوبة إلى الجاني جرائم أخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود وفقاً لأحكام الفقرة السابقة ، وذلك دون الإخلال بالعقوبات المقررة على الجرائم الأخرى .

٣ ـ وتجب عقوبة القتل (الإعدام) حداً أو قصاصاً أو تعزيراً كل العقوبات الأخرى .

المادة (١٣)
العود

١ ـ إذا عاد الجاني الذي نفذ عليه الحد إلى أي من جريمتي السرقة أو الحرابة المعاقب عليهما حداً بغير القتل ، يعاقب بالسجن ، ويجوز الإفراج عنه قبل

انقضاء مدة العقوبة إذا ظهرت توبته وفقاً لأحكام المادة التالية .

٢ ـ فإذا تكرر العود تكون العقوبة السجن المؤبد .

المادة (١٤)

إجراءات التحقق من توبة العائد

١ ـ لا يجوز الإفراج عن الجاني العائد طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة السابقة قبل انقضاء ٣ سنوات على سجنه .

٢ ـ ويجوز له بعد انقضاء هذه المدة أن يتقدم بطلب إلى النيابة العامة يعلن فيه توبته عن جريمة السرقة أو الحرابة . وتتولى النيابة العامة تحقيق الطلب وسؤال من يلزم عن سلوك الجاني في السجن وما ينتظر من صلاح حاله إذا أفرج عنه ، وتحيل النيابة الطلب وأوراق التحقيق مشفوعة برأيها إلى المحكمة التي أصدرت الحكم .

٣ ـ وتحكم المحكمة بالإفراج عن المسجون إذا ثبت لها توبته ويجوز لها أن تجعل الإفراج عن المسجون مشروطاً بمراقبته مدة معينة لا تزيد على باقي العقوبة المحكوم بها أو بأي تدبير وقائي آخر من التدابير غير المقيدة للحرية .

٤ ـ وإذا رفضت المحكمة الطلب فلا يجوز تجديده قبل انقضاء سنة على الأقل من تاريخ الحكم برفضه .

٥ ـ ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بالإفراج عن الجاني لظهور توبته أو برفض الطلب بأي طريق من طرق الطعن .

المادة (١٥)

سقوط جريمتي الحد بمضي المدة

تسقط الجريمتان المعاقب عليهما حداً بموجب هذا القانون بمضي عشرة سنين

من يوم وقوع الجريمة وذلك ما لم يقر الجاني بارتكابه الجريمة وتنقطع هذه المدة وفقاً للأحكام المقررة في قانون العقوبات .

المادة (١٦)
سقوط عقوبات الحدود بمضي المدة

١ ـ تسقط عقوبات الحدود المنصوص عليها في هذا القانون بمضي عشرين سنة إلا عقوبة القتل فتسقط بمضي ثلاثين سنة وذلك كله ما لم يكن الحكم صادراً بناء على إقرار من الجاني .

٢ ـ وتبدأ المدة المسقطة للعقوبة من وقت صيرورة الحكم نهائياً .

٣ ـ ويوقف سريان المدة كل مانع يحول دون مباشرة التنفيذ .

المادة (١٧)
ثبات وحتمية عقوبات الحدود

لا يجوز الأمر بإيقاف تنفيذ عقوبات الحدود المنصوص عليها في هذا القانون ، ولا إستبدال غيرها بها ، ولا تخفيضها ، ولا العفو عنها .

المادة (١٨)
عرض الحكم على محكمة النقض

إستثناء من القواعد والإجراءات المقررة للطعن بالنقض في الأحكام النهائية :

١ ـ إذا كان الحكم صادراً حضورياً بعقوبة الحد في الجريمتين المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون وجب عرض القضية على محكمة النقض بكافة أوراقها في مدى أربعين يوماً من تاريخ الحكم وتندب المحكمة

للمتهم محامياً إن لم يكن له مدافع وتقدم النيابة العامة مذكرة برأيها في خلال الخمسة عشر يوماً التالية للعرض ولمحامي المتهم تقديم دفاعه خلال خمسة عشر يوماً أخرى .

٢ ـ وتفصل محكمة النقض في القضية قانوناً وموضوعاً ويكون هذا الحكم هو النهائي .

المادة (١٩)
تنفيذ الحكم

لا ينفذ الحكم الصادر بعقوبة الحد إلا بعد الفصل في القضية من محكمة النقض .

المادة (٢٠)
تنفيذ عقوبتي القتل والسجن حداً

تنفذ عقوبتا القتل والسجن المنصوص عليهما في هذا القانون طبقاً للقواعد والإجراءات المعمول بها في شأن تنفيذ عقوبة الإعدام وعقوبة السجن .

المادة (٢١)
تنفيذ عقوبات القطع

تنفذ عقوبتا القطع المنصوص عليهما في المادتين الثانية والخامسة من هذا القانون على الوجه الآتي :

١ ـ يجب أن يسبق التنفيذ مباشرة إجراء كشف طبي على المحكوم عليه بمعرفة الطبيب الشرعي لتقرير انتفاء الخطورة من التنفيذ بسبب مرض أو حمل أو نحوه ، وإذا رأى الطبيب تأجيل التنفيذ وجب عليه أن يحدد فترة التأجيل .

٢ ـ وينفذ الحكم بالقطع في مستشفى السجن أو في مستشفى عام ، بواسطة طبيب أخصائي وبعملية جراحية وباتباع الطرق الطبية الملائمة بما فيها تخدير المحكوم عليه .

٣ ـ ويكون قطع اليد من الرسغ (مفصل الكف) وتقطع الرجل من مفصل الكعب .

٤ ـ ويظل المقطوع تحت الرعاية الطبية المدة التي يحددها الطبيب الذي أجرى العملية سواء داخل المستشفى أم خارجه وتجرى له الاحتياطات ووجوه العلاج اللازمة لمنع أية مضاعفات محتملة .

المادة (٢٢)
أحكام خاصة في القطع

١ ـ تقطع يمنى السارق ولو كانت شلاء أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع إذا لم يخشى عليه من الهلاك في حالة الشلل .

٢ ـ لا قطع على السارق في الحالات الآتية :

(أ) إذا كانت يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الإبهام أو أصبعين سوى الإبهام .

(ب) إذا كانت رجله اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشي عليها .

(جـ) إذا ذهبت يمناه لسبب وقع بعد السرقة .

٣ ـ وإذا امتنع القطع يعاقب الجاني تعزيراً طبقاً لأحكام قانون العقوبات .

المادة (٢٣)
إحالة

يطبق المشهور في مذهب الإمام مالك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القا
بالنسبة إلى جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً ، فإذا لم يوجد نص
المشهور ، طبقت أحكام قانون العقوبات .

أما بالنسبة إلى الإجراءات فتطبق في شأنها أحكام قانون الإجراء
الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون .

ولا تخل أحكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون
وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون .

المادة (٢٤)

على جميع الوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ويعمل به بعد ثلا
يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

مجلس قيادة الثورة

الرائد عبد السلام أحمد جلود
رئيس مجلس الوزراء

محمد علي الجدي
وزير العدل

صدر في ٤ رمضان ١٣٩٢ هـ
الموافق ١١ أكتوبر ١٩٧٢م

المذكرة الإيضاحية
للقانون الخاص بإقامة حدي السرقة والحرابة

الحمد لله الذي شرع لعباده ما فيه مصلحتهم وسعادتهم في الدنيا والآخرة ، والصلاة والسلام على رسوله الذي حمل مشعل الهداية لبني الإنسان في كل زمان ومكان . وبعد ،

فانطلاقاً من عزم الثورة الأكيد على الحكم بما أنزل الله وإرساء دعائم الدولة وتشريعاتها على أساس من أحكام الشريعة الغراء ، وهو العزم الذي أعلنته الثورة مراراً وأكدته في كل مناسبة ، وأفصحت عنه في الإعلان الدستوري ، وتردد في دستور إتحاد الجمهوريات العربية ، ثم أتبعته الثورة بوضعه موضع التطبيق بإصدار القرار التاريخي الذي جعل الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع وتضمن تشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية .

إنطلاقاً من هذا المنطلق السديد ، فقد آلت الثورة على نفسها أن تقيم دعائم النظام الجنائي في الدولة على أساس أحكام الإسلام الحنيف ، وتبدأ بتشريعات الحدود التي تمثل القاعدة الأساسية في النظام الجنائي الإسلامي ، إذ إن تعطيل هذه الحدود يعتبر خروجاً صريحاً على أحكام القرآن وسنة الرسول الكريم ، ويتناقض تماماً مع كوننا شعباً مسلماً نؤمن بديننا أشد الإيمان ونحرص على تعاليمه كل الحرص وسجل تاريخنا بطولات فذة دفاعاً عن الدين وجهاداً في سبيل الله ، وفضلاً عن ذلك جميعه ، فإن إقامة الحدود الشرعية هي التي تكفل انتظام حياة الناس وأمنهم وتستأصل شأفة الجريمة من جذورها ، خاصة بعد أن أخفقت التشريعات الوضعية في محاربة الجريمة ومطاردتها وتضييق الخناق عليها بما

نشهده وتتناقله الأنباء والإذاعات من تفشي الإجرام وتطاوله وتعاظمه حتى
أقوى الدول وأعتاها . إن خالق النفس البشرية هو أعلم وأدرى بما ينفع
ويضرها ،ولذلك شرع حدوداًلبعض الجرائم الخطيرة تكفل القضاء عليها أو تض
الخناق عليها إلى أقصى حد ممكن مستهدفاً في ذلك مصلحة الجماعة باعتبار
مقدمة على مصلحة الفرد . فلما أعرض الناس عن حدود الله اضطرب
موازينهم وشاعت بينهم الجرائم والفتن ، ولا خلاص لهم من ذلك إلا بالت
حدود الله ، وصدق الله العظيم إذ يقول ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه »(١

ومن أهم مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء حفظ الضروريات اللاز
للناس في حياتهم مما يترتب على فقدان أي منها اختلال حياة الناس واضطرا
أمورهم ، وهي ترجع إلى خمس : الدين والنفس والعقل والنسل والمال .

وقد انتهج الإسلام أسلوبين رئيسيين للحفاظ على هذه الضروريا
وضمان استمرارها ، الأول وينبع من نفس المسلم ذاته والجماعة الإسلامية وذل
بما يغرسه في نفس المسلم من وازع ديني قوي يحمله على الإنصراف عن نوازع الش
والإقبال على أسباب الخير له ولغيره من الناس ، وبما يرسيه الإسلام في المجتم
الإسلامي من دعائم المحبة والطهر والتضامن والتعاون على الخير . وأم
الأسلوب الثاني فهو أسلوب الردع والجزاء لكل من ارتكب جرماً من شأن
الإخلال بالضروريات الخمس سالفة الذكر ، وهذا الأسلوب الثاني هو الذ
يقوم عليه النظام الجنائي الإسلامي ،ولذلك شرع الله الحدود والقصاص لحم
هذه الضروريات ، فحدُّ الردة يحمي الدين - ونظام القصاص والدية يحمي
الأنفس ، وحد الشرب يحمي العقل ، وحد الزنى والقذف يحميان النس
والنفس الإنسانية فيما ينبغي أن يتوفر لها من طهارة وعفة وإحصان
وحد السرقة يحمي الأموال ، وحد الحرابة يحمي الأنفس والأموال معاً ويقر الأم
بين الناس .

---

(١) سورة الطلاق: الآية الأولى

خطورة جريمتي السرقة والحرابة :

المال عصب الحياة ، ولا قيام لأي إنسان أو أسرة إلا بقدر من المال يكفل ضرورات الحياة وحاجاتها ، تلك سنة الله في خلقه ، وهم من قديم الزمان يعملون ويكدحون في سبيل الرزق الذي يقيم أودهم ويعصمهم من الذل والعوز والحاجة والهوان . ومن هنا كان الدفاع عن المال من طبيعة الإنسان ، حتى أنه روي في الحديث أن « من مات دون ماله فهو شهيد » بل أن التشريعات الوضعية تجيز الدفاع الشرعي لرد الاعتداء على المال ، وهو أيضاً ما تقرره الشريعة الإسلامية ويدخل في مفهوم « دفع الصائل » أي دفع المعتدى .

وإذا كان هذا هو شأن المال وأهميته ، فإن الاعتداء عليه يعتبر جرماً خطيراً يتعين دفعه ووقاية المجتمع منه ، وما من شك في أن هذا الواجب إنما يقع على الدولة باعتبارها القائمة على مصالح الناس الراعية لشئونهم والإسلام ليس مجرد تعاليم موجهة للأفراد فقط ، ولكنه دين ينظم شئون الفرد والأسرة والجماعة والدولة بل والمجتمع الإنساني بأسره ، ومن ثم فلم يكتف الإسلام بأن قرر حق كل فرد في الدفاع عن ماله بما يكفل الحفاظ عليه ، وإنما شرع العقوبة الكفيلة بحماية هذا المال وصيانته ، حتى يعيش الناس مطمئنين على أموالهم فينصرفون إلى شئونهم ويجدون في حياتهم ، وهم آمنون .

ولقد أثبتت الأحداث أن جريمة السرقة هي البذرة الشريرة التي تنبعث منها وتتفرع عليها جرائم الأموال على وجه العموم ، فالطمع في مال الغير والاعتداء عليه ينم عن خبث في الطبع وفساد في النفس ، ولذلك كانت جرائم الأموال من أبشع الجرائم سواء من حيث أغراضها الخبيثة أم من حيث مضاعفاتها الخطيرة . إن جريمة السرقة تجر في غالب الأحيان إلى الكثير من جرائم الاعتداء على الأشخاص يصل في العديد من الحالات إلى حد قتل السارق أعز الناس لديه في سبيل السرقة فمن سارق يقتل أمه وآخر يقتل أباه وثالث يقتل أخوته وأقرب الناس إليه إلى غير ذلك من صنوف الجرائم البشعة التي تدفع إليها السرقة والرغبة

في الإستيلاء على أموال الغير أما خفية وأما كرهاً وبقوة السلاح . ثم أن متمرس
جرائم الأموال تفننوا فيها وفي طرق ابتزاز الأموال أو اختلاسها خفية بأساليب
شتى ووسائل لا تخطر على بال ، واقترفوا في سبيلها وعن طريق الأموال التي
يسرقونها أفظع الجرائم وأبشع المنكرات . وبسبب جرائم الأموال نشأت في أكث
الدول وأكثرها قوة ممالك عاتية في الإجرام بكل صنوفه وألوانه ، مارست ك
ضروب الجرائم والدعارة والفسق والمخدرات وغيرها مما تقشعر منها الأبدان
وتجد بذرتها الأولى في جريمة السرقة واستلاب مال الغير .

وإزاء خطورة جرائم الأموال ، فقد جهد علماء الإجرام والعقاب والقانو
أنفسهم في سبيل سن العقوبات التي قدروها كفيلة بمكافحة هذه الجرائم ووقاي
المجتمع من أخطارها وتركزت العقوبات التي اشترعوها في الحبس والسجن
والأشغال الشاقة المؤقتة والمؤبدة في الدول التي تأخذ بهذا النوع من العقوبات
ومع ذلك ظلت هذه العقوبات عاجزة عن صد موجات جرائم الأموال المتتالية
العاتية ، وازدادت الجرائم عدداً واستفحلت نوعاً وتنوعت أسالياً وتفرعت
وتعددت صوراً وأشكالاً حتى أن المرء ليدهش أبلغ الدهشة ويمتلكه أشد العجب
لتلك الأفانين والأعاجيب التي تتفتق عنها أذهان اللصوص وخبراء سلب الأموال
وابتزاز الثروات . بل لقد أسهمت العقوبات الوضعية في ازدياد الأمر سوءاً لأن
العقوبات السالبة للحرية تعطل الجاني فترة سجنه وتصادر عليه رزقه ورزق
أسرته فيتفاقم الأمر عليه ، وقد تتحول أسرته ذاته إلى الإجرام بسبب الفاقة
والعوز ، وغالباً ما تنخرط في العصابات التي كانت تنتظم رب الأسرة الذي ألقى
به في السجن ، فضلاً عن أن السجون تجمع في الغالب بين المجرم بالتكوين
والمجرم العرضي ، ومن ثم تسري عدوى الإجرام وتستفحل ويخرج المجرم من
السجن وقد ازداد خبرة وحنكة ، ومن هنا كان عداة المجرمين ومعتادو الإجرام
هم في الأغلب الأعم من خريجي السجون .

ولقد أوضح أحد علماء الإجرام[1] أن الميل إلى السرقة في السارق

(١) الدكتور رمسيس بهنام في مؤلفه عن علم الإجرام ـ الطبعة الثالثة ١٩٧٠ ص ١٦٩ وما بعدها .

بالتكوين يميزه ما يأتي :

١ ـ الاقتناع الذاتي بأن السرقة ضرب من النشاط المشروع ككل نشاط آخر .

٢ ـ الإقتناع بأن العمل الشريف لا يجدي كوسيلة صالحة لكسب العيش وإرضاء مطالب الحياة .

٣ ـ الشعور بالحاجة إلى دخل سهل المنال وافر الكمية لإشباع شهوات ورذائل لا يمكن أن يتيح إشباعها الدخل المستمد من العمل الشريف .

٤ ـ الرغبة الشديدة في المخاطرة والمجازفة وهي تفسر كذلك هيام محترفي السرقة بلعب القمار .

٥ ـ الشعور بارتياح واستمتاع داخليين يصحبان تنفيذ السرقة .

٦ ـ الشعور بالغرور والكبرياء والترفع عن الاستجداء وطلب الإحسان .

٧ ـ إنعدام الطاقة الإحتمالية للعمل الشريف وعدم الاستعداد الجسماني والنفسي للنهوض به الأمر الذي يدل عليه تقلب في المزاج وزهد في قيود النظام .

ثم ذكر المؤلف أن المجرم يشعر بالميل إلى السرقة للحصول على متع مادية ، أو غير مادية ولكنها تتطلب المادة كوسيلة للحصول عليها ، مثل المتع الجنسية ، ومن منبهات الميل إلى السرقة تعاطي الخمر ولو لم يفض إلى السكر والإيحاء الذاتي الناشئ من العشرة السيئة والمثل السيئ ومن الصحف ودور العرض . وأضاف المؤلف أن الميل إلى السرقة كما يفضي إلى النوع البسيط منها يؤدي كذلك إلى السرقة بطريق الكسر وإلى السرقة بالإكراه و إلى النصب وغيره من جرائم الإعتداء على المال بصفة عامة . فالسرقة بالإكراه (ومن صورها الحادة الخطيرة الجريمة المسماة في الشريعة الإسلامية بالحرابة أو السرقة الكبرى بحسب تعريفها الذي سوف يرد في موضعه) تكون عادة وليدة الجمع بين غريزة القتال والدفاع وعامل غريزة الإقتناء أما عرضاً لاصطدام اللص بعقبات لم يكن يتوقعها أو بمقاومة فجائية من

جانب المجني عليه ، وأما بخلل مشوبة به غريزة القتال والدفاع إلى جانب ذلك الذي يشوب غريزة الإقتناء ، فيتوافر مع الميل إلى السرقة ميل إلى العنف . وأخيراً أشار المؤلف إلى أن مثل هذه الخصال هو الذي يفسر كيف ينتج الميل إلى السرقة أنواعاً مختلفة من الإعتداء على المال ، فالبعض ينشل والبعض الآخر يسرق بطريق الكسر أو يسرق من الفنادق أو يسرق بالقسر والإكراه أو ينصب .

عقوبة السرقة والحرابة في الإسلام :

إن شريعة الإسلام تهيء للمجتمع الإسلامي حياة كريمة يجد فيها كل فرد ما يسد حاجته ويكفي مؤونته ويقيم معاشه على أساس سوي بما يغنيه عن العوز والطمع في مال الغير ، ودين الإسلام يحض على أن كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه ، ويطلب من المسلم الذب عن مال أخيه والحرص عليه كما يحرص على مال نفسه ، فإذا شنت نفس عن هذا الصراط السوي وانفلتت من سياج الحق إلى متاهات الشر والضلال ولم يفلح معها نصح ولا إرشاد ولا كلمات الله التي تضيء الكون في كل وقت وحين ، حق عليها جزاء أليم في الحياة الدنيا ليكون ذلك نكالاً وزجراً وردعاً ، وعذاب شديد في الآخرة إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فإن الله تواب رحيم .

ولذلك واجهت الشريعة الإسلامية جريمتي السرقة والحرابة بعقوبتين رادعتين فعالتين ، تكفلان استئصال شأفتهما من جذورهما وردع كل من تسول له نفسه العدوان على مال أخيه خفية أو كرهاً ، أو إقلاق أمن الناس وإفزاعهم والسعي في الأرض بالشر والفساد . فكان حد السرقة هو قطع اليد اليمنى متى توافرت شرائط إقامة الحد وانتفت الشبهات التي تدرؤه ، وكان حد الحرابة هو القتل إذا نجم عن الحرابة القتل سواء كان ذلك مصحوباً بالاستيلاء على المال أم لم يكن مصحوباً بذلك ، وقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا نجم عن الحرابة الإستيلاء على المال دون قتل ، والسجن إذا كانت الحرابة لمجرد إخافة الناس وقطع الطريق . وتجدر الإشارة إلى أنه في صور السرقة والحرابة التي لا تتوافر فيها

شروط الحد ، فإن الشريعة الإسلامية تعاقب عليها تعزيراً بالعقوبة التي يراها الإمام مناسبة ، وإنما اختصت الشريعة صورتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً لخطورة الإجرام فيهما .

ولقد يحلو لبعض المرتابين والمتشككين أن يصفوا عقوبة القطع بأنها لا تتفق مع المدنية والتقدم ، ويرمونها بالعنف والغلظة، وهؤلاء يركزون النظر على شدة العقوبة ويتناسون فظاعة الجريمة وآثارها الخطيرة على المجتمع ، إنهم يتباكون على يد سارق أثيم تقطع ولا تهولهم جريمة السرقة ومضاعفاتها الخطيرة ، كم من جرائم قتل ارتكبت في سبيل السرقة ، كم من جرائم اعتداء على الأشخاص وإحداث عاهات جسام وقعت على الأبرياء بسبب السرقة ، كم من أموال اغتصبت وثروات سلبت وأناس تشردوا بسبب السطو على أموالهم ومصدر رزقهم ، كل ذلك لا يخطر ببال المشفقين على أيد قليلة تقطع في سبيل أمن المجموع واستقراره ، ألا يتساءل هؤلاء ، أيهما أهون على المجتمع : أن تقطع يد أو يدان في كل عام تكاد تختفي السرقة بعد ذلك ولا تكاد تقطع يد ويعيش الناس مطمئنين على أموالهم وأنفسهم ، أم يحبس ويسجن ويحكم بالأشغال الشاقة المؤقتة والمؤبدة في جريمة السرقة وحدها ، في أغلب الدول عشرات الآلاف كل عام ، ثم لا تنقضي السرقة ، بل تزداد وتتنوع وتستفحل ، فما زلنا نسمع عن مصارف بأسرها تسرق ، وقطارات تنهب في وضح النهار ، وخزائن تسلب ، وجرائم على الأموال تصحبها جرائم على الأشخاص والأعراض لا تقع تحت حصر ، ولا يكاد يلاحقها علم ولا فن ولا سلطة .

ثم إن الجرائم الخطيرة لا يفلح في صدها ومقاومة أخطارها إلا عقوبات شديدة فعالة ، فاسم العقوبة مشتق من العقاب ولا يكون العقاب عقاباً إذا كان موسوماً بالرخاوة والضعف والعقاب الناجح هو ذلك الذي ينتصر على الجريمة وليس ذلك الذي تنتصر عليه الجريمة ، ثم إن المشرعين الوضعيين لم يستغلظوا عقوبة الإعدام بالنسبة إلى بعض الجرائم الخطيرة ، وما من شك في أن هذه العقوبة أشد من عقوبة القطع في السرقة والحرابة ، فالعبرة إذن بالعقوبة المناسبة

والفعالة في مقاومة الجريمة .

والحقيقة التي لا مراء فيها أن قطع يد سارق أو عدد محدود من السرا
أهون كثيراًمن ترك السرقة ترتع في المجتمع تروع الآمنين بما تفضي إليه من العدي
من الجرائم والمنكرات ، فعقوبة القطع قصد بها ترويع السراق فيفكرون مرا
قبل الإقدام على جريمتهم . فالسارق حينما يفكر في السرقة إنما يبتغي زيادة كسب
عن طريق مال غيره ، فهو لا يكتفي بما آتاه الله من الحلال ويريد أن ينميه مر
الحرام ، وهو يفعل ذلك ليزيد من قدرته على الانفاق أو لكي لا يتحمل عنا
الكد والعمل ، وقد حاربت الشريعة هذه الدوافع بتقرير عقوبة القطع ، لأ
قطع اليد يؤدي إلى نقص الكسب ، ونقص الكسب يؤدي إلى نقص الثراء .
وبذلك تكون الشريعة الغراء قد حاربت الدوافع النفسية التي تدعو لارتكاب
الجريمة بعوامل نفسية مضادة تصرف عن جريمة السرقة،فإذا ساورت الشخص
العوامل النفسية الشريرة الداعية إلى ارتكاب السرقة برزت إلى الذهن شدة
عقوبة السرقة والمرارة التي تصيبه منها مما يحدوه إلى مقاومة هذه النزعات الشريرة
فتصرفه عنها . فالعقوبة فيها من الترويع ما يصرف عن ارتكاب الجريمة أو
يحد منها إلى حد كبير . وإن ذلك قد يتحقق بإعلان العقوبة وثبوت التطبيق
ولو في أيد محدودة .

وقد أثبت التاريخ أن المجتمع الإسلامي عندما طبق الحدود عاش آمناً
مطمئناً على أمواله وأعراضه ونظامه ، حتى أن المجرم نفسه كان يسعى لإقامة
الحد عليه رغبة في تطهير نفسه والتكفير عن ذنبه . وعندما تهاون المجتمع
الإسلامي في تطبيق الحدود وانساق مع تشريعات الغرب وبهره زخرفها الزائف
تسرب إليه الفساد وشاع فيه الإجرام وكاد يلحق بدول الغرب في التفنن في
أساليب الجريمة وخباياها . ويروى في التاريخ أن هشام بن عبد الملك عطل حد
السرقة سنة ، فتضاعفت حوادثها وصار الناس غير آمنين على أنفسهم ولا أموالهم
من الغضب والنهب وظهر اللصوص في البوادي والحواضر، فلما تفاقم الأمر ،
واضطربت الأحوال أعاد العقوبة كما شرعها الله تعالى ، فكان الإعلام بالإعادة
وحده كافياً لصون الحقوق وحفظ الأموال والنفوس .

وما لنا نذهب بعيداً وفي عصرنا الراهن مثل حي يوضح مدى فاعلية تطبيق حدي السرقة والحرابة ، فقد كانت الحجاز مرتعاً خصباً لأشنع جرائم السرقة وقطع الطريق حتى على حجاج بيت الله الحرام رجالاً ونساء فلم يكن يعود إلى بلده منهم إلا النذر اليسير . ولقد أوجب الفقهاء المتأخرون لذلك على كل من يخرج للحج أن يكتب وصيته قبل أن يغادر بلده . وأوجبت الدول الإسلامية كمصر وسوريا على الحجاج أن يخرجوا في جماعات صحبة فرقة من الجيش مزودة بجميع أنواع الأسلحة الخفيفة والثقيلة يتولى إمارتها أمير للحج من كبار الضباط ، فما أن طبقت الحجاز هذين الحدين حتى استتب الأمن وانقطعت السرقات وانهارت عصابات قطع الطريق ، حتى أصبحت البلاد مضرب المثل المستغرب في انقطاع دابر جريمتي السرقة وقطع الطريق رغم أن ما قطع من الأيادي منذ تطبيق الحدود لا يمثل إلا عدداً ضئيلاً جداً لا يوازي ما كان يقطعه قطاع الطريق من رقاب الأبرياء في هجمة واحدة ويذكر أن عدد الأيدي التي قطعت في المملكة العربية السعودية ستة عشر يداً خلال أربعة وعشرين عاماً .

وهذا مثل سقناه للتدليل على فاعلية حد السرقة ، وأنها لآية الله في هذا العصر يجليها لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد .

كل ذلك يبرز مدى فاعلية عقوبة القطع ، فمجرد إعلانها يكفي في الردع والصد عن الجريمة في غالب الأحوال ، ومن ثم فهي عقوبة تتسم بطبيعة مانعة ، أي أنها في ذاتها مانعة للجريمة ، والواقع أن هذه هي سمة الحدود جميعاً ، فالحد لغة هو المنع ، ولذلك عرف بعض فقهاء الشريعة الحدود بأنها موانع قبل الفعل زواجر بعده ، أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه (شرح فتح القدير لابن الهمام - الجزء الرابع طبعة الأميرية ص ١١٢) .

بل أن صفة المنع في عقوبة القطع جلاها ما ذكر في تفسير آية السرقة (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله ، والله عزيز

حكيم) من أن النكال معناه المنع ، فكانت العقوبة منعاً للغير من الارتكاب
وقد جاء في مفردات الراغب الأصفهاني في تفسير معنى كلمة « نكال » يقال نك
عن الشيء ضعف وعجز ، ونكلته قيدته ، والنكل قيد الدابة . . ونكلت به
فعلت ما ينكل به غيره (أي يمنع غيره من أن يفعل فعله) .

ولقد جلى أحد فقهاء الإسلام العظام ، وهو الفقيه الكبير إبن القيم
الحكمة من حدي السرقة والحرابة ، فذكر في كتابه (أعلام الموقعين عن ر
العالمين الجزء الثاني ـ مكتبة الكليات الأزهرية ص ١١٤ ، ١١٥ ، ١٢٦) أ
من بعض حكمته سبحانه ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بـ
الناس بعضهم على بعض ، في النفوس والأبدان والأعراض والأموال ، كالقت
والجرح والقذف والسرقة ، فأحكم سبحانه وجوه الزجر الرادعة عن هذه الجناي
غاية الإحكام، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر ، م
عدم المجاوزة لما يستحقه الجاني من الردع . . . وأن في حد السرقة معنى آخر
وهو أن السرقة تقع من فاعلها سراً كما يقتضيه اسمها ، والعازم على السرقة مختف
كاتم خائف أن يشعر بمكانه فيؤخذ به ، ثم هو مستعد للهرب والخلاص بنفس
إذا أخذ الشيء ، واليدان للإنسان كالجناحين للطائر في إعانته على الطيران
فعوقب السارق بقطع اليد قصاً لجناحه ، وتسهيلاً لأخذه إن عاود السرقة .
وعقوبة السارق بالقطع أبلغ وأردع من عقوبته بالجلد ، ولم تبلغ جنايته ح
العقوبة بالقتل فكان أليق العقوبات به إبانة العضو الذي جعله وسيلة إلى أذ
الناس ، وأخذ أموالهم ، ولما كان ضرر المحارب أشد من ضرر السارق وعدوا
أعظم ضم إلى قطع يده قطع رجله ليكف عدوانه وشرّ يده التي بطش بها
ورجله التي سعى بها ، وشرع أن يكون ذلك من خلاف لئلا يفوت عليه منفع
الشق بكماله ، فكيف ضرره وعدوانه ، ورحمه بأن أبقى له يداً من شق ورجلاً
من شق .

ومما تقدم جميعه يتضح أن القسوة التي تتسم بها عقوبة القطع في السرق
والحرابة ، هي في واقع الأمر رحمة عامة بالمجتمع في مجموعه حتى يتخلص مر

شرور هاتين الجريمتين وأخطارهما الوبيلة ، فإن التضحية بعدد محدود جداً من الأيدي والأرجل بالنسبة لأناس آثمين خارجين على حكم الله ، أهون كثيراً من ترك الجريمة تفتك بآلاف الأبرياء في أرواحهم وأبدانهم وثرواتهم ، بل أن شدة العقوبة ذاتها رحمة بمن تسوس لهم أنفسهم بالإجرام حيث تمنعهم تلك الشدة من الإقدام على الجريمة فتحول بينهم وبين التردي في مهاوي الإجرام فهي شدة في نطاق ضيق محدود ، تفضي إلى رحمة واسعة شاملة بالنسبة إلى المجتمع الواسع العريض . كيف لا وشريعة الإسلام هي شريعة الرحمة ، أليس الله هو القائل « كتب ربكم على نفسه الرحمة » وهو الرحمن الرحيم حيث نذكر الله في كل وقت وحين . والرسول يقول « الراحمون يرحمهم الرحمن » بل أمرنا بالشفقة على الحيوان . وشريعة هذا شأنها لا يمكن أن تحمل أحكامها في الحدود على محمل الشدة والقسوة ، وإنما هي رحمة بالناس في مجموعهم والنظر إلى أثر الحدود على القلة التي تتعرض لها دون نظر إلى أثرها في المجتمع ككل ، هو نظر مقلوب ومعكوس ويكاد أن يكون نظراً مغرضاً ومريباً ، لأن العبرة بمصلحة الناس في مجموعهم وليست بمصلحة مجرمين ثبت جرمهم ولم يدرأ عنهم الحد شبهة .

ومع ذلك فلا يغرب عن البال أن الإسلام حريص كل الحرص على ألا يقام الحد إلا حيث يتبين على وجه اليقين ثبوت ارتكاب الجرم ، وذلك بتشدده في وسائل الإثبات ، ثم أنه بعد ذلك يدرأ الحد بالشبهات كل ذلك تفادياً لتوقيع الحدود إلا في حالات إستثنائية محضة ويكفي توقيعها في هذه الحالات حتى يتحقق أثرها الفعال في منع الجريمة وتضييق الخناق عليها إلى أقصى حد ممكن .

وانبثاقاً من إيمان الثورة العميق بفعالية نظام الحدود المقرر في الشريعة الإسلامية باعتباره من صنع الله الذي خلق الإنسان وهو أعلم بما يضره وبما ينفعه ، فإنها تصدر قانون إقامة حدي السرقة والحرابة ، وهو القانون الذي أعدت مشروعه الأصلي اللجنة الفرعية لمراجعة التشريعات الجنائية ، وتوافرت اللجنة العليا على بحثه ودراسته في عدة جلسات حتى أفرغ في المشروع المرافق .

هذا وقد استمدت أحكام المشروع من الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهب
وآراء الفقه فيها وذلك باختيار الحلول المناسبة توخياً للأيسر على الناس كلما كان
ذلك مصلحة . وقد يكون الحكم المأخوذ من رأي في الشريعة أنسب في موض
معين ويكون الحكم المأخوذ من غيره أنسب في موضع آخر ، كل ذلك بمراع
التناسق التام بين الأحكام واتساق مفاهيمها واتجاهها جميعاً لتحقيق المصلح
المرجوة .

وبالنظر إلى أن المشروع الماثل يستحدث أحكاماً جديدة في المجالات
الجنائية ، وهي الأحكام المتعلقة بالحدود والتي تغاير من بعض جوانبها النظا
العقابي الراهن ، خاصة ما تعلق بنوع العقوبة ، وفي تحديدها الثابت ، ثم البد
باستعمال بعض المصطلحات الشرعية التي لا تتداولها القوانين الوضعية
كاصطلاحي الحد والتعزير ، فإن المشروع بذلك يكون من طبيعة خاصة لا تلتئ
تماماً مع أحكام قانون العقوبات . وقد اقتضى ذلك أن يعد المشروع في شكل
تشريع مستقل ليكون بمثابة قانون خاص وليس في صورة تعديل لقانون
العقوبات ، فضلاً عن أن التعديل لن يقتصر على هذا القانون بل يشمل كذلك
أحكام قانون الإجراءات الجنائية ، وسوف تتناثر التعديلات في مختلف المواضع
من هذين القانونين مما يشتت أحكام المشروع ويمزق أوصاله ويفقده بالتالي
تكامله وترابطه اللازمين لفهم أحكامه فهماً سليماً ميسراً ، فضلاً عما يؤدي إليه تناثر
التعديلات في القانون من وجود العديد من المواد المكررة فيهما الأمر الذي يحسن
تفاديه بقدر الإمكان

وينقسم المشروع إلى ثلاثة أبواب :

الباب الأول : ويتضمن الأحكام الخاصة بحد السرقة
الباب الثاني : ويتضمن الأحكام الخاصة بحد الحرابة
الباب الثالث : ويتضمن أحكاماً مشتركة بين الحدين

الباب الأول

الأحكام الخاصة بحد السرقة

المادة (١)

الشروط الواجب توافرها في السرقة المعاقب عليها حداً

تحظى الأموال في الشريعة الإسلامية بالعناية والرعاية والضرب على أيدي العابثين بها والمعتدين عليها ولو أدى ذلك إلى الموت في سبيلها بل قيل: من مات دون أهله فهو شهيد ومن مات دون عرضه فهو شهيد ومن مات دون ماله فهو شهيد .

وقد بينت الآية الكريمة (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله . . .)

العقوبة المناسبة لجريمة السرقة والإعتداء على المال

وحدد المشروع مفهوم السرقة في المادة الأولى والتي نصت على الشروط التي يجب توافرها في السرقة المعاقب عليها حداً فاشترطت في الجاني :

أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً فلا حد على صبي ولا مجنون ولا مكره وذلك باتفاق الفقهاء لقوله ﷺ : رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق .

وقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

ونظراً لاختلاف الفقهاء في سن البلوغ وعدم وجود علامة تحدد سن المسئولية الجنائية بكل دقة وإحكام فقد ذهبت اللجنة إلى تحديدها بثمان عشرة سنة هجرية وسند ذلك هو مذهب مالك وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة .

فإذا توافرت هذه الشروط ولكن كان الجاني مضطراً للسرقة لدفع الهلاك
نفسه بأخذ مأكل أو ملبس أو ما أشبه ذلك سقط عنه الحد والتعزير ، قال تـ
« فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ». وأما الحاجة فهي أقل من
الإضطرار وتصلح شبهة تدرأ الحد ولا تمنع التعزير .

وقد بين رسول الله ﷺ ما يكفي حاجة المضطر بقوله للصحابة ح
سألوه : أفرأيت إن احتجنا إلى الطعام والشراب ؟ كل ولا تحمل واشرب
تحمل .

وذكر ابن المنذر قال: قلنا يا رسول الله ما يحـل لأحدنـا من مال أخيه
اضطر إليه ؟ قال : يأكل ولا يحمل ويشرب ولا يحمل .

وأسقط عمر بن الخطاب الحد عام المجاعة قائلاً : لا تقطع في العذق
في عام السنة أي القحط .

وكان رضي الله عنه يضم إلى أهل كل بيت أهل بيت آخر في عام الس
ويقول : لن يهلك الناس على أنصاف بطونهم فكيف نأمر بالقطع ؟ .

ومعنى ذلك أن الخاجة الماسة والقرينة الدالة على الجوع وإن لم تصل إ
حد الإضطرار تكون شبهة تدرأ الحد لقوله عليه الصلاة والسلام «ادرؤوا الحد
بالشبهات » . وبذلك أخذ المشروع عملاً بأيسر الأقوال : ولا فرق في ذلك ك
بين أن يكون الجاني ذكراً أو أنثى لعموم الآية والأحاديث وعـدم ما يدل ع
التخصيص .

(منح الجليل جـ ٤ ص ٥١٧ ، جواهر الإكليل جـ٢ ص ٩٧ ، ٢٩٣ الخرشي جـ
ص ٣٤٣ ، الأحكام الشرعية لابن جزي ص ٣٨٨ ، القرطبي جـ٢ ص ٢٢٥)

(المجموع شرح المهذب جـ١٨ ص ٣١١ ، ٣١٢ ، المغني لابن قدامة جـ ٩ ص
١٤٤ ، ١١٥ ، الدر المختار مع إبن عابدين جـ٤ ص ٨٢ ، ٨٣ ، المبسوط جـ ٩ ص ٣٩
١٤٠ ، ١٤١ ، ١٨٤)

إشتملت المادة - ١ - على الشرط الثاني للسرقة الموجبة للقطع وهو أخذ المال خفية بنية التملك ، فالأخذ خفية يعتبر شرطاً أساسياً في السرقة الموجبة للحد عند جمهور الفقهاء ويقصد به الإستيلاء على المال محل الجريمة دون علم المجني عليه ورضاه كأن يأخذ الشيء المسروق من حرزه في غيبة صاحبه ، فلا قطع على من يأخذ المال جهاراً ، ويذهب به أو يأخذه على وجه المكابرة والقوة لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ومن انتهب نهبة مشهورة فليس منا ، فلا قطع على الغاصب والمنتهب والمختلس بنص الحديث لأنهم يأخذون المال على وجه يمكن انتزاعه منهم بالاستغاثة بالناس وبالسلطة ، لذلك لا يتطلب ردعهم القطع ، فالعلة في اشتراط الخفية للقطع أن حصول الجريمة خفية يترتب عليه عدم معرفة الجاني أو الوصول إليه فكان القطع هو العقوبة المناسبة إذا عرف الجاني بعد اقترافه للجريمة .

فإذا لم يتوافر في السرقة شرط الخفية فلا قطع ويعزر الجاني بما يراه الإمام .

ويشترط لحد السرقة أن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي وهو نية التملك ويتحقق ذلك بأخذ المال مع نية إضافته لنفسه على وجه الملكية مع علمه بأنه مملوك لغيره ومحرم عليه وليس له فيه شبهة ملك أو حق .

فإذا انتفى القصد الجنائي بهذا المعنى كأن يستولي على المال بقصد الإتلاف والإنتفاع المؤقت مع قصد الرد أو يتلف المال قبل الخروج به من الحرز إنتقاماً من المجني عليه فلا قطع في ذلك كله لانتفاء القصد الجنائي في الجريمة وهو نية التملك . ومثال الأخذ بنية الإنتفاع المؤقت أن يأخذ شاب سيارة غيره من مأواها بقصد النزهة ثم يعيدها .

المراجع : (الخرشي علي خليل جـ ٥ ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، شرح منح الجليل على خليل للشيخ محمد عليش جـ ٤ ص ٥١٦ ، الزيلعي على متن الكنز جـ ٣ ص ٢١١ ، المغني لابن قدامه جـ ٩ ص ١٠٤ ، المجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٣١١ ، ٣١٢) .

كما اشترطت المادة الأولى في المال المسروق أن يكون منقولاً متمولاً محترماً مملوكاً للغير في حرز مثله بلغ نصاباً فأكثر .

فلا قطع في غير المنقول من العقارات ونحوها وذلك لعدم إمكان نقلها وإخراجها من الحرز الذي هو أساسي لإقامة حد السرقة . فإذا تحايل الجاني على نقلها بأن استل أخشاب المنزل مثلاً أو اقتلع باباً أو شباكاً (نافذة) منه صارت منقولة وطبقت عليها أحكام السرقة لتمام الشروط وكمال الأركان حين ذاك وبه قال المالكية والحنابلة .

ولا قطع في غير ما يتمول كالأشياء التافهة الحقيرة أو الطفل الصغير لأنه ليس بمال مع العلم بأن خطف الأطفال جناية عقوبتها التعزير وفقاً للمادة ٤٢٨ من قانون العقوبات .

وبذلك قال أحمد والشافعي وأبو حنيفة وجمهور من الفقهاء .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا حد في سرقة المصحف عند أبي حنيفة ومحمد لعدم جواز بيعه أو لأنه ليس بمال ولكل واحد حق الإطلاع عليه والحدود تدرأ بالشبهات .

وذهب الأئمة الثلاثة والزيدية والظاهرية وأبو يوسف من الحنفية إلى وجوب القطع لعموم قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية، وبذلك أخذ المشروع .

ولا قطع في غير المحترم كالخمر والخنزير ومال الحربي بدار الحرب بالاتفاق إذ لا تجب صيانة الأموال التي نهى الشارع عن اتخاذها أو أباح حرمتها.وفي قطع سارق مال المستأمن والمعاهد خلاف فمن رأى أنه ملتزم للأحكام الشرعية قال بعدم القطع وهو مذهب أبو حنيفة وصاحبه محمد وقول للشافعي وأحمد .

ومن رأى أن الحد لله أوجب القطع وبه قال مالك وأبو يوسف وأحمد والشافعي وعلى ذلك نهج المشروع لأن إهدار مال المعاهد والمستأمن غدر وخيانة يأباها الإسلام، قال تعالى: « وإن أحد من المشتركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله » ومن الجدير بالذكر أن الذين لم يقولوا بالقطع في مال المستأمن لم يروا قطعه إذا سرق وفي هذا إهدار لسيادة القانون على كل من يقيم في إقليم الدولة .

(بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٨٤ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٥٣ ، الماوردي ص ٢١٤ ، ٢١٥ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ١٤٧، السياسة الشرعية ص ٤٧ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٣ ، منح الجليل جـ ٤ ص ٥٢١ ، ٥٢٤ ، ٥٣٣ ، المحلي جـ ١١ ص ٤٠٢ وما بعدها ، المغني جـ . ٩ ص ٨٥ ، ٨٦ ، ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١١٠) .

كما اشترطت المادة الأولى في السرقة الموجبة للقطع : أن يكون المال المسروق مملوكاً لغير السارق فإن كان مملوكاً للسارق كأن سرق ملكه من مرتهن له أو مستعيره أو مستأجر أو مودع معه ، فالفعل لا يكون جريمة ولا يعتبر سرقة ولو أخذه الفاعل خفية والعبرة بملكية السارق للمسروق وقت السرقة فإن كان يملكه قبل السرقة ثم خرج من ملكه قبل السرقة فهو مسئول عن السرقة وعليه القطع وإن لم يكن يملكه ولكن دخل في ملكه وقت السرقة فلا حد عليه كأن وهب له أو ورثه أثناء السرقة ويشترط لانعدام المسئولية الجنائية أن يملكه قبل إخراجه من الحرز فإن ملكه بعد إخراجه من الحرز فهل يعفيه ذلك من المسئولية الجنائية أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب: فالمالكية يوجبون قطعه مطلقاً ملكه بعد الرفع للإمام أو قبله والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية يوجبون قطعه إذا ملكه بعد الرفع للإمام أما قبله فلا يجب قطعه والحنفية لا يوجبون قطعه مطلقاً ملكه بعد الرفع للإمام أو قبله وقد أخذ المشروع بمذهب الحنفية عملاً بمد التيسير ودوماً للحدود بالشبهات .

(المراجع: الخرشي على خليل جـ ٥ ص ٣٣٨، ومنح الجليل شرح مختصر

خليل جـ ٤ ص ٥٢٤، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٨ ، ٨٩).

ولا قطع في سرقة غير المحرز عند جمهور الفقهاء لما روى عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنه أن رجلاً من مزينة قال يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل ؟ قال : ليس في شيء من الماشية قطع إلا ما أواه المراح ، وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع .

فدل ذلك على أن الحرز شرط في إيجاب القطع .

وذهبت الظاهرية وطائفة من أهل الحديث إلى عدم اشتراط الحرز لعموم آية السرقة .

وضابط الحرز وتحديد مفهومه عند الفقهاء هو عرف الناس وعادتهم في حفظ أموالهم . وذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان وقوة السلطان وضعفه وانتشار الأمن وعدمه ونوع المال وقيمته .

قال ابن قدامه (الحرز ما عد حرزاً في العرف فالذهب والفضة والجواهر حرزها الصناديق تحت الأغلاق والأقفال الوثيقة في العمران) .

وحرز الثياب ما خف من المتاع كالنحاس والرصاص الدكاكين والبيوت المقفلة في العمران فإن كانت مفتوحة وبلا حافظ (حارس) فليست بحرز .

وحرز البقل وقدور الباقلاء ونحوها الشرائح من القصب أو الخشب إذا كان في السوق حارس .

وحرز الخشب والحطب الحظائر وتعبئة بعضه على بعض مع ربطه بحيث يعسر أخذ شيء منه على ما جرت به العادة إلا أن يكون في فندق مغلق عليه فيكون محرزاً ولو من غير قيد .

وقد أخذ المشروع برأي الجمهور لمرونته وشموله وقوة مدركه .

(البدائع جـ ٧ ص ٧٣ وما بعدها ، الماوردي ص ٢١٥ ، منح الجليل جـ٤ ص ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٤٧ ، المغني جـ٩ ص ٨٧ وما بعدهما المجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٣١٩ ، ٣٣٥ ، ٣٣٦) .

كما اشترطت المادة الأولى للقطع أن يبلغ المسروق نصاباً وقد اختلف الفقهاء في شرط النصاب .

فيرى أهل الظاهر والحسن البصري والخوارج وطائفة من المتكلمين أن السارق يقطع في القليل والكثير لعموم آية القطع .

ويرى جمهور الفقهاء أن السارق لا يقطع إلا إذا سرق نصاباً، ومع اتفاق جمهور الفقهاء على اعتبار النصاب كشرط في القطع اختلفوا في مقداره اختلافاً كبيراً .

فعند الحنفية مقدر بعشرة دراهم فلا قطع في أقل منها، وعند المالكية النصاب مقدر بربع دينار من الذهب الخالص أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما قيمته ثلاثة دراهم ، وعند الشافعية النصاب مقدر بربع دينار أو ما قيمته ربع دينار سواء كانت قيمته ثلاثة دراهم أم أكثر أم أقل منها فلا قطع عندهم في أقل من ربع دينار ولو كانت قيمته ثلاثة دراهم ، وعند الحنابلة النصاب مقدر بربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما قيمته تساوي أحدهما . وعن أبي هريرة وابن سعيد الخدري وإبراهيم النخعي :النصاب أربعون درهماً مستندين في ذلك لما روي أن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع في عهد رسول الله في الشيء التافه فكانت تقطع في ثمن المجن وهو يومئذ كان ذا ثمن ، وهذا إشارة منها إلى أنه كان يومئذ مالاً خطيراً وذو قيمة كبيرة فتنفيذاً لمبدأ التيسير في الحدود وامتثالاً لقول رسول الله ﷺ ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة .

أخذ المشروع برأي أبي هريرة وأبي سعيد الخدري وإبراهيم النخعي

فحدد النصاب بأربعين درهماً « ١٧ جم من الذهب الخالص » أوما يعادل قيم
من العملة الليبية وقدرت في الوقت الحاضر برسالة من المصرف المركزي بعن
دنانير ليبية .

(المراجع : الحرشي علي خليل ج ٥ ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، منح الجليل على مختصر
خليل للشيخ محمد عليش ج ٤ ص ٥٢٠، بداية المجتهد جـ٢ ص ٤٨٥ ، ٤٨٦ ،
الزيلعي على متن الكنز جـ٣ ص ٢١١ ، ٢١٢، المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص
٣١٥ ، ٣١٦ ، ٣١٧ ، المغني لابن ندامه ج ٩ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، حاشية إبن عابدين
على الدر المختار ج ٤ ص ٨٣ ، ٨٤ ، المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ،
١٣٩) .

المادة (٢)

حد السرقة (عقوبة القطع)

ونصت المادة الثانية على عقوبة السارق ولا خلاف بين الفقهاء أنها القط
والأصل في ذلك قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كس
نكالاً من الله . . » الآية إلا أنهم إختلفوا في محل القطع اختلافاً كبيراً وأساس هذ
الإختلاف اختلافهم في تأويل قوله تعالى « فاقطعوا أيديهما »فالجمهور يقول أ
المقصود بالقطع الوارد في الآية الكريمة هو قطع اليد اليمنى من الكوع وهو مفصل
الكف ، وقال الخوارج أن المقصود هو قطع اليد من المنكب ، وقال بعض الفقها
أن القطع يكون من مفاصل الأصابع التي تلي الكف وقد أخذ المشروع برأي
الجمهور فأوجب قطع اليد في السرقة من الرسغ لما روي عن أبي هريرة أن رسو ل
الله ﷺ قطع يد سارق من الكوع ، ولما روي عن أبي بكر وعمر رضي الله
عنهما أنهما قالا : « إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع » .

وفي السرقة الأولى تقطع يده اليمنى باتفاق جمهور الفقهاء فإن عاد للسرق
بعد قطع يده اليمنى فقد اختلف الفقهاء :

١ ـ فالحنفية والحنابلةيقولون : تقطع يده اليمنى في السرقة الأولى فإن عاد للسرقة قطعت رجله اليسرى فإن عاد فلا قطع بعد ذلك وإنما يحبس إلى مدة غير معينة حتى يموت أو تظهر توبته إستناداً لما روي أن علياً كرم الله وجهه أتي بسارق قطعت يده ورجله فلم يقطعه وقال إني لأستحي من الله من ألا أدع له يداً يبطش بها ولا رجلاً يمشي عليها .ولما أشار عليه أصحابه بقطعه قال إذا قتلته وما عليه القتل بأي شيء يأكل الطعام ؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة ؟ بأي شيء يغتسل من جنابته ؟ بأي شيء يقوم على حاجته ؟ .

وروي أن عمر أتي برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فاستودعه السجن بعد أن أشار عليه عليٌّ بذلك .

٢ ـ والمالكية والشافعية يقولون : تقطع اليد اليمنى فإن عاد إلى السرقة قطعت رجله اليسرى فإن عاد الثالثة قطعت اليد اليسرى فإن عاد الرابعة قطعت رجله اليمنى فإن عاد بعد ذلك حبس حتى يموت أو تظهر توبته وذلك لما ثبت لديهم من رواية أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال في السارق (السارق إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله) .

٣ ـ وقال داود وربيعة أن القطع واجب في اليدين معاً فإن سرق قطعت إحدى يديه فإذا عاد للسرقة قطعت يده الثانية فإن سرق الثالثة عزر ومنع الناس ضرره حتى يصلح حاله وحجتهم أن القرآن والسنة جاءا بقطع يد السارق لا بقطع رجله فلا يجوز أن يقطع غير يديه .

٤ ـ وقال عطاء أن السارق إذا سرق قطعت يده في السرقة الأولى ولا قطع بعد ذلك إن عاد للسرقة ، وعلى هذا فإن عقوبة السرقة هو قطع اليد اليمنى في المرة الأولى فإن عاد بعد ذلك فلا قطع وإنما يعاقب السارق عقوبة تعزيرية وحجة عطاء أن الله جل شأنه قال فاقطعوا أيديهما ولو شاء أمر بقطع الرجل ولم يكن الله تعالى نسيا وهذا ما أخذ به المشروع .

(المراجع : الحرشي على خليل جـ ٥ ص ٣٣٤، ٣٣٥ ، منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عليش ص ٥١٧ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ ، الزيلعي على متن الكنز جـ٣ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، المجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٣٣٣ ، ٤٣٤ ، المغني لابن قدامه جـ ٩ ص ١٢٠ ، ١٢١ ، المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، تفسير القرطبي جـ٦ ص ١٧١ ، ١٧٢ ، أحكام القرآن لابن العربي جـ ٢ ص ٦١٣) .

المادة (٣)
حالات لا يقام فيها حد السرقة

ونصت المادة الثالثة من المشروع على بعض الإستثناءات التي يعفى بموجـ الجاني من عقوبة القطع والقاعدة الأصولية فيها مردها إلى الشبهـة وكل شبـ تسقط الحد ولا تمنع التعزير .

ففي البند الأول : نصت على عدم القطـع إذا كان المكان عامـاً مفتو للجمهور ولا حافظ (حارس) للمال أو مكاناً خاصاً وأذن بالدخول فيه وا غير محرز عن الجاني وذلك لعدم كمال أركان السرقة بفقدها لتمام الحرز فإذا أح المال وجب القطـع لتمام وكمال أركان الجريمـة وأسـاس ذلك هو مذهـب ما والشافعي ورواية عن أحمد قال ابن قدامة « وإذا سرق من الحمام ولا حافظ فيه قطع عليه في قول عامتهم وإن كان ثم حافظ قال القاضي فيه رواية بالقطع و قول مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر لأنه متاع له حافظ فيجـ قطع سارقه كما لو كان في بيت »

وقال أبو حنيفة لا قطع على من سرق من الأماكن العامة كالحمام وحوانيـ التجارة والخانات ولو مع الحافظ حيث كانت مفتوحة يرتادها الناس ، فلو كان مغلقة وفي غير أوقات الإذن بالدخول وجب القطع ، وفرق بين المسجد والحـ إذا وجد حافظ فيهما فاعتبر الحافظ حرزاً في المسجد ولم يعتبره في الحمام . وذل

لأن المسجد لم يبن للأحرار أصلاً بينما الحمام كالبيت بني للأحرار .

(منح الجليل جـ ٤ ص ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، المغني لابن قدامه جـ ٩ ص ٩٨ وما بعدها ، المجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٣٢٠ ، الدر المختار وإبن عابدين جـ ٤ ص ٩٨) .

وفي البند الثاني : نصت على منع القطع إذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم .

أما السرقة بين الأصول والفروع فقد اختلف الفقهاء فيها إختلافاً كبيراً :

١ ـ فالمالكية يقولون بعدم القطع في سرقة الأصول من الفروع ويوجبونه في سرقة الفروع من الأصول نظراً لقوة الشبهة في الأولى وضعفها في الثانية .

٢ ـ وقال الشافعية والحنابلة لا يقطع الوالد بسرقة مال ولده سواء في ذلك الأب والأم والإبن والبنت والجد والجدة من قبل الأب والأم لقول رسول الله: أنت ومالك لأبيك، وقوله ﷺ « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » ولا يقطع الإبن عندهما بسرقة مال والده لأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال ، فأما سائر الأقارب غير من ذكروا فيقطعون إذا سرقوا سواء كانوا من ذوي الأرحام المحرمين أم لا .

٣ ـ وقال الحنفية لا يقطع من سرق من ذي رحم محرم لأنه يدخل بعضهم على بعض دون إذن عادة وفي ذلك إذن ضمني بالدخول فتكون السرقة من غير حرز فضلاً عن أن القطع بسبب السرقة يفضي إلى قطع الرحم وذلك حرام وما يفضي إلى الحرام حرام ، أما من سرق من ذي رحم غير محرم فيقطع لأنه لا يدخل بعضهم على بعض عادة دون استئذان فليس هناك إذن صريح ولا ضمني بالدخول .

أما سرقة أحد الزوجين من الآخر فقد اختلف الفقهاء فيها أيضاً :

١ ـ فقال المالكية إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق م
مال صاحبه إذا كان المال المسروق في مكان محجور عن السارق أن يدخله أ
لو سرق من مكان يدخله فلا قطع لأنه خائن لا سارق .

٢ ـ وقال الإمام الشافعي في سرقة أحد الزوجين من الآخر الإحتياط عدم القط
لشبهة الإختلاط وشبهة المال .

٣ ـ وقال أهل الظاهر: يقطع كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه ما ل
يبح له أخذه ، أما إذا كان المأخوذ مباحاً أخذه كنفقة الزوجة أو كسوتها فل
قطع .

٤ ـ وقال الحنفية وبعض الحنابلة لا يقطع أحد الزوجين إذا سرق من مال الآخ
سواء تمت السرقة من بيت الزوجية الذي يقيمان فيه أم من بيت آخر لأن كلاً مر
الزوجين مأذون له بدخول منزل صاحبه « وقد أخذ المشروع بمذهب الحنفي
تيسيراً على الناس ودرءاً للحدود بالشبهات » .

(المراجع : الخرشي على خليل جـ ٥ ص ٣٣٨ ، منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ
محمد عليش جـ ٤ ص ٥٢٦ ، ٥٣١ ، بداية المجتهد جـ٢ ص ٤٩٠ ، تفسير القرطبي
جـ ٦ ص ١٧٠ ، الزيلعي على متن الكنز جـ ٣ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، المجموع شرح
المهذب جـ ١٨ ص ٣٢٩ ، ٣٣٠ ، المغني لإبن قدامه جـ ٩ ص ١٣٤ ، ١٣٥ ، المحلى
لابن حزم جـ ١١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

وفي البند الثالث : نصت المادة على أنه لا قطع على السارق إذا كان مالك
المال المسروق مجهولاً وقد اختلف الأئمة في حكم هذه المسألة أيضاً فالأئمة الثلاثة
أبو حنيفة والشافعي وأحمد يرون عدم القطع لأنهم يشترطون للقطع الخصومة
ممن يملكها وإذا كان مالك المال المسروق مجهولاً أو غائباً فلا تتأتى الخصومة ويرى
المالكية القطع فيقطع السارق عندهم متى ثبتت عليه السرقة طالب المسروق منه

بماله أولاً معلوماً أو مجهولاً غائباً أو حاضراً لأن حد السرقة حق لله فلا يتوقف على الخصومة ولا معرفة رب المال وقد أخذ المشروع بمذهب الجمهور تيسيراً على الناس ودرءاً للحدود بالشبهات . المغني لابن قدامه جـ ٩ ص ٩٦

وفي البند الرابع : نصت المادة على عدم القطع إذا كان الجاني دائناً لمالك المال المسروق وذلك بشرط أن يكون المدين مماطلاً أو جاحداً ، وأن تقع السرقة بعد حلول أجل الدين ولا يزيد المسروق على حق الجاني بما يساوي نصاباً في اعتقاده فإذا اختل شرط من هذه الشروط وجب القطع لانتفاء الشبهة وسند المادة في ذلك هو المذهب المالكي قال الآبي على مختصر خليل ، لا يقطع من سرق من مال غريم له جاحد لحقه الذي عليه قدره ، أو من غريم له مقر بما عليه مماطل لحقه لقوة الشبهة .

وسواء كان المال المسروق من جنس الدين أو لا .

وقال أبو حنيفة بعدم القطع في سرقة الدائن من مال المدين مطلقاً حل أجل الدين أولاً ، كان المدين مماطلاً أولاً ، زاد المسروق على حق الجاني بمقدار نصاب أولاً ، لأنه والحالة هذه شريكاً للدائن في ماله فلا يقطع بأخذ شيء منه .

ومذهب الشافعي وأحمد كمذهب مالك ، إلا إذا زاد المال المسروق عن حق الجاني بنصاب فأكثر فكمذهب أبي حنيفة .

(منح الجليل جـ ٤ ص ١٥٢٦ ، مجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٣٣٠ ، ٣٣١ ، الدر المختار وحاشية إبن عابدين جـ ٤ ص ٩٤ ، ٩٥ ، المغني جـ ٩ ص ٥٣) .

وقد يكون المسروق متاعاً أو منقولاً غير النقدين وتختلف الآراء في تقدير قيمه فأخذ شيء من ذلك ولو زادت قيمة الحقيقة عن الدين وعن نصاب السرقة فلا قطع ما دام الآخذ كان يعتقد أنه لا يزيد عن ذلك .

وفي البند الخامس : نصت المادة على عدم قطع الجاني في سرقة الثمار
شابهها من النباتات غير المحصودة كالخس والجزر وما لا حب له أو كان له ح
ولم يحصد بعد ، وذلك بشرط أن تكون الثمار على الشجر وأن يستهلك ذ
داخل الحرز بالأكل من غير إخراج ، فإذا أخرج نصاباً فأكثر وجب القط
استناداً على قوله عليه الصلاة والسلام « من أصاب منه ـ الثمار ـ من ذى حا
غير متخذ خفية فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه القطع » .

وقد رأى المشروع النزول على حكم هذا الحديث الشريف لما فيه من الز
وحفظ الأموال ولما فيه من دفع حاجة جوع الجائع من مقيم أو عابر سبيل .

ومن الجدير بالذكر أن المالكية قالوا بالقطع وعدمه في سرقة الثمار المعل
على الشجر إذا كانت بحائط مغلق عليها .

أما سرقة الزرع بعد حصده والثمر بعد جذه وقبل أن يأويه الجرين فف
ثلاثة أقوال : القطع وعدمه ، والقطع إن ضم بعضه إلى بعض وإلا فلا .

(منح الجليل جـ ٤ ص ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، الدر المختار وحاشية إبن عابدين جـ ٤ ص
٩٢ ، المغني لابن قدامه جـ ٩ ص ٩٦) المجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٣٣٥)

وفي البند السادس : نصت المادة على سقوط عقوبة الحد عن الشركا
بالتسبب في جريمة السرقة . وذلك إذا كان الجاني شريكاً بالاتفاق بأن يتفق مع
الجاني على السرقة ولم يفعل شيئاً من أعمال الجريمة . أو كان شريكاً بالتحريض
بأن شجع الجاني على السرقة مكتفياً بما يبعث فيه من قوة العزم والتصميم على
إرتكاب الجريمة أو كان شريكاً بالمساعدة كأن يحمي الجاني من الخلف أو يدله على
مكان المال أو يساعده على نقب الحرز من غير أن يخرج شيئاً من المال وقد أخذ
المشروع في عدم قطع هؤلاء برأي الجمهور لعدم توفر شروط القطع .

المغني جـ ٩ ص ١٢٠ ، منح الجليل جـ ٤ ص ٥٣٦ ، تحفة الفقهاء جـ ٣

ص ٢٣٩ المجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٣٢٦

وفي البند السابع : نصت المادة على أنـه لا يقطـع الجانـي إذا تملك المال المسروق بعد السرقة وقبل الحكم نهائياً في الدعوى وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك .

١ ـ فقال المالكية إذا أخرج الجاني المال من الحـرز وجـب قطعـه مطلقـاً ملك المسروق بعد الرفع للإمام أو قبله .

٢ ـ وقال الحنفية لا يجب قطعه مطلقاً ملكه بعد الرفع للإمام أو قبله .

٣ ـ وقال الشافعية والحنابلة وأبو يوسف لا يجب قطع السارق إذا ملك المسروق بعد الرفع للإمام أما قبله فلا يجب القطع وقد أخذ المشروع بسقوط الحد إذا تملك الجاني المسروق قبل أن يصبح الحكم نهائياً أخـذاً بمبـدأ التيسـير في الحدود الذي التزمه في أغلب الأحكام .

(المراجع : الخرشي على خليل جـ ٥ ص ٣٣٨ ، منح الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص ٥٢٤ ، بداى المجتهد جـ ٢ ص ٤٩٢) .

وفي البند الثامن : من المادة الثالثة نص على أنه إذا تعدد الجناة في جريمة السرقة ولم يبلغ ما أصاب كل واحد منهم نصاباً لا يقطعون ما لم يكن المسروق نصاباً ولا تتم السرقة إلا بتعاونهم جميعاً » وقد أفـاض الفقهـاء في هذه المسألـة وتخلص آراءهم في أن الجماعة إذا اشتركوا في السرقة وبلغ حظ كل واحد منهم في المال المسروق نصاباً قطعوا جميعاً من غير خلاف فإذا لم يبلغ نصيب كل واحد في المال المسروق نصاباً :

١ ـ فقال الشافعية والحنفية لا قطع على واحد منهم لأن رسول الله ﷺ قال : لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً فأثبت قطع يد السارق في ربع دينار ونفاه فيما دون ذلك .

٢ ـ وقال الحنابلة بقطعون جميعاً .

٣ ـ وقال المالكية إن كان المسروق لا يمكن إخراجه إلا بتعاونهم جميعاً قطعوا جمي
وإلا فلا قطع على واحد منهم لأن الإشتراك لا يظهر أثره ولا تتحقق قيمته
إذا كان الواحد منهم لا يستطيع أن يستقل بإخراج المسروق فالتعاون يكو
ظاهراً في هذه الحالة والجماعة تكون حينئذ كالواحد ، أما إذا كان كل واح
من الجناة يستطيع أن يستقل بإخراج المال المسروق فالتعاون يكون بينه
مفقوداً واستقلال كل واحد عن الآخر ظاهر لذلك فلا قطع إذا لم يصب ك
واحد منهم نصاباً وقد أخذ المشروع بمذهب المالكية ويبدو أنه أقرب ما يكو
إلى الصواب .

(المراجع : الخرشي على خليل جـ ٥ ص ٣٣٧ ، منح الجيل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص
٥٢٤ ، الزيلعي على متن الكنز جـ ٣ ص ٢١٤ ، المغني لابن قدامه جـ ٩ ص ١٤٠ ـ
١٤١) .

وفي البند التاسع : من المادة الثالثة نص على عدم قطع السارق إذا كان ل
شبهة ملك في المال المسروق كشركة أو استحقاق بي وقف وكالسرقة من بيت المال
والسرقة من الغنيمة . أما بالنسبة للسرقة من مال الشركة فقد اختلف الفقها
فيها :

١ ـ فقال الحنفية والشافعية والحنابلة لا يقطع السارق إذا سرق من مال مشترك بين
وبين المجني عليه لأن السارق يملك المسروق على الشيوع فيكون هذا شبهة
تدرأ الحد .

٢ ـ وقال المالكية لا يقطع السارق إذا سرق من مال مشترك بينه وبين المجنى عليه
إلا إذا توافر شرطان :

١ ـ أن يكون مال الشركة محجوباً عنه .

٢ ـ أن يأخذ نصاباً أكثر من حقه فإن سرق أقل من نصاب بعد حقه فلا قطع . وقد أخذ المشروع بمذهب الأئمة الثلاثة .

أما بالنسبة للسرقة من مال الوقف فإن كان السارق مستحقاً فلا يقطع لأن له حقاً فيه فيكون ذلك شبهة تدرأ الحد عنه ، فإن كان السارق غير مستحق فالقطع . وقد قيد المشروع عدم القطع بالنسبة للمستحق ومفهوم المخالفة يقضي بقطع غير المستحق متى توافرت الشروط المبينة في المادة الأولى .

أما بالنسبة للسرقة من بيت مال المسلمين فلا قطع فيها عن الأئمة الثلاثة لأن للسارق حقاً في هذا المال فيكون هذا شبهة تدرأ الحد . وخالف الإمام مالك في ذلك فأوجب قطع السارق من بيت المال لضعف شبهة في بيت مال المسلمين سواء كان منتظماً أم لا . وقد أخذ المشروع بما قال به الأئمة الثلاثة .

(المراجع : الخرشي على خليل جـ ٥لأص ٣٣٨ ، منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش جـ ٤ ص ٥٢٥ ، الزيلعي على متن الكنز جـ ٣ ص ٢١٨ ، المجموع شرح المهذب جـ ١٨ ص ٣٢٩ ، المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، تفسير القرطبي جـ٦ ص ١٦٩ ، المغني لابن قدامه جـ٩ ص ١٣٥ ، ١٣٦) .

هذا ويلاحظ أن الحالات المنصوص عليها في المادة الثالثة من المشروع لا تعدو أن تكون في جملتها تطبيقاً لمبدأ « درء الحدود بالشبهات » ولذلك فإن المادة لم تذكر هذه الحالات على سبيل الحصر وإنما بياناً لأهم الحالات التي تقوم فيها شبهة تمنع من إقامة الحد ولا يمنع من درء الحد كلما توافرت الشبهة ولو في غير الحالات المشار إليها . على أن يرجع في ذلك إلى المشهور في مذهب الإمام مالك وفقاً للإحالة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من المشروع .

كما يلاحظ أيضاً أنه ولئن أفلتت الحالات التي تتوافر فيها الشبهة من إقامة

الحد إلا أنها لا تفلت من العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات متى كان معاقباً عليها بموجب أحكام هذا القانون أو بموجب أي قانون آخر وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة .

الباب الثاني
الأحكام الخاصة بحد الحرابة
المادة (٤)
جريمة الحرابة والشروط الواجب توافرها لإقامة الحد فيها

الأصل في هذا النوع من الحدود (حد الحرابة أو قطع الطريق) قول الله تبارك وتعالى « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » الآيتان ٣٣ ، ٣٤ من سورة المائدة .

وقد نزلت هاتان الآيتان في قطاع الطريق لا في المشركين ولا في المرتدين بدليل قوله « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » ، وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار ، فبقي أن يكون الحكم خاصاً بالمحاربين قطاع الطريق .

والمحاربون هم الذين يجتمعون بقوة وشوكة يحمي بعضهم بعضاً ويقصدون المسلمين أو غيرهم في أرواحهم وأموالهم ويخيفون الناس ويثيرون بينهم القلق والفزع .

والسعي في الأرض بالفساد عبارة عن إخافة الطريق بحمل السلاح أو غيره من الآلات الصالحة للإيذاء والاعتداء الجسماني أو التهديد بأي منهما سواء

أصحبه قتل النفوس وأخذ الأموال أم لا ، وسواء تم ما تقدم من مجموعة أم من فرد .

وقد اختلفوا فيما إذا كان القصد إلى أخذ المال شرطاً في تحقيق معنى الحرابة أو يكفي أن يقصد إلى قطع الطريق وإخافة الناس ومنع مرورهم فيه ، ومذهب الإمام مالك يعتبر محاربة قطع الطريق ومنع المرور فيها بقصد الإخافة أو بقصد أخذ المال (حاشية الدسوقي الجزء الرابع - طبعة دار إحياء الكتب العربية - ص ٤٣٨ ، ومواهب الجليل لشرح مختصر جليل طبعة مكتبة النجاح بطرابلس الجزء السادس ص ٣١٤) ومن ثم اعتبر المشروع أن جريمة الحرابة تتوافر في إحدى حالتين : (١) الإستيلاء على مال الغير مغالبة (٢) قطع الطريق على الناس ومنع المرور فيها بقصد الإخافة . وقد اشترط المشروع إستعمال السلاح أو أداة الإيذاء أو التهديد بأي منهما في الحالتين (المغني - الجزء ٨ - الناشر مكتبة الجمهورية العربية ص ٢٨٨) .

واتفق الفقهاء على أن العمل المكون للجريمة يعتبر حرابة إذا حصل خارج المصر، أي خارج العمران . وأما إذا حصل داخل العمران ففيه الخلاف : فقال أبو حنيفة ومحمد لا يكون حرابة ولا قطعاً للطريق لا مكان الغوث غالباً داخل العمران مدينة أو قرية . وروي عن مالك أنه لا يكون محاربة إلا إذا وقع على ثلاثة أميال من العمران كما روي عنه أن المكابرة في العمران في اللصوصية والمغالبة تكون محاربة وهذا رأي بعض الحنابلة والظاهرية . وهناك من يقول أن الأمر في العمران يدور على إمكان الغوث وقربه أو عدم إمكانه وبعده ، فإذا لم يمكن الغوث أصلاً أو كان بعيداً كانت محاربة ، وإن أمكن وكان قريباً لا تكون محاربة وهو رأي أبي يوسف من الحنفية والشافعي والاوزاعي والليث بن سعد وأبي ثور وقد أخذ المشروع بهذا الرأي واعتبر ما يقع في العمران محاربة متى كان الغوث بعيداً أو غير ممكن .

(المغني - الجزء الثامن ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، والبدائع للكاساني - الطبعة الأولى ١٣٢٨

الجزء السابع ص ٩٢ ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج طبعة مصطفى البابي الحلبي الـ
الثامن ص ٢ ، وبداية المجتهد الجزء الرابع ص ٤٥٥) .

ويلاحظ أن المذهب المالكي يشترط في الحرابة عموماً أن تكون ع
وجه يتعذر معه الغوث ، فقد جاء في مواهب الجليل (الجزء السادس ص ٣١٤)
المحارب هو من قطع الطريق على الناس ومنعهم من السلوك فيها وإن لم يقص
أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث .

واختلف الفقهاء أيضاً في تحقق الحرابة من المرأة فذهب أبو حنيفة ومحم
إلى أن الحرابة لا تتحقق من المرأة فإذا قطعت الطريق بنفسها أو مع غيرها م
الرجال أو النساء وتولت هي القتل أو أخذ المال فلا حد عليها ولا على من معها
وقال أبو يوسف يحد من معها من الرجال دون المرأة ولو كانت هي التي باشر
الفعل وقال مالك والشافعي وأحمد والزيدية وأهل الظاهر المرأة والرجل في ذلك
سواء يؤخذون بالحد جميعاً متى صدرت منهم الحرابة وارتكبوا من الأفعال أ
بعضها ما ذكرته الآية الكريمة . وقد أخذ المشروع برأي الجمهور ولم يشترط
الذكورة في المحاربة . (المدونة الكبرى الجزء ١٦ طبعة مطبعة السعادة ١٣٢٣ هـ ص ٢٠
، ومواهب الجليل ـ المرجع السابق ص ٣١٤ ـ ونهاية الحاج المرجع السابق ص ٢ ـ والمحلي لا
حزم الجزء ١١ ص ٣١٤ ـ ونهاية الحاج المرجع السابق ص ٢ ـ والمحلي لابن حزم الجزء ١
ص ٣٠٨، والبدائع للكاساني الجزء السابع ص ٩١ ـ والمغني الجزء ٨ ص

واشترط المشروع فيمن يعتبر محارباً أن يكون عاقلاً بلغ سن العمر ثماني
عشرة سنة هجرية ومختاراً وغير مضطر لأن العقل أساس التكليف إذ لا مسئولية
على غير العاقل ، واعتبر السن المذكور حداً للبلوغ لأن البلوغ يكون أساساً
بالعلامات وهذا يختلف من شخص إلى شخص ويمكن ظهور بعض العلامات
دون بعض مع تحققها بالفعل فأنيط الأمر في البلوغ بسن معينة واختير التقدير
بالتقويم الهجري لأنه الأساس في التقديرات الشرعية . واشتراط الإختيار لأن
المكره لا إرادة له فلا محل لإقامة الحد عليه ، كما اشترط عدم الإضطرار أخذاً

بالقاعدة الفقهية « الضرورات تبيح المحظورات » واقتداء بالشارع الكريم في قوله تعالى «حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغٍ ولا عاد فلا إثم عليه » وحد الضرورة سبق بيانه عند الكلام على حد السرقة .

وقد وقع خلاف في تحقق الحرابة بالنسبة إلى المستأمن إذا كان مقطوعاً عليه (معتدى عليه) ، فذهب الحنفية إلى أنه لا تتم المحاربة بالنسبة له وبالتالي لا حد على المحاربين في هذه الحالة (والبدائع للكاساني الجزء السابع ص ٩١) والجمهور على أنه لا فرق في تحقق المحاربة بين أن يكون المقطوع عليه مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً لأن الواجب توفر الأمن في دار الإسلام بالنسبة للجميع وبهذا أخذ المشروع وأطلق ولم يقيد بكون المقطوع عليه مسلماً أو ذمياً .

وقد اختلفوا هل يشترط في توقيع عقوبة الحد على المحاربين أن يبلغ المال المأخوذ نصاباً ـ على اختلافهم في تقديرهم هذا النصاب ـ بالنسبة للسرقة ـ وأن يكون محرزاً في حرز مثله ، أو لا يشترط فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى اشتراط النصاب لتوقيع الحد . وذهب مالك وأبو ثور إلى عدم اشتراطه لأن العقوبة في تقديره على فعل المحاربة لله وللرسول دون نظر إلى قدر المال الذي يأخذونه وهذا المعنى يتحقق سواء كان المال قليلاً أو كثيراً .

وفي الحرز ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط أن يكون المال محرزاً بالحافظ لتوقيع عقوبة الحد ، وذهب مالك وأبو ثور إلى عدم اشتراط ذلك جرياً على المعنى الذي سلف بيانه بالنسبة لرأيه في النصاب . وقد أخذ المشروع بمذهب الإمام مالك في الأمرين فلم يشترط نصاباً ولا حرز لتوقيع الحد .

(يراجع في اتجاهات المذاهب في اشتراط النصاب والحرز لتوقيع حد الحرابة : المدونة الكبرى ـ الجزء ١٦ ص ١٠٠ ، والبدائع للكاساني الجزء السابع ص ٩٢ ، ونهاية المحتاج الجزء الثامن ص ٣ ـ والمغني الجزء الثامن ص ٢٩٣ و٢٩٤) .

المادة (٥)
حد الحرابة

وقد اختلفوا في العقوبة التي توقع على المحاربين أخذاً من الآية المذكو
فذهب بعض السلف إلى أن الآية تدل على التخيير إذ عبر فيها بلفظ(أو)
للتخيير لغة فيكون الإمام بمقتضى ذلك مخيراً في توقيع هذه العقوبات على
يرتكب جريمة المحاربة غير مقيد بنوع من الإجرام وعقوبة له لأن العقوبة
للحرابة وقطع الطريق لا لجريمة من الجرائم المذكورة ، والإمام مخير فيما
حاسماً من هذه العقوبة وقاطعاً للشر، فعمله هو حسم الداء ، والداء في الح
لا في نوع معين من الجريمة ، فمتى قدر الإمام على المحاربين خير بين أن يج
عليهم أي نوع من هذه العقوبات وإن لم يقتلوا نفساً ولم يأخذوا مالاً ،
هذا ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعطاء بن أبي رباح ومالك وأهل الظاه
غير أن مالكاً يقول أن الإمام يكون مخيراً توقيع أي من هذه العقوبات
المحاربين إذا لم يقتلوا نفساً ، فإن قتلوا فهو مخير بين أن يقتلهم ويصلبهم
يقتلهم فقط .

وذهب بعض آخر إلى أن (أو) في الآية الكريمة ليست للتخيير وإنما
للتنويع في العقاب لتنوع الجرائم بين السرقة والقتل ومجرد الخروج بقوة للإخ
ومحاربة النظام والأمن ، وقد جعل الله عقوبة لكل نوع من هذه الجرائم ، ف
قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن اقتصر على أخذ المال قطعت يده ورجله م
خلاف ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ مالاً نفي من الأرض ، وهو رأ
إبن عباس وقتادة والأوزاعي ومذهب الشافعية والصاحبين من الحنفية وأكث
العلماء ، أما أبو حنيفة فإنه يحمل الآية على التخيير في حالة قتل النفس وأخ
المال فيكون الإمام مخيراً بالنسبة لهم في أمور أربعة إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم
من خلاف وقتلهم ، وإن شاء قطع أيديهم وأرجلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم فق
وإن شاء صلبهم فقط ولا يجوز إقرار القطع في هذه الحالة بل لا بد معه من القت

أو الصلب . وقال صاحباه لا قطع في هذه الصورة . واتفق الإمام وصاحباه على القتل في حالة القتل والقطع في حالة أخذ المال والنفي من الأرض في حالة قطع الطريق دون قتل ولا أخذ مال (يراجع فيما تقدم بداية المجتهد الجزء الرابع الطبعة الثالثة ١٣٧٩ هـ ١٩٦٠ م ص ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، والبدائع للكاساني الجزء السابع ص ٩٣ ، ٩٤ ، ٩٥ والمغني الجزء ٨ ص ٢٨٨ إلى ٢٩٥ ، ونهاية المحتاج الجزء الثامن ص ٥).

وقد أخذ المشروع بالرأي القائل بتنوع العقوبة بحسب أنواع الجرائم فقرر العقاب بالقتل في حالة القتل فقط أخذاً بمذهب الجمهور ، وكذلك في حالة القتل مع أخذ المال أخذاً بمذهب الإمام أبي حنيفة الذي يجيز القتل فقط في هذه الحالة . وبالقطع إذا أخذ المال بغير قتل أخذاً برأي الجمهور ، وبالسجن فقط إذا أخاف السبيل أخذاً برأي الفقهاء (بالقول بالنفي في هذه الحالة) واختار المشروع السجن في تطبيق عقوبة النفي أخذاً برأي للإمام مالك وبمذهب الكوفيين في تفسير السجن بالنفي فيما فسروه به (في تفسير النفي بالسجن أو الحبس يراجع ما ورد في المغني في هذا الخصوص - الجزء الثامن ص ٢٩٤ وبداية المجتهد الجزء الرابع ص ٤٥٦ - ونهاية المحتاج الجزء الثامن ص ٣ - والبدائع الجزء السابع ص ٩٥) .

المادة (٦)
سقوط حد الحرابة بالتوبة

وقد أخذ المشروع بسقوط الحد بتوبة الفاعل قبل القدرة عليه عملاً بنص الآية الكريمة « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » ولم يخالف أحد من الفقهاء في ذلك .

وفي معنى التوبة وتحققها قبل القدرة قرر المشروع أن ذلك يتحقق بإحدى طريقتين :

(أ) إذا ترك الجاني فعل الحرابة قبل علم السلطات بالجريمة وشخص مرتكبها بشرط إعلان توبته إلى النيابة العامة بأية وسيلة كانت .

(ب) إذا سلم نفسه طائعاً للشرطة أو النيابة العامة قبل ظهور قدرة السلطة عليه لأن التوبة وإن كانت أمراً بين العبد وربه إلا أنه لكي يترتب على حصولها سقوط الحد لا بد أن يتحقق مظهر خارجي يناط به الحكم في ذلك ، وهذا ما تضمنته الطريقتان المذكورتان ، ولوحظ أن يكون ما يصدر من الفاعل لتحقيق التوبة قبل القدرة عليه تطبيقاً للنص الكريم إذ المراد بما قبل القدرة قبل أن تمتد إليه يد الإمام ، والأمر في الحالتين كذلك .

واستهدت اللجنة في ذلك ما قاله إبن القاسم الفقيه المالكي من أن التوبة تكون بوجهين أحدهما أن يترك ما هو عليه وأن يأت الإمام والثاني أن يلقي سلاحه ويأتي الإمام طائعاً (بداية المجتهد الجزء الثاني - المرجع السابق ص ٤٥٧) .

وظاهر أن أثر التوبة إنما هو في سقوط الحد الذي قررته الآية الكريمة ، أما ما وراء ذلك مما عساه يكون من حقوق العباد كقتل أو قطع قصاصاً أو رد مال أو نحو ذلك أو من جرائم تستوجب التعزير ، فإنه لا أثر للتوبة في سقوط شيء من ذلك (بداية المجتهد المرجع السابق ص ٤٥٧) ولذلك أوجب المشروع على النيابة حين يتبين لها وجود مثل هذه الحقوق أو الجرائم أن تحيل الأمر إلى المحكمة المختصة لتقضي فيه .

الباب الثالث
أحكام مشتركة
المادة (٨)
الفاعل الذى لم يتم الثامنة عشرة

الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشرة يعتبر - في حكم المشروع - صبياً ، والصبي - وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية - يمر بمرحلتين:الأولى مرحلة عدم التمييز وهي من تاريخ ولادته حتى تمام السابعة ، والثانية مرحلة التمييز وتبدأ من تمام السابعة حتى سن البلوغ وهي ثمانية عشر عاماً (على ما تقدم بيانه بالنسبة إلى سن البلوغ) ومن المقرر أن الصبي في هاتين المرحلتين غير مسئول جنائياً . لكن يجوز - إذا بلغ مرحلة التمييز- تعزيره عن الجرائم التي يرتكبها بأوجه التعازير المناسبة لسنه كالتأنيب (التوبيخ) والضرب عند الإقتضاء على صورة مناسبة لسنه ، مع العمل على إصلاح شأنه ومراعاة مدى جسامة الجريمة عند اختيار الأسلوب المناسب في التعزير . وهذا جميعه هو ما راعته أحكام المادة الثامنة من المشروع .

وقد استهلت هذه المادة حكمها بعبارة إستثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادتين الأولى والرابعة (الخاصة بجريمة السرقة)والرابعة(الخاصة بجريمة الحرابة) وذلك لإيضاح أن الإستثناء - بالنسبة إلى الصبي المميز إنما هو من شرط السن فقط ، أما الشروط الأخرى التي يجب توافرها في الفعل كالعقل والاختيار وعدم الإضطرار فيجب أن تتوافر في الصبي المميز المخاطب بحكم هذه المادة .

ومسئولية الصبي في ذلك هي مسئولية تأديبية ووقائية محضة وليست مسئولية عقابية ولذلك نصت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على أن التعازير المنصوص عليها فيها لا تعدو أن تكون إجراءات تأديبية وذلك حتى لا يترتب عليها أي أثر يلحق الضرر بسمعة الصبي ومستقبله حماية له ورعاية لظروف سنه .

المادة (٩)
نوع جريمتي السرقة والحرابة

يقوم تقسيم الجرائم في قانون العقوبات إلى جنايات وجنح ومخالفات ع
أساس نوع العقوبة المقررة لكل جريمة . وظاهر أن العقوبات المقدرة في جريم
السرقة والحرابة هي عقوبة الحد بالقطع وهي عقوبة مستحدثة لم يتضمنها التشر
الجنائي القائم ، وعقوبتا القتل والسجن هما من عقوبات الجنايات . لذلك رؤ
أن تكون جريمتا السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً من الجنايات نظراً لشـ
العقوبة التي قررها الشارع ، وذلك حتى تتحد الأحكام المتعلقة بالجريمتين ع
هذا الأساس فيما لم يرد بشأنه نص في المشروع .

المادة (١٠)
الإثبات

المقرر في الشريعة الإسلامية أن جرائم الحدود لا تثبت إلا بوسائل إثبات
محددة ، وهي في جملتها لا تخرج عن الإقرار والبينة ، ويراد بالبينة شهادة رجلين
عدلين . وقد نصت الفقرة الأولى على أن جريمتي السرقة والحرابة تثبتان بإقرا
الجاني مرة أمام السلطة القضائية . وقد نص الفقهاء على أن الإقرار المعتبر هـ
الذي يكون في مجلس القضاء أمام القاضي . ولما كان التنظيم القضائي قد جعل
التحقيق من اختصاص النيابة العامة وجعـل النيابـة العامـة جزءاً من السلطـ
القضائية فقد نصت المادة على أن يكون الإقرار أمام السلطة القضـائية ليشمـل
الإقرار أمام النيابة العامة .

واقتصرت في البينة على أن تكون شهادة رجلين أخذاً برأي الأئمة الأربعة
في اتفاقهم على عدم جواز شهادة النساء في الحدود ، ومن المسلم أن الشهود لا
بد أن يكونوا عدولاً وأن تتوفر فيهم وفي الإقرار كل الشروط التي نص عليهـا

الفقهاء ، وقد أحالت الفقرة الثالثة بذلك على المشهور من مذهب الإمام مالك . وفي خصوص العدالة يراد بها أن يجتنب الشخص الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر .

وظاهر أن الإثبات إذا كان قد قام على أساس إقرار الجاني ثم عدل عن إقراره فإن أساس الإثبات يكون قد انهار ولا وسيلة إلى توقيع الحد في هذه الحالة . غير أنه يجب أن يحدد مدى حق الجاني في الرجوع عن إقراره، ولذلك أجازت الفقرة (٢) للجاني العدول عن إقراره إلى ما قبل صيرورة الحكم نهائياً .

وتناولت الفقرة (٤) حالة عدم تكامل الدليل الشرعي على اكتمال الجريمة وكذلك حالة عدول الجاني عن إقراره ، وحتى لا يفلت الفاعل من العقاب فنصت على عقابه بعقوبة تعزيرية مما نص عليه في قانون العقوبات متى اقتنعت المحكمة بثبوت الجريمة بأي دليل أو قرينة أخرى .

المادة (١١)
الشروع في السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً

من الواضح أن عقوبة الحد في الجريمتين المذكورتين لا توقع إلا على الجريمة التامة بحسب الشروط المبينة في المشروع ، فإذا اقتصر عمل الجاني على مجرد الشروع في الجريمة فلا توقع عليه عقوبة الحد وإنما توقع عليه عقوبة تعزيرية ، وتتبع في هذا الشأن أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية .

على أنه لما كانت عقوبات الشروع في قانون العقوبات محددة على أساس العقوبات المقررة للجريمة الكاملة في هذا القانون (المادتان ٦٠ ، ٦١) لذلك أخذ المشروع في تحديد عقوبة الشروع في جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً أن تكون على أساس عقوبات هاتين الجريمتين بحسب وصفهما في قانون

العقوبات . بأن يحدد وصف الجريمة وفقاً لهذا القانون ثم تحدد عقوبتها المقرر
فيه ، وبعد ذلك يمكن تحديد عقوبة الشروع فيهما وفقاً لأحكام المادتين ٦٠ ، ١
المشار إليهما .

المادة (١٢)
تعدد الجرائم والعقوبات

نظراً إلى أن قانون العقوبات قد واجه حالتي تعدد الجرائم وارتباطها في
المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ إلا أن أحكام هذه المواد قائمة على أساس العقوبات
المقررة في ذلك القانون وليس من بينها القطع ، ولذلك كان من اللازم أن يواجه
المشروع حالتي التعدد والارتباط وهو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بتداخل
العقوبات .

وقد واجه المشروع هذه الحالة في المادة (١٢) منه فعالج فيها حالتين
رئيسيتين :

الأولى : حالة تعدد الجرائم دون أن يكون فيها عقوبة القتل حداً أو تعزيراً وهذه
تحتها فرضان : الأول أن تكون الجرائم المتعددة من جرائم الحدود وفي هذه
الحالة لا يخلو الأمر مما يأتي :

(أ) أن تكون العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر ، كأن يسرق
سرقات متعددة عقوبة كل منها القطع ولكن لم يقم عليه حد ، وفي
هذه الحالة يقام حد واحد ، وكذلك الشأن بالنسبة لتعدد أعمال الحرابة
المعاقب عليها بالقطع مثلاً إذا أخذ بعدها لا يقام عليه إلا حد واحد
(الفقرة ١/أ) وهذا أخذاً من اتفاق الفقهاء .

(ب) أن تكون العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القدر ، كأن يرتكب
جريمة سرقة معاقباً عليها بقطع اليد ، وجريمة حرابة معاقباً عليها بقطع

اليد والرجل من خلاف ، وفي هذه الحالة يكتفى بتوقيع العقوبة الأشد وهي القطع للحرابة أخذاً من قول بعض المالكية (الفقرة ١/ب).

جـ) أن تكون العقوبات مختلفة الجنس كمن يرتكب جريمة سرقة معاقباً عليها بقطع اليد وجريمة حرابة معاقباً عليها بالنفي (السجن) وفي هذه الحالة يوقع عليه الحد أخذاً بقول جمهور الفقهاء (الفقرة ١/جـ).

والفرض الثاني : أن تتعدد الجرائم وفيها جرائم حدود وأخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات أو غيره ، وفي هذه الحالة توقع عقوبات الحدود طبقاً للأحكام المبينة نيا تقدم مع عدم الإخلال بالعقوبات المقررة على الجرائم الأخرى في قانون العقوبات أو غيره (الفقرة ٢ من المادة ١٢).

وأمال الحالة الثانية : فهي أن تتعدد الجرائم وتختلف العقوبات وفيها عقوبة القتل (الإعدام) كأن يسرق سرقة معاقباً عليها بقطع اليد ويقوم بعمل الحرابة ويرتكب جرائم معاقباً عليها بالقتل والقطع من خلاف والسجن ، وفي هذه الحالة يكتفي بعقوبة القتل (الإعدام) أخذاً بمذهب الإمامين مالك وأبي حنيفة (الفقرة ٣) .

أ(يراجع في ذلك كله المغني لابن قدامة الجزء الثامن من ص ٢٩٨ إلى ٣٠٢)

المادتان (١٣ و١٤)

العود

عالج المشروع في هذه المادة حالة العود إلى جريمتي السرقة أو الحرابة المعاقب عليهما حداً بغير القتل ، وقد نص في الفقرة الأولى من هذه المادة على أن العائد إلى أى من هاتين الجريمتين يعاقب بالسجن ويجوز الإفراج عنه قبل انقضاء مدة العقوبة إذا ظهرت توبته وفقاً للأحكام التي بينتها المادة (١٤) فإذا تكرر العود يعاقب بالسجن المؤبد . وقد أخذ المشروع في عدم القطع في حالة العود إلى السرقة بما رواه أبو بكر بن العربي الفقيه المالكي في تفسيره لآية السرقة من أن عطاء قال

أنه تقطع يمين السارق في السرقة الأولى ولا يعود عليه القطع ثانياً إذا تكرر منه الفعل . وأشار القرطبي إلى رأي عطاء هذا نقلاً عن ابن العربي .

أما العود في الحرابة فإن كان العائد قد ارتكب ما يستوجب القتل فإنه يقتل ولو كان قد سبق توقيع حد القطع أو السجن في الحالة الأولى ، أما إذا كان قد اقتصر على ارتكاب ما يوجب حد القطع فإنه لا قطع عليه لذهاب محل القطع ويكتفي بعقوبة السجن أخذاً برأي جمهور الفقهاء في العود الثاني في السرقة حيث قالوا أنه لا قطع عليه .

وإذا تكرر العود فإن عقوبته تكون السجن المؤبد ، وزيادة مدة السجن هنا ليحس بالألم وفداحة الفعل .

وأما ما نصت عليه المادة (١٤) بشأن إجراءات التحقق من توبة العائد فهي إجراءات تنظيمية قصد بها التثبت من حصول التوبة بالفعل والاطمئنان إلى عدم عودة الفاعل إلى الجريمة مرة أخرى ، وإن كانت التوبة في ذاتها أمراً مبطناً بين العبد وربه إلا أن الأحكام لا تناط إلا بالمظاهر الخارجية المضبوطة ، ولذلك وضعت هذه الإجراءات لتحقيق هذه الغاية .

المواد (١٥ ، ١٦ ، ١٧)

سقوط الجريمة والعقوبة

استقى المشروع المبدأ الذي قامت عليه هاتان المادتان من سقوط الجريمة وانقضاء العقوبة بمضي المدة من مذهب الحنفية في حالة ما إذا كان طريق ثبوت الجريمة أو طريق الحكم هو البينة بأن يقبض على الجاني بعد مدة ولم يقر وتقدم شهود للإثبات وذلك بناء على أن مضي زمن طويل دون التقدم بالشهادة يثير التهمة والشك في الشهادة . أما إذا كان طريق الثبوت أو الحكم الإقرار فلا تأثير للتقادم لأنه لا محل للتهمة ولا للشك في سلامة الإقرار لأن الإنسان لا يقر على نفسه عادة إقراراً غير صحيح (بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٤٦ ، ٥١ ـ وفتح القدير لابن الهمام الجزء الرابع ص ١٦٢ ، ١٧٩ ـ الطبعة الأولى الأميرية) وهذا

المبدأ هو الذي يتسق في الجملة مع القواعد الجنائية العامة المعمول بها حالياً ومع التنظيم القضائي العام في الدولة وهو الذي يحقق المصلحة . ولم يأخذ المشروع بما حدده مذهب الحنفية في شأن مدة التقادم واستهدى فيما حدده بأحكام قانون العقوبات تأسيساً على الرأي القائل في المذهب بأن تحديد المدة مفوض إلى رأي الإمام في كل بلد وزمان لاختلاف الظروف والأحوال .

ويلاحظ أن المشروع عني بالنص على سقوط الجريمة والعقوبة بمضي المدة حتى يحسم هذه المسألة من ناحية الحكم الشرعي الذي تخيره المشروع بعد أن رأى أنه أكثر يسراً واتساقاً مع المصلحة العامة ، وهذا لا يمنع من تطبيق حكم سقوط الجريمة والعقوبات بموت الجاني ويطبق في ذلك أحكام قانون العقوبات (المادتان ١٠٥ ، ١١٩) وأحكامها لا تخالف المقرر في أحكام الشريعة وذلك بحكم الإحالة العامة الواردة في المادة (٢٣) من المشروع بالترتيب الذي جرى به بنص الفقرة الأولى منها .

كذلك فإن المادة (١٧) قررت الأحكام المتفق عليها بين الفقهاء بشأن عدم جواز وقف تنفيذ عقوبات الحدود المنصوص عليها في المشروع ولا استبدال غيرها بها ولا تخفيضها ولا العفو عنها .

المادتان (١٨ ، ١٩)
عرض الحكم على محكمة النقض وتنفيذه

ولما كانت العقوبات المقررة حداً في هذا المشروع على جريمتي السرقة والحرابة لها خطورتها وكانت الأركان والشروط التي ذكرها الفقهاء لتكوين كل من الجريمتين شرعاً بحيث تستوجب عقوبة الحد المقرر من الدقة بحيث تتطلب من القضاء الذي يضطلع بعبء النظر والحكم في مثل هذه القضايا جهداً وعمقاً ومزيداً من النظر والتمحيص .

ولما كانت طبيعة العقوبة تفوت على الجاني حياته أو بعض أعضائه وتجعل

حياته بعد ذلك في وضع مهدد ، رؤي وجوب عرض القضايا الخاصة بهاتي
الجريمتين على محكمة النقض بحكم القانون تقوم به النيابة ولو لم يطعن صاح
الشأن وأن تقوم النيابة بعرض القضية على محكمة النقض بكافة أوراقها وأن تقد
مذكرة بوجهة نظرها كما رؤي إعطاء الجاني حق الدفاع عن نفسه، ولزيادة الإحتيا
وتوفير الضمانات الممكنة بالنسبة له رؤي أن يندب له محام يدافع عنه إن لم يكن
محام . وأن تنظر محكمة النقض الموضوع كما تنظر القانون وتفصل في القض
ويكون حكمها نهائياً .

وللاعتبارات المتقدمة رأى المشروع ألا ينفذ الحكم إلا بعد أن يصبح
نهائياً .

المادتان (٢٠ ، ٢١)
تنفيذ عقوبات الحدود

لما كانت العقوبات التي تضمنها المشروع في جريمتي السرقة والحرابة ذات
طابع خاص ، وهي مع ذلك مستحدثة ولم يسبق تطبيقها ولا تنفيذها الأمر الذي
قد يوقع القائمين على التنفيذ في خطأ أو إجراءات لم ينص عليها القانون ، رؤي
تنظيم كيفية التنفيذ في هاتين المادتين ملاحظاً فيها التيسير في التنفيذ وعدم تعريض
المحكوم عليه لأخطار تهدد حياته أو تصيبه بأذى لم يقصده الشارع من وراء
تقرير العقوبة وتجعل القطع أو القتل بأسهل ما يمكن لأن المقصود هو الردع
والزجر وليس التعذيب والإعنات (ورد بالمغني الجزء الثامن ص ٢٦١ أن
السارق يقطع بأسهل ما يمكن) .

المادة ٢٢

قد يحدث أحياناً أن تكون يد السارق اليمنى شلاء أو مقطوعة الابهام أو
الأصابع وفي هذه الحالة أختلف الفقهاء في قطع هذه اليد وعدم قطعها ويرى
الحنفية أنها تقطع لقوله تعالى «فاقطعوا أيديهما» أي إيمانهما من غير فصل بين يمين
ويمين ولأنها لو كانت سليمة تقطع باتفاق فالناقصة المعيبة أولى بالقطع .

(البدائع لكاساني ـ الجزء السابع ص ٨٧)

وهناك حالات رأى الفقهاء ألا نطع فيها على السارق وهي الحالات المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة المشار إليها .

فبالنسبة للحالتين ، أ ، ب أخذ فيهما المشروع بمذهب الحنفية (البدائع الجزء ٧ ص ٨٧) وذلك لئلا يفوت عليه منفعة البطش التي تكون باليدين أو بإحداهما إذ إن قطع اليمنى في الحالة (أ) يذهب بتلك المنفعة ، وفي الحالة (ب) يفوت عليه الشق (اليد اليمنى والرجل اليمنى) .

أما بالنسبة للحالة (جـ) فقد أخذ المشروع فيها بمذهب المالكية (شرح منح الجليل الجزء ٤ ص ٥٤٠) .

على أن امتناع إقامة الحد في الحالات السابقة لا يعفى الجاني من عقوبة التعزير طبقاً لاحكام قانون العقوبات ، وقد نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة (٢٢) .

المادة (٢٣)
الاحالة

أحالت الفقرة الأولى من هذه المادة فيما لم يرد بشأنه نص في المشروع بالنسبة إلى جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً ، أولا إلى المشهور من مذهب الامام مالك باعتباره المذهب السائد في هذه البلاد من زمن طويل وألف الناس تنظيم شئونهم وأموالهم وقضاياهم في ضوء من أحكامه كما ألف القضاء تطبيق هذه الأحكام على الحوادث في سهولة ويسر وثانياً على أحكام قانون العقوبات باعتباره القانون العام المطبق في مسائل الجرائم والعقوبات وهذا كله في شأن الأحكام الموضوعية .

أما بالنسبة إلى الاجراءات فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن تطبق بشأنها أحكام قانون الاجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في المشروع ، وذلك

لارتباط هذه الاجـراءات بالنظـام القضائـي القائـم . وذلك بطبيعـة الحـال مـ
ملاحظة ما نصت عليه الفقرة (٣) من المادة (١٠) من المشروع من أن يراعى فـ
صحة الاقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور في مذهب الامام مالك وذلك
لقيام هذه المسائل على أحكام شرعية ليس المرد فيهـا - في الأصـل - إلى قانـو
الاجراءات .

ولما كانت أحكام هذا المشروع تتعلق أساساً بجريمتـي السرقـة والحرابـة
المعاقب عليهما حداً ، وهناك جرائم سرقات أخرى عادية أو مصحوبة بالاكراه أو
بظروف مشددة لا تتوافر فيها شروط أي من الجريمتين المعاقب عليهما حداً ، رؤي
النص في الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها على أن أحكام المشروع لا تخل بأحكا
قانـون العقوبـات أو أي قانـون آخـر وذلك فيما لـم يرد بشأنـه نص خاص في
المشروع ، وبذلك تظل جميع السرقات والجرائم التي لا تتوافر فيها شروط جريمتي
السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً محكومة بالقوانين التي تعاقب عليها وتجـدر
الاشارة إلى أنه بالنسبة إلى جريمتي الحد بالذات فلا يرجع في شأنهما إلى أحكام
قانون العقوبات إلا عند عدم وجود نص في كل من المشروع والمشهور من مذهب
الامام مالك على ما سلف البيان ، باعتبار أن ذلك يعتبـر حكماً خاصـاً بهاتـين
الجريمتين نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٣) .

هذا هو مشروع قانون إقامة حدي السرقة والحرابة ، تصدره حكومة الثورة
عملا بالشريعة الإسلامية الغراء ، واتجاهاً نحو أن يكون الحكم بما أنزل الله ،
وتحقيقاً للرغبة العامة للشعب الليبي العربي المسلم . وإن حكومة الثورة لتوقن
كل اليقين أن هذا القانون سيجد الاستجابة الكاملة من الشعـب وكم يسعـد
الحكومة ألا يطبق الحدان إلا في حالات شاذة إستثنائية محضة ، وهي الحـالات
التي ينحرف أربابها عن جادة السبيل المستقيم ولا يجدي معها نصح أو وازع من
دين أو خلق .

ثالثاً : قانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣م
في شأن اقامة حد الزنى
وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات

باسم الشعب ،

مجلس قيادة الثورة ،

نزولا على أحكام الشريعة الاسلامية الغراء ،

واستجابة لرغبة الشعب العربي المسلم في الجمهورية العربية الليبية ،

وتأكيداً لما تقضي به المادة السادسة من دستور اتحاد الجمهوريات العربية ،

وبعد الاطلاع على الاعلان الدستوري الصادر في ٢ شوال ١٣٨٩هـ الموافق ١١ ديسمبر ١٩٦٩م ،

وعلى قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩رمضان ١٣٩١هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ٧١م بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادىء الاساسية للشريعة الاسلامية ،

وعلى قانون العقوبات الصادر في ٢١ ربيع الأول ١٣٧٣هـ الموافق ٢٨ نوفمبر ١٩٥٣م والقوانين المعدلة له ،

وعلى قانون الاجراءات الجنائية الصادر في ٢١ ربيع الأول ٧٣هـ الموافق ٢٨ نوفمبر ٥٣م والقوانين المعدلة له ،

وعلى ما انتهت اليه اللجنة العليا لمراجعة التشريعات وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ رمضان ٩١هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ١٩٧١م المشار اليه ،

وبناء على ما عرضه وزير العدل وموافقة رأي مجلس الوزراء ،

أصدر القانون الآتي

مادة (١)
تعريف

الزنى هو أن يأتي رجل وامرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة .

مادة (٢)
حد الزنى

١ ـ يحد الزاني بالجلد مائة جلدة ويجوز تعزيره بالحبس مع الجلد .

٢ ـ ويشترط أن يكون الفاعل عاقلا أتم ثماني عشرة سنة من عمره وقصد ارتكاب الفعل .

مادة (٣)
تعزير الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشرة

إذا كان الجاني في المادة السابقة لم يتم الثامنة عشرة سنة يعزر على الوجه الآتي :

١ ـ إذا كان قد أتم السابعة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة يعزر بالتوجيه والتوعية . والتأنيب ويجوز اذا تجاوز العاشرة تعزيره بالضرب بما يناسب سنه .

٢ ـ وإذا كان قد أتم الخامسة عشرة يعزر بالضرب .

٣ ـ وفي الحالتين السابقتين إذا تكرر ارتكاب الجريمة يحكم على الجاني بالضرب بما يناسب سنه فاذا كان قد تجاوز العاشرة يحكم عليه كذلك بالايواء في اصلاحية قانونية .

٤ ـ وتعد التعازير المنصوص عليها في هذه المادة مجرد اجراءات تأديبية .

مادة (٤)
نوع جريمة الزنى

تعتبر جناية جريمة الزنى المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون .

مادة (٥)
تعدد الجرائم والعقوبات

١ ـ إذا ارتبطت أو تعددت جرائم الجاني المعاقب عليها حداً يعاقب على الوجه الآتي .

أ) إذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر وقعت عقوبة واحدة .

ب) وإذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القدر وقعت العقوبة الأشد .

جـ) وإذا كانت العقوبات مختلفة الجنس وقعت جميعها .

٢ ـ أما إذا كان من بين الجرائم المنسوبة الى الجاني جرائم أخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود وفقاً لاحكام الفقرة السابقة وذلك دون اخلال بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى .

٣ ـ وتجب عقوبة القتل (الإعدام) حداً أو قضاصاً أو تعزيراً كل العقوبات الأخرى .

مادة (٦)
ثبات وحتمية عقوبة الحد

لا يجوز الأمر بايقاف تنفيذ عقوبة الحد المنصوص عليها في هذا القانون ولا استبدال غيرها بها ولا تخفيضها ولا العفو عنها .

مادة (٧)
تنفيذ عقوبة الحد

١ ـ لا يجوز تنفيذ عقوبة الجلد إلا إذا أصبح الحكم الصادر بها نهائياً .

٢ ـ وتنفذ العقوبة بعد الكشف على المحكوم عليه طبياً وتقرير انتفاء الخطورة من التنفيذ ، ويتم التنفيذ في مركز الشرطة بحضور عضو النيابة المختص والطبيب المختص ويوقف الجلد كلما كانت فيه خطورة على المحكوم عليه ، على أن يستكمل التنفيذ في وقت آخر .

٣ ـ ويكون تنفيذ العقوبة بسوط متوسط من الجلد ذي طرف واحد وغير معقد ويجرد المحكوم عليه من الملابس التي تمنع وصول الألم الى الجسم ويضرب ضرباً معتدلاً لا يمد فيه ويوزع الضرب على الجسم وتتقي المواضع المخوفة .

٤ ـ وتجلد المرأة جالسة وهي مستورة الجسم ويوزع الضرب على ظهرها وكتفيها فقط ويؤجل تنفيذ عقوبة الجلد على الحامل الى ما بعد شهرين من الوضع .

٥ ـ ولا يتم التنفيذ الا بحضور طائفة من المسلمين .

مادة (٨)
تعديل في بعض أحكام قانون العقوبات

١ ـ تضاف فقرة رابعة الى المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات بالنص الآتي :
(وكل من واقع انساناً برضاه يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات) .

٢ ـ وتضاف فقرة رابعة الى المادة ٤٠٨ من القانون المذكور بالنص الآتي :
« وكل من هتك عرض انسان برضاه يعاقب هو وشريكه بالحبس » .

مادة (٩)

الغاء

تلغـى المواد ٣٩٩ و٤٠٠ و٤٠١ و٤٠٢ و٤٠٣ و٤١٠ من قانـون العقوبات .

مادة (١٠)

احالة

يطبق المشهـور من أيسر المذاهـب فيما لـم يرد بشأنـه نص خاص في هذا القانون بالنسبة الى جريمة الزنى المعاقـب عليهـا حداً ، فاذا لـم يوجـد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات .

أما بالنسبة الى الاجراءات فيطبق في شأنهـا أحـكام قانـون الاجـراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون .

ولا تخل أحكام هذا القانون باحكام قانون العقوبات وأي قانون آخر وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون .

مادة (١١)

على جميع الوزراء تنفيذ هذا القانون ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

مجلس قيادة الثورة

الرائد / عبد السلام أحمد جلود

رئيس مجلس الوزراء

محمد علي الجدي

وزير العدل

صدر في ٦ رمضان المبارك ١٣٩٣ هـ

الموافقة ٢ اكتوبر ١٩٧٣ م

رابعاً : قانون رقم ٥٢ لسنة ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م
في شأن اقامة حد القذف

باسم الشعب ،
مجلس قيادة الثورة ،

نزولا على أحكام الشريعة الاسلامية الغراء ،
واستجابة لرغبة الشعب العربي المسلم في الجمهورية العربية الليبية ،
وتأكيداً لما تقضي به المادة السادسة من دستور اتحاد الجمهوريات العربية ،
وبعد الاطلاع على الاعلان الدستوري
وعلى قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ رمضان ١٣٩١هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ١٩٧١م بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الاسلامية ،
وعلى قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية والقوانين المعدلة لهما ،
وعلى ما انتهت اليه اللجنة العليا لمراجعة التشريعات وفقا لقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ رمضان ١٣٩١ هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ١٩٧١ م المشار اليه ،
وبناء على ما عرضه وزير العدل وموافقة رأي مجلس الوزراء ،

أصدر القانون الآتي :

مادة (١)
تعريف القذف

القذف هو الرمي بالزنى أو نفي النسب بأية وسيلة كانت وفي حضور المقذوف أو غيبته وفي علانية أو بدونها .

مادة (٢)
ما يشترط في المقذوف

يشترط في المقذوف أن يكون مسلماً عاقلاً ذا عفة ظاهرة عما رمي به .

مادة (٣)
ما يشترط في القاذف

يشترط في القاذف أن يكون عاقلا مختاراً أتم ثماني عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة قاصداً القذف عالم بمدلول ما قذف به .

مادة (٤)
حد القذف

مع عدم الاخلال بحكم المادة السابعة من هذا القانون يعاقب بالجلد حدا ثمانين جلدة ولا تقبل له شهادة ، كل من ثبت عليه ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون .

مادة (٥)
اثبات جريمة القذف

مع عدم الاخلال بحكم المادة (٧) تثبت جريمة القذف باقرار القاذف ولو مرة واحدة أمام السلطة القضائية أو بشهادة رجلين ، ويراعى في صحة الاقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور في مذهب الامام مالك .

مادة (٦)
العود

إذا عاد القاذف الذي حد للقذف الى ارتكاب الجريمة مرة أخرى عوقب بذات العقوبة المقررة لها حداً .

مادة (١٢)
تعدد الجرائم والعقوبات

١ ـ اذا ارتبطت أو تعددت جرائم الجاني المعاقب عليها حداً يعاقب على الو
الآتي : ـ

أ) إذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر ، وقعت عقوبة واح

ب) وإذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القدر ، وقعت العقوب
الأشد .

جـ) وإذا كانت العقوبات مختلفة الجنس ، وقعت جميعها .

٢ ـ أما إذا كان من بين الجرائم المنسوبة الى القاذف جرائم أخرى معاقب علي
بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر تتوقع عقوبات الحدود وفق
لاحكام الفقرة السابقة ، وذلك دون الاخلال بالعقوبات المقررة على الجرائ
الأخرى .

٣ ـ وتجب عقوبة القتل (الإعدام) حداً أو قصاصاً أو تعزيراً كل العقوبات
الأخرى .

مادة (١٣)
مسقطات الحد

يسقط حد القذف في كل من الحالات الآتية : ـ

١ ـ اثبات القاذف لصحة القذف شرعاً .

٢ ـ عفو من له الحق في الشكوى حتى تمام تنفيذ الحد .

٣ ـ تصديق المقذوف للقاذف .

وفي جميع هذه الأحوال لا يجوز توقيع أية عقوبة عن فعل القذف بموجب أي قانون آخر .

مادة (١٤)
التنفيـذ

لا يجوز تنفيذ عقوبة الجلد الا اذا أصبح الحكم الصادر بها نهائياً .

وتنفذ العقوبة بعد الكشف على المحكوم عليه طبياً وتقرير انتفاء الخطورة من التنفيذ ، ويتم التنفيذ في مركز الشرطة بحضور عضو النيابة المختص والطبيب المختص ويوقف الجلد كلما كانت فيه خطورة على المحكوم عليه ، على أن يكمل الجلد في وقت آخر .

ويكون تنفيذ العقوبة بسوط من الجلد متوسط ذي طرف واحد غير معقد ، ويجرد المحكوم عليه من الملابس التي تمنع وصول الألـم الى الجسـم . ويضرب ضرباً معتدلاً لا يمد فيه ، ويوزع الضرب على الجسم . وتتقى المواضع المخوفة .

وتجلد المرأة جالسة وهي مستورة الجسم ويوزع الضرب على ظهرها وكتفيها فقط .

ويؤجل تنفيذ عقوبة الجلد على الحامل الى ما بعد شهرين من الوضع .

مادة (١٥)
توبة القاذف المحدود

تسقط عقوبة عدم قبول الشهادة بتوبة المحدود ، ويعتبر تائباً إذا رد اليه اعتباره وفقاً لاحكام رد الاعتبار الواردة في قانون الاجراءات الجنائية .

مادة (١٦)
احـالـة

يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانـون بالنسبة الى جريمة القذف المعاقب عليها حداً فاذا لم يوجد نص في المشهور تسري أحكام قانون العقوبات .

أما بالنسبة الى الاجراءات فتطبق في شأنها أحكام قانون الاجراء
الجنائية فيما لم يرد في شأنه نص في هذا القانون .

ولا تخل أحكام هذا القانون باحكام قانون العقوبات أو أي قانون آ
وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون .

مادة (١٧)

على جميع الوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ويعمل به بعد ثلاث
يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

مجلس قيادة الثورة

الرائد/ عبد السلام أحمد جل
رئيس مجلس الوزراء

محمد علي الجدي
وزير العدل

صدر في ٢٩ شعبان ١٣٩٤ هـ
الموافق ١٦ سبتمبر ١٩٧٤ م

خامساً : قانون رقم ٨٩ لسنة ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م
في شأن
تحريم الخمر واقامة حد الشرب

باسم الشعب ،
مجلس قيادة الثورة ،

نزولا على أحكام الشريعة الاسلامية الغراء ، واستجابة لرغبة الشعب العربي المسلم في الجمهورية العربية الليبية ،

وتأكيداً لما تقضي به المادة السادسة من دستور اتحاد الجمهوريات العربية ، وبعد الاطلاع على الاعلان الدستوري ،

وعلى قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ رمضان ١٣٩١هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ١٩٧١ م بتشكيل لجان لمراجعة التشريعات وتعديلها بما يتفق مع المبادىء الأساسية للشريعة الاسلامية ،

وعلى قانون مراقبة المشروبات الروحية والمواد المسكرة رقم ٣ لسنة ١٩٥١ الصادر في بنغازي بتاريخ ١٤ ربيع الآخر ١٣٧٠ هـ الموافق ٢٢ يناير ١٩٥١م

وعلى قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية والقوانين المعدلة لهما ،

وعلى ما انتهت اليه اللجنة العليا لمراجعة التشريعات وفقاً لقرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ رمضان ١٣٩١هـ الموافق ٢٨ أكتوبر ١٩٧١م المشار اليه ،

وبناء على ما عرضه وزير العدل وموافقة رأي مجلس الوزراء ،

اصدر القانون الآتي :

الباب الأول
جرائم الخمر وعقوباتها
مادة (١)
تحريم الخمر

يحرم شرب الخمر وتعاطيها وحيازتها واحرازها وصنعها والتعامل فيها وتقديمها واعطاؤها واهداؤها . وذلك على الوجه المبين في هذا القانون .

مادة (٢)
تعريف الخمر

يعتبر خمراً كل سائل مسكر سواء أسكر قليله أم كثيرة .

مادة (٣)
الشروط العامة الواجب توافرها في الفاعل

يشترط للعقاب على الجرائم المبينة بهذا القانون أن يكون الفاعل عاقلا أتم الثامنة عشرة من العمر ، قاصداً ارتكاب الفعل ، عن علم واختيار ، بلا ضرورة أو عذر شرعي .

مادة (٤)
تعزير الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشرة

استثناء من شرط السن المنصوص عليه في المادة السابقة ، إذا كان الفاعل لم يتم الثامنة عشرة ، يعزر على الوجه الآتي :

١ ـ إذا كان قد أتم السابعة ولم يتم الخامسة عشرة ، يعزر بالتوجيه والتوعية والتأنيب .

ويجوز - إذا تجاوز العاشرة - تعزيره بالضرب بما يناسب سنه ، وذلك في جريمتي الشرب أو السكر .

٢ - وإذا كان قد أتم الخامسة عشرة يعزر بالتوجيه والتوعية والتأنيب، وبالضرب في جريمتي الشرب أو السكر .
ويكون الضرب جوازياً في الجرائم الأخرى .

٣ - وفي الحالتين المنصوص عليهما في البندين السابقين ، إذا تكرر ارتكاب الجريمة أكثر من مرة ، يجوز - بالاضافة الى التعزير - ايواء الفاعل في اصلاحية قانونية المدة التي يحكم بها القاضي .

٤ - وتكون الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وحدة واحدة في خصوص التكرار .

٥ - وتعتبر التعازير المنصوص عليها في هذه المادة من قبيل الاجراءات التأديبية .

مادة (٥)
حد شرب المسلم للخمر

كل مسلم شرب خمراً يعاقب حداً بالجلد أربعين جلدة .

مادة (٦)
تعاطي المسلم الخمر عن غير طريق الشرب

كل مسلم تعاطى ولو بغير الفم خمراً خالصة أو مخلوطة بأي وجه كان يعزر بالجلد . بما لا يقل عن عشر جلدات ولا يجاوز ثلاثين جلدة .

مادة (٧)
حيازة أو احراز المسلم للخمر

كل مسلم حاز أو أحرز خمراً خالصة أو مخلوطة ، يعزر بالحبس مدة لا

تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزي
على مائة دينار .

مادة (٨)
الشرب والسكر الظاهر من غير المسلم

إذا شرب أو تعاطى غير المسلم خمراً خالصة أو مخلوطة بأية صورة كانت إ
محل أو مكان عام أو مفتوح للجمهور ، أو وجد في ذلك المحل أو المكان في حا
سكر ظاهر ، يعزر بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة أ
بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مائة دينار

مادة (٩)
صناعة الخمر أو التعامل فيها

كل من صنع أو حضر أو انتج أو اتجّر في الخمر خالصة كانت أم مخلوطة، أ
اشترك أو عاون في شيء من ذلك ، أو تعامل أو توسط في التعامل فيها بأي وج
كان، يعزر بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزي
على خمسمائة دينار .

مادة (١٠)
تقديم الخمر

كل من قدم لمسلم أو اعطاه أو اهداه خمراً خالصة أو مخلوطة يعزر بالحبس
مدة لا تقل عن شهرين ولا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن عشرين
ديناراً ولا تزيد على خمسين ديناراً .

مادة (١١)
مصادرة الخمر
والأدوات المستخدمة في ارتكاب الجريمة

يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الخمر الخالصة أو المخلوطة التي جرى
ضبطها ويجري اهراقها أو اعدامها بمعرفة عضو النيابة المختص ، ويحرر محضر
بذلك .

كما يحكم بمصادرة الآلات والأدوات والمواد التي استعملت فعلا في انتاج

الخمر خالصة أو مخلوطة ، وكذلك وسائل النقل التي استخدمت في نقلها بقصد الاتجار فيها ، ويغلق أي محل أعد لتعاطيها أو انتاجها أو التعامل فيها ولا يصرح بفتحه الا اذا اعد لغرض مشروع وبعد موافقة النيابة العامة .

الباب الثاني
أحكام عامة

مادة (١٢)
الاثبات في جريمة الحد

تثبت الجريمة المنصوص عليها في المادة الخامسة من هذا القانون بالاقرار أمام السلطة القضائية ولو مرة واحدة أو بشهادة رجلين أو بأية وسيلة من وسائل الاثبات الأخرى . ويراعى في صحة الاقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور في مذهب الامام مالك .

مادة (١٣)
نوع الجريمة المعاقب عليها بالجلد
وثبات وحتمية عقوبة الحد وأثرها

تعتبر جنحة الجريمة المعاقب عليها بالجلد حداً أو تعزيراً - ويجوز حبس المتهم فيها احتياطياً .

ولا يجوز الأمر بايقاف تنفيذ عقوبة الجلد حداً ولا استبدال غيرها بها ولا تخفيضها أو العفو عنها .

مادة (١٤)
عقوبات تبعية

يترتب على صدور حكم نهائي بالادانة في احدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون حرمان الجاني من الحقوق والمزايا الآتية :

١ - الصلاحية لتولي أية وظيفة رئيسية أو قيادية أو البقاء فيها .

٢ - حق الترشيح لأية هيئة نيابية .

٣ ـ عدم قبول شهادته أمام القضاء إذا ثبت للمحكمة قبل النطق بالحكم انه أدين نهائياً في احدى الجرائم المشار اليها .

٤ ـ عدم منحه شهادة حسن السيرة والسمعة .

٥ ـ عدم الترخيص للجاني بقيادة المركبات الآلية أو الغاء الترخيص في حالة صدوره ، وتنتهي العقوبة بمضي سنة من تاريخ صيرورة الحكم بالادانة نهائياً ، وذلك كله مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر .

وفي حالة تكرار الحكم على الجاني أكثر من مرتين في أية جريمة من الجرائم المشار اليها في هذه المادة ، يحرم المحكوم عليه من الحق في الترخيص بقيادة المركبات الآلية نهائياً .

وتسقط العقوبات المنصوص عليها في البنود ١ و٢ و٣ و٤ اذا ثبتت توبة الجاني ، ويعتبر تائباً إذا رد اليه اعتباره وفقاً لقانون الاجراءات الجنائية .

مادة (١٥)
تعدد الجرائم والعقوبات

١ ـ إذا ارتبطت أو تعددت جرائم الجاني المعاقب عليها حداً يعاقب على الوجه الآتي : ـ

أ) اذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتساوية القدر وقعت عقوبة واحدة .

ب) واذا كانت العقوبات متحدة الجنس ومتفاوتة القدر وقعت العقوبة الاشد .

جـ) واذا كانت العقوبات مختلفة الجنس وقعت جميعها .

٢ ـ أما إذا كان من بين الجرائم المنسوبة الى الجاني جرائم أخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود وفقاً

لاحكام الفقرة السابقة ، وذلك دون الاخلال بالعقوبات المقررة على الجرائم الأخرى .

٣ ـ وتجب عقوبة القتل (الإعدام) حدا أو قصاصاً أو تعزيراً كل العقوبات الأخرى .

مادة (١٦)
العود

تضاعف العقوبة اذا عاد الفاعل الذي جلد حدا أو تعزيراً الى ارتكاب أي من الجرائم المعاقب عليها بتلك العقوبة في هذا القانون .

ويحكم عليه بالعقوبة المضاعفة وبالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ، اذا تكرر العود الى ارتكاب تلك الجرائم .

أما الجرائم الأخرى غير المعاقب عليها بالجلد فتعتبر متماثلة في تطبيق احكام العود ، وتضاعف العقوبة في حالة العود الى ارتكابها .

ولا يجوز الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة في جميع الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة .

مادة (١٧)
سقوط الجريمة بمضي المدة

تسقط الجريمة المعاقب عليها بالجلد حدا أو تعزيراً بمضي ثلاث سنوات من يوم وقوعها وتنقطع هذه المدة باجراءات الاتهام أو التحقيق أو المحاكمة ، وتسري المدة من جديد من يوم الانقطاع .

وإذا تعددت الاجراءات التي تقطع المدة فان سريان المدة يبدأ من تاريخ آخر اجراء .

مادة (١٨)
انقضاء عقوبة الجلد بمضي المدة

تسقط عقوبة الجلد حدا أو تعزيرا بمضي خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائياً .

ويوقف سريان المدة كل مانع يحول دون مباشرة التنفيذ .

مادة (١٩)
تنفيذ عقوبة الجلد

لا يجوز تنفيذ عقوبة الجلد الا اذا أصبح الحكم الصادر بها نهائياً .

وتنفذ العقوبة بعد الكشف على المحكوم عليه طبياً وتقرير انتفاء الخطورة من التنفيذ ، ويتم التنفيذ في مركز الشرطة بحضور عضو النيابة المختص والطبيب المختص ، ويوقف الجلد كلما كانت فيه خطورة على المحكوم عليه على أن يكمل الجلد في وقت آخر .

ويكون تنفيذ العقوبة بسوط من الجلد متوسط ذي طرف واحد وغير معقد ، ويجرد المحكوم عليه من الملابس التي تمنع وصول الألم الى الجسم ويوزع الجلد ع الجسم، وتتقى المواضع المخوفة .

وتجلد المرأة جالسة وهي مستورة الجسم ، ويوزع الجلد على ظهرها وكتفيها فقط .

ويؤجل تنفيذ عقوبة الجلد على الحامل الى ما بعد شهرين من الوضع .

مادة (٢٠)
احالة

يطلق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون

بالنسبة إلى جريمة شرب الخمر المعاقب عليها حداً ، فإذا لم يوجد نص في المشهور تسري أحكام قانون العقوبات .

كما تسري أحكام قانون العقوبات فيما لم يرد فيه نص بالنسبة الى الجرائم الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون .

أما بالنسبة الى الاجراءات فتطبق في شأنها أحكام قانون الاجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون .

مادة (٢١)

الغاء

يلغى قانون مراقبة المشروبات الروحية والمواد المسكرة رقم ٣ لسنة ١٩٥١ الصادر في بنغازي بتاريخ ١٤ ربيع الآخر ١٣٧٠ هـ الموافق ٢٢ يناير ١٩٥١ م والمواد ٤٩٧ و٤٩٧ مكرراً و ٤٩٨ من قانون العقوبات الصادر في ٢١ ربيع الأول ١٣٧٣ هـ الموافق ٢٨ نوفمبر ١٩٥٣ م وكل نص يخالف أحكام هذا القانون .

مادة (٢٢)

على جميع الوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

مجلس قيادة الثورة

الرائد/ عبد السلام أحمد جلود

رئيس مجلس الوزراء

محمد علي الجدي

وزير العدل

صدر في ٦ من ذي القعدة ١٣٩٤ هـ

الموافق في ٢٠ من نوفمبر ١٩٧٤ م

مذكرة إيضاحية

للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م

في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب

إن تحريم الخمر قد أورده الشارع الحكيم بنصوص بينات محكمات في كتا
الكريم ، قال سبحانه وتعالى : (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصا
والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . انما يريد الشيطا
أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وع
الصلاة فهل انتم منتهون) ، فالخمر رجس من عمل الشيطان وتعدل في تحريمه
الذبح على النصب لغير الله وهو الشرك بعينه ، ولذلك فقد قال رسول الله
ﷺ : (مدمن الخمر كعابد الوثن) ، كما قال : (لا يزني الزاني حين يزني
وهو مؤمن ، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن) فشرب الخمر نقيض الايما
بالله تعالى ، وهي - كما وصفها صلوات الله عليه وسلامه - أم الخبائث ، وق
ﷺ : (لعن الله الخمر وشار بها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصره
وحاملها والمحمولة اليه وآكل ثمنها) .

ومع كل هذه الأحكام القاطعة في الكتاب والسنة ، فان الخمر أخطر
النكبات التي ابتليت بها الأمة الاسلامية في عهود ضعفها وتدهورها ، فقد تفشى
شرب الخمر بين فئات عديدة من المجتمع الاسلامي بفعل الاستعمار الغربي
الذي جثم على صدر البلاد وخطط للقضاء على ديننا وعقائدنا ببث الرذائل
والشرور التي تقضي على مقومات الشخصية الاسلامية عند الفرد والجماعة ، وهي
مقومات تكونت على مدى قرون بفعل تطبيق الشريعة الاسلامية السمحاء واقامة
حدود الله ، ولا غرو ان كان القضاء على تلك المقومات من أهم مستهدفات
القوى الاستعمارية التي تمكنت من بلادنا بغرض تطويع الانسان المسلم

للاستجابة لمخططات المستعمر الرامية الى استغلاله هو وخيرات أرضه بعد تفريغه من أهم عناصر المقاومة ، وهي الدين والخلق القومي ، وقد وجد الاستعمار في نشر الخمر وسيلته المثلى لتحقيق مآربه الخبيثة ، فاقام العديد من معامل صنع الخمور في مختلف انحاء البلاد وشجع على فتح الخمارات والملاهي حتى عمت كل مدينة وكل قرية وكل شارع ، وعرض فيها مختلف أنواع الخمور بطرق مغرية تهاوت أمامها مقاومة الكثيرين ، فانتشر تعاطي الخمور وخاصة بين الشباب بشكل نتج عنه الكثير من المآسي في التكوين العائلي وفي علاقات الناس بعضهم ببعض وكان هؤلاء أسوأ قدوة لغيرهم ممن قلدوهم ظناً منهم أن معاقرة الخمر بعض خصائص المجتمعات الغربية التي تدعي التمدين ، وفاتهم أن الشرب في تلك المجتمعات انما هو نتيجة طبيعية لانسحاق حياة الفرد فيها تحت وطأة المذاهب والعقائد المادية فيها ، وبالتالي فالخمر حتى في تلك المجتمعات من الظواهر المرضية التي تنبىء عن تشوه وجه الحياة فيها بفعل قيامها على أساس استغلال الانسان لأخيه الانسان .

وإن القضاء على تلك الظواهر الخبيثة التي زرعها الاستعمار في واقعنا واحاطها بسياج من الشرعية القانونية بل والاجتماعية احياناً بمحاولة نشر قيم وافكار تسند تلك الظواهر بدعوى انها من مستلزمات الحياة العصرية ، لا يكون الا بالرجوع الى مصادر شريعتنا الاسلامية . القرآن الكريم والحديث الشريف لاستلهام الحلول الحاسمة لتلك الأدواء والعلل التي أورثنا اياها الاستعمار ، ولا شك أن في اعلاء كلمة الله واقامة حدوده هو الطريق الوحيد للقضاء على تلك الظواهر، وتبديد ما نسجه حولها واقع سابق مريض لهذه الأمة من قواعد قانونية أو قيم وأفكار تقوم على أساس الاغضاء عن الحق والتسامح مع الباطل ، ولقد آن لكل ذلك أن ينتهي بعد أن تحررت الارادة الوطنية من كل قيد كان يكبل قدرتها لتعيد صياغة الحياة من جديد وفقاً لما هو خير وحق لها .

ولقد أدركت ثورة الفاتح من سبتمبر مدى الاضرار الجسيمة التي تحيق بالفرد والجماعة من جراء تعاطي الخمور فكان من أول القرارات التي صدرت من

مجلس قيادة الثورة في اليوم التالي لقيامها ذلك الأمر بأن : « يمنع منعاً باتاً من الي
تعاطي الخمور أو الاتجار فيها أو بيعها أو تداولها في جميع انحاء الجمهورية
وكل من يخالف هذا الأمر يعرض نفسه للعقاب » وكان هذا الأمر بادرة أو
تنبىء عن الرغبة في أخذ الأمور مأخذ الجد والبحث عن حلول لأصول مشاك
باعادة صياغة المجتمع طبقاً لاحكام الشريعة الاسلامية السمحاء ، ثم صدر بع
ذلك القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٤م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات ، بأ
أضيفت مادة جديدة برقم ٤٩٧ مكرراً تتضمن عدداً من العقوبات التبعية توق
على شارب الخمر مبناها تحقير الشخص الذي يثبت ضعفه الخلقي والنفسي أم
احدى الكبائر وهي شرب الخمر ، وحماية المجتمع من مثل هذا الشخص بتنحيت
عن الوظائف الرئيسية ، والمناصب القيادية ، اذ إنه لا يؤتمن على حمل مسئولي
ذلك ، كل هذا بقصد حث كل من تسول له نفسه شرب الخمر على ترك ذلك
والتمسك باهداب دينه والبعد عن كل ما ينال من خلقه وشرفه ، على أن ذلك
القانون أبقى على العقوبات الأصلية لهذه الجرائم على الوجه القائم بحسب
القانون الوضعي ، أي الغرامة والحبس في بعض الأحوال لمرتكبي تلك الجرائم .

والمشروع المرافق يخطو الخطوة الأخيرة والحاسمة في شأن جرائم الخم
وذلك باقامة حد الشرب على الوجه الذي تحدده الشريعة الاسلامية الغراء ، وه
بذلك يحيي حداً من حدود الله كان معطلا بفعل الاستعمار واتباعه ، ولا شك أن
ذلك مما يستجيب مع آمال كل مخلص من ابناء هذه الأمة لا يرضى لنفسه ولا لقوم
أن يوصف بما تضمنه القرآن الكريم من وصف لكل من لم يحكم بما أنزل الله
وبتعدي حدوده ، فقد قال تعالى : (تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود
الله فأولئك هم الظالمون) ، ولقد آن للمسلمين أن يقيموا بنيانهم على أساس
متين من الدين ، تدبراً بقول الله تعالى (أفمن أسس بنيانه على تقوى من الله
ورضوان خير أم مَّن أسس بنيانه على شفا جرف هار فانهار به في نار جهنم والله
يهدي القوم الظالمين) .

ويتضمن مشروع القانون المرفق المبادىء الآتية :

أولا : تحريم شرب الخمر وتعاطيها وحيازتها واحرازها وصنعها والتعامل فيها وتقديمها واعطائها واهدائها (مادة ١) وتعريف الخمر بأنها هي كل سائل مسكر ـ أيا كانت المادة التي استخرج منها ـ سواء أسكر قليله أم كثيره (مادة ٢) .

ثانياً : يشترط للعقاب أن يكون الفاعل عاقلا أتم الثامنة عشرة من العمر قاصداً ارتكاب الفعل عن علم واختيار بلا ضرورة أو عذر،مادة (٣) وهي شروط مستقاه من الشريعة الاسلامية ، اما اذا كان الفاعل لم يتم الثامنة عشرة من العمر و بلغ السابعة فقد وضعت له بعض العقوبات التعزيرية التي تتراوح بين التوجيه والضرب والايداع في اصلاحية قانونية ، وهي عقوبات تأديبية بحتة لا يترتب عليها ما يترتب على العقوبات الموقعة على من أتم الثامنة عشرة من العمر من آثار (مادة ٤) .

ثالثا : نص المشروع على معاقبة كل مسلم شرب الخمر حداً بالجلد اربعين جلدة (مادة ٥) أما من تعاطى الخمر ولو بغير الفم خالصة كانت أو مخلوطة فيعاقب تعزيراً بما لا يقل عن عشر جلدات ولا يجاوز ثلاثين جلدة (مادة ٦) ، والمشروع يأخذ في ذلك بما اتفق عليه جمهور الفقهاء من أن الحد يكون لجريمة الشرب ، أما تعاطي الخمر بالفم بغير طريق الشرب كما لو أضيفت اليها مواد أخرى غير سائلة أو تعاطيها بغير الفم فقد اختلف الفقهاء في شأن تطبيق حد الخمر عليه ، ومن ثم فقد اعتبره المشروع من قبيل الجرائم التعزيرية وعاقب عليه بالجلد تعزيراً .

وقد اعتنق المشروع الرأي القائل بأن حد الخمر أربعين جلدة وحمل ما زاد على ذلك على أنه تعزير يطبق في حالة العود حيث تصبح العقوبة الأصلية أربعين جلدة حداً يضاف اليها أربعون أخرى تعزيراً .

رابعاً : جرم المشروع جملة أفعال تتعلق بحيازة الخمر واحرازها وصناعتها والتعامل فيها وتقديمها ، وذلك سداً لذرائع الفساد التي تفضي الى جرائم

شرب الخمر ، فعاقب في المادة (٧) كل مسلم يحوز أو يحرز الخمر خالصة أو مخلوطة بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن ٥٠ ديناراً ولا تزيد على ١٠٠ دينار ، اذ إن الحيازة والاحراز قد تكون بقصد التعاطي أو قد تغري به ، ومن ثم وجب سد هذه الذريعة على المسلم توقياً من وقوعه في جريمة الشرب أو التعاطي ، وبالمثل فقد اعقبت المادة (٩) على صنع أو تحضير أو انتاج الخمر خالصة أو مخلوطة وعلى الاتجار بها أو التعامل فيها بأي وجه كان بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن ١٠٠ دينار ولا تزيد على ٥٠٠ دينار . وذلك حتى يمتنع وجود الخمر أصلا مما لا يسمح بوقوع جرائم الشرب أو التعاطي ، كما عاقبت المادة (١٠) كل من قدم لمسلم أو أعطاه أو أهداه خمراً خالصة أو مخلوطة بالحبس مدة لا تقل عن شهرين ولا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن ٢٠ ديناراً ولا تزيد على ٥٠ ديناراً .

خامساً : يعاقب المشروع غير المسلم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن ٥٠ ديناراً ولا تزيد على ١٠٠ دينار وذلك اذا شرب أو تعاطى الخمر ولو مخلوطة في محل أو مكان عام أو مفتوح للجمهور ، أو وجد في ذلك المحل أو المكان في حالة سكر ظاهر (مادة ٨) ، ذلك أنه وان كان حد الشرب لا يقام - بحسب رأي جمهور الفقهاء - الا على المسلم ، الا أن ذلك لا يعني ترك غير المسلم بغير تعزير اذا ما شرب أو سكر ، وذلك في الأحوال التي يكون لسكره أو شربه مظهراً خارجياً ينطوي على استخفاف واستهتار بتقاليد المجتمع المسلم وايذاء الشعور الاسلامي العام .

سادساً : نص المشروع على مصادرة الخمور المضبوطة واراقتها أو اعدامها ، وكذلك على مصادرة الآلات والأدوات والمواد التي استعملت في انتاجها ووسائل النقل التي استخدمت في نقلها بقصد الاتجاه فيها مع غلق أي محل أعد لتعاطيها أو انتاجها أو الاتجار فيها ، ولا يصرح بفتحه الا اذا أعد

على أن تجب عقوبة القتل حداً أو قصاصاً أو تعزيراً كل العقوبات الأخرى .

- بينت المادة (١٦) أحكام العود في الجرائم المعاقب عليها بالجلد حداً أو تعزيراً وغيرها ، ونصت على مضاعفة العقوبة في حالة العود مع عدم جواز ايقاف تنفيذ العقوبة .

- نصت المادة (١٧) على المدة التي تسقط بها الجريمة المعاقب عليها بالجلد حداً أوتعزيراً وأحوال انقطاع هذه المدة ، وتضمنت المادة (١٨) المدة التي تسقط بها عقوبة الجلد حداً أو تعزيراً وأحوال وقفها .

- نظمت المادة (١٩) أوضاع تنفيذ عقوبة الجلد وذلك بالنسبة للرجل أو المرأة ، ونصت على أن الجلد لا ينفذ الا بعد صيرورة الحكم الصادر به نهائياً ، وأنه يتم في مركز الشرطة بحضور عضو النيابة وتحت اشراف الطبيب المختص الذي يكشف على المحكوم عليه قبل التنفيذ ويلاحظ حالته اثناء التنفيذ ، وفصلت تلك المادة أوضاع التنفيذ بما يكفل تطبيق العقوبة على الوجه الشرعي دون تعريض المحكوم عليه لخطورة لا لزوم لها ، وخصت هذه المادة المرأة الحامل المحكوم عليها بنص مقتضاه تأجيل تنفيذ عقوبة الجلد عليها الى ما بعد شهرين من الوضع .

عاشراً : احالت المادة (٢٠) فيما لم يرد بشأنه نص في المشروع بخصوص جريمة شرب الخمر المعاقب عليها حداً الى المشهور من أيسر المذاهب ، فاذا لم يوجد نص في المشهور تسري أحكام قانون العقوبات ، وهي تسري أيضاً بالنسبة للجرائم الأخرى المنصوص عليها في المشروع ، كما تسري أحكام قانون الاجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في المشروع .

محمد علي الجدي
وزير العدل

تنفيذ

الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان

