

العنوان:	المسائل الفقهية التي خالف فيها ابن حزم الأئمة الأربعة في الجنايات والحدود
المؤلف الرئيسي:	محمد، محمود علي
مؤلفين آخرين:	التكينة، شمس الدين محمد حامد(مشرف)
التاريخ الميلادي:	2005
موقع:	أم درمان
الصفحات:	1 - 247
رقم MD:	560724
نوع المحتوى:	رسائل جامعية
اللغة:	Arabic
الدرجة العلمية:	رسالة دكتوراه
الجامعة:	جامعة أم درمان الاسلامية
الكلية:	كلية الشريعة والقانون
الدولة:	السودان
قواعد المعلومات:	Dissertations
مواضيع:	المسائل الفقهية ، القصاص، الجنايات ، الحدود، الأئمة الأربعة، ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد ، ت 456 هـ، الديات
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/560724

لإستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب الإستشهاد المطلوب:

إسلوب APA

محمد، محمود علي، و التكنية، شمس الدين محمد حامد. (2005). المسائل الفقهية التي خالف فيها ابن حزم الأئمة الأربعة في الجنايات والحدود (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة أم درمان الإسلامية، أم درمان. مسترجع من <http://560724/Record/com.mandumah.search/>

إسلوب MLA

محمد، محمود علي، و شمس الدين محمد حامد التكنية. "المسائل الفقهية التي خالف فيها ابن حزم الأئمة الأربعة في الجنايات والحدود" رسالة دكتوراه. جامعة أم درمان الإسلامية، أم درمان، 2005. مسترجع من <http://560724/Record/com.mandumah.search/>

المبحث الأول

الخلاف في ما يعتبر حداً

المطلب الأول

جدد العارية

قبل الدخول لمعرفة جدد العارية، ومدى اعتبار الفقهاء لها في جرائم الحدود نعرف الحد في اللغة والاصطلاح حيث إن التعريف بالحدود يوضح ما يعتبر حداً وما لا يعتبر حداً.

الحد لغةً:

الفصل بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر، الجمع حدود، وحدود الله تعالى الأشياء التي بين تحريمها وتحليلها وأمر أن لا يتعدى علي شئ منها فيتجاوز إلى غير ما أمر فيها أو نهى عنها.

والحدود عقوبات جعلت لمن ارتكب منها ما نهى عنه، وسميت حدوداً لأنها تحد أو تمنع من إتيان ما جعلت عقوبات فيها.^(١)

الحد اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: "عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله عز شأنه بخلاف التعزير".^(٢)

وعرفه الشافعية بأنه: "الحد شرعاً عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى، كما في حد الزنا، أو لآدمي كما في القذف"^(٣)

وعرفه الحنابلة بأنه: "عقوبة مقدرة تمنع من الوقوع في مثله وتجب إقامته ولو كان من يقيمه شريكاً لمن يقيمه عليه في الوصية وعوناً له".^(٤)

(١) لسان العرب مادة "حد" ١٤٠/٣.

(٢) بدائع الصنائع ٥٢٥/٩.

(٣) مغنى المحتاج ١٥٥/٤.

(٤) الإقناع ٢٤٤/٤، شرف الدين الحجاوي المقدسي (طبعة دار المعرفة - بيروت).

ومن التعريف اللغوي والاصطلاحي نخلص إلى أن الحدود عقوبات مقدرة حقاً
لله تعالى، ويخرج بذلك القصاص لأنه حق لآدمي والتعذير لأنه ليس مقدر.

ولا خلاف بين الفقهاء على أن الحدود حق لله تعالى نهى عن تعديها أو
الدخول فيها لقوله تعالى : (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا)^(١)

وعلى ذلك تتميز الحدود بأنها عقوبات مقدرة حقاً لله تعالى وقد نصَّ الله تعالى
على هذه الحدود وبيَّن لها عقوبات مقدرة، وقد انفرد بن حزم عن باقي الجمهور من
الأئمة الأربعة في اعتباره جحد العارية من الحدود ولذلك نتطرق للحدود التي اعتبرها
ابن حزم وتلك التي حصرها جمهور الفقهاء.

رأي ابن حزم:

قال ابن حزم: "لم يصف الله تعالى حداً من العقوبة لا يتجاوز في النفس أو
الأعضاء أو البشرة إلا في سبعة أشياء هي المحاربة، الردة، الزنا، القذف بالزنا،
السرقه وجحد العارية، وتناول الخمر في أكل وشرب فقط".^(١)

ومن ذلك فابن حزم عدَّ جحد العارية من الحدود، وما عداها مما لم يحصره الله
تعالى لا حد فيه.

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على أن جحد العارية ليس من
الحدود.

قال أبو حنيفة: "الحدود خمسة أنواع: حد السرقة، وحد الزنا، وحد الشرب، وحد
السكر، وحد القذف".^(٢)

وجاء في رد المحتار "الحدود شرعاً عقوبات مقدرة وجبت حقاً لله تعالى زجراً،
لا يجوز الشفاعة فيها وهي خمسة أنواع".^(٣)

والحرابة عند أبي حنيفة تدخل في حد السرقة حيث أنه لم يفردها حداً منفرداً

^(١) المحلى ١٨/١١.

^(٢) بدائع الصنائع ٤٩/٧ .

^(٣) رد المحتار لابن عابدين ٣/٤ .

والحدود عند الامام مالك سبعة أنواع "البغي، الردة، الزنا، القذف، الشرب، السرقة، الحرابة".^(١)

والحدود عند الامام الشافعي سبعة أنواع "البغي، الردة، الزنا، القذف، الشرب، السرقة، الحرابة".^(٢)

وعند أحمد بن حنبل: "الحدود هي حد الزنا والقذف وحد المسكر والسرقة والحرابة والبغي".^(٣)

ومما تقدم لم يتفق الجمهور على جريمة البغي واتفقوا على عدم اعتبار جحد العارية من الحدود.

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

حصر المشرع الحدود في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م في المادة (٣) منه، ولم يضمن جحد العارية فيها.

تنص المادة (٣) على الآتي: "جرائم الحدود تعني جرائم شرب الخمر والردة والزنا والقذف والحرابة والسرقة الحدية"، وبالتالي من نص المادة (٣) لم يعتبر المشرع جحد العارية من ضمن جرائم الحدود وبذلك وافق رأي الجمهور. أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم من الكتاب والسنة:

أولاً: استدل من الكتاب بقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا).^(٤)

والدلالة أن القطع في السرقة مما تتم به من مسارقة للأعين، يتفق معه جحد العارية كمن تستعير المتاع وتجده بعد استعارتها له حيث انها تعد سارقة، ولو لم تكن جاحدة العارية سارقة لما قطع سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم يدها.

(١) حاشية الدسوقي ٣٠٦-٣٠٨-٣٢١-٣٣٣-٣٤٠.

(٢) الوجيز في فقه الإمام الشافعي ١٦٤/٢، (طبعة مطبعة المؤيد) الغزالي، محمد بن محمد محمد بن محمد الغزالي الطوسي أبي حامد، فيلسوف متصوف له مصنفات كثيرة منها المنحول من تعليقات الأصول، الأعلام للزركلي ٢٢/٧ - مغني المحتاج ١٥٥/٤.

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع ٨٩/٥ - ١٠٤ - ١١٦ - ١٢٨ - ١٤٩ - ١٥٨ - ١٦٧.

(٤) سورة المائدة/ آية ٣٨.

ثانياً: استدل من السنة بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قطع يد المرأة المخزومية التي كانت تستعير المتاع وتجده.

وقصة المرأة المخزومية معروفة ومشتهرة ووردت في كتب السنن .
"عن عائشة* رضي الله عنها، أن قريشاً أهتمهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلّا أسامة حب رسول الله، فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: "أنتفع في حد من حدود الله ...".^(١)

ولفظ الحديث وإن كان جاء بلفظ " التي كانت تسرق المتاع " إلا أن ابن حزم رجح الرواية التي ذهبت إلى أنها كانت تستعير المتاع وتجده على اعتبار أنها سرقت القطيفة التي كانت عليها الحلي وجدت الحلي.^(٢)

واستدل ابن حزم برواية أخرى من السنة: "عن عائشة رضي الله عنها قال: كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجده فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن تقطع يدها".^(٣) والدلالة لما في القطع على المرأة التي جددت العارية من دلالة علي أن جدد العارية من الحدود.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من الكتاب والسنة.

أولاً: من الكتاب استدلو بقوله تعالى: "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا".^(٤)

والدلالة لما في نص الآية من دلالة صريحة على أن الحد على السارق والسارقة لأخذهم المال خفية ومسارقة عن صاحبه من حرزه.
أما جدد العارية يختلف عن السرقة في أخذ المال وفي عنصر الخفية والنص تناول السارق والسارقة لا جاحد العارية.

* تهذيب التهذيب لابن حجر ٤٣٣/١٢، عائشة بنت أبي بكر أشهر نساء النبي وروت عنه.

(١) صحيح مسلم ١٣١٥/٣ - كتاب الحدود.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٧٤/١٢ .

(٣) صحيح مسلم ١٣١٦/٣ - كتاب الحدود.

(٤) صحيح البخاري ١٩٩/٨.

ثانياً: استدلو من السنة بقصة المرأة المخزومية:

"عن عائشة* رضي الله عنها أن قریشاً أہمتهم المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أسامة* حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكلم رسول الله ، فقال: أتشفع في حد من حدود الله ، ثم قام فخطب فقال: يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد، وأيم الله، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها".

والدلالة أن الحديث نص صريح على أن المرأة المخزومية سرقت، بدلالة "أہمتهم" كما قال صاحب الفتح، "أہمهم شأن المرأة" أي أمرها المتعلق بالسرقة، وسبب إعظامهم ذلك خشية أن تقطع يدها لعلمهم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يرخص في الحدود.^(١)

والمرأة إنما سرقت لا جحدت فوجب عليها القطع، ذلك أنه يحتمل أن تكون سرقت القطيفة وجحدت الحلى لذا قطعت.

ثالثاً: استدل الجمهور أن الجاحد يختلف لفظاً ومعنى عن السارق. فالجحد والجحود "الإنكار مع العلم".^(٢) والسرقة من سرق الشيء يسرقه، والسارق عند العرب من جاء مستتراً إلى حرز.^(٣)

وعلى ذلك فالدلالة اللفظية تبين التباين بين لفظي "سارق" و"جاحد"، فجاحد العارية ناكراً لها مع العلم، فهو خائن، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن

* عائشة بنت أبي بكر الصديق، أم المؤمنين وزوج النبي (ص) تزوجها النبي قبل الهجرة بسنتين وهي بكره، أمها أم رومان إبنة عامر بن عويمر بن عبد شمس، روت الأحاديث عن النبي (ص)، تهذيب التهذيب ١٢/٤٣٣. * هو أسامة بن زيد بن ثابت بن شريحيل حب رسول الله، أمه أم أيمن حاضنة رسول الله (ص)، أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير ١/٧٩.

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٢/٧٣-٧٤.

(٢) لسان العرب ٣/١٠٣.

(٣) لسان العرب ١٠/١٥٥-١٥٦.

جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس على خائن قطع".^(١)

الترجيح:

للترجيح بين الآراء بالنظر إلى رأي ابن حزم وأدلته والجمهور وأدلتهم فرأي جمهور الفقهاء راجح ذلك أن ادلتهم وضحت أن الحدود نص عليها الشارع على سبيل الحصر وليس من بينها جحد العارية.

فضلاً على أن العقوبات الحدية عقوبات مقدرة لحدود معتبرة بالنصوص، التي لم تشمل جحد العارية.

كما إن الاستدلال بالدلالة اللفظية والتمييز بين جحد العارية والسرقه بيّن الفرق بينهما لفظاً ومعنى.

أما الاستدلال من السنة بحديث المرأة المخزومية، فقد دلت السنة وشروحها أنها إنما سُرقت لا جحدت كما ذهب إلى ذلك ابن حزم.

وأخيراً فالفرق بين السرقه وجحد العارية واضح من حيث أن جحد العارية إنما يكون بالأخذ ابتداءً والعلم ثم الجحد لاحقاً، أما السرقه فابتداءً تحدث مسارقة بدون علم.

أما القانون الجنائي ١٩٩١م فقد اخذ فيه المشرع برأي الجمهور بعدم اعتبار جحد العارية من الحدود وبذلك اخذ بالرأي الراجح.

(٤) سنن أبي داود ٨٠/٥ - كتاب الحدود - باب القطع في الخلسة والخيانة، حديث حسن، نصب الرأية ٣٦٤/٢.

المطلب الثاني

درء الحدود بالشبهات

الحدود تقدم أنها عقوبات مقدرة حقاً لله تعالى لا يجوز في عقوباتها الزيادة عليها أو النقصان.

وهناك مبدأ من المبادئ التي اشتهرت بين الفقهاء وهو "مبدأ درء الحدود بالشبهات" الذي اختلف فيه ابن حزم مع الجمهور من الأئمة الأربعة في عدم الأخذ به. وذلك لأنه يرى أن الحدود لا تثبت بشبهة ولا تقام بشبهة، فدل ذلك على اعتبار مبدأ درء الحدود بالشبهات عنده.

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا تقام بشبهة، وإنما هو الحق لله تعالى والآخرين فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة، وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة.^(١)

ويستخلص من رأى ابن حزم أنه لم يأخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات، ولم يجز أن يحتال الإمام أو من يفوضه لدرء الحد بالشبهة، فالحد إما أن يثبت بالبينة الشرعية فتقام العقوبة الشرعية المقدرة، وإما أن لا يثبت الحد فلا تطبق عقوبة.

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على درء الحدود بالشبهات.

الإمام أبو حنيفة:

عنده لا يثبت الحد بالشبهة، والقاضي مندوب إلى الاحتياط لدرء الحدود بالشبهات".^(٢)

(١) الشبهة: الالتباس - القاموس المحيط ٢٨٦/٤ - باب الهاء فصل الشين .

(٢) بدائع الصنائع ١٠٢/٧ .

الإمام مالك :

أخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات، كما ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة. وقد مثل الإمام مالك لدرء الحدود بالشبهات بمن نكح خامسة، أو نكح امرأته المطلقة ثلاثاً قبل زوج، أو نكاحه سائر المحرمات المتفق على تحريمهن وكان يجهل ذلك. ومثل أيضاً لدرء الحد بالشبهة بالمستأجرة للزنا إذا أجرها سيدها. والشبهة التي ذهب إليها الإمام مالك إنما هي للشبهة في العقد.^(١)

الإمام الشافعي:

عنده تدرأ الحدود بالشبهات، ومثل لذلك بإيلاج الذكر بفرج محرّم لعينه خالٍ عن الشبهة مشتهى لوجه الله تعالى، لذا لا حد بمفاخضة أو بوطء زوجته في الحيض.^(٢)

قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م:

تناول المشرع في قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م مبدأ درء الحدود بالشبهات في المادة ٦٥ منه والتي تقرأ:

م ١/٦٥ "تدرء الحدود بالشبهات".

٢ "يعد من الشبهات الرجوع عن الإقرار واختلاف الشهود ورجوع الشاهد عن شهادته".

٣ "يدرأ الحد عن الزوجة في الملاعنة حلفها".

ومن نص المادة (٦٥) يظهر أن القانون أخذ برأي الجمهور بدرء الحدود بالشبهات.

ومن تطبيقات السوابق القضائية لمبدأ درء الحدود بالشبهات ما جاء في "حكومة السودان ضد عائشة آدم إبراهيم: والتي تتلخص وقائعها في ان المتهمة شردت من زوجها وهي في عصمته، وتزوجت برجل آخر، فقضت المحكمة

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣١٤/٤ .

(٢) مغنى المحتاج ٢٤٤/٤ - نهاية المحتاج ٤٢٣/٧ .

بمحاكمتها بالإعدام شنقاً ، ثم جاء حكم المحكمة العليا بهذا النقض مفيداً أن عقد الزواج الذي تمَّ يعد من الشبهات التي تسقط الحد.^(١)

وجاء في حكومة السودان ضد كلثوم خليفة عجبنا" ما يلي: "ادعاء الإكراه في ارتكاب الزنا لدى المراحل الاستثنائية يعتبر شبهة تدرأ الحد".^(٢)

وجاء في حكومة السودان ضد أميرة عبد الله أحمد ما يلي: "إذا أقرت الزوجة بالزنا بشخص فأنكر وكذبها في ذلك سقط عنها الحد للشبهة"^(٣).

وجاء في حكومة السودان ضد آدم محمد بن ما يلي: "إن الرجوع عن الإقرار يجوز في الحدود الشرعية، أما في حقوق العباد فإنه لا يجوز وبالتالي فإن الإقرار في كل المسائل الجنائية يعتبر شبهة تجعل الإقرار المرجوع عنه بينة غير قاطعة".^(٤)

ويبدو من التطبيقات القضائية السابقة اعتبار عقد النكاح اللاحق للعقد الأول شبهة تدرأ الحد إذا تم عن عدم علم، وكذلك الإكراه والرجوع عن الإقرار يعتبران من الشبهات التي تدرأ الحد.

أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم من الكتاب والسنة على أن الحدود لا تدرأ بالشبهات ولا تقام بالشبهات.

أولاً: استدل من الكتاب بقوله تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا).^(٥)

والدلالة أن الله تعالى بيّن الحدود ونهى عن الدخول فيها وقربها ، ولذلك لا مجال مع النهي الصريح القوي القول بدرانها بالشبهة.

ثانياً: استدل ابن حزم من السنة بما يلي:

(١) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٣/

(٢) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٢/٢٢٩ .

(٣) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م/٩٩ .

(٤) مجلة الأحكام القضائية السودانية

(٥) سورة البقرة آية ١٨٧ .

عن أبي بكرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا ...".^(١)

كما استدل أيضاً من السنة: "عن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهة، فمن ترك ما شبه عليه من الإثم كان لما استبان أترك، ومن اجتراً على ما يشك فيه من الإثم، أوشك أن يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله، من يرتع حول الحمى يوشك أن يواقع".^(٢)

ودلالة الحديث الأول حرمة الأنفس والأموال والأعراض وانتهاكها لذا فإتيان الحدود يوجب الحد عليها لأنها بذلك تخرج من العصمة لدخولها في إتيان حد من حدود الله تعالى.

أما الحديث الثاني فدلالته واضحة في أن التحذير من الدخول في الشبهات يوجب عدم درء الحدود بالشبهات.
أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من السنة على درء الحدود بالشبهات بأحاديث منها:
عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".^(٣)
ودلالة الحديث أن الحدود مبنية على الدرع بالشبهات.

عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: أتى رجل من المسلمين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فناده، فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض

(١) صحيح البخاري ٢٣/٢-كتاب العلم- باب رب مبلغ أوعى من سامع.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٢٩٠/٤ .

(٣) المستدرک على الصحيحين ٣٨٤/٤- قال الحاكم حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه - نصب الراية لأحاديث الهداية ٣٠٩/٣ الزيلعي، جمال الدين أبي عبد الله بن يوسف الحنفي - قال الزيلعي الحديث مرفوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

عنه، فتنحى تلقاء وجهه فقال له يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه، حتى ثنى عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات، دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أبك جنون، قال: لا قال: هل أحصنت، قال: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه".^(١)

ودلالة الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بإعراضه عن من أتاه مقراً بالزنا وتكرار الإقرار منه ثم سؤال النبي له أبك جنون فيه احتيال النبي صلى الله عليه وسلم ونظره إلى توافر شبهة يدرأ بها الحد عن الرجل ولو كانت الشبهات لا تدرأ الحد لاكتفى النبي صلى الله عليه وسلم بإقرار الرجل من أول مرة.

الترجيح:

بالموازنة بين رأي ابن حزم وأدلته والجمهور من الأئمة الأربعة وأدلتهم. فابن حزم ينكر مبدأ درء الحدود بالشبهات واستدل لعدم درءها بالشبهات بأدلة من الكتاب والسنة.

أما باقي الجمهور فيرون أن الحدود تدرأ بالشبهات واستدلوا بحديث السيدة عائشة رضي الله عنها عن الرسول صلى الله عليه وسلم بدرء الحدود بالشبهات والأحاديث الأخرى عنه صلى الله عليه وسلم في شأن من أتاه مقراً بالزنا. فأدلة ابن حزم والآيات التي استدلت بها من العموم الدال على النهي عن قرب والتعدي على حدود الله تعالى، والاستدلال بها على عدم درء الحدود بالشبهات استدلال غير راجح.

أما ما استدلت به الجمهور من السنة عن الرسول صلى الله عليه وسلم فحديث السيدة عائشة رضي الله عنها مشتهر والحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم ورد عنه في من أتاه معترفاً بالزنا وتكراره، الإقرار عليه ثم سؤاله أبك جنون، فيه دلالة واضحة على الاحتياط لدراء الحدود بالشبهات وذلك بالبحث والكشف عن الشبهة. وعلى ذلك فرأي الجمهور هو الرأي الراجح وبذلك أخذ المشرع في قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م حيث نص على درء الحدود بالشبهات.

(١) صحيح مسلم ١٣١٨/٣ - كتاب الحدود - باب من اعترف بالزنا.

المطلب الثالث

إقامة الحدود على أهل الكفر

أهل الكفر ملل وطوائف كثيرة ومنهم من ينكرون الوجدانية ويقرون بالصانع وهؤلاء هم الوثنية والمجوس، ومنهم من يقر بالله تعالى وتوحيده وينكرون رسالة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وهم اليهود والنصارى والأخيريون إما أن يكونوا في دار الحرب فتسري عليهم أحكام دار الحرب أو يكونوا داخل دولة الإسلام ودخلوا في الأمان بالمعاهدة وعقد الجزية.^(١)

لذا في إقامة الحدود على المعاهدين منهم والمستأمنين اختلف الفقهاء ، فذهب ابن حزم إلى إقامتها على أهل الذمة وخالفه الجمهور في ذلك حيث يرى منهم أن للإمام الخيار في إقامتها عليهم، ورأى البعض الآخر عدم إقامتها لعدم توافر شرط الإسلام.

لتفصيل الآراء نورد رأي كل فريق وأدلته.

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم أن الحدود تقام على أهل الذمة ذلك لأن الآية الكريمة التي خيرت في الحكم عليهم منسوخة، والتخيير في الحكم لا في الحكم عليهم جملة، وإقامة الحدود حكم عليهم لا حكم بينهم ، فليس للحدود في الآية مدخلاً أصلاً فيسقط التعلق بها.^(٢)

رأي الجمهور:

اتفق الجمهور على عدم إقامة الحدود على أهل الذمة:

الرأي الأول: للإمام أبي حنيفة، وعنده الإسلام شرط لإقامة الحدود فلا يقام

الحد على الذمي والحربي والمستأمن بالشرب ولا بالسكر.^(٣)

(١) بدائع الصنائع ١٠٢/٧-١٠٣ .

(٢) المحلى ١٦٠/١١ .

(٣) بدائع الصنائع ٥٨/٧ .

الرأي الثاني: للإمام مالك، الذي يرى أنه إذا وجد الإمام أهل الكتاب سكارى أو على زنا تركوا إلا أن يظهروا ذلك فيعاقبوا".^(١)

الرأي الثالث: للإمام الشافعي وأحمد، في "رواية" ويرون أن الإمام مخير في إقامة الحدود عليهم.^(٢)

قال الشافعي: "جعل للنبي صلى الله عليه وسلم الخيار في أن يحكم بينهم أو يعرض عنهم إذا زنوا" وعلى ذلك فللإمام الخيار في الحكم بينهم أو ترك الحكم عليهم.^(٣)

الرأي الرابع: للإمام أحمد وجاءت عنه روايتين:

الأولى: للإمام الخيار في أن يحكم بينهم.

الثانية: أن الحد يقام على أهل الذمة ولا يقام على المستأمن.

جاء في كشف القناع قال أحمد: "فلو زنى واحد منهم - أي واحد من أهل الذمة - وجب الحد ولا يقام الحد على المستأمن".^(٤)

ومن آراء الفقهاء فابن حزم ذهب إلى إقامة الحدود على أهل الذمة وخالفه الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في الرواية الأولى عنه إلى أن الحدود لا تقام على أهل الذمة وإن تحاكموا إلى الإمام فهو مخير للحكم بينهم بما يجده في كتابهم وعلى الرواية الثانية وهي الراجحة عن الإمام أحمد وافق بها ابن حزم في عدم إقامة الحدود على أهل الذمة.

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

بيّن المشرع كما تقدم في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م جرائم الحدود في المادة (٣) منه، وقد أفرد لكل جريمة حدية مادة تناولتها بالتعريف ، وبيّن شروط إقامتها ومسقطاتها.

(١) المدونة الكبرى ٢٥٦/٦ .

(٢) الأم ١٥٠/٦ .

(٣) الأم ١٥٠/٦ .

(٤) كشف القناع ٩٠/٥ - ٩١ .

وأقامة الحدود على غير المسلمين باستعراض المواد التي تناولت جرائم الحدود يبدو أظهر تطبيق لها في نص المادة (٧٨) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م.

تقرأ المادة ١/٧٨ كالآتي: "من يشرب خمرًا أو يحوزها أو يصنعها يعاقب بالجلد أربعين جلدة إذا كان مسلماً".

في البند (٢) تقرأ: "دون مساس بأحكام البند (١) من يشرب خمرًا ويقوم باستفزاز مشاعر الغير أو مضايقتهم أو إزعاجهم أو يشربها في مكان عام أو يأتي مكاناً عاماً وهو في حالة سكر فيعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز شهراً أو بالجلد بما لا يتجاوز أربعين جلدة كما تجوز معاقبته بالغرامة أيضاً".

ومن نص المادة ٢/١/٧٨ ، فالبند الأول نصّ على حد الشرب للمسلم وبمفهوم المخالفة لا تطبق العقوبة الحدية من نصّ المادة ١/٧٨ على غير المسلم وبالتالي عند النزول بالجلد عن أربعين إذا طبقت العقوبة على غير المسلم تكون تعزيراً لا حداً.

أما البند (٢) من المادة (٧٨)، فمن مفهوم ودلالة النص يشمل المسلم وغير المسلم مع اقتران الفعل بتسبب الإزعاج لإتيان الفعل في مكان عام أو أن يأتي الجاني مكاناً عاماً وهو في حالة سكر، ويلاحظ أن النصّ تناول الشرب والسكر وذلك للدلالة على أن شرب الخمر تدرج حتى وصل درجة الإسكار الشديد.

والعقوبة بمقتضى المادة ٢/٧٨ حدية للشرب على المسلم مع جواز اجتماع التعزير في حقه مع العقوبة الحدية. أما غير المسلم فالعقوبة تعزيرية، ومعنى ذلك أن الحد لا يقام على غير المسلم وإنما يعزر بالسجن أو بالجلد في حالة تسبب الإزعاج العام أو الحضور في حالة سكر لمكان عام حيث ان معناه أن الفعل تمّ منهم بإظهار ومجاهرة وذلك يوافق رأي الإمام مالك.

أما بقية جرائم الحدود المنصوص عليها في المواد ٣/٤/١٤٦ جريمة الزنا، وجريمة القذف في المادة ٥٧، والحاربة في المادة ١٦٧ والمادة ١٧٤ السرقة الحدية بمسقطاتها لم ينص المشرع على كون مرتكب الجريمة مسلماً أو غير مسلم. عدا المواد ٤/١٤٦ ، ١/١٦٨ ، ١٢٦ الردة حيث جعل المشرع الإستثناء إقليمي مستنداً

لقاعدة إقليمية النص الجنائي " حيث استثنى تطبيق حد الزنا وعقوبة الحرابة والردة في الولايات الجنوبية على غير المسلم.

أما المسلم فتطبق عليه قاعدة " شخصية النص الجنائي " فتطبق عليه أحكام الحدود أينما وجد داخل السودان .

ويظهر استثناء المشرع للولايات الجنوبية من تطبيق جرائم الحدود على غير المسلمين من نص المادة (٣/٥) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م حيث تقرأ كالاتي: "لا تسري أحكام المواد ١/٧٨ ، ٨٥ ، ١٢٦ ، ١/١٣٩ ، ١/١٤٦ ، ١٥٧ ، ١/١٦٨ ، ١٧١ على الولايات الجنوبية إلا إذا قررت السلطة التشريعية خلاف ذلك أو طلب المتهم تطبيقها عليه".

وعلى ذلك فالاستثناء إقليمي وشخصي لغير المسلم، ويفهم من عبارة "أو طلب المتهم" أن أحكام الحدود تطبق على المسلم أينما وجد داخل السودان ولا يمنع الاستثناء من تطبيق جرائم الحدود على المسلمين في الولايات الجنوبية.

وأما الردة وفقاً للمادة ١٤٦ فمع الاستثناء في المادة ٣/٥ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، إلا أن نص المادة نفسه استثنى غير المسلم من تطبيقها مطلقاً، حيث إن شرط تطبيقها هو توافر شرط الإسلام، وإن كان الجاني مسلماً يشترط أن لا يكون حديث عهد بالإسلام.

أدلة ابن حزم :

استدل ابن حزم من الكتاب :

أولاً: من الكتاب استدل بقوله تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ).^(١)

ثانياً: وبقوله تعالى: (وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ).^(٢)

والدلالة على أن الحدود تطبق على الكل في كل حد .

^(١) سورة البقرة آية ١٨٧ .

^(٢) سورة المائدة آية ١٤٨ .

ثالثاً: استدل بقوله تعالى: (وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ).^(١)

استثناء لورود النهي مطلقاً من قربها والتعدي بفعلها وارتكابها، كما إن إقامة الحدود عليهم تطبيق لما نزل على الرسول صلى الله عليه وسلم من الله تعالى في حكمهم والحكم بينهم. كما أن القرآن مهيم على ما سلف من الكتب أو لمن نزلت عليهم، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم مأمور على الحكم بينهم بناء على ذلك من كتاب الله تعالى، والحدود تطبيق لما هو منصوص عليه في كتابه.^(٢)

أما الآية الأخيرة التي استدل بها ابن حزم فدلالتها على أن القتال عام في الآية على أهل الكفر إعلاء لدين الله فدل ذلك على إقامة الحدود عليهم.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من الكتاب والسنة:

أولاً: استدلوا من الكتاب بقوله تعالى: (فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ).^(٣)

والدلالة من الآية أنها خيرت النبي صلى الله عليه وسلم حين جاءه قوم المرأة البغية للحكم بينهم بالحق بما يعلمه أنه الحق من عند الله في من فعل فعل المرأة البغية أو أعرض عنهم ودع الحكم بينهم وإن شئت لك الخيار في ذلك.^(٤)

ولذا الأمر الذي فيه التخيير لا يحمل على الوجوب بإقامة الحد على أهل الكفر.

ثانياً: استدل الجمهور من السنة: " عن نافع* أن عبد الله بن عمر أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بيهودي ويهودية قد زنيا، فانطلق رسول الله

(١) سورة الأنفال آية ٣٩ .

(٢) تفسير الطبري ٢٢٦/٥، (مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر ١٩٥٤ م).

(٣) سورة المائدة ، آية ٤٢ .

(٤) تفسير الطبري ٢٤٢/٦ .

صلى الله عليه وسلم حتى جاء يهود فقال: "ما تجدون في التوراة على من زنى قال: نسود وجوههما ونحملهما ونخالف بين وجوههما ويطاف بهما، قال: فأتوا بالتوراة إن كنتم صادقين، فجاءوا بها فقرأها حتى إذا مروا بآية الرجم فوضع الفتى الذي يقرأ يده على آية الرجم، وقرأ ما بين يديها وما وراءها، فقال له عبدالله بن سلام وهو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليرفع يده فرفعها فإذا محلها آية الرجم فأتى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما".^(١)

والدلالة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بينهم بما وجده في كتابهم والآية فيها النص على التخيير على الحكم بينهم.^(٢)

وقد رجمهما الرسول صلى الله عليه وسلم بحكم التوراة من باب تنفيذ الحكم عليهم بما في كتابهم حيث إنه وجد في التوراة حكم الرجم على المحصن وغير المحصن وقد كان ذلك أول دخول النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وكان مأمور باتباع حكم التوراة والعمل بها حتى نسخ ذلك بالتفرقة بين المحصن وغير المحصن ، والنبي صلى الله عليه وسلم لمّا حكم عليهم إنما اختار ذلك لما في الآية من تخيير.^(٣)

الترجيح:

وبالموازنة بين رأي ابن حزم ورأي الجمهور، فرأي الجمهور راجح لقوة الأدلة التي استدلوها بها من تخيير أو دلالة على عدم إقامة الحدود عليهم كما ذهب إلى ذلك الإمام مالك بأن يظهروا ما ارتكبهوا كالمجاهرة بشرب الخمر.

والآيات دلالتها إقامة حكم الله بينهم لا تطبيق حدوده عليهم والتخيير في الآية يفيد أن إقامة الحدود على أهل الكفر ليست واجبة وبالتالي فالحاكم يختار الأنسب ويُعمل النظر في ما يجده من أحكام في كتبهم كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم.

* نافع بن عبد الحارث الخزاعي الثقفي أخو أبي بكر، وكان نافع أحد الشهود على المغيرة بن شعبة مع أبي بكره وزيد وشبل بن معبد إلا أن زياداً لم يقطع بالشهادة فسلم زياد من الحد، تهذيب التهذيب ٦٤٨/٨ .

(١) صحيح البخاري ٢٠٥/٨ .

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ١٢/١٤٠-١٤٢ .

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٢/١٤٠-١٤٢ .

أما الأدلة من الآيات التي استدلت بها ابن حزم فهي حجة عليه لا له، ومن وجه آخر فإن الآية الأولى من العموم لا تنهض وحدها دليلاً على إقامة الحدود على أهل الكفر.

المبحث الثاني المسائل الخلافية في حد السرقة

المطلب الأول الحرز في السرقة

الحرز لغة: "الموضع الحصين".^(١)

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: "المكان ينصب عادة لحفظ المال بحيث لا يعد صاحبه مضيقاً له بوضعه فيه كالحانوت والدار والخيمة والشخص".^(٢)
وعرفه المالكية: "المكان الذي يحفظ به الأموال كي يعسر أخذها مثل الأغلاق والحظائر وما أشبه ذلك".^(٣)

وعند الشافعية: "يرجع في الحرز إلى ما يعرفه الناس حرزاً فما عرفوه حرزاً قطع بالسرقة منه، وما لا يعرفونه حرزاً لم يقطع بالسرقة منه لأن الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد من جهة الشرع فوجب الرجوع فيه إلى العرف".^(٤)
وعند الحنابلة: "وحرز المال ما جرت العادة الحفظ فيه".^(٥)

ومن التعريفين اللغوي والاصطلاحي يتضح أن الحرز هو الموضع الحصين لحفظ المال عادة ذلك أن اعتبار المكان حرزاً ضابطه العرف.

ومن ثم الحرز من الشروط التي اشترطها الفقهاء للقطع في السرقة حتى تعتبر حداً ، والحرز عندهم ينقسم لنوعين حرز بنفسه وحرز بالحافظ، وقد انفرد ابن حزم عنهم في عدم اشتراطه الحرز لذا نوضح رأيه وأدلته وآراء الفقهاء وأدلته.

رأي ابن حزم:

(١) لسان العرب ٣٣٢/٥ .

(٢) تبیین الحقائق شرح كنز الرقائق ٢٢٠/٣ ، الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي (طبعة دار المعرفة بيروت) .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٣٦/٢ .

(٤) المجموع شرح المذهب ٨٣/٢٠ .

(٥) كشف القناع ١٣٦/٦ .

يرى ابن حزم القطع في السرقة مطلقاً ، سواء كان المسروق من حرز أو من غير حرز. (١)

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على أن الحرز شرط في السرقة الحدية.

الإمام أبو حنيفة:

يشترط عند أبي حنيفة الحرز للقطع في السرقة والمباشرة بأن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه. (٢)

الإمام مالك:

عنده يقطع من سرق نصاباً وأخرجه من حرزه. (٣)

الإمام الشافعي:

"عنده من سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم أحكام الإسلام نصاباً من المال الذي يقصد إلى سرقة من حرز مثله لا شبهة فيه وجب القطع". (٤)

الإمام أحمد:

"للقطع عنده يشترط أن يسرق من حرز يخرج منه". (٥)

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

اشترط المشرع في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م لاعتبار السرقة حدية أخذ المال البالغ النصاب من حرزه.

تنص المادة (١/١٧٠) على الآتي:- "يعد مرتكباً جريمة السرقة الحدية من يأخذ خفية بقصد التملك مالاً منقولاً متقوماً مملوكاً للغير شريطة أن يؤخذ المال من حرزه ولا تقل قيمته عن النصاب".

(١) المحلى ٣٢٧/١١ .

(٢) المبسوط ١٣٤/٩ - بدائع الصنائع ١٢٥/٧ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣٥١/٤ - المدونة الكبرى ٢٨٣/٦ .

(٤) الأم ٢٠٤/٦ - المجموع شرح المذهب ٢٦٢/٢١ .

(٥) كشف القناع ١٣٤/٦ .

وتنص المادة (٤/١٧٠) على الآتي:- "يقصد بالحرز المكان الذي يحفظ فيه أو الوجه الذي يحفظ به المال المعين وأمثاله عادة أو في عرف أهل البلد أو المهنة المعينة وبعد المال في حرز حيثما كان محروساً".

ومن نص المادة (١٧٠) يظهر اشتراط الحرز لاعتبار السرقة حدية حتى يجب القطع فيها، ومن ثم وافق القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م رأي الجمهور في اشتراط الحرز.

ويبدو مما يدل على اشتراط الحرز في حد السرقة أن المشرع جعل الأذن في دخول الحرز من مسقطات السرقة الحدية وذلك بالنص عليه في المادة (١٧٢) فقرة (ز).

تنص المادة (١٧٢/ز) على الآتي:- "تسقط عقوبة الحد في جريمة السرقة الحدية إذا كان الجاني مأذوناً له في دخول الحرز".
والعلة من سقوط الحد بالإذن لحدوث الشبهة بالإذن.

ومن تطبيقات السوابق القضائية على اشتراط الحرز ما جاء في سابقة: حكومة السودان /ضد/ خلف الله عبد اللطيف والتي جاء فيها ما يلي: "أدانت محكمة كبرى المتهم خلف الله تحت المادة (٣٣٢) عقوبات لسنة ١٩٨٣م، وحكمت عليه بالسجن خمس سنوات من تاريخ الحكم والغرامة ألف جنيه وفي حالة عدم الدفع السجن سنة أخرى ، وأدانت المتهم يوسف عبد الله تحت المادة (٢/٣٣٢) عقوبات لسنة ١٩٨٣م وعاقبته بقطع اليد اليمنى من مفصل الكف ، وعند رفع الأوراق للتأييد، جاء حكم المحكمة العليا بالنقض وذلك لأن الأصل في الشريعة الإسلامية لا يقطع في السرقة إلا الشخص الذي أخرج المسروق من الحرز".^(١)
أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على اشتراط الحرز بالكتاب والسنة.

(١) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٠م /٦٤ - طعن بالنقض م ع/ف ج/حدي/٥٣/١٤٠٧هـ.

أولاً: من الكتاب استدلوا بقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ).^(١)

ووجه الدلالة أن الآية وإن كان جاءت عامة بقطع كل سارق وسارقة إلا أن السرقة لا تحدث إلا مسارقة للعين وبالتالي وجب اعتبار الحرز في السرقة.^(٢)

ثانياً: استدل الجمهور من السنة: "عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فإذا أواه المراح أو الجرين* فالقطع فيما بلغ ثمن المجن".^(٣)

والحديث فيه دلالة على اعتبار الحرز للقطع في الثمر إذا حفظ في المكان الذي يحفظ فيه عادة (الجرين) والماشية بإدخالها حظائرها (المراح).

ولا اعتبار الحرز بالحافظ حادثة رداء صفوان وجاء من السنة فيها: روى عن صفوان ابن بن أمية* قال: "كنت نائماً في المسجد على خميسة لي ثمنها ثلاثون درهماً فجاء رجل فسرقه، فأخذ الرجل وأتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به فقطع".^(٤)

ومن السنة استدل الجمهور أيضاً بعدم قطع النباش والمختلس والمنتهب لاختلال شرط الحرز.

"عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع".^(٥)

^(٢) سورة المائدة ، آية ٣٨ .

^(١) تفسير الطبري ٢٢٩/٦ .

* الجرين: موضع البر والتمر والعنب - لسان العرب مادة جرن .

^(٢) سنن أبو داود ١٣٨ / ٤ - كتاب الحدود - باب ما لا قطع فيه، حديث حسن، نصب الراية ٣٦٣/٣.

* صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن جمح القرشي، قتل أبوه يوم بدر كافراً، وأسلم هو بعد الفتح وكان من المؤلفين قلوبهم، شهدوقعة اليرموك، وروى عن النبي (ص)، تهذيب التهذيب ٤٢٤/٤.

^(٣) سنن أبي داود ١٣٨/٤ - كتاب الحدود - باب من سرق من حرز، أخرجه الحاكم في المستدرک ٣٨٠/٤ وقال حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

^(٤) سنن أبي داود ٥٨/٥ - كتاب الحدود القطع في الخلصة، سبق الحكم عليه .

ثالثاً: استدل الجمهور بقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه باشتراط الحرز واشتراط حرز المثل في الثمر للقطع.

روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "من أخذ من التمر شيئاً فليس عليه قطع حتى يؤويه صاحبه إلى المرابذ والجرائن فإن أخذ منه بعد ذلك ما يساوي ربع دينار قطع".^(١)

الترجيح:

بالرجوع لابن حزم ورأيه وما استدل به في عدم اشتراط الحرز في السرقة ورأى الجمهور باشتراط الحرز وأدلتهم عليه، فرأى الجمهور راجح ذلك أن الأدلة من الكتاب والسنة وقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه دللت على اشتراط الحرز في السرقة.

وما ذهب إليه ابن حزم غير راجح ذلك أن الآية التي استدل بها وإن كانت عامة في كل سارق وسارقة إلا أنها كذلك لما كانت طبيعة السرقة أخذ المال خفية اعتبر الحرز فيها.

والاستدلال بحديث المرأة المخزومية على اعتبار أنها كانت تأخذ المتاع وتجده من غير حرز فالأدلة الأخرى دللت من كتب التفاسير وشروح السنة على أن المرأة إنما سرقت لذا قطعت.

وأما القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م فقد أخذ برأي الجمهور في اشتراط الحرز ومن ثم أخذ بالرأي الراجح.

^(٥) مصنف عبد الرزاق ٢٢٣/١٠.

المطلب الثاني النصاب في السرقة

النصاب في السرقة يعني المقدار الذي يخرج من المال حتى يقطع فيه^(١)، وفي اشتراط النصاب اختلف الفقهاء فذهب ابن حزم إلى عدم اشتراطه مخالفاً الجمهور من الأئمة الأربعة.

رأي ابن حزم:

ذهب ابن حزم إلى أنه لا اشتراط للنصاب في السرقة لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يعين مقداراً للقطع في السرقة ولو أنه أراد ذلك لبيّنه. وعند ابن حزم يجب القطع فيما سوى الذهب فيما يساوي ثمن جحفه أو ترس قل ذلك أو كثر دون تحديد.^(٢)

رأي الجمهور :

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على اشتراط النصاب في السرقة الحدية.

قال أبو حنيفة: "إذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمة عشرة دراهم مضروبة وجب القطع".^(٣)

وعند الإمام مالك: "تقطع يد السارق المكلف سواء كان مسلماً أو كافراً أو أنثى بربع دينار أو ثلاثة دراهم".^(٤)

قال سحنون: "عند مالك يقطع إذا سرق قيمة ثلاثة دراهم ذلك اليوم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قطع في ثلاثة دراهم".^(٥)

وقال الشافعي: "يشترط للقطع في السرقة أن يكون المسروق قيمته ربع دينار".^(١)

(١) لسان العرب ١/٧٦١ .

(٢) المحلى ١١ / ٣٥٢ .

(٣) رد المحتار ٨٢/٤ - ٨٣ - فتح القدير ٢٢٠/٤ .

(٤) حاشية الدسوقي ٣٤٠/٤ .

(٥) المدونة الكبرى ٢٦٥-٢٦٦ .

"ولا يجب القطع فيما دون النصاب، والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار".^(٢)

وعند أحمد بن حنبل: "نصاب السرقة ثمانية دراهم أو ربع دينار".^(٣)
ومن ثم اتفق الجمهور على اشتراط النصاب وانفرد عنهم ابن حزم بقوله عدم اشتراطه.

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

تنص المادة ٥/١٥٧ على الآتي: "يكون النصاب ديناراً من الذهب يزن ٤,٢٥ جراماً أو قيمته من النقود وفق ما يقدره من حين لآخر رئيس القضاء بالتشاور مع الجهات المختصة".

وقد صدر آخر منشور من سعادة رئيس القضاء فجعل قيمة النصاب من النقود مبلغ أربعة عشر ألف وخمسة وعشرين ديناراً.^(٤)

والعلة في تقدير القيمة من وقت لآخر مراعاة القوة الشرائية للنقود وتغيرها.
ومن ثم إذا توافر النصاب وجب القطع وإن لم يتوافر عُد ذلك من مسقطات السرقة الحدية.

ومن تطبيقات السوابق القضائية على اشتراط النصاب ما جاء في حكومة السودان /ضد/ أنطونيو شريك "حيث جاء فيها : السرقة الحدية لا يثبت النصاب فيها بالفواتير والمستندات وإنما بشهادة رجلين عدلين خبيرين".^(٥)
أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم بالكتاب والسنة.

أولاً: استدل ابن حزم بقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ).^(٦)

^(٦) مغنى المحتاج ١٥٨/٤ .

^(١) المجموع شرح المذهب ٧٩/٢٠ .

^(٢) كشف القناع ١٣١/٦ - المغني ٢٤٢/٨ .

^(٣) منشور ٢٠٠٤/٢ الصادر من سعادة رئيس القضاء بتقدير قيمة النصاب.

^(٤) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٢م/٨٨ .

^(٥) سورة المائدة آية ٤٢ .

والدلالة أن القطع ورد مطلقاً من غير اشتراط للنصاب.

ثانياً: استدل من السنة: " عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن".^(١)

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده".^(٢)

والدلالة من الأحاديث السابقة أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يشترط النصاب في السرقة للقطع ، حيث تستوي السرقة للبيضة فتقطع وللحبل فتقطع اليد.
أدلة الجمهور:

استدلوا على اشتراط النصاب من السنة وبقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

أولاً: من السنة استدلوا: "عن عائشة رضي الله عنها قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تقطع اليد في ربع دينار".^(٣)
"وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: "قطع النبي صلى الله عليه وسلم يد السارق في مجن ثمنه ثلاثة دراهم".^(٤)

"وعن هشام بن عروة عن أبيه رضي الله عنهما أن يد السارق لم تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في ثمن حجة أو ترس".^(٥)
والدلالة واضحة على اشتراط النصاب للقطع في السرقة، وقدر النصاب بربع دينار أو بثلاثة دراهم.

ثانياً: استدلوا بقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأن يد السارق لا تقطع إلا في ربع دينار.

(١) صحيح البخاري ١٦٦/٨ .

(٢) صحيح البخاري ١٩٨/٨ .

(٣) صحيح البخاري ١٩٩/٨ .

(٤) صحيح البخاري ٢٠٠/٨ .

(٥) صحيح البخاري ٢٠١/٨ .

وقضى سيدنا عمر كذلك بعدم القطع على من سرق ثوباً ، حيث قال: لسيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه قومه، فقومه بثمانية دراهم فلم يقطعه".^(١)
ويظهر من تقويم الثوب أنه لم يبلغ قيمته ربع دينار لذا لم يقطع به سيدنا عمر رضي الله عنه.

الترجيح:

للترجيح بين رأي ابن حزم ورأي الجمهور فبالنظر إلى الأدلة التي استدلت بها ابن حزم على عدم اشتراط النصاب وقف بها عند ظاهر النصوص كما إن استدلاله من السنة بحديث "لعن الله السارق يسرق البيضة".
فالحديث فيه نوع من القياس بين البيضة والحبل ومعلوم أن ابن حزم ينكر القياس ومن ثم عارض بذلك منهجه في عدم الاخذ بالقياس.
أما الجمهور فرأيهم راجح ذلك أن اشتراط النصاب راجح بالأدلة التي استدلتوا بها خاصة من السنة ، التي بينت مقدار النصاب برقع دينار أو ما يقابل قيمته من الدراهم.

والاستدلال بالأثر عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يؤكد ما جاء في السنة عن الرسول صلى الله عليه وسلم بتحديد النصاب في السرقة برقع دينار.
أما القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م فقد أخذ المشرع فيه برأي الجمهور من الأئمة الأربعة باشتراط النصاب في السرقة ومن ثم اتبع الرأي الراجح.

(١) مصنف عبد الرزاق ١٠/٢٣٤-٢٣٥ .

المطلب الثالث

قطع يد المستعير جاحد العارية

تقدم اختلاف الفقهاء في اعتبار جحد العارية من الحدود وعلى ذلك انفرد ابن حزم عن الجمهور بقوله بقطع يد المستعير جاحد العارية.
رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم القطع على المستعير جاحد العارية كما تقطع يد السارق ولا فرق بينهما، في كل حال سواء في الذهب أو غيره، وفي كل مال قيمته قلت أو كثرت لأنه قطع في مال أخذ اختفاءً لا مجاهرةً. وعنده القطع لجحد العارية لا يتم إلاً ببينة على الأخذ والتملك من الجاحد أو إقراره بذلك، وإن عاد الجاحد لفعله مرة أخرى قطعت يده الأخرى.^(١)

رأي الجمهور:

اتفق الأئمة الأربعة الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على أن يد المستعير لا تقطع.

قال أبو حنيفة: "لا قطع على من سرق ما أعاره الإنسان ، ذلك أن ملك الرقبة قائم فلا قطع على المستودع والمضارب والمستعير".^(٢)

وقال مالك: " لا قطع على مرتهن أو مستأجر ولا معار".^(٣)

وقال الشافعي: " من استعار متاعاً فجحده أو كانت عنده وديعة فجحدها لم يكن عليه فيها قطع ".^(٤)

وقال الإمام أحمد: "إذا علمت أن السرقة على وجه الاختفاء فلا قطع على المنتهب، الذي أخذ المال على وجه الغنيمة ولا على مختلس ولا على غاصب ولا على خائن في وديعة أو عارية".^(٥)

(١) لمطى ٣٦٢ / ١١ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٧٠/٧ - المبسوط ١٤٠/٩ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣٤٥/٤ .

(٤) الأم ١٦٣/٦ - مفتي المحتاج ١٧١/٤ .

(٥) كشف القناع ١٢٩/٦ - المغني ٢٤٠/٨ - ٢٤١ .

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

تقدم أن المشرع لم يعتبر جحد العارية من الحدود وذلك بإدراجها ضمن جرائم الحدود في المادة (٣) منه.

ومن ثم فلا قطع على جاحد العارية.

وقد تناول المشرع جحد العارية في جريمة التملك الجنائي حيث نصّ عليها في المادة ١٨٠ منه:

تقرأ المادة (١/١٨٠) كالآتي: "يعد مرتكباً جريمة التملك الجنائي من يأخذ أو يعثر على مال مملوك للغير أو يستعيّره أو يحوزه عن طريق الخطأ ثم يجحد ذلك المال أو يتصرف فيه بسوء قصد".

(٢/١٨٠) "من يرتكب جريمة التملك الجنائي يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً".

ومن نصّ المادة ١٨٠ ببنديه (١) و(٢) يظهر اعتبار المشرع لها بأنها جريمة تعزيرية معاقب عليها بعقوبة تعزيرية.

ومن تطبيقات السوابق القضائية سابقة حكومة السودان /ضد/ سامي آدم والتي جاء فيها ما يلي:

(١) من صور الركن المادي لجريمة التملك الجنائي استعارة المال أو اقتراضه.

(٢) الركن المادي في جريمة التملك الجنائي يتحقق بإسناد الجحد من جانب المستعير أو المقترض^(١).

ومن ثم فالتملك الجنائي من صوره جحد العارية والتملك الجنائي جريمة تعزيرية معاقب عليه بعقوبات تعزيرية لا قطع فيها وعلى ذلك وافقت المادة ١٨٠ رأي الجمهور.

(١) مجلة الأحكام القضائية السودانية ٦٥/١٩٩٨ .

أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم بالكتاب والسنة.

أولاً: من الكتاب: استدل بقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ).^(١)

والدلالة أن الجاحد سارق لأخذ المال مسارقة لعين صاحبه.

ثانياً: استدل من السنة: "عن عائشة رضي الله عنها أن قريشاً أهتمهم المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أسامة حب رسول الله صلى الله عليهم وسلم فكلم رسول الله صلى الله عليهم وسلم فقال: أنتشفع في حد من حدود الله ...".^(٢)

والاستدلال بأن المرأة عرفت بأنها كانت تستعير المتاع وتجده فقطع سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم يدها، فدل ذلك على قطع يد المستعير جاحد العارية.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بنفس ما استدل به ابن حزم من الكتاب والسنة مع خلافهم معه في تعليل الاستدلال.

أولاً: من الكتاب استدلوا بقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا).^(٣)

والدلالة على أن القطع صراحة على السارق والسارقة اللذان يأخذان المال مسارقة ولا دلالة من الآية أنها تشمل المستعير جاحد العارية.

ثانياً: استدلوا من السنة برواية أخرى لحديث المرأة المخزومية "عن عائشة رضي الله عنها أن أسامة كلم النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة فقال: إنما هلك من قبلكم أنهم كانوا يقيمون الحد على الوضيع ويتركون الشريف، والذي نفسي بيده لو فاطمة فعلت ذلك لقطعت يدها".^(٤)

(١) سورة المائدة ، آية ٣٨ .

(٢) صحيح مسلم ١٣١٥ - كتاب الحدود .

(٣) سورة المائدة ، آية ٣٨ .

(٤) صحيح البخاري ١٩٩/٨ - كتاب الحدود .

ثالثاً: استدل الجمهور على عدم قطع يد المستعير جاحد العارية للاختلاف في اللغة بين السرقة والجحد لما في اللفظين من مغايرة، فالجحد يرد بمعنى الإنكار والسرقة بمعنى الأخذ للمال من الحرز مستتراً.

والآية إنما تناولت السارق والسارقة، والسارق في لغة العرب من جاء مستتراً إلى حرز فأخذ ما ليس منه فدل ذلك أن القطع للسارق لا لجاحد العارية.

الترجيح:

بالموازنة بين رأي ابن حزم ورأي الجمهور فرأي الجمهور راجح لأن الآية التي بينت القطع للسارق والسارقة إنما نصت صراحة على القطع على السارق والسارقة ومن ثم لا قطع على جاحد العارية.

كما إن السنة وشروحا دللت على أن المرأة المخزومية إنما قطعت يدها لأنها سرقت المتاع، أما ما ذهب إليه ابن حزم بأن جاحد العارية تقطع يده بناء على أن الجاحد سارق لأنه بجحوده يصبح سارقاً واستدلالة بقطع الرسول صلى الله عليه وسلم يد المرأة المخزومية التي كانت تجحد المتاع فقد دللت السنة كما تقدم أنها كانت تسرق المتاع وليس لأنها تستعيره وتجحده.

المطلب الرابع القطع في الثمر والأطعمة

تبين لنا اشتراط الفقهاء للحرز والنصاب في السرقة الحدية وعدم اشتراط ابن حزم لهما.

ومما يتفرع من مسألة اشتراط الحرز والنصاب القطع في الثمر والأطعمة وذلك كون الثمر معلقاً على الشجر مما اختلف في إحرازه. أما الأطعمة فالخلاف مبناه على أن من الأطعمة ما يتسارع إليه الفساد ومن ثم يؤثر ذلك على المالية لعدم امكان الإدخار فيها. وقد انفرد ابن حزم حيث ذهب إلى وجوب القطع في الثمر والأطعمة.

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم وجوب القطع في الثمر والأطعمة . والقطع عنده في كل ثمر وكثر* معلقاً كان على شجرة أو مجزواً أو في جرين أو بأخذ الزرع من فدانته. فإذا أخذه السارق مستخفياً غير مضطر إليه وبغير حق له فيه وجب عليه القطع.^(١)

ويستخلص من ذلك اعتبار ابن حزم لشرط الخفية دون اعتباره للحرز أو مالية المسروق، فإذا أخذ السارق الثمر أو الكثر أو الأطعمة أو الزرع من فدانته من غير حاجة أو حق له فيه وجب القطع عنده.

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على عدم القطع في الثمر والأطعمة لعدم إمكان الإحراز.

قال أبو حنيفة: "ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز".^(١)

* كثر: جمار النخل ، وهو شحمه الذي في وسط النخل - لسان العرب ١٣٢/٥ .

(١) المحلى ٣٣٢ / ١١ .

وقال مالك: "لا قطع في ثمر معلق في رؤوس النخل أو في الحوائط ولا في زرع أو بقل قائم حتى يأويه الجرين".^(٢)

وعند الإمام الشافعي: "إذا سرق طعاماً في زمن قحط لم يقطع".^(٣)

وقال أحمد بن حنبل: " لا قطع على من سرق من شجر أو من جمار نخل قبل إدخال حرزه كأخذه من رؤوس النخل أو شجر البستان".^(٤)

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

اشتراط المشرع في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م من شروط السرقة الحدية الحرز والنصاب والمال المتقوم وعدم الشبهة للقطع.

ومن اشتراط الحرز والنصاب والمال المتقوم، فالفواكه والثمر في الشجر والزرع في فدانها والطعام لا يمكن إحرازها لعدم انطباق المواد ١٧/٤/٥. وعلى ذلك فإن لم تتوفر المالية ولا يمكن الإحراز فلا قطع.

ومن ثم فالمشرع في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م أخذ برأي الجمهور.

أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم بالكتاب والسنة.

أولاً: استدلل بقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ).^(٥)

والدلالة لورود القطع على السارق والسارقة بنص الآية عاماً في كل سرقة.

ثانياً: استدلل ابن حزم من السنة: "عن أبي بكر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال عام الفتح: "فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام".^(٦)

وحرمة الأموال بنص الحديث عامة في المال، والثمر، والزرع والأطعمة مال.

(١) فتح القدير ٢٢٧/٤ - ٢٨، - المبسوط ١٣٩/٩.

(٢) حاشية الدسوقي ٣٥٣/٤، - مواهب الجليل ٣١٠/٦.

(٣) مغني المحتاج ١٦٢/٤.

(٤) كشف القناع ١٣٩/٦.

(٥) سورة المائدة آية ٣٨.

(٦) صحيح مسلم ١٣٠٥/٣ - سبق تخريجه.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من السنة بعدة أحاديث منها: "عن عمرو بن شعيب* عن أبيه عن جده، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أنه سئل عن الثمر المعلق فقال: من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خُبْنَه* فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامه مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع".^(١)

"عن رافع بن خديج قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا قطع في ثمر ولاكثر".^(٢)

"وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم في كم تقطع اليد فقال: "لا تقطع اليد في ثمر معلق، فإذا ضمه الجرين قطعت في ثمن المجن".^(٣)

ومن السنة استدلو أيضاً: "عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله* بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رجلاً من مزينة أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل، قال: هي مثلها والنكال ليس في شيء من الماشية قطع إلا ما أواه المراح فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه... قال يا رسول الله: كيف ترى في الثمر المعلق،

* عمرو بن شعيب بن محمد السهمي، أبو إبراهيم، من بني عمرو بن العاص، وكان من رجال الأحاديث، سكن بمكة وتوفي بالطائف، الأعلام للزركلي ٦٤٨/٤.

* خُبْنَه: الخبنة أطراف الثوب إذا جعله كالوعاء - لسان العرب ١٣٦/١٣.

^(٢) سنن أبي داؤود ٧٨/٥، حديث حسن إسناده صحيح، نصب الراية ٣٦٣/٣.

^(٣) سنن النسائي ٣٥/٧ - حديث رقم ٧٤٠٦ (مطبوعة الرسالة بيروت ٢٠٠١) - نصب الراية لأحاديث الهداية ٣٦٠/٣.

^(٤) سنن النسائي ٣٣/٧ - حديث رقم ٧٤٠٣، حديث حسن رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، كشف الخفاء ومزيل الإلباس ٣٦٧/٢.

* عبد الله بن عمرو بن العاص من قريش، صحابي من أهل مكة، أسلم قبل والده، واستأذن من رسول الله (ص) أن يكتب ما يسمع منه وأذن له، تهذيب التهذيب لابن حجر ٣٣٧/٥.

قال: هو مثله وليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا ما أواه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع".^(١)

والدلالة من الأحاديث المذكورة أن الثمر المعلق وحريسة الجبل لا قطع فيهما لعدم الإحراز.

ثانياً: استدلل الجمهور بقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث ورد عنه أنه قال: "من أخذ من الثمر شيئاً فليس عليه قطع حتى يؤويه الجرين فإن أخذ منه بعد ذلك ما يساوي ربع دينار قطع".^(٢)

الترجيح:

بالموازنة بين رأي ابن حزم ورأي الجمهور ، فابن حزم يرى القطع في الثمر والأطعمة لما في عمومية القطع بآية السرقة وبدلالة السنة على حرمة الأموال مطلقاً من غير اشتراط النصاب والحرز.

أما الجمهور فيرون عدم القطع ووافقهم في ذلك القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م وحجتهم السنن الواردة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه. والأصوب رأي الجمهور لقوة الأدلة التي استدلو بها فالأقوال الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم إنما وردت بروايات صحيحة ويدلل على ذلك الفقهاء كالزيلعي في نصب الرأية ومن ثم فهي تقوى رأي الجمهور.

كما إن الاستدلال بالعموم على القطع استدلال غير راجح ذلك أن السنن لم تثبت عدم القطع في الثمر والطعام وحريسة الجبل والعله تكمن في سببين الأول أن الثمر والزرع والفواكه في الشجر لا يمكن إحرازه ويعد ذلك شبهة عند الجمهور تدرأ الحد، والثاني أن الطعام مما يتسارع إليه الفساد ويخل ذلك بالحرز والمالية في النصاب.

^(١) المستدرك على الصحيحين ٣٨١/٤ - " قال الحاكم هذه سنة تفرد بها عمرو بن شعيب وإذا كان الراوي عمرو بن شعيب فهو ثقة.

^(٢) مصنف عبد الرزاق ١٠ / ٢٢٤ .

المطلب الخامس السرقه بين الزوجين

مما انفرد به ابن حزم عن الجمهور من الأئمة الأربعة قوله بوجوب قطع الزوجين إذا سرق أحدهم مال الآخر ، وقد خالفه الجمهور بعدم وجوب القطع عندهم . ومرد الخلاف هو عدم اخذه بالشبهة وبشرط الحرز لدرء الحد .

رأي ابن حزم :

يرى ابن حزم أن الحد واجب على الزوجين إذا أخذ أحدهما مال الآخر ما لم يباح له الأخذ.^(١)

رأي الجمهور:

فرّق الجمهور في قطع الزوجين إذا أخذ أحدهم مال الآخر بالتفرقة بين ما هو في حرز أو غير محرز ولدى الجمهور رأيين:

الأول: للإمام أبي حنيفة ومالك وأحمد:

قال أبو حنيفة: "إذا سرق أحد الزوجين مال الآخر لم يقطع لوجود الأذن الذي به يختل الحرز وكذا الحال إذا سرق أحد الزوجين من حرز لآخر لا يسكنان فيه" {٢}.

وعند الإمام مالك: "فصل مالك ما بين ما هو محرز عن أحد الزوجين وما هو غير محرز ، وذهب إلى أن الزوج ذكراً أو أنثى يقطع بسرقة مال الآخر في مكان حجر عنه بمجرد إزالته من حرزه ، كصندوق أو خزانة . فإن أخذ من ما لم يحجر عنه لم يقطع لأنه خائن لا سارق".^(٣)

وقال أحمد : "لا يقطع أحد الزوجين بسرقة من مال الآخر ولو من محرز عنه".^(٤)

(١) المحلى ٣٥٠/١١ .

(٢) فتح القدير ٢٣٩/٤ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣٤٩/٤ .

(٤) كشف القناع ١٤٢/٦ .

الرأي الثاني: للإمام الشافعي ووردت عنه روايتان:
الرواية الأولى: أنه لا يقطع أحد الزوجين إذا سرق مال الآخر.
الرواية الثانية: وهي الرواية الراجحة : وفيها يقطع أحد الزوجين بسرقة من مال الآخر.^(١)

وذهب الشافعي في الرواية الأولى لعدم قطع الزوجة خاصة دون الزوج إذا أخذت من مال زوجها ، وتعليل قوله لما للزوجة من استحقاق في النفقة والكسوة فإذا أخذت بهذا الوصف بقصد الاستيفاء لم تقطع.

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

تنص المادة ١٧٢/أ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م على الآتي:-
"تسقط عقوبة الحد في جريمة السرقة الحدية إذا وقعت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو ذوي الأرحام المحرمة".
ومن ثم تنص المادة ١٧٢/أ لا يقطع أحد الزوجين إذا أخذ مال الآخر وبذلك وافق القانون رأي الجمهور أبي حنيفة ومالك وأحمد والشافعي في إحدى الروايتين عنه.

ولعل مرد اتفاق الجمهور على عدم القطع للزوجين إنما لاعتبار الشبهة بمعيشة الزوجين سوياً ولما نشأ عنه من إذن يختل به شرط الحرز، حيث صار بذلك شبهة تدرأ الحد، وقد خالفهم ابن حزم لعدم اعتباره الحرز ولعدم أخذه بالشبهة في درء الحد.

دليل ابن حزم:

استدل ابن حزم بالكتاب والسنة.
أولاً: من الكتاب استدل بقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ).^(٢)

(١) مغني المحتاج ٤/١٦٢-١٦٣ .

(٢) سورة المائدة آية ٣٨ .

والدلالة أن الآية عامة في كل سارق من غير استثناء بين سارق وسارقة أو زوج وزوجة.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من السنة وقضاء الصحابة والقياس على عدم قطع الزوجين عند سرقة أحدهما من الآخر.

أولاً: استدلو من السنة: "عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع".^(١) والدلالة أن الزوجين بسكنهما سوياً يختل شرط الحرز للقطع فيكون أحدهما خائناً إذا أخذ مال الآخر، حيث إن كل منهما مؤتمن على مال الآخر ولذا لا قطع على الخائن بنص الحديث.

ثانياً: استدلو بقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث إنه رفع إليه عبد الله بن عمر الحضرمي بسلام له فقال: اقطع يد غلامي هذا فإنه سرق، قال عمر: ماذا سرق، فقال مرأة لامرأتي ثمنها ستون درهماً ، فقال عمر: أرسله فليس عليه قطع خادمكم سرق متاعكم".^(٢)

والدلالة أن الخادم إن لم يقطع فمن باب أولى عدم قطع الزوجين.

ثالثاً: استدلو الجمهور بالقياس حيث قاسوا عدم قطع الزوجين على عدم قطع الوالد بابنه. والزوجين لما للبسوة بينهما، ذلك أن المرأة لما بذلت نفسها وهي أنفس من المال كانت بالمال أسمح، ولأن بينهما سبب يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين.

الترجيح:

بالترجيح بين الآراء فابن حزم استدل بعموم القطع لكل سارق من القرآن الكريم وهذا استدلال صحيح ولكنه لا ينهض دليلاً على قطع الزوجين أحدهما بالآخر إذا أخذ ماله فالأدلة الأخرى من السنة والآثار عن الصحابة رضي الله عنهم

(١) سنن أبي داود ٧٨/٥، حديث حسن رواه اصحاب السنن الأربعة، نصب الراية ٣/٣٦٤.

(٢) مسند الفاروق عمر لابن كثير ٥١١/٢ ، ابن كثير، ابن الفداء إسماعيل بن عمر (طبعة دار الوفاء بمصر ١٩٩٤م).

، كما ذهب إلى ذلك إلى الجمهور دلالتها راجحة على عدم قطع الزوجين بالآخر.
ولعل مرجع استدلال ابن حزم بالعموم لتقيده في الاستدلال إما بالكتاب أو السنة
فضلاً على أنه لا يأخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات.

المطلب السادس

قطع المحارم بالسرقه

السرقه إذا وقعت بين الأصول والفروع أو بين الأصول، أو بين الفروع،
اختلف الفقهاء في وجوب القطع بها.

وقد انفرد ابن حزم بقوله قطع المحارم إذا سرق بعضهم من بعض وخالف
بذلك الجمهور من الأئمة الأربعة.

رأي ابن حزم:

ذهب ابن حزم إلى وجوب القطع على الأبوين إذا سرقا مال ابنهما. وكذا
الحال عنده إذا سرق الابن والبنات مال أبيهما أو أمهما.^(١)

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على عدم قطع الأب أو الأم
بسرقه فرعهما.

قال أبو حنيفة: "إذا كان في السارقين ذو رحم محرم للمسروق منه فلا قطع
على أحد".^(٢)

لذا عنده من سرق من: أبويه أو من ولده أو ذو رحم محرم منه لم يقطع.
فالأول لا يقطع للولاد والبسوطه في المال وللدخول في الحرز والثاني للمعنى
الثاني ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة.

وقال مالك: "لا قطع على الأب للشبهة إن أخذ من مال ابنه".^(٣)

وعنده لا يقطع الجد ولو لأم إذا سرق من مال ابن ولده للشبهة القوية في
مال الولد ، فأولى بذلك أيضاً الأب والأم.^(٤)

(١) المحلى ٣٤٦/١١ .

(٢) بدائع الصنائع ١٢٧/٧ .

(٣) الخرشي على مختصر خليل ٩٢/٧ - الخرشي ، ابن عبد الله محمد - (مطبعة بولاق بمصر ١٣١٧ هـ).

(٤) مواهب الجليل ٣٠٦/٦ - الحطاب ، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي (مكتبة النجاح بليبيا) -
حاشية الدسوقي ٤٣٦/٤ .

وقال الشافعي: "لا قطع بسرقة مال أصل وفرع ، ومن سرق من ولده أو ولد ولده وإن سفل أو من أبيه أو من جده وإن علا".^(١)

وقال أحمد: "يشترط للقطع في السرقة انتفاء الشبهة فلا قطع على الوالد بسرقة مال ولده وإن سفل، وسواء في ذلك الأب والأم ، والابن والبنت والجد والجدة من قبل الأب والأم".^(٢)

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م

تنص المادة ١٧٢/أ على الآتي: "تسقط عقوبة الحد في جريمة السرقة الحدية إذا وقعت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو ذوي الأرحام المحرمة". والنص على سقوط الحد إذا وقعت السرقة بين الأصول والفروع أو ذوي الأرحام المحرمة يكون القانون بذلك وافق رأي الجمهور.

أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم بالكتاب والسنة:

أولاً: من الكتاب بقوله تعالى (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ).^(٣)

والدلالة كما تقدم لورود القطع مطلقاً في كل سرقة وكل سارق.

ثانياً: استدل من السنة على حرمة الأموال والتعدي عليها سواء كان المعتدي أجنبي من الغير أو من الأصول أو الفروع ودليله:

"عن أبي بكرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خطب عام الفتح فقال: "إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحَرَمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي بِلَادِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا".^(٤)

أدلة الجمهور:

(١) مغني المحتاج ١٦٢/٤ - المجموع شرح المذهب ٩٣/٢٠

(٢) كشف القناع ١٤١/٦ - المغني ٢٧٤/٨ ..

(٣) سورة المائدة آية ٣٨ .

(٤) صحيح مسلم ١٣٠٥/٣.

استدل الجمهور بالسنة والقياس:

أولاً: فمن السنة استدلووا بحديثين عن الرسول صلى الله عليه وسلم:

الأول: لقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك".^(١)

والثاني: "عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"ادفعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن

الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".^(٢)

والحديث دلالة على عدم القطع وذلك بالنظر إلى توافر الشبهة لدرء الحد وهي

متوافرة بدلالة الحديث المتقدم عنه " أنت ومالك لأبيك".^(٣)

ثالثاً: استدل الجمهور من القياس حيث قاسوا عدم القصاص على الأبوين إذا

قتلا فرعهما وكذا الحال في السرقة لا يجب القطع ، ذلك أن الأبوين سبب وجود الابن

فلا يكون سبباً لاتلافهما بالقطع.

الترجيح:

للترجيح بين الآراء، فرأي الجمهور راجح لقوة ما استدلووا به من السنة من

أحاديث أولها الحديث الوارد عن السيدة عائشة بدرء الحدود بالشبهات ، ومن الشبهات

المالية بين الأب وفرعه من الابناء فضلاً على أن عدم القود يقاس عليه عدم القطع

على الأبوين للشبهة أيضاً، والقياس صحيح لتوافر شروطه من توافر المقيس والمقيس

عليه والعلة.

أما ما استدل به ابن حزم فالاستدلال بالعموم لا يسد الباب عن الأدلة الأخرى

من السنة والقياس الذي ينكره لأن العموم يرد مطلقاً إلى أن يخصص هذا العموم.

وبالنظر إلى ما أخذ به القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م فقد وافق فيه المشرع رأي

الجمهور حيث جعل جناية السرقة بين الأصول والفروع يدرأ بها الحد للشبهة ، وبذلك

أخذ بالرأي الراجح.

(١) البخاري مع الفتح ٢٠٥/١٢.

(٢) المستدرک على الصحيحين ٣٨٤/٤.

(٣) نصب الرأية لأحاديث الهداية ٣٣٩/٤ .

المبحث الثالث

المسائل الخلافية في حد الزنا

المطلب الأول

الخلاف في عقوبة المحصن

لا خلاف بين الفقهاء في عقوبة الرجم للمحصن في حد الزنا وإنما الخلاف في اجتماع عقوبة الجلد على المحصن مع عقوبة الرجم.

وقد انفرد ابن حزم عن الجمهور من الأئمة الأربعة حيث ذهب إلى أن عقوبة المحصن الحر هي الجلد والرجم ، فجمع بذلك بين الجلد والرجم.

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم أن الحر والحرّة إذا زنيا وهما محصنين فعقوبتهما الجلد مائة جلدة ثم يرجمان.^(١)

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على أن عقوبة المحصن الحر هي الرجم ولا جلد قبلها.

قال أبو حنيفة: "حد الزنا نوعين: رجم في حق المحصن وجلد في حق غير المحصن".^(٢)

جاء في المبسوط: "والجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن غير مشروع عندنا".^(٣)

وعند الإمام مالك: "أنواع الحد، جلد بلا تغريب وهذا خاص بالنساء والعبيد، وجلد وتغريب وهذا خاص بالحر الذكر، وعلى السبب الرجم".^(٤)

(١) المحلى ٢٣٣/١١ - ٢٣٨ .

(٢) رد المحتار ٣٤/٤ ، بدائع الصنائع ٥٧/٧ .

(٣) المبسوط ٣٦/٩ ، بدائع الصنائع ٥٦/٧ - ٥٧ .

(٤) حاشية الدسوقي ٣٣٢/٤ - الموطأ ٨٢٠/٢ - المنتقى ١٣٤/٧ .

وقال الشافعي: "وحد المحصن الرجم وهو مكلف حر، والبكر الحر مائة جلدة وتغريب عام إلى مسافة قصر فما فوقها، وإذا عين الإمام جهة بعينها فليس له طلب غيرها في الأصح".^(١)

وقال الإمام أحمد: "وإذا زنا محصن وجب رجمه بالحجارة وغيرها بالحجارة حتى يموت، وإذا زنا غير المحصن من رجل وامرأة جلد مائة وغرب عاماً".^(٢)

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

نص المشرع على عقوبة الزاني المحصن في المادة ١٤٦/١/أ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م حيث تقرأ كالاتي:

"من يرتكب جريمة الزنا يعاقب بالإعدام رجماً إذا كان محصناً"

وفي الفقرة (ب) نصّ على عقوبة غير المحصن حيث تقرأ كالاتي:

"من يرتكب جريمة الزنا يعاقب بالجلد مائة جلدة إذا كان غير محصناً"

وعلى ذلك فالعقوبة على الزاني المحصن هي الرجم في القانون الجنائي لسنة

١٩٩١م ولا اجتماع للجلد مع الرجم في عقوبة المحصن وبذلك يكون القانون أخذ برأي الجمهور.

والإحصان المقصود في نصّ المادة (١٤٦) وضحته المادة (٣/١٤٦) :

"يقصد بالإحصان قيام الزوجية الصحيحة وقت ارتكاب الزنا على أن يكون تم فيها الدخول".

ومن تطبيقات السوابق القضائية لشرط الإحصان ما جاء في سابقة: "حكومة

السودان /ضد/ كلتوم خليفة " حيث جاء فيها ما يلي: "الإحصان الموجب لإقامة

الحد في جريمة الزنا يستوجب تحقق شرطين، أولهما: قيام الزواج الصحيح،

وثانيهما: الدخول أثناء قيام هذا الزواج".^(٣)

ومن السابقة يستخلص اعتبار شرط الإحصان لثبوت حد الزنا وتطبيق

العقوبة على المحصن.

^(١) مغني المحتاج ١٤٧/٤ - ١٤٨

^(٢) كشف القناع ٨٩/٦ - ٩١، المغني ٣٧/٩.

^(٣) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٢/١٢٩ .

أدلة ابن حزم:

أولاً: من الكتاب استدل بقوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ).^(١)

والدلالة أن الجلد عقوبة أصيلة بنص الآية فوجب تطبيقها والرجم إنما جاء بالسنة في حق الشيب، ومن ثم يجوز الجمع بين الجلد والرجم.

ثانياً: استدل ابن حزم من السنة: عن عبادة بن الصامت قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خذوا عني خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم".^(٢)

والدلالة واضحة بنص الحديث على أن عقوبة الزاني المحصن الجلد مائة جلدة والرجم.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من السنة والإجماع وقضاء الصحابة:

أولاً: استدلو من السنة: "عن أبي هريرة رضي الله عنه وزيد بن خالد قالوا: كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقدم رجل فقال: أنشدك الله، إلا قضيت بيننا بكتاب الله فأذن لي، قال: قل، قال: إن ابني عسيماً على هذا فزني بامرأته فافتديت منه بمائة شاة وخادم، ثم سألت رجلاً من أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة جلدة وتغريب عام وعلى امرأته الرجم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: على ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغديا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، فغدا عليها فاعترفت فرجمها".^(٣)

والحديث دلالة على عدم جواز اجتماع الرجم والجلد عقوبة على المحصن، حيث إن الرسول صلى الله عليه وسلم جلد وغرب البكر (الابن)، ورجم المرأة لإحصانه.

(١) سورة النور - الآية ٢ .

(٢) صحيح مسلم، باب حد الزنا ٦٥/٥ .

(٣) صحيح البخاري ٢٠٨/٨ .

ثانياً: استدلل الجمهور بالإجماع، حيث ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم رجم ماعز والغامدية ولم يجلدهما ولم يخالفه الصحابة من بعده.

ثالثاً: استدلوا بالأثر الوارد عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي أورده ابن عباس رضي الله عنهما قال: "قال عمر لقد خشيت أن يطول بالناس زمان ، حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله، إلا إن الرجم حق على من زنى وأحصن إذا قامت البينة، أو كان الحمل والاعتراف".^(١)

الترجيح:

للترجيح بين رأي ابن حزم ورأي الجمهور من الأئمة الأربعة.

فرأي الجمهور راجح لقوة الأدلة من السنة والأثر الوارد عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عدم جمعه بين الجلد والرجم على المحصن.

ذلك أن ابن حزم إنما استدلل على ثبوت الجلد على الزنا مطلقاً سواء كان الزاني محصناً أو غير محصن وذلك لدلالة الآية، والأصوب هو أن الآية إنما بينت عقوبة الزنا الجلد حداً وخصصت السنة العقوبة لغير المحصن بالجلد وللمحصن بالرجم.

والاستدلال بالأثر الوارد عن سيدنا عمر بن الخطاب راجح من وجه أنه رضي الله عنه إنما شهد قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم على ماعز والغامدية بالرجم دون الجمع بين الجلد والرجم.

(١) صحيح البخاري ٢٠٨/٨ .

المطلب الثاني الحد بالنكاح الفاسد

النكاح إما أن يكون محرماً كنكاح الخامسة وفي عصمته أربعة نسوة، أو نكاح المتروجة زوجاً آخر، ونكاح المطلقة ثلاثاً لمطلقها قبل أن تنكح زوجاً غيره وهذا لا خلاف على تحريمه.

أما إن كان النكاح مختلف على تحريمه كالنكاح من غير شهود أو من غير ولي أو كنكاح المتعة. وهذا النوع من النكاح المختلف على تحريمه اختلف فيه ابن حزم مع الجمهور حيث انفرد بالقول بوجوب الحد فيه.
رأي ابن حزم:

قال ابن حزم: "نكاح المتعة هو النكاح إلى أجل، لذا يقع هذا الزواج فاسداً مفسوخاً أبداً، وإن ولدت له الأولاد، حيث إنهما لا يتوارثان ولا تجب به نفقة ولا صداق ولا عدة، وهكذا كل نكاح فاسد حاشا التي تزوجت بغير إذن وليها جاهلة".^(١)
فإذا تم النكاح بأحد الأُنكحة التي ذكرها ابن حزم يقع العقد فاسد وفيه قال ابن حزم: "كل عقد فاسد لا يحل الفرج به لا يحل ولا يصبح به زواج منهما وهما أجنبيان كما كانا والوطء فيه زنى محض وفيه الحد كاملاً".^(٢)

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على أن النكاح الفاسد المختلف على تحريمه لا يجب به الحد للشبهة.
قال الإمام أبو حنيفة: "إن كان النكاح مختلفاً على تحريمه كالنكاح بلا ولي ولا شهود لا حد فيه".^(٣)

(١) المحلى ٥١٩/٩ .

(٢) المحلى ٤٩١/٩ - ٥٣٢ ، المحلى ٢٤٨/١١ .

(٣) فتح القدير ٢٤٨/٤، بدائع الصنائع ٥٦/٧ .

قال الإمام مالك: "إن كان النكاح مختلفاً فيه، كأن يتزوجها بغير شهود فلا حد عليه".^(١)

وقال الإمام الشافعي: "ولا حد بمفاخضة أو وطء زوجته وأمته في حيض وكذا كل جهة أباحها عالم، كالنكاح بلا شهود على الصحيح".^(٢)

وقال الإمام أحمد: "يشترط لإقامة حد الزنا انتفاء الشبهة، لذا لا حد في نكاح مختلف على صحته أو في ملك مختلف كنكاح المتعة والنكاح بلا ولي أو بلا شهود".^(٣)

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

نصّ المشرع على الزنا في المواد ١٤٥/١٤٦ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م تنص المادة ١٤٥/١ على الآتي: "يعد مرتكباً جريمة الزنا كل رجل وطء امرأة دون رباط شرعي".

١٤٥/١ ب "كل امرأة مكنت رجلاً من وطئها دون رباط شرعي" وتنص المادة ١٤٦/٣ على الآتي: "لا يعتبر النكاح المجمع على بطلانه رباطاً شرعياً".

وبمفهوم المخالفة لنصّ المادة ١٤٦/٣ فإن النكاح غير المجمع على بطلانه أو ما يعرف بالنكاح المختلف على تحريمه لا حد فيه للشبهة.

قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٩١م:

تنص المادة (٦٠) من قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٩١م على الآتي: "الزواج الباطل هو الزواج الذي اختل ركن من أركانه أو شرط من شروط صحة الركن". وهذا النوع لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج. وتنصّ المادة (٦٢): "الزواج الفاسد هو ما توفرت أركانه واختل شرط من شروط صحته".

(١) حاشية الزرقاني على الموطأ ١٤٣/٣.

(٢) مغني المحتاج ١٥٤/٤.

(٣) كشف القناع ٩٦ / ٦ - ٩٧.

وشروط صحة الزواج منصوص عليها في المادة (٢٥) حيث تقرأ كالاتي: "يشترط لصحة عقد الزواج":

(أ) إشهاد شاهدين.

(ب) عدم إسقاط المهر.

(ج) الولي بشروطه.

والزواج الفاسد تترتب آثاره بعد الدخول من وجوب لأقل المهر المسمى ومهر المثل وثبوت النسب وحرمة المصاهرة ووجوب العدة، وتبعاً لذلك لا يجب الحد بالنكاح المختلف على تحريمه.

وباستقراء النصوص الواردة في القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م مع النصوص الأخرى في قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م فالأخيرة بينت حكم الزواج الفاسد وما يترتب عليه من آثار، وأما المادة ٣/١٤٦ بمفهوم المخالفة فالنكاح المختلف يعتبر شبهة وبه يدرأ الحد.

أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم من السنة:

أولاً: استدل من السنة: "عن كثير بن عوف بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن جده أن رسول (ص) قال: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً والمسلمون على شروطهم".^(١)

والدلالة أن النكاح الفاسد عنده مفسوخاً أبداً ولا يترتب عليه التوارث أو ثبوت النسب ولا يعتبر شبهة ولا يجب فيه نفقة ولا صداق ولا عدة. وبدلالة الحديث الشروط التي تخالف محرماً لا يجوز الاستدلال بها.

ومثّل ابن حزم لنوع هذا الزواج ما يقتنن بالشروط، كعدم النكاح عليها أو يؤجل فيه الصداق إلى أجل غير مسمى أو أن لا يرحلها عن بلدها.^(٢)

^(١) سنن الترمذي، الأحكام، باب ما ذكر في الصلح بين الناس ١٧٣/١، حديث حسن، نصب الرأية ١١٢/٤.

^(٢) المحلى ٤٩١/٩.

ثانياً: عن عائشة رضي الله عنها قالت: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر".^(١)

والدلالة أن كل ما عقدت صحته بصحة ما لا يصح فإنه لا يصح ، فكل نكاح عقد على أن لا صحة له إلا بصحة الشروط المذكورة، مثل اشتراط الصداق فلا صحة له، وإذا لا صحة له فليست بزوجة وإن كانت كذلك وكان عالماً بالتحريم فعليه حد الزنا وبه لا يلحق الولد.

دليل الجمهور:

استدل الجمهور من السنة على أن الحد لا يقام بالنكاح المختلف على تحريمه للشبهة.

"عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من إن يخطئ في العقوبة".^(٢)

الترجيح:

بالترجيح بين الآراء فرأي الجمهور أرجح ذلك أن اعتبار الشبهة لدرء الحد ثابت بما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم بالفعل والقول نقلاً عنه بما روته السيدة عائشة رضي الله عنها.

وأما ما استدل به ابن حزم بأن عدم صحة الشروط المقترنة بالعقد الفاسد وبطلان النكاح الفاسد فقد خالفه البعض من حيث الصحة وإذا لا اتفاق على البطلان فذلك يورث الشبهة التي تدرأ الحد.

^(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٢٧/١٢ - ٢٩.

^(٢) المستدرک على الصحيحين ٣٨٤/٤ - سبق الحكم عليه.

المبحث الرابع المسائل الخلافية في حد القذف

المطلب الأول التعريض بالقذف

القذف مطلقاً الرمي بالزنا، وقد اتفق الفقهاء على أن القذف بصريح اللفظ الدال على الزنا يوجب الحد، ويكون القذف صريحاً بأن يكون رمياً بالزنا الخالي عن الشبهة.^(١)

أما اللفظ إذا كان كناية فقد اختلف الفقهاء في وجوب الحد به، وقد انفرد ابن حزم بقوله عدم وجوب الحد بالتعريض بالقذف.

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم أنه لا حد في التعريض بالقذف أصلاً. وإن قال المعارض به أحلفه ما أراد قذفي لم يكن له ذلك، ولا يحلف لأنه لم يقذفه وإنما ادعى عليه أنه أراد قذفه، ذلك أن المعارض لم ينطق بشيء من القذف أصلاً.^(٢)

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على وجوب الحد بالتعريض بالقذف، وفصلوا في ألفاظ التعريض.

قال أبو حنيفة: "إذا قال زناً في الجبل، أو لست لأبيك، أو عرض فقال: أما أنا فلست بزناً أو قال لآخر يا ابن القحبة فلا حد عليه، وإن قال لست لأمك أو قال

(١) فتح القدير ١٩١/٤ - المنتقى ١٥٠/٧ - كشف القناع ١١٢/٦.

(٢) المحلى ٢٨١/١١.

لست لأبويك، أو قال إنك ابن فلان لغير أبيه - لزمه الحد لأن نفى نسبه من أبوه يستلزم كونه زانياً فلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا.^(١)

وقال الإمام مالك: "لا حد عندنا إلا في نفي أو قذف أو تعريض يرى أن قائله إنما أراد بذلك نفياً أو قذفاً فعلى من قال ذلك الحد تاماً".^(٢)

قال الإمام الشافعي: "التعريض يكون بالقذف وكنايته زنت يداك أو رجلاك أو يدك أو بدنك أو يا مخنث وياقحبة أو أن يقول لزوجة شخص فضحت زوجك، وغطيت رأسك وجعلت له قروناً، وعلقت عليه أولاداً وأفسدت فراشه. فإذا أراد بهذه الألفاظ حقيقة الزنا حد".^(٣)

وعند الإمام أحمد: "وكنايته أي القذف والتعريض به زنت يداك ورجلاك، وهذه توجب الحد.

وإن قال يا ولد الزنا قاذفاً لأمه وكان اللفظ لا يحتمل غير الزنا حد به".^(٤)

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

القذف من ضمن جرائم الحدود المبينة في المادة (٣) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م.

وأحكام حد القذف والعقوبة عليه ومسقطاته بينتها المواد ٥٧ ، ٥٨ على الوجه الآتي:

م ١/٥٧: يعد مرتكباً جريمة القذف من يرمى كذباً شخصاً عفيفاً ولو كان ميتاً بالقول صراحة أو دلالة أو بالكتابة أو بالإشارة الواضحة الدلالة بالزنا أو اللواط أو نفي النسب".

م ٢/٥٧: "يعد الشخص عفيفاً إذا لم تسبق إدانته بجريمة الزنا أو اللواط أو الاغتصاب أو موقعة المحارم أو ممارسة الدعارة".

م ٣/٥٧: "يعاقب من يرتكب جريمة القذف بالجلد ثمانين جلدة".

(٣) رد المحتار ٤/٤٧ - المبسوط ٩/١٢٠.

(١) حاشية الدسوقي ٤/٣٣٧ - المنتقى شرح الموطأ ٧/١٥٠.

(٢) مغني المحتاج ٤/١٥٥ - المجموع شرح المذهب ٢٠/٥١.

(٣) كشف القناع ٦/١١٢، المغني ٩/٨٩.

ومن ثم أخذ المشرع في المادة (٥٧) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م بحدوث القذف بالتعريض وعلى الحد به وبذلك وافق رأي الجمهور من الأئمة الأربعة.

أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم من الكتاب والسنة على عدم جواز الحد بالتعريض بالقذف. أولاً: من الكتاب بقوله تعالى: (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ).^(١) وبقوله تعالى (وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً).^(٢)

والدلالة أن الله تعالى فرق بين التصريح بالقذف والتعريض به حيث ورد لفظ الرمي الدال على الزنا مطلقاً في الآية، أما في ألفاظ التعريض رفع الجناح فيها وأباحها فدل ذلك على عدم وجوب حد القذف بها كما في التعريض للمعتدة بدلالة الآية ومن ثم فإن اللفظ الصريح يختلف عن اللفظ تعريضاً وتبعاً لذلك لا يجوز إثبات الحد بالتعريض على ما نصَّ على تصريحه.

ثانياً: استدل ابن حزم من السنة: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "جاء رجل من بني فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسود ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هل لك من إبل، فقال نعم، قال: فما بال ألوانها، قال حمر، قال: هل فيها من (أورق) * قال: نعم قال: فأنى أتاها ذلك؟ قال لعله نزعة عرق، قال: وهذا عسى أن يكون نزعة عرق".^(٣)

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من الكتاب والسنة وقضاء سيدنا عمر بن الخطاب.

(١) سورة البقرة آية ٢٢٥ .

(٢) سورة النور آية (٥) .

* حُبْنَه: الخبئه أطراف الثوب اذا جعله كالوعاء - لسان العرب ١٣٦/١٣ .

(٣) صحيح مسلم ١١٣٧/٢ - كتاب اللعان.

أولاً: استدلو من الكتاب بقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً).^(١)

ويقوله تعالى: (يَا أُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأً سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ بَغِيًّا).^(٢)
ووجه الدلالة من الآية الأولى لما في سبب نزول الآية حيث إنها نزلت في السيدة عائشة رضي الله عنها، في الذين تناولوها بالإفك، فصار حكمها عاماً في كل قذف لا في تلك الحادثة وحدها.^(٣)

والدلالة من الآية الثانية أن التعريض في الآية دل على الإستنكار على السيدة مريم أنها أتت بمولود ولم تكن محصنة حيث كانت لا زوج لها فدل ذلك على حدوث القذف بالتعريض.

ثانياً: استدلو من السنة: "عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا يا رسول الله وما هن؟ قال: "الشرك بالله وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المؤمنات الغافلات".^(٤)

والدلالة لورود لفظ القذف مطلقاً فشمّل بذلك التصريح والتعريض بالقذف.
ثالثاً: استدل الجمهور بقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالجلد في التعريض بالقذف وقد استدلو بحادثتين:

الأولى: "روى عن معمر أنه قال: إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جلد في التعريض بالقذف وقال إن حمى الله لا ترعى حواشيه".^(٥)

^(٤) سورة النور آية (٥).

^(١) سورة مريم آية (٢٨).

^(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٧٢/٦ .

^(٣) صحيح البخاري ٣٣/٨ - ٣٤ - باب رمي المحصنات.

^(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٤٢١/٧ ، ابن أبي شيبة ، عبد الله بن محمد الكوفي (طبعة الدار السلفية بالهند ١٩٨١ - الثانية).

الثانية: "أن رجلين استبا في عهده، فقال أحدهما: للآخر ما أنا بزانٍ ولا أُمي بزانية، فسأل سيدنا عمر رضي الله عنه أصحابه، فقالوا مدح أباه وأمه قال هو إنما عرض، وضربه ثمانين".^(١)

الترجيح:

للترجيح بين الآراء فابن حزم اعتمد على أن الرمي في الآية جاء مطلقاً ودلل على اعتبار القذف باللفظ الصريح، أما ألفاظ التعريض فقد رفع الجناح فيها عن المعرض في خطبة المعتدة فدلل ذلك على أن كل لفظ عرض به لا يثبت به الحد. أما الجمهور فاستدلوا بنصوص وسنن صحيحة وأثار عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه دللت على الحد بألفاظ الكناية أو التعريض بالزنا إذا وقع فعل التعريض ولا دلالة أخرى تحتمله سوى الرمي بالزنا. والأرجح هو رأى الجمهور لقوة الأدلة التي أوردها دلالة على الحد في التعريض بالقذف.

ومن وجه آخر فإن القول أو الاستدلال بأن الشارع أباح التعريض لخطبة المعتدة، فالقول بانه لا حد بألفاظ التعريض كما ذهب إلى ذلك ابن حزم إنما هو نوع من القياس وذلك مما عارض فيه ابن حزم مذهبه في نفي القياس.

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٢٥٢/٨ .

المطلب الثاني

قذف الوالد لابنه

القذف تقدم أنه مطلق الرمي بالزنا باللفظ الخالي من الشبهة. والقذف قد يقع على المقذوف الأجنبي عن القاذف كما إنه قد يقع ويكون القاذف أصلاً للمقذوف (الفرع)، وذلك في قذف الأب لابنه. وقد اختلف الفقهاء في جواز إقامة الحد على الأب بقذف فرعه، حيث انفرد ابن حزم بقوله إقامة الحد على الوالد بقذف ابنه. رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم وجوب القذف على الأب إذا قذف ابنه هـ بالزنا ولا يلتفت للقول بعدم إقامة الحد قياساً على سقوط القود عنه إن قتل فرعه، ذلك أن الآية جاءت مطلقة وعامة في النهي عن رمي المحصنات لذا يحد الوالد إذا قذف ولده وكذا الحال إذا قذف الوالد أم ابنه هـ فيحد في ذلك.^(١)

رأي الجمهور:

اتفق الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد على عدم إقامة الحد على الوالد بقذف ابنه.

قال أبو حنيفة: "وإذا قذف الوالد ولده ولا حد عليه، لأنه منسوب إليه بالولاد ولا يعاقب بجنايته على نفسه وأطرافه، فكذلك لا يعاقب بالتناول من عرضه، لذا لا يطالب أباه أو جده وإن علا وأمه وجدته وإن علت بقذف أمه".^(٢)

وعند الإمام مالك: "إذا قال لابن الملاعنة يا منفي أو يا ابن الملاعنة أو يا ابن من لا عنت فلا حد عليه، وكذا تعريضه لابنه والمراد به الجنس الشامل فلا يحد به وذلك لبعده عن التهمة في ولده".^(٣)

(١) المحلى ٢٩٦/١١.

(٢) المبسوط ١٢٣/٩ - رد المحتار على الدر المختار ٥٢/٤، بدائع الصنائع ٥١/٧.

(٣) حاشية الدسوقي ٣٢٧/٤، بداية المجتهد ٥٠٩/٢.

وقال الإمام الشافعي: "وإن قذف الوالد ولده أو قذف الجد ولد ولده لم يجب الحد".^(١)

وقال الإمام أحمد: "وإن قال لولده لست بولدي فهو كناية في قذف أمه يقبل تفسيره لما يحتمله لأن للرجل أن يغلظ في القول والفعل لولده".^(٢)
ومن ثم فالجمهور من الأئمة الأربعة اتفقوا على عدم إقامة الحد على الوالد بقذف ابن هـ وقد انفرد عنهم ابن حزم بذهابه إلى إقامته.

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

اعتبر المشرع لسقوط حد القذف كون القاذف أصلاً للمقذوف وذلك في المادة (١٥٨/١) **فقرة (د)** والتي تقرأ كالاتي: "تسقط عقوبة القذف إذا كان المقذوف فرعاً للقاذف".

وتقرأ المادة (١٥٨/٢): إذا سقطت عقوبة القذف لأي من الأسباب المذكورة في البند (١) يجوز معاقبة الجاني بالعقوبة المقررة على جريمة إهانة السمعة".
وبذلك وافق القانون رأي الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في سقوط القذف عن القاذف إذا كان أصلاً للمقذوف.

وأما ما أضافه المشرع في المادة (١٥٨/٢) إنما هو تطبيق العقوبة التعزيرية والأصوب طالما سقط القذف عن الأصل لا تجب عليه أي عقوبة تعزيرية.

أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم من الكتاب والسنة:

أولاً: من الكتاب العزيز استدل بقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً).^(٣)

ثانياً: واستدل من السنة: "عن أبي بكر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال عام الفتح: فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام".^(٤)

^(١) المجموع شرح المهذب ٥٢/٢٠ .

^(٢) كشف القناع ١١٠/٦، المغني ٨٤/٩.

^(٣) سورة النور آية (٥).

^(٤) صحيح مسلم ١٣١٥/٣.

والدلالة من الآية أنها وردت عامة في كل قاذف من غير استثناء للأب أو الأم.
ومن الحديث الدلالة على حرمة الأعراض.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من الكتاب والسنة والقياس.

أولاً من الكتاب استدلووا بقوله تعالى: (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا).^(١)

ثانياً: استدلووا من السنة: "عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا يقاد مملوك من مالكة ولا والد بولده".^(٢)
والدلالة لما في عدم القود على الوالد لقتله ابن هـ من دلالة على عدم الحد به لقذفه له.

ثالثاً: استدلووا بالقياس حيث ذهبوا إلى أنه لما لم يقدر الوالد بابن هـ دلت ذلك على عدم الحد به إذا قذفه

الترجيح:

للترجيح بين الآراء فابن حزم وقف عند النص الذي جاء عاماً في كل قاذف من غير استثناء وهذا استدلال راجح على دلالة ورود الرمي بالزنا والحد على كل قاذف إلا إن استثناء الأب ثبت بأدلة أخرى من السنة والقياس.
وإن كان ابن حزم ينكر القياس إلا أنه من الأدلة التي تنهض دليلاً على عدم الحد، القياس على عدم القود في القتل وهو أعظم من القذف في وقوعه على المقذوف حيث تذهب الحياة به.

ومن وجه آخر فلا شك في مالية الابن لأبيه وذلك للجزئية فكما لا يكون الابن سبب في عدم وجود الأب لا يكون سبباً في حده.

^(١) سورة الإسراء الآية (٢٣).

^(٢) المستدرک علی الصحیحین ٣٦٨/٤ - قال الحاكم حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه - نصب الرأية لأحاديث الهداية ٣٣٩/٤ .

المطلب الثالث

العفو في القذف

اختلف الفقهاء في جواز سقوط حد القذف بالعفو عن القاذف من المقدوف ومرد الخلاف لما في اعتبار القذف حداً به عقوبة مقدرة حداً لله تعالى. ومن ثم فيه حق الله تعالى خالصاً، وحق العبد في العفو فيه ضعيف. وقد انفرد ابن حزم عن الجمهور والإمام مالك والشافعي وأحمد في قوله بعدم سقوط الحد بالعفو عن القاذف.

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم أن القذف حق خالص لله تعالى كحد الزنا والسرقة والمহারبة فلا مدخل للمقدوف فيه أصلاً ولا عفو له عنه.^(١)

رأي الجمهور:

اتفق الأئمة مالك والشافعي وأحمد على جواز العفو من المقدوف عن قاذفه بشرط أن يكون قبل بلوغ الإمام. جاء في المدونة "عند مالك العفو قبل بلوغ الإمام جائز إلا أن يريد الإمام سترًا".^(٢)

وقال الشافعي: "ما يجب بالقذف من الحد أو التعزير بالأذى فهو حق للمقدوف يستوفي إذا طالب به ويسقط إذا عفى عنه".^(٣)

وقال الإمام أحمد: "القذف حق لآدمي يسقط بعفوه ولا يستحلف المنكر فيه لأنه لا يتعلق بالمال، ويسقط حق القذف بالعفو عن بعضه، ويشترط لإقامة حد القذف مطالبة المقدوف واستدامة الطلب إلى إقامة الحد بأن لا يعفو".^(٤)

ووجه قول الإمام في أن القذف لا يسقط بالعفو قوله: "بأن لا يصح عفو المقدوف عندنا وإذا قضى القاضي بحد القذف على القاذف ثم عفى المقدوف عنه

(١) المحلى ٢٨٨/١١ - ٢٨٩ .

(٢) المدونة الكبرى - حاشية الدسوقي ٣٤٠/٤ .

(٣) المجموع شرح المذهب ٦٢/٢٠ .

(٤) كشف القناع ١٠٥/٦ - المغني ٢١٧/٨ .

بعوض أو بغير عوض لم يسقط الحد بعفوه ذلك أنه من حقوق الله عند العباد وما فيه من حق العبد فهو في حكم التبع".^(١)

وبذلك وافق الإمام أبو حنيفة الإمام ابن حزم وخالف الإمام مالك والشافعي وأحمد.

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

تنص المادة (١٥٨/١/ب) على الآتي: "تسقط عقوبة جريمة القذف إذا عفا المقذوف أو الشاكي قبل تنفيذ العقوبة" ومن ثم أجاز المشرع في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م سقوط عقوبة جريمة القذف بالعفو قبل تنفيذ العقوبة وبذلك أخذ برأي الجمهور وإن كان خالفهم في جواز العفو بعد بلوغ الإمام ذلك أنهم اشترطوا لجواز العفو أن يكون قبل بلوغ الإمام.

أدلة ابن حزم:

استدل بالكتاب والسنة .

أولاً: استدل بقوله تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا).^(٢)، والدلالة أن الحدود حق لله تعالى ولذا ورد النهي عنه سبحانه وتعالى التعدي على حدوده ومن باب أولى لا جواز للعفو فيها لأن حق الله تعالى خالصاً فيها.

ثانياً: استدل ابن حزم بحادثة الإفك عن السيدة عائشة رضي الله عنها حيث إن قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً).^(٣)

جاء فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يشاور السيدة عائشة وإنما من نص الآية طالبهم بالأربعة شهداء فلما عجزوا حدهم فدل ذلك على أن القذف لا مدخل للمقذوف فيه أصلاً حتى يعفو عنه.^(٤)

(١) فتح القدير ١٩٨/٤ - المبسوط ١٠٩/٩ - رد المحتار ٥٣/٤ .

(٢) سورة البقرة/ آية ١٨٧ .

(٣) سورة النور آية ٤ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٧٢/٦

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بالكتاب والسنة.

أولاً: استدلو بأن الآية في قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)^(١) والدلالة لما في القذف من حق للمقذوف مع حق الله تعالى، فإذا قذف أحدهم آخر بحضرة الإمام وكان ذلك غائباً فله العفو عنه.^(٢)

ثانياً: استدلو من السنة: عن السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ادفعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتكم لمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".^(٣)

وفي الحديث دلالة على درء الحد والعفو يدرأ به الحد.

الترجيح:

بالموازنة بين الآراء بناء على ما استدل به كل فريق ، فابن حزم ذهب الي أن النصّ القرآني جاء مطلقاً في كل قاذف ولم يبح للمقذوف أن يأتي القاذف بأربعة شهداء لوجوب حد القذف من دون توقف على رأي المقذوف في إقامة الحد وعدمه ، ودلالة ذلك بالنظر إلى سبب نزول الآية حيث كان في حادثة الإفك عن السيدة عائشة رضي الله عنها حيث دللت التفاسير أن الحد وجب على الذين رموها بالإفك دون توقف على مشاورتها في العفو عنهم .

أما الجمهور فقد رأوا جواز عفو المقذوف عن قاذفه في كل قذف عدا الذي يبلغ الإمام واستدلو بنفس ما جاء في تفسير الآية الكريمة حول حادثة الإفك حيث دللت على أن القذف فيه حق الله تعالى وحق العبد لذلك للعبد العفو قبل بلوغ الإمام.

(١) سورة النور ، آية ٤ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن ١٧٧/٦

(٣) المستدرك على الصحيحين .

كما استدلوأ بأن الحدود تدراً بالشبهات بما روته السيدة عائشة رضي الله عنها عن الرسول صلى الله عليه وسلم بدرء الحدود أو دفع الحدود بالشبهات، لذا أجازوا العفو عن القاذف إن عفى المقذوف عنه.

والقانون الجنائي لسنة ١٩٩١م أخذ برأي الجمهور .

ومن الآراء والأدلة فرأي الجمهور راجح لقوة الأدلة التي استدلوأ بها كما أن الاستدلال بسبب نزول الآية وورودها حول حادثة الإفك وإقامة الحد دون توقف على مشاورة السيدة عائشة لا دلالة فيه على عدم جواز العفو وإنما يدل على أن الذين رموها عجزوا عن إثبات الرمي بأربعة شهداء لذا حدهم الرسول صلى الله عليه وسلم.

المبحث الخامس

المسائل الخلافية في حد الحراية

المطلب الأول

أحكام الحراية والمحارب

قال تعالى: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ).^(١)

والآية تناولت الحراية والمحاربين: " وقد ورد أن سبب نزولها أنها نزلت في من خرج على المسلمين يقطع السبيل عليهم ويسعى في الأرض فساداً من المحاربين والشرط في الآية لزوال الحد عنهم وجود التوبة منهم قبل القدرة عليهم. ومن المفسرين من يرى أنها نزلت في الكفار".^(٢)

ومن ثم لذلك اختلف الفقهاء في وصف المحارب قاطع الطريق، هل هو من المحاربين أم من الكفار، فإن كان من المحاربين ما هي صفة المحارب المعتبرة ليكون محارباً.

وقد ذهب ابن حزم إلى أن المحارب هو فقط المخيف للسبيل ولا يصح القول بأنه الكافر، وفي إخافته للسبيل لم يفصل وإنما ذهب إلى إخافة السبيل مطلقاً وبذلك انفرد ابن حزم عن الجمهور.

حيث فصلوا في قطع السبيل وفي اشتراط حمل السلاح من المحارب.

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم أن قاطع الطريق هو فقط المخيف للسبيل لأنه مفسد فيها وهو المحارب المذكور في الآية ولا يصح القول بأنه كافر، وإنما هو فقط محارب قاطع طريق .

^(١) سورة المائدة آية ٣٣/٣٤ .

^(٢) أحكام القرآن ٤٠٧/٢ - الجصاص ، أبي بكر أحمد بن علي الرازي (مطبعة الأوقاف الإسلامية).

أما اللص وإن دخل مستخفياً بليلٍ أو نهار ليزني أو ليسرق أو ليقتل فهو سارق عليه ما على السارق، ويستوي في المحاربة عنده أن تكون في الصحراء أو في المدن ليلاً أو بسلح.^(١)

رأي الجمهور:

عند الإمام أبي حنيفة: "قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى لأن قاطع الطريق يأخذ المال سراً ممن إليه حفظ الطريق وهو الإمام".

وتسميتها كبرى إنما لأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بقطع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ مالهم وهتك عرضهم ولهذا غلظ الحد في قطع الطريق وسمى قطاع الطريق محاربين لأن المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى ، فإذا أخذه على سبيل المغالبة كان في صورة المحاربة.^(٢)

وعنده أيضاً يشترط في فعل المحارب ليقطع الطريق أن يكون في دار الإسلام ، فإن كان في دار الحرب لا يجب القطع كما يشترط أن تكون الحاربة في غير مصر، فإن كانت في مصر لا يجب الحد سواء كان نهاراً أم ليلاً بسلح أو غيره.^(٣) وعند الإمام مالك: "المحارب من أخاف الطريق لأجل أن يمنع الناس من سلوكها والانتفاع بالمرور فيها وإن لم يقصد أخذ المال من السالكين فيها، أو قطعه لأخذ مال مسلم أو غيره مما يتعذر معه الغوث سواء كان الطريق داخل العمران أو خارجه.^(٤)

والمحارب عنده قاطع الطريق ولو انفرد بمدينة ، ومن كابر رجلاً على ماله بسلحه أو غيره في زقاق أو دخل على حرمة في المصر أو كمن خرج دون سلح متلصصاً وأخذ المال مكابرة.^(٥)

(١) المحلى ١١ / .

(٢) بدائع ١٦٤/٧ - شرح العناية على الهداية للبايرتى المطبوع مع فتح القدير ٢٦٨/٤ .

(٣) رد المحتار ٢٠٩/٤، بدائع الصنائع ١٦٤/٧، ١٣٥.

(٤) حاشية الدسوقي ٣٣٦/٤ .

(٥) حاشية الدسوقي ٣٣٦/٤ - جواهر الأكليل ٢٩٤/٢ - المدونة الكبرى ٣٠٣/٦ .

وقال الإمام الشافعي: "المحاربون هم القوم يرهبون بالسلاح القوم حتى يغتصبوهم مجاهرة في الصحارى والطرق، أو في ديار أهل البادية أو أهل القرى. فإذا عرض للصوص جماعة أو واحد مكابرة بالسلاح فهم محاربون".^(١)

وعند الإمام أحمد: "المحاربون هم الذين يعرضون بالسلاح في الصحراء للناس فيغتصبونهم المال جهرة، وشرط المحارب أن يكون معه سلاح لأن من لا سلاح له لا منعة له وإن قاتل بالعصا والحجارة فهو محارب".^(٢)

قال البهوتي: "عند أحمد المحاربين هم قطاع الطريق المكلفون الملتزمون ولو من أنثى من مسلم أو من الذين يعرضون للناس بسلاح في صحراء أو بنيان أو بحر فيغنصونهم مالا محترماً قهراً مهاجرة".^(٣)

ومن ثم فابن حزم يرى أن الحراية مطلقاً هي إخافة السبيل أما الجمهور من الأئمة الأربعة فيرون أنها قطع الطريق لأخذ المال أو لإخافة الناس ومنعهم من سلوك الطريق.

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

تنص المادة (١٦٧) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م على الآتي: "يعد مرتكباً جريمة الحراية من يرهب العامة أو يقطع الطريق بقصد ارتكاب جريمة على الجسم أو العرض أو المال شريطة أن يقع الفعل:-

(أ) خارج العمران في البر أو البحر أو الجو، داخل العمران مع تعذر الغوث .

(ب) باستخدام السلاح أو أي أداة صالحة للإيذاء أو التهديد بذلك.

وبنص المادة ١٦٧ فقد وافق به المشرع رأي الجمهور، وذلك كون الحراية تكون بإرهاب العامة وقطع الطريق وحدثها بسلاح أو أداة صالحة للإيذاء خارج العمران . وباشتراط حدوث الحراية داخل العمران مع تعذر الغوث وافق بذلك المشرع رأي الإمام مالك.

(١) الأم ١٦٤/٦ - المذهب ٣٧٠/٢ .

(٢) الكافي ١٢٤/٤ .

(٣) كشف القناع ١٤٩/٦ - ١٥٠ .

وقد دلت تطبيقات السوابق القضائية على الحراسة وتطبيقاتها حيث جاء في حكومة السودان /ضد/ مبارك يونس ما يلي: "قطاع الطريق هم الذين شهروا السلاح وقطعوا الطريق للناس ومنعوه من المرور أو قصدوا سلبهم أو إخافتهم جهاراً خارج العمران أو داخل العمران مع تعذر الغوث".^(١)

أدلة ابن حزم :

استدل ابن حزم بالكتاب العزيز .

أولاً: استدل من الكتاب بقوله تعالى: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا).^(٢)

فدلت الآية أن سبب نزولها إنما كان في من خرج يقطع السبيل على المسلمين عاماً من غير اشتراط حمل سلاح أو بدونه، بقصد أخذ المال أم بعده.^(٣)

ثانياً : وبقوله تعالى "وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين".^(٤)

والدلالة من الآية كذلك كما في سابقتها دلالة على قتال المحاربين من الكفار مطلقاً من غير اشتراط لوصف الضرب.

أدلة الجمهور:

استدلوا من السنة: "عن أنس رضي الله عنه قال: قدم على النبي صلى الله عليه وسلم نفر من عُكْل فأسلموا فاجتووا المدينة فأمرهم أن يأتوا إبل الصدقة فيشربوا من ألبانها وأبوالها ففعلوا فصحوا فارتدوا وقتلوا رعاتها واستاقوا النعم، فبعث في آثارهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم ثم لم يحسمهم بالنار".^(٥)

فدلت السنن الواردة أن الحراسة تكون داخل العمران عند تعذر الغوث بقصد أخذ المال أو سفك الدماء.

(١) نقض م ع/ف ج/٢٠٨/١٤٠٥ هـ - مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٦م/١٠٢.

(٢) سورة المائدة آية ٣٣/٣٤ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤٠٧/٢ .

(٤) سورة البقرة آية ١٩٠.

(٥) صحيح البخاري ٢٠٢/٨ - كتاب الحدود - باب الحراسة.

الترجيح:

بالموازنة بين رأي ابن حزم ورأي الجمهور فالآية وإن كان وردت عامة فلا يدل ذلك على أن المحاربة هي إخافة السبيل فقط، ذلك أن العام يشمل كل وصف يعد محاربة لله تعالى حيث إن الآية تشمل كل محارب ينتهك أوامر الله تعالى ونواهيه ، كما إن فعل المحاربة يستوى بإخافة السبيل أو بأخذ المال بسلاح أم بغير سلاح ، لذا اختلف الفقهاء في وصف المحارب وفي حمله السلاح على الناس في مصر أو برية، وكارهم على أنفسهم وأموالهم.

ودلالة ذلك واضحة بفعل الذين قتلوا راعي النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا النعم.

لذا وصف الحاربة بأنها تكون بإخافة السبيل فقط استدلال غير راجح لذلك فرأى الجمهور هو الراجح لقوة الأدلة.

المطلب الثاني النصاب في الحرابة

الحرابة لغةً من الحرب نقيض السلم، والحرب بالتحريك أن يسلب الرجل ماله^(١) وعرف الفقهاء الحرابة أو قطع الطريق: حيث عرفها الحنفية بأنها: "قطع الطريق وأخذ المال سراً ممن إليه حفظ الطريق وهو الإمام".^(٢) وعند الإمام مالك: "قطع الطريق لمنع سلوك الناس أو أخذ مال مسلم أو غيره على وجه يتعذر معه الغوث".^(٣) وعرفها الإمام الشافعي بأنها: "قاطع الطريق مسلم مكلف به شوكة، لا مختلسون يتعرضون لآخر قافلة ويعتمدون الهرب، والذين يغلبون شرذمة بقوتهم قطاع طريق".^(٤) وعرفها الإمام أحمد مبيناً تعريفها من خلال وصفه للمحارب، وما تكون بها الحرابة: "قطاع الطريق المكلفون الملتزمون ولو أنثى، الذين يعرضون للناس بسلاح ولو بعصا أو حجارة في صحراء أو بنيان أو حجر فيغصبونهم مالا محترماً قهراً مجاهرة".^(٥) وعرفها ابن حزم: "الحرابة كل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل النفس أو أخذ المال أو لجراحة أو لإنتهاك فرج".^(٦) وقد اتفقت التعريفات السابقة على أن الحرابة قطع الطريق ولكن في بيان اشتراط النصاب لأخذ المال في الحرابة حتى يقطع به اختلف الفقهاء في ذلك حيث

(١) لسان العرب ٢٠٢/٣ - ٢٠٣ - مادة حرب

(٢) فتح القدير ٢٦٨/٤، بدائع الصنائع ١٣٥/٧.

(٣) مواهب الجليل ٣١٤/٦ .

(٤) مغني المحتاج ١٨٠/٤ .

(٥) كشف القناع ١٤٩/٦ .

(٦) المحلى ٣١٤/٣٠٨ / ١١ .

ذهب الإمام ابن حزم الي عدم اشتراط النصاب في مال الحاربة مخالفاً بذلك الجمهور من الأئمة الأربعة .

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم عدم اشتراط نصاباً محدداً في مال الحاربة ، فكل من أصاب دماً أو مالا له حكم المحارب.^(١)

رأي الجمهور:

اتفق الإمام أبو حنيفة والشافعي وأحمد على اشتراط النصاب في مال الحاربة. قال أبو حنيفة: "يشترط أن يكون المأخوذ مالا متقوماً معصوماً ليس فيه لأحد حق الأخذ ولا تأويل التناول، مملوكاً لا ملك فيه للقاطع ولا تأويل الملك ولا شبهة الملك محرراً مطلقاً بالحافظ ليس فيه شبهة العدم نصاباً كاملاً عشرة دراهم أو مقدراً بها حتى لو كان المال المأخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة دراهم لا قطع عليهم".^(٢)

وقال الشافعي: "ولا يقطع من قطاع الطريق إلا من أخذ قيمة ربع دينار فصاعداً قياساً على السرقة".^(٣)

وعند أحمد بن حنبل "ولا يقطع منهم - المحاربين - إلا من أخذ من حرز لا شبهة له فيه ما يقطع السارق في مثله، ولو أخذوا نصاباً أو ما تبلغ قيمته نصاباً ولو لم تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً قطعوا".^(٤)

رأي الإمام مالك:

يرى أنه لا اشتراط للنصاب في الحاربة جاء في المدونة: " قال مالك: ليس حد المحاربين مثل حد السارق والمحارب إذا أخذ المال قليلاً أو كثير فهو سواء".^(٥) وقد خالف الإمام مالك الأئمة أبي حنيفة والشافعي وأحمد ووافق ابن حزم.

(١) المحلى ٣٠٨/١١ .

(٢) بدائع الصنائع ١٦٣/٧ .

(٣) الأم ١٦٤/٦ - المهذب ٢٧٠/٢ .

(٤) كشف القناع ١٥٢/٦ - المغني ٢١٠/٨ .

(٥) المدونة الكبرى ٣٠٣/٦ .

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

اشترط المشرع في المادة ١/١٦٨ فقرة (ب) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م بلوغ المال في الحراية النصاب كنصاب السرقة.

تقرأ المادة (١/١٦٨ ب) كالآتي: "من يرتكب جريمة الحراية يعاقب بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا ترتب على فعله الأذى الجسيم أو سلب مال يبلغ نصاب السرقة الحدية".

وقد دلت تطبيقات السوابق القضائية على وصف المحاربين.

جاء في حكومة السودان /ضد/ آدم حسن إسماعيل ما يلي: "إن وجود عصابة مكونة من خمسة أشخاص أو أكثر فيه إثبات واضح لعنصر المغالبة والمجاهرة بالعدوان لذا فحد الحراية استثناءً من الحدود ، الحد لا يجب فيه إلا على مباشره ذلك أن الحراية مبنية على حصول المنفعة والمعاوضة وعلى هذا إذا قتل واحد منهم ، ثبت حكم القتل في حقهم جميعاً ، ووجب قتلهم جميعاً حداً لا تعزيراً، وإن حقهم جميعاً ووجب على جميعهم القطع".^(١)

أدلة ابن حزم:

استدل ابن حزم من الكتاب والسنة .

أولاً: من الكتاب استدل بقوله تعالى: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً ...).^(٢)

والدلالة أن الآية جاءت عامة في كل حراية من غير اشتراط مال أو نصاب.

ثانياً: استدل من السنة بأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل الذين قتلوا الراعي واستاقوا النعم ولم يقف على بلوغ النصاب أم لا في حرايتهم.

وذلك فيما ورد عنه "عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: قدم على النبي صلى الله عليه وسلم نفر من عُكل فأسلموا واجتووا المدينة فأمرهم أن يأتوا إبل الصدقة فشربوا من ألبانها وأبوالها ففعلوا فصَحَّوا فارتدوا وقتلوا رعاتها واستاقوا النعم

^(١) نقض م ع/ف ج/١٧/١٩٨٢م - مجلة الأحكام القضائية السودانية ٨٨/١٩٨٤

^(٢) سورة المائدة آية ٣٣/٣٤ .

فبعث في أثارهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم ثم لم يحسمهم بالنار".^(١)

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من القياس ومن المعقول.

أولاً: من القياس، حيث قاسوا اشتراط النصاب في السرقة لوجوب القطع باشتراطه في مال الحرابة، وذلك لتوافر شروط القياس من المشبه والمشبه به والعلة الواحدة المتمثلة في إخراج المال.

ثانياً: أن المحارب رتب الشارع سبحانه وتعالى عليه القطع كالسارق في السرقة ولا فرق فدل ذلك على اعتبار النصاب في الحرابة.

وقد دلت كتب التفسير على أن المقصود بالحرابة والمحاربة في الآية أنها كالسرقة والزنا وسائر الحدود فدل ذلك على اشتراط النصاب في الحرابة.^(٢)

الترجيح:

للترجيح بين الآراء فابن حزم استدل بالنص القرآني الدال على أن الحرابة وردت مطلقاً في كل محارب من غير اشتراط نصاباً محدداً للقطع به ولا غيره بنصاب محدد كما ذهب إلى ذلك الجمهور.

أما الجمهور فاستدلوا بأدلة من القياس والمعقول المستدلين إلى كتب التفاسير حيث استدلوا بأن القياس على النصاب في الحرابة بما في نصاب السرقة الحدية وذلك لتوافر المقيس والمقيس به والعلة واحدة وهي أخذ المال في كلا السرقة والحرابة.

والأصوب رأى الجمهور لرجاح الاستدلال بالقياس . وما يعلل اشتراط النصاب إن قصد المال في الحرابة يعد إحدى صور الحرابة التي تتفق مع السرقة في إخراج المال وفي العقوبة إن توافرت شروطها حيث إنه في السرقة العقوبة القطع وفي الحرابة أيضاً القطع.

(١) صحيح البخاري ٢٠٢/٨ - كتاب الحدود - باب المحاربة.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ١٥٦/٣ .

المبحث السادس

المسائل الخلافية في حد الردة

المطلب الأول

استتابة المرتد

الردة لغة: رد الشيء ورجعه ، وارتد عنه تحول.^(١)

وفي الاصطلاح:

عرفها الحنفية بأنها : الرجوع عن دين الإسلام.^(٢)

وعرفها المالكية: " كفر مسلم بصريح لفظ أو بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه".^(٣)

وعرفها الشافعية بأنها: " قطع الإسلام بنية أو قول كفر أو فعل".^(٤)

وعرفها الحنابلة: " الردة من ترك تهاوناً فرضاً كالصلاة والزكاة والحج بألا يفعله أو يؤخره".^(٥)

وعرف ابن حزم المرتد بأنه: " كل من صح عنه أنه كان مسلماً متبرئاً من كل دين حاشاً دين الإسلام ثم ثبت عنه أنه ارتد من الإسلام".^(٦)

وقد اختلف الفقهاء في جواز استتابة المرتد حيث انفرد ابن حزم بالقول بعدم استتابته مخالفاً بذلك الجمهور من الأئمة الأربعة الذين ذهبوا الي استتابته.

رأي ابن حزم:

يرى ابن حزم أن المرتد يقام عليه الحد ولا يجب دعاؤه ولا استتابته ولا يحال بينه وبين ذلك.

وأما من بدل من الكفار دينه بدين غيره فلا يقبل منه الرجوع إلى الدين الذي خرج منه ولا بد له من الإسلام أو السيف.^(٧)

(١) لسان العرب ١٧٢/٣ .

(٢) رد المحتار ٢٢١/٤، بدائع الصنائع ١٩٨/٧ .

(٣) الموطأ ٧٣٦/٢ .

(٤) مغنى المحتاج ١٣٩/٤ .

(٥) كشف القناع ١٣٧/٦ .

(٦) المحلى ١١ / ١٩٣ .

رأي الجمهور:

اتفق الجمهور من الائمة الأربعة على استتابة المرتد.

قال أبو حنيفة: "من ارتد عرض عليه الحاكم الإسلام استحباباً ويحبس ثلاثة أيام يعرض عليه الإسلام في كل يوم إن طلب المهلة، وإلا يقتل في ساعته إلا إذا رجي إسلامه".^(١)

وعند مالك: "من خرج من الإسلام إلى غيره وأظهر ذلك يستتاب فإن تاب خلى سبيله وإلا قتل".^(٢)

وعند الشافعي: "المرتد عنده تجب استتافته سواء كان مرتد أو مرتدة مدة ثلاثة أيام فإن أصر قتل وإن أسلم صح".^(٣)

وقال الإمام أحمد: "يستتاب المرتد ثلاثة أيام ويدعى إلى الإسلام فإن كان جاهلاً عرف وجوب ذلك وإن أصر قتل حداً".^(٤)

القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م:

تنص المادة ١/١٢٦ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م على الآتي:

"يعد مرتكباً جريمة الردة كل مسلم يروج للخروج من ملة الإسلام أو يجاهر بالخروج عنها بقول صريح أو بفعل قاطع الدلالة".

"يستتاب من يرتكب جريمة الردة ويمهل مدة تقررها المحكمة فإذا أصر على رده ولم يكن حديث عهد بالإسلام يعاقب بالإعدام".

ومن ثم اتفق القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م مع رأي الجمهور في استتابة المرتد ولكنه في المدة افترق عنه حيث نص عليها الفقهاء ثلاثة أيام وفي نص المادة جعل المشرع السلطة تقديرية للمحكمة في تحديدها، وغالباً ما تستهدي المحكمة بالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي في تحديد مدة الاستتابة.

^(١) المحلى ١١/ ١٩٣ - ١٩٤.

^(٢) رد المحتار ٤/ ٢٢٥ - المبسوط ١٠/ ٩٨، بدائع الصنائع ٧/ ١٩٩.

^(٣) حاشية الدسوقي ٤/ ٣٠١.

^(٤) مغنى المحتاج ٤/ ١٣٤، ١٣٩.

^(٥) كشف القناع ٦/ ١٧٣.

أدلة ابن حزم:

أولاً: استدل بقوله تعالى: (وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ).^(١)
وبقوله تعالى: (كَيْفَ يَهْدِي اللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا بَعْدَ إِيمَانِهِمْ وَشَهِدُوا أَنَّ الرَّسُولَ حَقٌّ وَجَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ).^(٢)
والدلالة أن الردة كفر لحقت فاعلها اللعنة ولا وجه لاستنابته ولم يصرح نص باستنابته.

ثانياً: استدل من السنة: " عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه".^(٣)
ومن السنة أيضاً: "عن أنس بن مالك رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: أكبر الكبائر الإشراك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين وقول الزور".^(٤)

والدلالة من الحديث الثاني أن الردة وهي الإشراك بالله من أكبر الكبائر وبدلالة الحديث الأول أن المرتد يقتل ولا ينتظر به ليستتاب.
أدلة الجمهور:

استدل الجمهور من السنة وقضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومن المعقول.

أولاً: من السنة: "عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادفعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم لمسلم مخرجاً فخلو سبيله".^(٥)

(١) سورة البقرة / الآية ٢١٧.

(٢) سورة آل عمران / آية ٨٦.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٢٦٧/١٢ - سنن أبي داود ٦٢/٥ .

(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٢٦٨/١٢ .

(٥) المستدرک علی الصحيحین للحاکم ٣٨٤/٤ .

ثانياً: روي أنه قدم على سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجل من قبل أبي موسى الأشعري رضي الله عنه فسأله عن الناس فأخبره ، ثم قال: هل فيكم من مغربة خبر، فقال نعم: رجل كفر بعد إسلامه، قال: فما فعلتم به، قال قربناه فضررنا عنقه، قال عمر رضي الله عنه فهلا حبستموه ثلاثاً وأطعتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه لعله أن يتوب أو يراجع أمر الله، اللهم إني لم أحضر ولم أرض إذ بلغني". (١)

والدلالة أن الاستتابة تتيح درء الحد بالشبهة حيث إن مراجعة المرتد لدينه ورجوعه عن الردة يكون بالتوبة والرجوع لله تعالى وفي ذلك دفع للحد عنه. ثالثاً: من المعقول: حيث إن المرتد إنما تجوز مراجعته ليتوب وفي ذلك تغيير للمنكر الذي فعله وتغيير المنكر من الدين.

الترجيح :

بالموازنة بين رأي ابن حزم وآراء الجمهور من الأئمة الأربعة وبناءً على ما أدل به كل فريق ، فاستتابة المرتد إنما اختلف فيها للخلاف في وجوبها حيث ذهب ابن حزم الي إقامة الحد مباشرة دون استتابة مستدلاً بأن النصوص من الشارع إنما حرزت ونهت عن الردة لذا لا بد من إقامة الحد على من ثبتت رده.

أما الجمهور فاستدلوا بأن الاستتابة تتيح دفع ودرء الحد ، حيث ثبت عن سيدنا عمر بن الخطاب إنكاره لقتل من علم أنه ارتد وقتل في الحال ، ولو كان المرتد يقتل في الحال لما لم يرض سيدنا عمر بذلك.

والأصوب لذلك رأي الجمهور وهو الرأي الراجح.

وقد أخذ المشرع في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م برأي الجمهور من الأئمة الأربعة وبذلك أخذ بالرأي الراجح .

(١) مصنف عبد الرزاق ١٠/١٦٨ - ١٦٩.