

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية أصول الدين والشريعة

والحضارة الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر

للعلوم الإسلامية قسنطينة

الرقم الترتيبي:/2001

رقم تسجيل الطالب(ة):

استعمال الحق كسبب للإبادة الجرمية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

مقدمة لنيل شهادة الماجستير

شعبة : الفقه وأصوله

من الطالبة : نادية سخان

الجامعة الأصلية	الرتبة:	الإسم واللقب:	أمام اللجنة:
جامعة عنابة	أستاذ محاضر	لخضر بوكحيل	1-الرئيس
جامعة منتوري	أستاذ محاضر	محمد الأخضر مالكي	2-المقرر
جامعة باتنة	أستاذ محاضر	السعيد فـكرة	3-العضو
جامعة منتوري	أستاذ محاضر	محمد زغداوي	4-العضو

نوقش (ت): يوم: 30... جواب: 2001.....

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير
الفتاح للعلوم الإسلامية

﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَآمَنُوا بِمَا
نُزِّلَ عَلَى مُحَمَّدٍ وَهُوَ الْحَقُّ مِنْ رَبِّهِمْ، كَفَّرَ عَنْهُمْ
سَيِّئَاتِهِمْ وَأَصْلَحَ بَالَهُمْ، ذَلِكَ بِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا
اتَّبَعُوا الْبَاطِلَ، وَأَنَّ الَّذِينَ آمَنُوا اتَّبَعُوا الْحَقَّ
مِنْ رَبِّهِمْ، كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ لِلنَّاسِ أَمْثَالَهُمْ﴾

(محمد، 02-03)

الإهداء

« إلى من علمتني الصمود والتحدي، وكانت لي

القلب الطافح حبا وحنانا، أمي، مبرة وولاء.

« إلى سندي الدائم في دنياي، أخي كمال

محمد الهادي.

« إلى من أخذوا بيدي، ويسروا لي سبيل الوصول

بتشجيعهم الدائم كلما رأوا مني كلالاً أو مللاً، إخوتي

وأخواتي.

شكر وتقدير

لا يسع المؤمن وهو يري تمارجه السنين الماضية قد استقامت قطونا
رانية من خلال دراسة متكاملة إلا أن يشكر الله العلي العظيم ثم من
واجبي بعد ذلك أن أذكر الفضل لأهله ، فأقدم بجزيل الشكر
والإمتنان إلى أستاذي الدكتور محمد الأخصر مالكى ، الذي لم يفر
جهدا للأخذ بيدي لإكمال هذا البحث ، فغمرني بتواضعه وأدبه
فضلا عن توجيهاته وإرشاداته غم كثيرة أعماله وتعبها ، ثم لا
أنسى القائمين على معهد الشريعة إدارة وأساتذة ممن سخروا
جهودهم خدمة لطلبة العلم ، وأخص بالذكر أستاذي السبتي بن
ستيرة ، وأخيرا عاملات مكتبة الدكتور أحمد عمرو اللواتي تقانين
في تقديم يد العون لكل مجتهد . فجزاهم الله جميعا عني خيرا ونفع بهم
طلاب العلم .

مُقَدِّمَةٌ:

الحمد لله الذي جعل العلم دالا عليه، وسخر العلم الصالح مطية إليه، جعل شريعته ذات أصول راسخة، وفروع مرنة، تستوعب المكان وتساير الزمان، وهي دائما وأبدا مشروع حضاري، ينافس أرقى البدائل التشريعية، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمدا عبده ورسوله، أما بعد:

أولا: التعريف بموضوع البحث.

إن تقرير الحق ظاهرة اجتماعية، تعني ممارسته، والانتفاع بمزاياه، مما يجعل فكرة الاستعمال قديمة قدم معرفة الإنسانية له، غير أن الاستفادة من هذا الحق واستغلاله ينبغي أن تكون في إطار المصلحة الاجتماعية من غير تصادم المصالح أو تضادها، فإذا وقع التعارض، رفع بمعيار شرعي مقرر هو دفع الضرر، وهو قيد عام في كل ممارسة.

غير أن استعمال الحق في المجال الجنائي ذو ميزة خاصة باعتبار حالات الإباحة تفرض وجود نظام قانوني يفصل قواعد الإباحة عن صور العقاب، ذلك أن استعمال الحق يأتي في وقت تكون فيه الجريمة متوافرة الأركان من نشاط مادي في صورة جريمة، ثم ركن معنوي ونتيجة، ومع ذلك تكون الواقعة مباحة لا عقاب عليها، أضف إلى ذلك مساندة القانون بموجب مبدأ الإباحة، هذا المبدأ الذي يظهر لأول وهلة أنه يسمح لصاحب الحق أن يأخذ حقه بنفسه، ولو نتج عن فعله جريمة.

والسؤال الذي يطرح بالحاح: أين استعمال الحق من القانون الجنائي، سواء في الشريعة الإسلامية أم القوانين الوضعية؟

بداية أقول: إن الشريعة الإسلامية تضمنت في ثناياها هذا المبدأ، ظهر ذلك من خلال تطبيقات متناثرة في كتب الفقه، أما القوانين فبعضها نص على هذا الحق صراحة، والبعض الآخر أشار إليه عموما، ومن توخى الطريقة الثانية المشرع الجزائري، حيث قرر هذا المبدأ في المادة التاسعة والثلاثين من قانون العقوبات بعنوان: الأفعال المباحة: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون".

وقد ترك المشرع هذه الأفعال دون تحديد، فأصبح يندرج تحتها كل الأفعال التي تستند إلى إذن القانون، أضف إلى ذلك نصوص أخرى لا يمكن تطبيقها إلا في هذا الإطار، كالدفاع الشرعي، وحق مزاوله مهنة الطب، والنشاط الرياضي...

وعليه فهذا المبدأ موجود ضمنا في شريعتنا الغراء والقانون على حد سواء، من هنا تأتي أهمية هذه الدراسة.

ثانياً: أهمية الموضوع.

1. فكرة استعمال الحق تعود أساساً إلى القانون المدني التي أسهب في تحليلها الشراح ولكنها لم تأخذ حظها الكافي من حيث تحديد ضوابط الممارسة على وجه الخصوص بالنسبة للقانون الجنائي.
2. وجدت أن طبيعة هذا الموضوع إذا حصر في الفقه المحض، أو القانون المحض، جامد وفي المقارنة متعة ترفع الإشكالات، وتضيّق زاوية الخلاف الذي قد يكون مفتعلاً، وتبرز جانب القصور العملي في هذا أو ذاك.
3. تراثنا الفقهي مادة خفية تحتاج إلى استخراج كنوزه، وأحكامه تحوي حلولاً جادة وجذرية لكن ينبغي بيانها بأسلوب سلس مبوّب ومقعد وفق طرق يسهل على الدارس الحصول عليها، لذلك فهو يحتاج إلى منهج علمي منظم يكون في المتناول وهذا ما جاءت هذه الدراسة لتحقيقه.
4. إن هذا العمل هو حلقة في سلسلة الجهود التي ينبغي أن تبذل لخدمة الشريعة لتسترد مكانتها في الريادة والقيادة لتحل محل القوانين الوضعية.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع.

أوجز ذلك فيما يلي:

1. إن المكتبة الإسلامية والقانونية حافلة بالمصادر المعتمدة في هذا الموضوع، علماً أن المصادر الفقهية وإن بسّطت الأحكام فهي مبعثرة في شتى الأبواب، تفتقد إلى التكامل التطويري، فضلاً عن اللغة المركزة التي يصعب على الكثيرين فهمها، ثم إن المصادر القانونية يطغى عليها طابع تتبع النصوص شرحاً، لذلك لمست أن جانب المقارنة فيه جـدّة، فلماذا لا أحاول تدارك النقص بالمساهمة في إعطاء جانب معرفي علمي بأسلوب بسيط، يهتدي من خلاله طالب العلم لفهم أحكام قد يصعب عليه إدراك معانيها إن تسنى له الوصول إلى مظانها القديمة.
2. اعتقادي أن الدراسات الفقهية القانونية هي إحدى الضمانات لاجتهاد فقهي معاصر يواجه تحدي قانوني شرس يتسم بالتنظيم والتبويب، قد يعتدّ منظروه أن ملاذهم فيما يستورد من الغرب، ولا يسعنا استبعاد هذا التصوّر إلا باستثمار ثروتنا الفقهية الأصولية وتطويعها لخدمة الأمة من خلال دراسات متخصصة ممنهجة تبرز جانب السبق والتأصيل في شريعتنا.
3. رغبتني الشديدة — من خلال تخصصي الأصولي — في الجمع بين القواعد الأصولية وأثرها التطبيقي الفقهي، ومن عظيم ما من الله به علي أن تحقّق جانب ثالث وهو الدراسة القانونية فجاء هذا البحث أصولياً فقهيّاً، قانونياً، وذلك فضل من ربي عظيم.

رابعاً: أهداف البحث.

يهدف موضوع هذه الدراسة إلى الأغراض التالية:

1. استخراج حالات الإباحة التي تكون نتيجة ممارسة حق مهما كان مصدرها سواء كان قانون العقوبات أو أي فرع قانوني آخر، من أجل ضبط نظرية عامة للحق المستعمل من خلال دراسة تجمع بين الأصالة والحدثة، بين طرح القدامى وما تقتضيه ظروف العصر مستفيدة من المادة الفقهية الغزيرة، والمنهج القانوني الميسر.
2. تأصيل فكرة استعمال الحق من الوجهة الجنائية بعد أن استقرت مدنياً، في محاولة للإسهام بوضع لبنة لنظرية واضحة المعالم مكتملة السمات، من خلال تحديد ضوابط الاستعمال وشروطه، عاملة على تعميم ذلك على سائر التطبيقات لتكون قاعدة ومنطلقاً في كل ممارسة.
3. الوصول إلى نتيجة بالنسبة لتأسيس الإباحة — تعليلها — فظاً للاختلافات الشاسعة في هذه المسألة.
4. استعمال الحق بحسب أثره يشابه أوضاعاً قانونية أخرى كموانع العقاب، وموانع المسؤولية والعدل يقتضي تمييزه عن غيره لتحسن ممارسته باعتبارها الغاية من مشروعيتها.
5. محاولة استثمار الموروث الفقهي، وإظهاره، إذ ما ينقصنا هو التنظير والتأصيل وبذلك يتأكد أن الشريعة كانت وما زالت قادرة على إمداد الإنسانية في ميدان التشريع.
6. محاولة التعرف على منهج الشرعيين والقانونيين في هذه المسألة للوصول إلى مدى التقارب أو التباين بين النظامين للوقوف على حقيقة الوفاق والخلاف بينهما، وفي ذلك تقريب للمسافة بين النظامين، سداً لدعوات المتشددین الذين يرفضون القانون الوضعي وإن كان منهجه سديداً، وأولئك الذين ينظرون إلى الشريعة نظرة قصور عن مواكبة أوضاع راهنة، والحقيقة تجافي هؤلاء وأولئك.
7. تسهيل الحصول على الحكم الفقهي بالنسبة للمشرع الجزائري إذا ما أراد العودة إلى أحكام شريعتنا فيما يخالفها فيه.

خامساً: المنهجية المتبعة في هذا البحث.

اعتمدت في بحثي على منهجين:

1. المنهج الاستقرائي، تتبعت من خلاله:
 - قواعد الإباحة بالوقوف على مدلولها شرعاً وقانوناً، مع التركيز على بيان الحق الذي هو صميم الدراسة، وذلك بتتبع الكتب الشرعية والقانونية والمقارنة مما يسر الله وصوله بين يدي.

- جمع أهم تطبيقات الحق المستعمل في مختلف مظانها الفقهية والقانونية.
- الوقوف على آراء فقهاء المذاهب الأربعة في حكم المسائل المعروضة بالرجوع إلى المصادر المعتمدة، وعلى النسق نفسه سرت مع المصادر القانونية فتتبع آراء الشراح في مواطنها، مع تجنب النقل من غير المصدر المعتمد.

2. المنهج الاستدلالي:

استعملته عند بيان الحكم الشرعي أو الرأي القانوني في المسائل الخلافية التي احتاجت إلى بسط الآراء ومناقشتها بإبراز وجه الدلالة وترجيح الرأي المختار وفق معطيات الحجة والدليل.

سادسا: الكتابات السابقة في الموضوع.

إنّ مباحث هذا الموضوع متناثرة في مصادر شرعية قانونية متقدمة ومتأخرة، ضمن مصنفات الفقه الواسع والقانون الجنائي العام، أما الكتابات التي أفردتها بالدراسة، فما وقفت عليه ما يلي:

- أسباب الإباحة لمحمود نجيب حسني
 - استعمال الحق كسبب للإباحة لعثمان سعيد عثمان، وهو رسالة ماجستير مطبوع.
 - النظرية العامة للإباحة، دراسة مقارنة، لخلود سامي عزارة، رسالة ماجستير مطبوع.
 - استعمال الحق كسبب للتبرير في القانون الجنائي لتحسين درويش، رسالة ماجستير، مخطوط.
- وهذه البحوث المتخصصة اهتمت بالناحية القانونية المجردة مما سهل لي الطريق وصولاً إلى المادة العلمية القانونية مرتبة ومبوبة، وقد استفدت كثيراً من الإحالات التي ضبطها أصحابها فكانت لي عوناً على تحديد المصادر القانونية لهذا البحث، من هنا فإنّ جديد دراستي هو إعطاء الجانب الشرعي الذي أغفلته هذه الدراسات — حقّه من البحث والتمحيص، ثمّ بعد ذلك تلك المقارنة التي أجريها مع كل مسائل البحث للخروج بنتيجة كخلاصة جزئية.

سابعا: مصادر ومراجع البحث وكيفية الاستفادة منها.

- إنّ طبيعة الدراسة تتطلب مصادر متنوعة شرعية وقانونية ومقارنة، بداية من مصادر الشريعة المتخصصة: كتب التفسير، الحديث وشروحه، الفقه وأصوله ومن مختلف المذاهب، المراجع الحديثة، ولا يخفى ما للكتب المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون من أهمية لإبراز دقائق المسألة، أما التفسيرات فقد رجعت إلى التقيين الجزائري بصورة خاصة ابتداء من الدستور إلى قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية، القانون المدني، قانون الأسرة عملاً على تأصيل كل مسألة، إلّا إذا استدعت المقارنة الرجوع إلى القوانين العربية بصورة استثنائية، هذا فضلاً عن شروح هذه

القوانين التي كانت أكبر سند لفهم النصوص وتحليلها، كما رجعت إلى بعض الدوريات خاصة في تطبيقين هاميين هما: النشاط الطبي والتأديب، وبذلك كان لهذا التنوع الأثر في إغناء مادة البحث وإثرائها.

• وللإستفادة من هذه المصادر والمراجع على أحسن صورة، عملت على إعطاء صورة موجزة في مقدمة كل مسألة ينتبع أقوال الفقهاء وأدلتهم ثم مقابلتها على ما جاء في القانون لإبراز أوجه الوفاق والخلاف، وقد سرت على هذا النسق مع كل مسألة من هذه الدراسة، إلا ما استدعى الجمع بين الشريعة والقانون، وأشير هنا إلى حق التأديب الذي جاءت به المقارنة في المضمون من غير فصل الشريعة والقانون في العناوين، ومهما يكن من أمر فإن طبيعة الموضوع هي التي تفرض صورته المقابلة، علما أنني قصرت لفظ الفقه والفقهاء على الشريعة وعلما أنهما أَمَا إذا تحدّثت عن القانونيين فإنني أعني الفقه القانوني وفقهاءه.

• أحلت في الهامش إلى الكتب التي اعتمدتها مع إعطاء كل معلومات النشر عندما يرد الكتاب لأول مرة، فالترمت بكتابة اسم المؤلف بالكامل عند ذكره لأول مرة، ثم إن ما لم أجده من معلومات النشر أستغني عن الإشارة إليه دلالة على فقدانه.

• استعملت عبارة: "المصدر أو المرجع السابق" إذا كان آخر ما رجعت إليه في الصفحة السابقة، وعبارة: "المصدر أو المرجع نفسه" إذا تكرّر في الصفحة نفسها ولم يفصل بهوامش أخرى، أما إذا كان الأمر كذلك فقد فضلت إعادة كتابة اسم المؤلف مختصرا والمصدر كذلك، ثم إنّه إذا ذكر المؤلف أو الكتاب في المتن، أستغني عن إعادة ذكره في الهامش اختصارا فأكتفي بذكر المعلومة الناقصة فقط.

• عزوت الآيات القرآنية إلى مواطنها من سور القرآن في المتن، وذلك على رواية الإمام ورش.

• قمت بتخريج الأحاديث النبوية في الهامش، فإن وجدت الحديث في الصحيحين: البخاري ومسلم أو في أحدهما اكتفيت، وإلا رجعت إلى كتب الحديث الستة.

• شرحت المصطلحات والألفاظ التي قد يصعب فهمها ما أمكن بالرجوع إلى المصادر المتخصصة.

• اجتهدت في ترجمة معظم الأعلام الذين ورد ذكر أسمائهم في متن الرسالة إلا من تعذر عليّ التعريف بهم من القانونيين والفلاسفة خاصة، مع العلم أنني قد ترجمت لمن انتشرت شهرتهم كالمصاحبة والتابعين والأئمة الأربعة، لأن شهرتهم لا تعني معرفتهم عند الجميع، كل ذلك جعلته في فهرس ملحق بالتراجم اكتفيت فيه عند الترجمة بذكر المصدر دون المؤلف اختصارا ليجد القارئ

في فهرس المصادر معلومات النشر كاملة، وقد رتبت الأعلام على حروف المعجم، ورمزت للترجمة بـ "تر" اختصاراً، وأوردتها عند ذكر العلم لأول مرة في متن الرسالة.

- ذيلت البحث بفهارس متنوعة للآيات والأحاديث والمصطلحات، والمصادر والموضوعات.

ثامناً: الصعوبات المصاحبة للبحث.

وقد واجهتني خلال مسيرتي مع هذا البحث صعوبات أوجزها فيما يلي:

- قلة المصادر القانونية من جهة ثم جدة الدراسة القانونية بالنسبة لي، والتي تختلف عن دراساتي الشرعية لغة ومنهجاً، فتكويني القانوني عند انطلاقتي مع هذا البحث كان منعماً مما فرض علي الاجتهاد في اكتشاف وفهم النصوص القانونية أولاً ثم محاولة التعمق والاستنتاج ثانياً حتى يتسنى لي تحقيق المقارنة مع أحكام شريعتنا لذلك وجدت السير على هذا الدرب بطيئاً عسيراً، فكان كفيلاً باستنزاف وقت وجهد ثمينين.

- مسائل هذه الدراسة مبعثرة في كتب التراث التي يصعب التعامل معها لغة لرزانتها ودقتها ثم منهجاً خاصة كتب المالكية التي لم تجعل لها فهارس جزئية تيسر على الباحث الوصول إلى المعلومة، هذا فضلاً عن أن الجانب القانوني مبعثر في فروع القانون المختلفة الذي يستدعي الرجوع المستمر إلى نصوص القوانين ثم تدعيمها من خلال الشروحات هذا ما يستدعي جهداً مضاعفاً في استخلاصها ثم تقديمها في منهج علمي.

لكن كل ذلك لم يثنني عن الاجتهاد لإخراج هذا البحث على أفضل صورة لاعتقادي أن أحسن الأمور أصعبها، ومن ركب الصعاب ذللت له.

تاسعاً: خطة البحث.

وقد جاء هذا البحث ذو خطة ثنائية في عناوينه الرئيسية من حيث الفصول والمباحث وذلك ما تطالبه الموضوع باعتبار الدراسة نظرية تطبيقية حيث جعلت الفصل الأول نظرياً حددت من خلاله وجه العلاقة بين استعمال الحق وأسباب الإباحة ليخرج القارئ الكريم عند نهاية هذا الفصل بصورة مكتملة عن عنوان الرسالة، أما الفصل الثاني فهو تطبيقي محض، تخيرت فيه نماذج عملية لاستعمال الحق المباح، وحاولت جاهدة إسقاط الشق النظري على هذه التطبيقات أقصد بذلك بيان الأساس والشروط اللذين تخضع لهما كل ممارسة ويمكن أن نلمس معالم هذه الخطة كما يلي:

- **الفصل الأول: علاقة استعمال الحق بأسباب الإباحة.**

وقسمته إلى مبحثين:

□ المبحث الأول: موازنة بين استعمال الحق وأسباب الإباحة.

أبرزت من خلاله مطالب ثلاث:

- المطلب الأول: مفهوم أسباب الإباحة.
- المطلب الثاني: مفهوم استعمال الحق.
- المطلب الثالث: خضوع استعمال الحق لأسباب الإباحة.

□ المبحث الثاني: ضوابط استعمال الحق جنائيا.

هذه الضوابط جاءت في مطلبين: أحدهما يتناول الأساس والآخر الشروط.

- المطلب الأول: أساس استعمال الحق جنائيا.
- المطلب الثاني: شروط استعمال الحق جنائيا.

● الفصل الثاني: تطبيقات استعمال الحق.

ويتكوّن من مبحثين رئيسيين:

□ المبحث الأول: ممارسة الحقوق الشرعية والقانونية.

وخصّصته لتطبيقات ثلاث:

- المطلب الأول: التأديب.
- المطلب الثاني: الدفاع الشرعي.
- المطلب الثالث: ممارسة الألعاب الرياضية.

□ المبحث الثاني: تحمّل الواجبات المترتبة عن استعمال الحق شرعا وقانونا.

ويشمل ثلاثة تطبيقات أيضا:

- المطلب الأول: زوال العصمة (الإهدار).
- المطلب الثاني: القذف المباح (الطعن).
- المطلب الثالث: ممارسة الأعمال الطبية.

ثم جاءت في أعقاب هذين الفصلين خاتمة أوجزت فيها أهم ما انتهيت إليه من نتائج هذه الدراسة.

أخيرا أقول: لا أزعم أنني أشرفت الغاية، ولست أدعي الإحاطة بدراسة وتمحيصا غير أنني

أعتقد أن شحذ الهمة وبذل الوسع لوضع لبنة على خطوات البحث، حتى وإن لم يرق إلى ما يتمناه

المرء، فحسبي أن يكون بداية على درب شاق، لكنه حلو المذاق.

الفصل الأول:

علاقة استعمال الحق بأسباب الإباحة

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: موازنة بين استعمال
الحق وأسباب الإباحة.

المبحث الثاني: ضوابط استعمال
الحق جنائيا.

المبحث الأول:
موازنة بين استعمال
الحق وأسباب الإباحة

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم أسباب الإباحة

المطلب الثاني: مفهوم استعمال الحق

المطلب الثالث: خضوع استعمال الحق لأسباب

الإباحة

المبحث الأول : موازنة بين استعمال الحق وأسباب الإباحة.

إن بيان موضوعنا الرئيسي ألا وهو استعمال الحق، لا يمكن أن يتضح ويستقيم إلا إذا بيننا وجه العلاقة التي تجمع بين هذا الجزء استعمال الحق، وكله أسباب الإباحة، وذلك بتحديد وبيان مفهوم كل منهما، ليتضح بذلك وجه خضوع الأول للثاني.

فما مدلول أسباب الإباحة؟

وبماذا يتميز استعمال الحق عن غيره من الأنظمة؟

وما وجه خضوع استعمال الحق لأسباب الإباحة؟

هذا ما سوف نلخصه من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم أسباب الإباحة.

المطلب الثاني : مفهوم استعمال الحق وتمييزه عن القواعد الجنائية السلبية المشابهة.

المطلب الثالث : خضوع استعمال الحق لأسباب الإباحة.

المطلب الأول : مفهوم أسباب الإباحة

وبيان ذلك في فرعين اثنين: الفرع الأول : تعريف أسباب الإباحة من الناحيتين : اللغوية والاصطلاحية، والفرع الثاني : تحديد موضع السبب المبيح من أركان الجريمة.

الفرع الأول : تعريف أسباب الإباحة.

ينضبط تعريف أسباب الإباحة ببيان مدلولها اللغوي، ثم الاصطلاحية عند الشرعيين والقانونيين، وذلك في بندين اثنين أحدهما: يختص بالمعنى اللغوي، والثاني: يتناول المعنى الاصطلاحية، لنخرج في الأخير ببيان شامل للمركب كلية.

البند الأول : لغة.

باعتبار المصطلح الذي نريد بيانه هو مركب إضافي فلا بد من تحديد أطراف هذا المركب.

أولاً: الأسباب لغة : جمع سبب، والذي يرد بعدة معاني أبرزها :

- الحبل : ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ﴾ (الحج15).

أي بحبل إلى سقف البيت، قال الزمخشري(تر28) : « انقطع السبب : أي الحبل»⁽¹⁾.

- الوصلة، والذريعة : يقال: « جعلت فلانا لي سببا إلى فلان فسي حاجتي وودجا»⁽²⁾: أي وصلة وذريعة»⁽³⁾.

- الطريق : ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا فَاتَّبَعِ سَبَبًا ﴾ (الكهف83-84).

قال أبو البقاء(تر9) : « ويقال: للطريق سبب، لأنك بسببه تصل إلى الموضع الذي تريده»⁽⁴⁾.

- الباب : ومنه قوله تعالى: ﴿ لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْنَابَ، أَسْنَابَ السَّمَاوَاتِ ﴾ (غافر36-37).

فأسباب السماء: مراقيها، ونواحيها، وأبوابها⁽⁵⁾.

فهذه المعاني جميعا تفيد أن: السبب هو ما يتوصل به إلى غيره مطلقا، وفي ذلك يقول عبد

العزيز البخاري(تر8): « ومعنى ذلك أي الجميع يرجع إلى معنى واحد، وهو أن السبب ما يكون موصلا إلى الشيء، فإن الباب موصل للبيت، والحبل موصل إلى الماء»⁽⁶⁾.

(1) الزمخشري، (أبو القاسم محمد بن عمر)، أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود، (بيروت، دار المعرفة)، (200) مادة: سبب.

(2) الودج: الوسيلة والسبب نقول: « ودجي إلى فلان أي وسيلتي وسيي». ابن منظور، (جمال الدين محمد بن مكرم)، (القاهرة: دار المعارف)، (4793/06)، مادة: ودج.

(3) المصدر نفسه، (1910/3)، مادة: سبب.

(4) أبو البقاء، (أيوب بن موسى)، الكليات، ط2 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1413هـ-1993م)، (495).

(5) ابن منظور، لسان العرب، 1910. مادة: سبب.

(6) البخاري، (علاء الدين عبد العزيز بن أحمد)، كشف الأسرار. أصول فخر الإسلام البزدوي، طبعة جديدة، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي)،

وقال ابن منظور (تر86): « والسبب كل شيء يتوصل إلى غيره »⁽¹⁾.

ثانيا: الإباحة لغة :

مصدر أباح، وهو بمعنى المتعدي، ويستعمل في أصل اللغة ثلاثيا فيقال: باح بمعنى ظهر، وهو في هذا لازم، والمصدر البوح، ويعني: الظهور والإعلان.
قال ابن منظور: « البوح: ظهور الشيء، وباح الشيء: ظهر، وباح به بوحا وبؤوحا وبؤوحة: أظهره، وباح ما كتمت، وباح به صاحبه، وباح بسره أظهره »⁽²⁾.
ومنه « أبحتك الشيء: أحلته لك »⁽³⁾ أي أذنت لك فيه.
وقال ابن منظور: « أباح الشيء: أطلقه، والمباح خلاف المحظور »⁽⁴⁾.
وقال ابن فارس (تر62): « الباء والواو والحاء، أصل واحد، وهو سعة الشيء، وبروزه، وظهوره فالبوح جمع باحة، وهي عرصة الدار... »⁽⁵⁾. وقال: « ومن هذا الباب إباحة الشيء، وذلك أنه ليس بمحظور عليه، فأمره واسع غير مضيق »⁽⁶⁾.
وعلى ذلك فإن الإباحة تعني: الظهور، البروز، الإذن، الإطلاق، والتوسعة.

البند الثاني : اصطلاحا.

وبيان ذلك عند الشرعيين ثم عند القانونيين.

أولاً: أسباب الإباحة عند الشرعيين.

إن مدلول هذه العبارة، لم يرد كمصطلح في استعمال فقهاءنا، فهي دراسة قانونية بحثية، لذلك فإن تناولنا لأسباب الإباحة كمركب يكون بيان جزئية فقط.

1 - السبب شرعا :

يدرس السبب عن أهل الشريعة من وجهتين متكاملتين: عند الأصوليين، وعند الفقهاء، وقد أدلى كل فريق بدلوه في هذا المجال.

أ - السبب عند الأصوليين : تعددت تعبيرات الأصوليين في تعريف السبب، غير أنها لم

(1) لسان العرب، (3/1910)، مادة: سبب، الجوهري (إسماعيل بن حماد)، تاج اللغة وصحاح العربية، ط3 (بيروت: دار العلم للملايين، 1404هـ، 1984م)، (1/145).

(2) ابن منظور، لسان العرب، (1/384). مادة: يوح.

(3) الفيروز آبادي (محمد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، ط3، (مصر: مطبعة بولاق، 1301هـ - 1981)، (1/215).

(4) لسان العرب، (1/384). مادة: بوح.

(5) ابن فارس (أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، (دار الفكر، 1399هـ - 1979م)، (1/315).

(6) المصدر نفسه بنفس الموضع.

تخرج عن أنه: ذلك الوصف الذي يكون علامة على وجود الحكم.

وقد كان أوضح، وأضبط ما وقفت عليه من عبارات، تعريف الإمام القرافي (تر66) الذي جاء فيه: « هو الوصف الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته»⁽¹⁾.

* أما القيد الأول : "ما يلزم من وجوده الوجود" احترازاً من الشرط فإنه لا يلزم من وجوده شيء، وإنما يؤثر عدمه في العدم.

* أما القيد الثاني : "ما يلزم من عدمه العدم" فاحترازاً من المانع، فإنه لا يلزم من عدمه شيء، وإنما يؤثر وجوده في العدم.

* أما القيد الثالث : "لذاته" فاحترازاً من مقارنته فقدان الشرط، أو وجود المانع، فلا يلزم من وجوده الوجود، أو إخلافه بسبب آخر فلا يلزم من عدمه العدم⁽²⁾.

ب - السبب عند الفقهاء : استعار الفقهاء لفظ السبب من موضعه اللغوي، وأطلقوه على معانٍ أربعة هي :

- ما يقابل المباشرة: كحفر البئر مع التردية فيه، فالحافر متسبب، والدافع مباشر فكان « ما يحصل الهلاك عنده لا به يسمى سبباً »⁽³⁾.

- علة العلة : كالرمي فإنه علة للإصابة، والإصابة علة الهلاك، فالرمي علة العلة.

- العلة الشرعية مع تخلف شرطها، كقولنا: الكفارة تجب باليمين دون الحنث، فاليمين هي السبب⁽⁴⁾.

- العلة الشرعية كاملة : كالكسر للإنكسار، وكالقتل يكون علة للقصاص « وإنما سميت العلة الشرعية الكاملة سبباً، لأنّ عليتها ليست لذاتها، بل ينصب الشارع لها أمانة على الحكم »⁽⁵⁾.

2 - الإباحة شرعاً :

وقد عني ببيانها كل من الأصوليين والفقهاء على السواء.

(1) القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس)، أنوار البروق في أنواء الفروق، المعروف بالفروق، (بيروت: عالم الكتب)، (61/1-62).

وانظر الآمدي (سيف الدين أبو الحسين بن محمد)، الإحكام في أصول الأحكام، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ - 1985م).

(110/1). ابن النجار (محمد بن أحمد الفتوح)، شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد (الرياض: مكتبة

البيكان، 1413هـ - 1993م)، (445/1). الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، الموافقات ط1، ضبطه وعلق عليه وخرج أحاديثه: أبو

عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان (السعودية: دار ابن عثان، 1417هـ - 1997م)، (295/1).

(2) القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، ط1، تحقيق: طه عبد الرؤوف، (القاهرة: دار الفكر، 1393هـ - 1973م).

(81-82).

(3) الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد) المستصفى من علم الأصول، ط1، (بولاق: المطبعة الأميرية، 1322هـ - 1902م)، (94/1).

(4) الزركشي (بدر الدين محمد بن بهادر)، البحر المحيط، ط1، تحقيق: لجنة من علماء الأزهر، (القاهرة: دار الكتب، 1414هـ - 1994م)، (7/1-8).

(5) ابن النجار شرح الكوكب المنير، (448/1-450).

أ - الإباحة عند الأصوليين : الإباحة أحد أقسام الحكم الشرعي⁽¹⁾، وللأصوليين في تعريفها مذاهب عدة⁽²⁾، أوردها الآمدي واعترض عليها ثم اختار أن المباح: « ما دلّ الدليل على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل »⁽³⁾. وفيما يلي قيود التعريف :

- الدليل السمعي : وذلك لإخراج الدليل العقلي.
- خطاب الشارع : لإخراج فعل الله تعالى فلا يسمّى مباحا، وقيد الشارع لإخراج خطاب غير الشارع.

- التخيير : لإخراج أقسام الحكم الأخرى من وجوب، وندب، وكراهة، وحرمة.
- من غير بدل : لإخراج الواجب الموسّع، والمخير فإن التخيير فيهما موجود⁽⁴⁾.
ومن محاسن تعريف الآمدي (تر3) أنه من الوضوح والإستقامة بمكان، كما أنه تعريف بالحد⁽⁵⁾ بحيث تجنّب التعريف بالرسم⁽⁶⁾.

وقد ذكر الأصوليون في باب المباح، خلافاً لمعظمها من قبيل البحث النظري، الذي لا يترتب عليه أثر، كاختلافهم في كون المباح حكماً شرعياً، وهل الإباحة من أحكام التكليف، وهل تدخل في مسمّى الواجب، من حيث أن الواجب أيضاً لا حرج في فعله أو أن بينهما تبايناً⁽⁷⁾.

(1) الحكم الشرعي هو: "خطاب الله تعالى، المتعلق بأفعال المكلفين. اقتضاء أو تغيير أو وضع".

الشوكاني (محمد بن علي بن محمد) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول (10). الفتازاني (سعد الدين مسعود بن عمر) التلويح على التوضيح، (بيروت: دار الكتب العلمية)، (13/1).

(2) انظر: الغزالي، المستصفى، (75-74/1). الشاطبي، الموافقات، (172/1). القرافي، الفروق، (73/3).

(3) الآمدي، الإحكام، (107/1).

(4) انظر: الصادق عبد الرحمن الغرياني، الحكم الشرعي بين الثقل والعقل، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1409هـ - 1989م)، (45). سعيد فكرة "الشرط عند الأصوليين"، (رسالة، دكتوراه، قسم: أصول الفقه، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1417هـ - 1996-1997م)، (79). محمد سلام مذكور، الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن، ط2، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1385هـ - 1965م). (36-37) و (42-43).

(5) الحد: قول دالّ على ماهية الشيء، يستمد الوصف المحيط بمعناه، المميّز له عن غيره. الجرحاني (علي بن محمد سيّد الشريف)، التعريفات، تحقيق: عبد المنعم الحفني، (القاهرة: دار الرّشاد)، (94). أبو البقاء، (391).

(6) الرّسم: ما اعتمد على الجنس القريب، والخاصة، أو الخاصة وحدها. الجرحاني، التعريفات، (124-125). أبو البقاء، الكليات، (393).

(7) انظر: الآمدي، الإحكام، (107/1...). ابن النجّار، شرح الكوكب المنير، (423/1). الشاطبي، الموافقات، (171/1-172). ابن بدران (عبد القادر) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2. تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1401هـ - 1981م)، (156).

ب - الإباحة عند الفقهاء : الفقهاء في تعريف الإباحة مسلكان :

- الأول : اتبعوا فيه طريق الأصوليين، حيث عرفها الموصلي (تر83) بقوله: «الإباحة ضد الحظر، وأن المباح ما أجزى للمكلف فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب، أو مأخذ فيه»⁽¹⁾.
وعرفها الميداني (تر84) فقال: «المباح ما أجزى للمكلفين فعله، وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب»⁽²⁾.

- الثاني : لاحظوا المعنى فيه اللغوي، وبذلك جاء أعم من المسلك الأول، الذي قصر على التخيير من الله لعباده فقالوا: «الحظر: المنع، والإباحة: الإطلاق»⁽³⁾.
وقال الجرجاني (تر14): «الإباحة الإذن بإثبات الفعل شاء الفاعل»⁽⁴⁾.
وملاحظ أن الفقهاء المحدثين قد سلخوا الطريق الثاني، فاعتبروا المعنى اللغوي.
فعرّفها علي الخفيف بقوله: «حق يثبت الإنسان أثرا لإذنه بأن ينتفع»⁽⁵⁾.
وقال مصطفى الزرقا: «الإذن باستهلاك الشيء، أو باستعماله، وهي لا تجعله مملوكا بل هي دون التملك»⁽⁶⁾.

ثانيا : الإباحة في القانون.

لم يرد في كلام القانونيين بيان لمعنى السبب، لعدم ارتباطه بعمل القاعدة القانونية ولكنهم عَنَوْا بمدلول الإباحة لما لها من ارتباط بفعل المخاطب قانونا، وقد تجلّت جهودهم في فرعين من فروع القانون: المدني، والجنائي.

(1) الموصلي (عبد الله بن مودود)، الاختيار لتعليل المختار، (بيروت: دار الكتب العلمية)، (168/4).

(2) الميداني (عبد الغني الغنيمي) الباب في شرح الكتاب، ط4، (بيروت، دار الكتاب العربي، 1399هـ - 1979م). (156/4).

(3) قاضي زادة (شمس الدين أحمد بن قودر)، نتائج الأفكار في كشف الرموز الأسرار، ط2، (بيروت: دار الفكر)، (03/10). الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي) تبين الحقائق شرح كبر الدقائق، (دار الكتاب الإسلامي)، (10/6).

(4) التعريفات، (17).

(5) أحكام المعاملات، (42)، نقلا عن: محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (47).

(6) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط9، (دمشق: دار الفكر 1388هـ - 1968م)، (283/1).

1 - الإباحة في القانون المدني :

جاءت الإباحة في القانون المدني غالبا تخبيرية، يجوز الإتفاق على مخالفتها، إلا ما تعلق بالنظام العام، ذلك أن هذه القواعد لم تصدر من المشرع في صيغة الأمر، بل بصيغة البيان والاقتراح، لأنها تأتي في الغالب مفسرة، أو مكتملة، أو مقررة لإرادة المتعاقدين⁽¹⁾.

2 - الإباحة في القانون الجنائي :

ترد الإباحة في القانون الجنائي بإطلاقين: إباحة أصلية، وأخرى طارئة. فالإباحة الأصلية تعني: أن لا ينص القانون على تجريم فعل، ولا إيقاع عقاب عليه، وهذا عين ما تفيدته قاعدة: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"⁽²⁾.

وينبنى عليها: أن التجريم، والعقاب من عمل المشرع وحده، وفي ذلك ما يكفل حرية الأفراد ويصون مصالحهم، لأنها على الإباحة الأصلية مادام الفعل المرتكب لا يعد جريمة من الناحية القانونية، لأجل ذلك كانت هذه القاعدة محط الأنظار، فصرحت بمدلولها التشريعات⁽³⁾، بل وسجلت كمبدأ دستوري لا يجوز مخالفته في قانون عادي⁽⁴⁾.

أما الإباحة الطارئة -الاستثنائية- فتعني: الإذن بالفعل الذي كان ممنوعا إذا وجد سبب من أسباب الإباحة المنصوص عليها، ولها أمثلة عدة كالدفاع الشرعي، عمل الطبيب، التأديب... مما سيأتي بيانه.

ويمكن الفرق بين الإباحتين : الأصلية والطارئة فيما يلي:

• الإباحة الأصلية : تتناول كل ما لم ينص على منعه، فلا قيام للجريمة أصلا، أما الإباحة الطارئة

(1) انظر لمزيد بيان حول القاعدة القانونية، وسلطان إرادة الأفراد إزاءها: عبد المنعم فرج العدة، أصول القانون، (بيروت: دار النهضة العربية)، (72...). أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط4، (بيروت: دار النهضة العربية 1403هـ - 1983م)، (54...).

وتنص المادة: (106) مدي جزائري على: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القسانون فالعقد يخضع لإرادة المتعاقدين إلا إذا خالف الإتفاق النظام العام، أو الآداب.»

(2) هذه القاعدة تعني: "حصر الجرائم وعقوباتها في القانون وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم، وبيان أركانها والعقوبات المقررة لها من جهة ثم نوعها ومدتها من جهة أخرى".

انظر: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجزء الأول: الجريمة، (عين مليلة: دار الهدى)، (62).

(3) نصت المادة: (01) من قانون العقوبات الجزائري على: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، وتقابلها المادة: (05) عقوبات مصري. وانظر في تاريخ القاعدة: رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول: قانون العقوبات القسم العام (الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع)، (103). محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (50)، هامش: (04).

(4) انظر على سبيل المثال المواد: (29، 46، 47، 140، 142) من الدستور كذا المادة: (98) منه والتي تحدّد جهة ممارسة السلطة التشريعية، كذا المادة: (122) بفقراتها (26) والتي تحدّد المجالات التشريعية.

فتتحقق بوجود سبب مبيح، إذ نكون أمام جريمة متكاملة، ولكن مع قيام السبب انتفت مسؤولية الفاعل.

- الإباحة الأصلية لم تسبق بحكم مخالف، أما الطارئة فقد سبقت بحكم يخالفها.

- الإباحة الأصلية قد تترتب عليها مسؤولية غير جنائية، وذلك كأن يصحب الفعل خطأ، فيلزم

مرتكبه بالتعويض، أما الإباحة الطارئة، فلا مسؤولية أصلاً.

3 - مقارنة بين نظرة الشرعيين والقانونيين للإباحة :

من خلال دراستنا لمدلول الإباحة استطعنا أن نصل إلى بعض النتائج.

- الإباحة في القانون المدني أوسع منها في الفقه الإسلامي لأن الأول أطلق العنان للمتعاقدین بمخالفة نصوصه إلا ما تعلق بالنظام العام والآداب في حين نجد الفقه الإسلامي يحكم بعدم صحة العقد إذا ما خولفت شروطه⁽¹⁾.

- إن اصطلاح الإباحة الأصلية، والطارئة لم يكن مستقرا عند الأصوليين، إذ كانوا يستعملون الإباحة الأصلية، لما لم يرد فيه حكم شرعي، ويسمونها في بعض الأحيان: البراءة الأصلية أو العدم الأصلي⁽²⁾، في حين لم يعرفوا مصطلح الإباحة الطارئة، ولكنهم وقفوا على مدلولها وهو حكم الشارع الذي يفيد الإباحة بدليل معتبر، سواء سبق بحكم، أو لم يسبق.

يقول محمد سلام مذكور: « ويبدو أننا لم نسبق من الأصوليين إلى هذا الاصطلاح في معنى الإباحة الطارئة، وإنما قلنا أنهم لم يذكروها بهذا العنوان، لأنهم يقابلون الإباحة الأصلية في اصطلاحهم، بما سموه "الإباحة الشرعية"، ومن ذلك ما ذكره ابن عابدين (تر46)، في التعليق على جواب أورده الحصكفي (تر16) "وهذا الجواب نافع فيما سكت عنه الشارع وبقي على الإباحة الأصلية، كما يطلق على متعلق الإباحة الشرعية" فقد قابل الإباحة الأصلية، وهي ما لم يرد عليها دليل الشارع بالإباحة الشرعية، وهي التي دلّ الدليل فيها على التخيير»⁽³⁾.

- إن نظرة كل من الشرعيتين، والقانونيتين، للإباحة الأصلية لا تكاد تختلف من جهة أن كليهما يرى فيها تخييراً بين الفعل، والتّرك، غير أن القانون الجنائي يعتبر ما لم ينص على منعه مباحاً، في حين

(1) محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (59).

(2) انظر في بيان ذلك: دليل الاستصحاب في أحد أقسامه الخمسة، وهو استصحاب البراءة الأصلية - العدم الأصلي -، المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على تغييره. الشوكاني، إرشاد الفحول (352)، ابن قيم الجوزية (شمس الدين محمد بن أبي بكر) إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وقدم له وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية)، (359/1).

(3) نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (372).

أنَّ الفقه الإسلاميَّ يعتبر المباح، ما ثبت بحكم شرعيٍّ دالٍّ على التخيير، وكذا المسكوت عنه⁽¹⁾، وأخيراً ما حكم به الحاكم العادل في إطار تحقيق مصالح الناس⁽²⁾.

- إنَّ الإباحة الطَّارئة في الفقه الجنائي توافَّق ما أورده بعض الأصوليين، كالإمام الشَّوكاني (تر40)، الذي أوضح أنَّ المباح يذكر بإطلاقين :

- الأوَّل : ما لا يمدح على فعله ولا على تركه، وهذا الإطلاق يوافق الإباحة الأصلية.

- الثَّاني : يوافق الإباحة الطَّارئة حيث قال : «المباح يطلق على ما لا ضرر على فاعله وإن كان تركه محظوراً»⁽³⁾.

وعلى ذلك فالإباحة بهذا الإطلاق مقصورة على ما كان غير مباح ثمَّ عرض له ما أباحه، وقد مثَّل لذلك بإباحة دم المهدرين⁽⁴⁾.

- إنَّ نظرة الشرعيَّين للإباحة الطَّارئة أعمَّ من نظرة القانونيَّين، من حيث أنَّ الإباحة في الشريعة تشمل موانع العقاب، والمسؤولية، لأنَّ ذلك غير مثاب على فعله، ولا معاقب على تركه، وإن كان قد يترتَّب على بعضها بعض المسؤوليات المادية، في حين أنَّ القانونيَّين، يجعلون كلَّ واحد منها قسماً خاصاً⁽⁵⁾.

ثالثاً : تعريف أسباب الإباحة من الوجهة الجنائية.

بعد أن أتينا إلى تعريف أطراف المركَّب، نصل إلى بيان مدلول أسباب الإباحة فأقول : لم أقف على تعريف لهذه الحالات بالنسبة لأهل الشريعة، ذلك أنَّ هذه الدراسة تعتبر مجالاً حديثاً بدأ يهتم به من يميلون إلى الدِّراسة المقارنة في مجال البحوث المتخصصة.

أمَّا القانونيون فرغم تقدِّم الدِّراسة في المجال الجنائي، إلَّا أنَّني لم أجد اصطلاحاً دقيقاً موحداً لهذه الحالات، بل وأكثر من ذلك لم يقفوا على تسمية موحدة لها، فإذا كانت بعض التشريعات العربيَّة قد جرت على تسمية حالات فقدان الواقعة عنصر الإجرام بأسباب الإباحة، وذلك ترجمة للمصطلح

(1) هذا خلاف المعتزلة الذين يرون في الأفعال حسناً وقبحاً يدرك بالعقل وتجب مراعاته وإن لم ينص عليه الشارع. انظر: الآمدي، الأحكام (81/1). وهبة الزَّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، (دمشق: دار الفكر 1406هـ - 1986م)، (117-118).

(2) انظر ص (90...) من الرسالة حول سلطة ولي الأمر في التحريم والعقاب.

(3) الشَّوكاني، إرشاد الفحول، (11).

(4) ينبغي الإشارة أنَّ الخلاف واقع في الفقه الإسلامي حول اعتبار إذن الشارع في القيام بأمر كان محظوراً هل يقتضي الوجوب لا مجرد النَّدب أو التخيير. انظر: الآمدي، الأحكام (339/2). الغزالي، المستصفى (435/1). السيوطي (جلال الدين عبد الرحمان)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م)، (148).

(5) انظر: الفرع الثاني من المطلب الثاني في بيان الفرق بين استعمال الحق والقواعد الجنائية السلبية، ص (37...) من الرسالة.

الفرنسي "Causes de Justification"، نلاحظ ذلك مثلاً في قوانين العقوبات لكل من: الجزائر، مصر، الكويت، فإن البعض الآخر يفضل استعمال مصطلح: أسباب التبرير، من ذلك كل من المشرع: الليبي، السوري، الأردني، اللبناني⁽¹⁾.

والحقيقة أن كلا المصطلحين يؤدي نفس الغرض، كل بحسب جهة استغلاله، فبالنظر إلى طبيعة الفعل الممارس نجد أنه متى زالت عن النشاط صفة عدم المشروعية، وخرج عن نص التجريم، صار مباحاً، مع ما يمكن أن يكتسبه الفعل من صفة الإلزام كعمل الطبيب، وزوال العصمة... أما بالنظر إلى أن الحالات التي نتحدث عنها تأخذ صفة الجرائم مظهراً وتباح على خلاف الأصل، فإنه لا بد من إعطاء تعليل، أو تبرير لسبب الخروج عن الأصل العام، وهذا ما سوف نلمسه مع كل مثال تطبيقي سنورده، في هذا البحث، ذلك أن التطبيقات جميعاً، تخضع إلى علة قانونية تبرر خروجها، نظراً لما تحققه من نفع عام. ومما وقعت عليه من تعاريف :

• «أسباب التبرير هي: نفي الصفة الإجرامية عن الفعل، فيعود إلى أصله من المشروعية أو الإباحة التي هي الأصل في الأشياء»⁽²⁾.

وهذا التعريف تعوزه الدقة والضبط، ذلك أنه :

- لم يبين ماهية هذه الأسباب، فوصفها بالنفي دون أن يحدد لها مظهراً وجودياً.
- لم يحدد الجهة التي تتولى ذلك إذ يمكن أن يتفق الأفراد على نفي الصفة الإجرامية عن الفعل فهل يحق لهم ذلك؟
- ما يزين المشروعية والإباحة، في حين أنه لا فرق بينهما من حيث الاستعمال القانوني.
- ما فائدة قوله أن الأصل في الأشياء الإباحة؟

* **السبب المبيح :** « ظرف مادي واقعي، اكتنف إتيان السلوك المشتمل على عناصر الجريمة، فجعل لهذا السلوك في حكم قانون ما من القوانين وصف السلوك المباح، وبالتالي صار وصفه هذا محل إقرار من القانون الجنائي كذلك »⁽³⁾.

(1) الملاحظ أن كلا من المشرعين: العراقي، السوداني، قد قرنا بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية، وموانع العقاب، في حين أن بينهما اختلافاً جوهرياً. راجع حول الفرق بينها ص (43...). (52-53).

وانظر فيما قدمنا من الاختلاف في التسمية: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، (إصدار جامعة الدول العربية: معهد الدراسات العربية العالمية، (1382هـ-1962م)، (8).

(2) أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي القسم العام، (المغرب، 1988م)، (90).

(3) رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والمجرأ، (الإسكندرية: دار المعارف، 1971م)، (204).

- وهذا التعريف يتميز بالطول بسبب اعتماده المنهج الوصفي.
- ما فائدة تقييد الظرف المبيح بالواقعي، مادام هذا الظرف ماديا ملموسا؟.
- وأحسن ما وقعت عليه من تعاريف، ذلك الذي أورده الأستاذ مأمون سلامة حيث قال : «هي الظروف التي نصّ عليها المشرّع، وجعل من آثارها نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل»⁽¹⁾.

• وميزة هذا التعريف :

- الدقة والإختصار.
- جعل أسباب الإباحة ظروفًا، أي حالات خاصة ترد على خلاف الأصل.
- بين مصدرها وهو المشرّع بحيث يمكن أن تستخلص من أي فرع قانوني.
- أعطى الصفة الجوهرية لهذه الحالات وهي عودة الفعل إلى أصله من المشروعية، مع ما يمكن أن يستفاد بناء على ذلك من آثار أخرى⁽²⁾.

الفرع الثاني : موضع أسباب الإباحة من نظرية الجريمة.

إن النظرية العامة للجريمة هي جزء من القانون الجنائي الذي « يحدّد فيه المشرّع الأفعال المجرّمة، والعقوبات المقرّرة لهذه الأفعال »⁽¹⁾، ولما كان الفعل المباح هو السلوك المعاكس للفعل المجرّم، كان لزاما علينا أن نضبط موقع السبب المبيح استعمالا لحق، من نظرية الجريمة عموما، وتحصيل ذلك يستوجب منا بيان موضع السبب المبيح استعمالا لحق من أركان الجريمة، ووقوفنا على أثره بالنسبة للفعل المجرّم لنعرّج بعد ذلك إلى تحديد أصالة أسباب الإباحة من استثنائيتها، فأيهما الأصل وأيهما الاستثناء : الفعل المجرّم أم الفعل المباح؟.

(1) مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، ط3، (القاهرة: درا الفكر العربي، 1990م)، (182).

(2) راجع في بيان ذلك: تمييز استعمال الحق عن موانع العقاب والمسؤولية ص (37...) من الرسالة.

(3) أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي، (05).

البند الأول : مفهوم الجريمة وموضع أسباب الإباحة منها**أولا : تعريف الجريمة.**

(1) - الجريمة لغة :

من الجَرم : بمعنى القطع، وكلمة جريمة للكسب المكروه المستهجن⁽¹⁾، والجَرمُ بضم الجيم، وسكون الراء: التعدّي والذنب، والإسم مجرم، والمجرم المذنب⁽²⁾.

(2) - الجريمة اصطلاحاً :

أ- شرعاً : يرد مدلول الجريمة في شريعتنا الغراء بمعنيين : عام وخاص.

فالمدلول العام مستتبّط من استعمال اللَّفظ، فقد وردت كلمة الإجرام وما اشتق منها في القرآن الكريم في: (واحد وستين) موضعاً⁽³⁾، وجاءت بمعنى: التعدّي، عصيان الله ورسوله، شركاء، كفر، نفاق، إفساد، إتيان الذنوب، الخطايا، المعاصي، الآثام...

فهي تتفق جميعاً مع المعنى اللغوي، لذلك فالجريمة بالمدلول العام تتناول ارتكاب كل ما يخالف أوامر الله ونواهيه على الإطلاق، وبمعنى أدقّ تشمل كل معصية⁽⁴⁾.

* أمّا الجريمة بالمعنى الخاص فقد لوحظ فيها جانب سلطان القضاء في المنع والردع، ومن حيث تقرير الشارع لها عقوبة دنيوية فهي بهذا الاعتبار تعرف بأنها: «محظورات شرعية زجر الله عنها بحدّ أو تعزير»⁽⁵⁾.

• فالمحظورات : جمع محظور: وهو ما يثاب على تركه، ويعاقب على فعله⁽⁶⁾.

• شرعية : إشارة إلى أن سلطة الحظر يمارسها الشارع جلّ وعلا.

• الحدّ : العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى⁽⁷⁾.

• التعزير: عقوبة ترك لولي الأمر تقديرها في كل معصية لا حدّ فيها ولا كفارة⁽⁸⁾.

(1) الراغب الأصفهاني، (أبو القاسم الحسين بن محمد) المفردات في غريب القرآن، ط1، تحقيق وضبط: محمد خليل عيتاني، (بيروت: دار المعرفة، 1418هـ-1998م)، (98)، مادة: جرم.

(2) ابن منظور، لسان العرب، (1/406)، مادة: جرم.

(3) انظر: محمد فواد عبد الباقي، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، ط1، (القاهرة: دار الحديث، 1417هـ-1996م)، (203-204).

(4) روضة محمد ياسين، منهج القرآن في حماية المجتمع من الجريمة، (الرياض: المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، 1413هـ-1992م)، (40...).

(5) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، (القاهرة: دار الفكر العربي)، (24).

(6) الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط1، (بيروت: دار الكتاب العربي، 1410هـ-1990م)، (361).

(7) الجرجاني، التعريفات، (100). محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، معجم لغوي مصطلحي، تحقيق: محمد رضوان الداية، ط1، (بيروت: دار الفكر المعاصر، دمشق: دار الفكر، 1410هـ-1990م)، (284).

(8) الجرجاني، التعريفات (95).

(9) محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ط2، (الإسكندرية: دار المعارف، 1983م)، (127).

وعلى هذا فإن مجال دراستنا هو: الجريمة بالمعنى الخاص، لا العام، وإن كان بين الإطلاقين تداخل، فالمفهوم العام للجريمة يتناول كل معصية، سواء جعلت لها عقوبة دنيوية وأخرية -وفي هذا القدر تسمى جريمة بالمعنى الخاص-، وإما أن تحدّد لها عقوبة أخرى فقط فلا يدخل مدلول الجريمة الخاص في هذا القدر.

لذلك يصح أن نقول أن كل جريمة معصية، وليست كل معصية جريمة.

(ب) - الجريمة قانونا :

لا تعرض التشريعات -عربية أو أجنبية- عادة إلى تعريف الجريمة، تاركة ذلك للشرّاح⁽¹⁾، ولكن على خلاف المؤلف وجدنا المشرّع المغربي ينص على تعريفها بما يلي: «عمل أو امتناع مخالف للقانون الجنائي ويعاقب عليه بمقتضاه»⁽²⁾.

وبتتبع كتابات الشرّاح، ومحاولاتهم لضبط مدلول الجريمة، لاحظنا وجود اتجاهين بارزين في

تحديدها :

* الإتجاه الأول : موضوعي، أناط جوهر الجريمة بما يمكن أن تحقّقه من اعتداء على المصالح الاجتماعية فقليل هي: «الواقعة الضارة بكيان المجتمع وأمنه»⁽³⁾.

* وقد لقي هذا الاتجاه انتقادا شرسا، ذلك أنه أغفل جانبا هاما في تقييد مدلول الجريمة وهو احترام السلطة، أو القانون للمصلحة المعتبرة، والمفسدة المتجنّبة، فقد يكون مظهر السلوك ضارا، ولكنه لا يشكل خطرا على المصالح التي يحميها القانون، أبرز مثال لذلك، عمل الجراح، فهو مظهر للمسّاس بسلامة جسم المريض، ولكن هذه المضرة لا تساوي شيئا أمام تلك المصالح الكثيرة التي يحققها العلاج، من دفع ألم وتحصيل صحة، واستقرار نفسي، مع الاستفادة من عنصر نافع للمجتمع، فهنا راعى المشرّع مصلحة أجدر بالاعتبار فصرّح بإباحة عمل الطبيب⁽⁴⁾.

(1) يملّل البعض مستحسنا هذا المنهج بأمرين:

الأول: سياسة التجريم التي تستدعي النصّ على الجرائم ذاتها، بتحديد العناصر التي تميّز كلّ جريمة عن غيرها، وفي ذلك ما يغني عن التعريف العام.

الثاني: ليس من حسن السياسة التورّط في وضع تعريف عام قد يظهر قصوره، وعدم دقته بناء على تغيّر ظروف المجتمع، وظهور جرائم جديدة.

انظر: خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، (1403هـ-1984م)، (20).

أقول تعليقا على هذا التعليل: أنه تبرير في غير محله، فهو قصور من المشرّع الوضعي، فإن كلا السببين لا يبرزان عدم الإجتهد بإعطاء تعريف جامع مانع، وإن استدعى الأمر في وقت من الأوقات تغييره، فلا بأس، فإن هذه سنة التشريع، أما ترك الباب على مصراعيه فقد جعل الخلاف في تعريف الجريمة قائما لحد الآن.

(2) ورد ذلك في الفصل: (110). نقلا عن: أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي، (49).

(3) عبد الله سليمان: شرح قانون العقوبات الجزائي، القسم العام، (49/1).

(4) انظر: مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (93).

* الإتجاه الثاني : شكلي، جعل جوهر الجريمة ربطا بين الواقعة المرتكبة والقاعدة القانونية، أي نص التجريم فهي " فعل يرتب القانون على إرتكابه عقوبة"⁽¹⁾.

* وقد انتقد هذا التعريف من حيث إغفاله لمضمون الجريمة الذي ينطوى على اعتداء حقيقي على المصالح المحمية.

والجواب على ذلك أن: وجود نصّ التجريم، وترتيب العقوبة على الفعل، يحمل في جوهره تأكيدا جازما على احترام المشرع لتلك المصلحة الحقيقية، مما يجعل إدراج عنصر المصلحة المحمية تكرار لا طائل منه⁽²⁾.

لذلك كان الإتجاه الثاني أولى وأجدر بالاعتبار.

النتيجة :

الشريعة الإسلامية كانت أسبق، وأضبط في تحديد مدلول الجريمة، خاصة ببيان مصدر الحظر، وجزاء الفعل.

ثانيا : أركان الجريمة.

1 - في الشريعة الإسلامية :

أركان الجريمة وفق ما جرى عليه التقليد القانوني، والذي تأثر به الكتاب المحدثون تنحصر في ثلاثة أركان هي:

-الركن المادي : ويتحقق بإتيان الفعل المحظور، من سلوك إيجابي، كالقتل بالآلة، أو سلوك سلبي كالامتناع عن إطعام شخص إلى أن يهلك، ثم نتيجة منطقية لهذا الإجراء متمثلة في الأثر الآثم الذي يقابله المشرع بالعقاب، وبين ممارسة السلوك، وتحقيق الأثر توجد رابطة تتمثل في العلاقة السببية بينهما. فالركن المادي للجريمة يستدعي توافر ثلاثة عناصر: فعل محظور، نتيجة لهذا الفعل، وعلاقة سببية بين الفعل وتلك النتيجة⁽³⁾.

(1) محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط9، (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 1976م)، (35).

(2) انظر خلاف ما رجحناه: المصدر نفسه بنفس الموضوع. مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (93).

(3) أبو زهرة، الجريمة، (353). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط6، (بيروت: مؤسسة الرسالة،

1405هـ-1985م)، (247/1...).

- الركن المغنوي : قال جل وعلا: ﴿ أَلَا تَرَوْا وَزَرَ أَخْرَى، وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى، وَأَنْ سَعْيُهُ سَوْفَ يَرَى، ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَى ﴾ (النجم 37-40).

فالآية الكريمة أناطت المسؤولية بمن يتولأها، وهو المكلف الذي يتحقق فيه شرطان: أحدهما : الإدراك، بأن يكون بالغاً عاقلاً، ثم الاختيار: بتوجه إرادة الفاعل إلى إحداث الفعل المحظور⁽¹⁾.

- الركن الشرعي : ويتحقق بوجود نص يحظر الجريمة، ويعاقب عليها فهو «الدليل الذي يفيد العقاب الدنيوي»⁽²⁾، فيساهم في إعطاء تكييف شرعي للسلوك المعاقب عليه، إذ ليس هناك من شيء يبرز هذا التكييف إلا النص الشرعي الذي يحظر النشاط ويخرجه عن دائرة الإباحة، فهو ليس مقصوداً لذاته، بل هو الكاشف لوجه المصلحة التي رجح الشارع حمايتها من خلال هذا النص.

هكذا بعد أن استعرضنا هذه العناصر المفترضة في الجريمة، حق لنا أن نبدي نقاشاً حول مدى صلاحية هذه العناصر لأن تكون أركاناً، فإذا كان ركن الشيء هو ماهيته الذي لا وجود له دونه⁽³⁾، فهل هذه العناصر الثلاث محل اتفاق أم ثمة اعتراضات على بعضها؟.

يرى أستاذنا: أبو زهرة (تر30) أن لفظ الجريمة لا ينصرف إلا إلى الفعل المرتكب، أي الركن المادي⁽⁴⁾، أما العنصران الآخران، فلا يعدوان أن يكونا شرطيين لتحقيق الجريمة، ولكن أستاذنا الفاضل يبدي اعتراضه على خجل حيث يقول :

« أفصح أن نقول: إن الجريمة هي مجموع هذه الأمور، أم يصح لنا أن نقول : إن الجريمة هي وحدها الفعل الذي ارتكب »⁽⁵⁾.

يقول ذلك بعد أن يصرح قائلاً: « ولكن مع أننا نرتضي تلك الأمور يصح لنا أن نناقشها مناقشة منطقية »⁽⁶⁾، فإذا أتى إلى المناقشة، اعترض على الركن الشرعي، مستدلاً بما يتعلق بتحصيل العقوبة المقررة، لا ما يرتبط بالفعل المجرم في حد ذاته حيث يقول: «والعقاب لا يتصور إلا أن يكون أثراً للجريمة، وأثر الشيء لا يكون جزءاً منه»⁽⁷⁾.

(1) أبو زهرة، الجريمة، (393).

(2) المرجع نفسه، (170).

(3) أبو البقاء، الكليات، (481). الجرحاني، التعريفات، (126).

(4) أبو زهرة، الجريمة، (170).

(5) المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(6) المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(7) المرجع نفسه، الموضع نفسه.

وإنما كان ذلك منه على اعتبار التلازم القائم بين الجريمة، والعقوبة من حيث النصّ عليهما، فلفظ الحدّ يطلقه فقهاؤنا ويريدون به الجريمة والعقوبة، الواجبة بشأنها، ولذلك وقع أستاذنا في مشكلة جعل العقوبة عنصرا للجريمة، وهذا أمر مستبعد، فهناك فرق بين انعدام المشروعية، وبين استحقاق العقاب، وقد يكون أيسر السبل إلى بيان هذا الفرق، هو أن يكون العقاب ممتعا، ومع ذلك يبقى الفعل غير مشروع، كما إذا وقع الجرم من صغير أو مجنون.

أما الركن المعنوي الذي أوما أستاذنا إلى رفضه كركن، فلم يأت إلى وجه الاعتراض عليه! هكذا نخلص إلى أنه: لا وجه للاعتراض على وجود القسمة الثلاثية في ضبط أركان الجريمة، وهي في جوهرها ترجع إلى زاوية العقوبة، لذلك كان مقتضى العقل والمنطق أن ترتب العقوبة على وجود فعل إجرامي يستلزم وجود نصّ كاشف للجريمة، ثم إن هذه العقوبة لا بد لها من محل تقع عليه، وهو المكلف، ومن تحصيل الحاصل ألا نقول بوقوع الجريمة، ما لم يتحقق الفعل المادي عيانا.

2 - أركان الجريمة في القانون :

تتحقق الجريمة بتوفر ثلاثة أركان، إثبات منها محل اتفاق بل إجماع بين الشراح، وثالث يثير خلافا.

فالجميع على ضرورة تحقق الركنين المادي والمعنوي، ثم اختلفوا في اعتبار الركن الشرعي، فالإي هذه الأركان ينتمي السبب المبيح استعمالا. لحق؟ وفي أيها يؤثر؟ هذا ما سوف يتضح بعد تحليل أركان الجريمة في القانون.

- الركن المادي : ويتمثل في السلوك الإجرامي إيجابا، أو سلبا، والذي تكون له آثار ملموسة تتحدد في ثلاثة عناصر: فعل، نتيجة، وعلاقة سببية بينهما⁽¹⁾.

- الركن المعنوي: يتحقق بتوافر إرادة معتبرة، صادرة عن مدرك، مميز مختار للقيام بالفعل غير المشروع، متجهة إلى الفعل، والنتيجة، أو إلى الفعل دون النتيجة⁽²⁾، «فجوهر الركن المعنوي وجود الإرادة، إذ تربط بين ماديّات الجريمة، وشخصيّة الجاني»⁽³⁾.

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة (192). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة (13). رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (89).

(2) نعي بالأول: القصد الجنائي، أما الثاني فيتحقق من خلاله الخطأ غير العمدى. انظر: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (03). رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (89).

(3) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (15).

- الركن الشرعي : « ويقصد به: الصفة غير المشروعة للفعل »⁽¹⁾، وذلك بخضوع السلوك لنص التجريم، يسانده ويقويه.

وقد لقي الاعتراف بهذا الركن اعتراضا كبيرا من قبل الشراح⁽²⁾، وذلك بحجة أن الخالق، لا يمكن أن يكون جزءا مما خلق، إذ المستقر في الفقه القانوني، أن هذا الركن يعني نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل، وبذلك لا يتصور أن يكون مصدر وجود الجريمة جزءا من الجريمة نفسها⁽³⁾.

ويجاب عن هذا الإعتراض : أن أصحابه وقفوا على المعنى الظاهري لعدم المشروعية، والذي قلنا أن نص القانون يدعمه ويظهره، يؤكد لنا هذه النظرة أن ركن الجريمة محل النزاع، هو وصف غير مشروع في حين أن النصوص التشريعية لا تحمل هذه الصفة، لذلك فإن عدم مشروعية الفعل كركن للجريمة، يعني قيام تعارض بين مصلحتين: مصلحة الجاني، ومصلحة صاحب الحق، ومن خلالها مصلحة المجتمع، والتي قصد المشرع حمايتها، فالسارق مثلا يسعى إلى تحصيل المال بأيسر السبل، وهذا المسعى معارض بمصلحة أولى وأجدر بالرعاية هي حق صاحب المال، الذي تعب وكاد في تحصيله، ثم هي معارضة بمصلحة المجتمع عامة، والمتعلقة باستتباب الأمن، واستقرار الحياة اقتصاديا، واجتماعيا، وهذا التعارض لا كاشف له إلا نص التجريم الذي يحدد المصلحة الأجدر بالرعاية حتى نتجنب كل تناقض، أو اعتراض، فإذا انعدم هذا التعارض، انتفى بذلك الركن الشرعي، فتنتفي الجريمة أصلا، وهذا عين ما يحققه السبب المبيح⁽⁴⁾، والذي سوف نبينه في العنصر الموالي :

ثالثا : موضع أسباب الإباحة من أركان الجريمة.

الآن وبعد أن انتهينا إلى ترجيح القسمة الثلاثية بالنسبة لأركان الجريمة قانونا، تجلّى لنا بوضوح فائدتها، إذ تحدّد لنا مجال عمل السبب المبيح بالنسبة لهذه الأركان، فهو بطبيعة الحال بعيد عن الركنين: المادي، والمعنوي، فلم يبق إلا أن يتصل بالركن الشرعي، وهو بالنسبة له الصورة العكسية، إذ يلزم انعدام السبب المبيح، مع خضوع الفعل لنص التجريم، حتى يتحقّق الركن الشرعي⁽⁵⁾.

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة (06). رضا فرج شرح قانون العقوبات الجزائري، (91).

(2) من هؤلاء: محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، (38). رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (310). أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي، (52).

(3) هذا الإعتراض أورده: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (6).

(4) انظر: خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (16).

(5) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (07). أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي، (62).

أما الذين رجّحوا القسمة الثنائية : - ركن مادي وآخر معنوي -، فقد جعلوا عدم مشروعية الفعل شرطاً أولياً لوجود الجريمة، لذلك فإنّ عمل السبب المبيح يتمثل في تعطيل نصّ التجريم بصفة مؤقتة لواقعة معينة⁽¹⁾.

* أقول : في كلّ الأحوال، ومهما اعتبرنا صفة عدم المشروعية، ركناً أم شرطاً فالكلّ متفق على أنّ تخلفه يؤدي إلى نتيجة واحدة هي انتفاء الصفة الإجرامية عن الفعل، وبالتالي عدم وقوع العقاب.

- يقول الدكتور أبو المعاطي: « الركن الشرعي للجريمة، هو في الشريعة كما هو في القانون يعني الصفة غير المشروعة للفعل، وهو يكتسبها إذا توافر له شرطان :

الأول : خضوعه لنصّ تجريم، والثاني : عدم خضوعه لنصّ إباحة، إذ أنّ انتفاء أسباب الإباحة شرط ليزلّ الفعل محتفظاً بالصفة غير المشروعة التي أضفاها عليه نصّ التجريم»⁽²⁾.

كما تجدر الإشارة أخيراً أنّ الدكتور: علي راشد، له نظرة خاصة بالنسبة لأسباب الإباحة، فهو يطلق عليها: "حالات المشروعية" ويرى أنّ لا علاقة لها بالجريمة أصلاً إلاّ من ناحية الصّورة، والمظهر الخارجي فقط، فيجعلها بعيدة عن الجريمة، وأركانها، وبذلك لا يدرسها إلاّ بعد بيان نظرية الجريمة بتمامها⁽³⁾.

البند الثاني : أسباب الإباحة بين الأصالة والاستثناء.

تكمن أهمية هذه المسألة في أنّها تحدّد مدى استقلال حالات الإباحة عن قواعد التجريم، هذا من جهة، ومن ناحية أخرى فهي تبيّن نطاق استغلالها من حيث التفسير، خاصة في جواز القياس عليها.

أولاً : في الشريعة الإسلامية.

إنّ أسباب الإباحة هي قواعد أصلية قائمة بذاتها، يؤكّد لنا ذلك قاعدتان أساسيتان، وجملّة نصوص تدعّمها :

القاعدة الأولى : « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع »⁽⁴⁾.

(1) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، (24).

(2) أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي دراسة مقارنة، (1976م)، (224).

(3) مبادئ القانون الجنائي، (495). نقلاً عن: أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي، (59).

(4) انظر في بسط الخلاف الوارد في هذه القاعدة والرأي الراجح منها: الأمدي، الأحكام، (81/1). الشوكاني، إرشاد الفحول، (12). ابن بدران، المدخل إلى مذهب أحمد، (156). الغزالي، المستعصي، (75/1).

وبناء على ذلك فإن أفعال المكلف لا توصف بالحرمة، مادام لا نص بالتحريم، لذلك فلا حرج عليه في أن يأتيها، أو يتركها.

القاعدة الثانية : « الأصل في الأشياء الإباحة » (1).

فكل فعل نافع، لم يرد نص بتحريمه، فهو على أصله من الإباحة فلا حرج في الفعل، أو الترك.

ويدعم هاتين القاعدتين جملة نصوص من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ.

• من القرآن الكريم : قوله ﷻ : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا ﴾ (القصص 59) .

• وقوله أيضا : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ (الإسراء 15).

• وقوله جل شأنه : ﴿ لِنَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾ (النساء 164).

• وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ (البقرة 28).

• وقوله جل شأنه : ﴿ وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ ﴾ (الجاثية 12).

• وقوله : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾ (الأعراف 30).

من السنة النبوية :

• قوله ﷺ : « إن أعظم المسلمين جرما من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته » (2).

• وقال ﷺ : « الحلال ما أحله الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو ما عفا عنه » (3).

فهذه النصوص جميعا، تؤكد أنه: متى انتفتت الحرمة ثبتت الإباحة، بناء على الأصل العام الذي يسره الله لعباده في كل ما هو نافع لهم، وعلى ذلك فوود نص يمنع الحكم السابق، -بناء على

(1) انظر: ابن نجيم (زين العابدين بن ابراهيم)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، (بيروت: دار الكتب العلمية 1413هـ، 1993م)، (66). السيوطي، الأشباه والنظائر، (60).

(2) أخرجه: البخاري، (محمد بن إسماعيل) صحيح البخاري، (مصر: إدارة الطباعة المنيرية)، كتاب: الإعتصام بالكتاب والسنة، باب: ما يكره من كثرة السؤال وتكلف ملا يعنيه، (170/9) عن سعيد بن أبي وقاص عن أبيه.

(3) أخرجه الترمذي، (محمد بن عيسى بن سورة)، الجامع الصحيح المعروف بسنن الترمذي، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، ط2، (بيروت: دار الفكر، 1403هـ - 1983م)، أبواب: اللباس، باب: ما جاء في لبس الفراء، (134/3). قال أبو عيسى: وفي الباب عن المغيرة: هذا حديث غريب لا تعرفه مرفوعا.

وأخرجه ابن ماجه، (محمد بن يزيد القرويني)، سنن ابن ماجه، تحقيق وترقيم وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، (دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع)، كتاب: الأطعمة، باب: أكل الجبن والسمن، (1117/2). كلاهما عن سلمان الفارسي.

اعتبارات يقدّرها الشارع الحكيم - هو استثناء عن الأصل العام⁽¹⁾، وعلى فرض ورود السبب المبيح بعد ذلك يفسّر بأنّ الشارع قد رأى انتفاء علّة التحريم ممّا أعاد الفعل إلى أصله من الإباحة، يدعم كلامنا جوهر هذه الحالات، فهي مرتبطة بطبيعة السلوك الإنساني الذي يقتضي الإطلاق.

ثانيا : أسباب الإباحة قواعد أصلية أم استثنائية في القانون.

لا زالت أصالة أسباب الإباحة من استثنائيتها تثير جدلا فقهيًا، غير أنّ أكثر الشراح على أنّ حالات الإباحة هي قواعد أصلية، لارتباطها بطبيعة السلوك الإنساني الذي يقتضي الإباحة، فلإنسان يتمتّع بالحرية الكاملة في سلوكاته غير أنّ الحاجة إلى تنظيم حياة الجماعة، قد تستدعي تقييد بعض سلوكاته بقواعد منع، ضمانا لاستقرار المجتمع، برعاية مصالح أجدر بالحماية، وبذلك تكون قواعد التجريم هي الاستثناء، ومن ثمّ إذا رأى المشرّع بعد ذلك إخضاعها لقواعد الإباحة فهي تعيد الفعل المجرّم إلى أصله وهو الإباحة⁽²⁾.

ويرى الأستاذ: مأمون سلامة، أنّ كلّ من قواعد التجريم، والإباحة هي قواعد قائمة بذاتها تتكامل لتعبّر عن مبدأ عام يتعلّق بسياسة التجريم، والعقاب، فلا مجال للحديث عن استثنائية أحدهما لأنّ ذلك يؤدي إلى توسيع كفرة استثنائية قانون العقوبات، ومن ثمّ القول باستثنائية جميع فروع القانون الأخرى باعتبار الأول جزء من النظام القانوني العام⁽³⁾.

والحقيقة أنّ الرأي الأول أولى وأجدر، إذ القول باستثنائية بعض القواعد، لا يعني الحكم على القانون برمته بهذه الصفة، ومعلوم أنّ القواعد، والأنظمة على اختلاف مجالاتها، ترد عليها الإستثناءات مع ذلك لم تأخذ هذه القواعد حكم مستثنيات.

النتيجة :

إنّ الرأى المستقر شرعا وقانونا: أنّ أسباب الإباحة قواعد أصلية، وفي ذلك ما يسمح بالتوسّع في تفسيرها، وجواز القياس عليها متى وردت حالات جديدة غير منصوص عليها، وكانت تشاركها في علّة الإباحة، وفي ذلك ما يفي بإيجاد الأحكام لكلّ جديد في حياة الناس.

(1) وهبة الزحيلي نظرية الضرورة الشرعية، ط5، (بيروت: مؤسسة الرّسالة، 1418هـ-1997م)، (33).

(2) انظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (152). رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع للعقابي، ط4، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1979م)، (295). عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائي، (96).

(3) قانون العقوبات القسم العام، (48-49).

المطلب الثاني : مفهوم استعمال الحق

تمهيد:

من البديهي أن الحق لم يشرع إلا ليمارس، ولذلك كان استعماله فكرة قانونية، وجدت بوجوده، ووراء استعماله تكمن كل علاقة، فتتأثر الروابط وتتشابك العلاقات.

ومما لا شك فيه أن الحقوق المستعملة قد تتضارب وتتصارع، فكان من اللازم معرفة هذه الحقوق وضبطها لتمارس في شكل منتظم، فلا تهدر فيه حقوق دون أخرى إلا على وجه حق. وإذا كانت فكرة الحق قد لقيت عناية في مجال الفقه المدني، إلا أنها في ميدان الدراسة الجنائية لازالت تحتاج إلى بذل الجهد، لذلك سوف نحاول من خلال هذا المطلب تسليط بعض الضوء على مفهوم الحق المستعمل من خلال فرعين اثنين:

الفرع الأول: تعريف استعمال الحق.

الفرع الثاني: تمييز استعمال الحق عن القواعد الجنائية السلبية المشابهة.

الفرع الأول: تعريف استعمال الحق.

البند الأول: لغة.

— الاستعمال: « ذكر اللفظ الموضوع ليفهم معناه أو مناسبه فهو فرع الوضع » (1).

— الحق: يرد بمعاني كثيرة أبرزها:

■ نقيض الباطل (2): قال جل وعلا: ﴿ وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (البقرة 42).

■ هو من أسماء الله تعالى وقيل من صفاته (3)، قال سبحانه وتعالى: ﴿ ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمْ الْحَقُّ ﴾ (الأنعام 62)، وقال أيضا: ﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾ (المؤمنون 71).

■ الثبوت (4): قال المولى وَجَلَّ: ﴿ قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ ﴾ (القصص 63) أي ثبت.

■ الوجوب (5): لقوله تعالى: ﴿ لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾ (يس 7)

■ إحكام الشيء وتصحيحه (6).

■ الوجود في الأعيان مطلقا، والوجود الدائم ومطابقة الواقع (7).

وعلى ذلك فالمركب جملة يدل على ما يوضع له الحق، فيفهم معناه من وجود أو ثبوت أو وجوب أو مطابقة واقع... ونحوه.

البند الثاني: اصطلاحا.

وبيان ذلك بتحديد نظرة:

أو لا: الشرعيين.

(1) أبو البقاء، الكليات، (137).

(2) ابن منظور، لسان العرب، (939/2) مادة: حقق. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (15/2). أبو الباء، الكليات، (390).

(3) التهانوي (محمد علي الفاروقي) كشف اصطلاحات الفنون، تحقيق: لطفي عبد البديع (القاهرة: المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر، ملتزمة الطبع والنشر: مكتبة النهضة المصرية، 1383هـ - 1963م) (80/1) مادة: الحق. ابن منظور، لسان العرب، (940/2) مادة حقق.

(4) التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون، (80/1)، مادة: الحق.

(5) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (15/2). أبو البقاء، الكليات، (390).

(6) ابن منظور، لسان العرب، (939/2) مادة: حقق. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (15/1).

(7) أبو البقاء، الكليات، (391). التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون، (80/1).

ثانياً: القانونيين.

أولاً: الحق في الشريعة الإسلامية.

تشير دراسة مدلول الحق في الشريعة الإسلامية جدلاً واسعاً من حيث عناية فقهاءنا الأقدمين على وجه الخصوص ببيانه، هذا علماً بأنهم يدرسون في علمين مستقلين: علم الأصول⁽¹⁾ وعلم الفقه⁽²⁾.

وإذا كان الأصوليون قد أفاضوا في تحليله ضمن مبحث المحكوم به الذي يتعلق به خطاب الشارع، وقد قسموه بحسب من يضاف إليه إلى قسمين رئيسيين:

▪ حق الله: وهو ما يتعلق به النفع العام، فلا يختص به أحد دون آخر، وإضافته إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمول نفعه⁽³⁾، أو هو كل ما لا يجوز إسقاطه أو التنازل عنه، إذ هو جهة التعبد.

▪ حق العبد: وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة للمخلوقين⁽⁴⁾.

أما الفقهاء فقد تناولوه من حيث ثبوته ومحلّه، أي وروده على العين، والمنفعة، أو إذا كان يتعلق بالمال ونحوه، ثم كان للفقهاء المعاصرين وجهة خاصة برز فيها التأثير بنهج القانونيين، وفيما يلي بيان ذلك.

1. مدلول الحق عند الأقدمين:

درج بعض الباحثين على إقرار فكرة حول جهود الأقدمين في تعريف الحق حيث قالوا أنهم لم يعنوا ببيان مدلوله، واكتفوا بوضوح معناه اللغوي. يقول علي الخفيف: «إن فقهاء الإسلام لم يعنوا بذكر حد أو رسم للحق»⁽⁵⁾.

(1) — أصول الفقه: هو "العلم بالقواعد التي تبين طريقة استخراج الأحكام من الأدلة". أبو زهرة، أصول الفقه، (القاهرة: دار الفكر العربي)، (5).

(2) — الفقه: هو "العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية". المرجع نفسه، (4).

(3) الفتازاني، التلويح على التوضيح، (151/2).

(4) القرابي، الفروق، (140/1)، الفرق 22. الشاطبي، الموافقات، (538/2).

علماً أنه يتفرع عن الحقين حق مشترك، دائر بينهما، فينسب إلى أحدهما، بحسب الجهة الغالبة. منه ما اجتمع فيه الحقان، وحق الله غالب، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب. وهذا النهج سار عليه الأحناف خاصة. أنظر: الفتازاني، التلويح على التوضيح، (151/2). محمد الخضري بك، أصول الفقه، ط3 (القاهرة: مطبعة الاستقامة، 1358هـ - 1938م)، (27...).

(5) الحق والذمة، (36). نقلاً عن: القطب محمد القطب طبلية، الإسلام وحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، ط2، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1404هـ - 1983م)، (32).

ويقول محمد سلام مذكور: « ولم يبعد فقهاء الشريعة الإسلامية في فهمهم للحق وتصويرهم له عن هذا المعنى اللغوي، فلم نقف لهم على تعريف مصطلح عليه لكلمة حق، وإنما يعمدون إلى المعنى اللغوي »⁽¹⁾.

والصواب أن هذا الاستنتاج ينافي الحقيقة، وذلك لثبوت اهتمام أهل الشريعة بتعريف الحق، غير أننا لا ننفي ومنذ البداية تأثرهم بالوجهة اللغوية.

أ. الحق عند الأصوليين:

* فمن عرف الحق: عبد الحليم بن محمد أمين الكندي (تر 71) حيث قال أنه : «حكم يثبت»⁽²⁾.
— ومما وجه لهذا التعريف من انتقادات أن الحكم في اصطلاح الأصوليين هو: خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعاً، في حين أن الحق هو أثر لهذا الخطاب⁽³⁾.
* كما عرّفه القرافي حيث حاول تحديد مدلوله، بمناسبة التفرقة بين حق الله وحق العبد حيث قال: «حق الله هو أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه»⁽⁴⁾.

وهذا التعريف لم يسلم من الاعتراض أيضا ذلك أن:

— حق الله ليس هو نفس أمره ونهيه، بل هو متعلقه أي عبادته.
— إن الحق معناه اللازم لله على عباده، واللازم على العباد يكون مكتسبا لهم، في حين لا يتعلق الكسب بأوامر الله ونواهيه لأنها قديمة، وكسب العباد حادث، أما حق العبد المتمثل في مصالحه : فإما أن يكون لازم لإخلاص العباد، وهو أن يدخله الجنة ويبعده عن النار، وإما أن يكون حقه في الجملة، وهو ما تستقيم به أولاه وأخراه من مصالح⁽⁵⁾.

وعرّفه الشاطبي (تر 37) في معرض التفريق بين حق الله وحق العبد، وقد جاء كلامه طويلا مدلا ممثلا خلاصته: «حق الله تعالى وهو جهة التعبد، فإن حق الله على العباد أن يعبدوه ولا

(1) المدخل للفقهاء الإسلاميين، تاريخه ومصادره، ونظرياته العامة، ط4، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1389هـ - 1969م) (420).

(2) حاشية قمر الأقيمار على كتاب نور الأنوار شرح المنار. نقلا عن: محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، (420).

(3) أنظر حول الانتقادات الموجهة لهذا التعريف: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (3/13)، هامش 1. فتحي الدريبي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1984م)، (187-188).

(4) الفروق، (140/1)، الفرق: 22.

(5) ابن الشاط، (محمد علي بن حسين)، أدرار البروق على أنوار الفروق بهامش الفروق للقرافي، (157/1) بتصرف.

يشركوا به شيئاً، وعبادته امتثال أوامره واجتتاب نواهيه بإطلاق»⁽¹⁾، «وحق العبد ما كان راجعاً إلى مصالحه في الدنيا»⁽²⁾.

ب. الحق عند الفقهاء:

- عرفه صاحب البحر الرائق بأنه: «ما يستحقه الرجل»⁽³⁾.
- وهو محل انتقاد من جهة عمومته وذلك لاستعمال لفظ «ما» الذي يجعله شاملاً الأعيان والمنافع والحقوق المحددة.
- هذا التعريف يدخله الدور، لأن الاستحقاق يتوقف على تعريف الحق، كما أن الحق يتوقف على معرفة الاستحقاق.
- وجاء في شرح المنار: «هو الشيء الموجود من كل وجه ولا ريب في وجوده»⁽⁴⁾.
- وهذا التعريف يكتفه الغموض، فضلاً عن أنه لا يخرج عن المعنى اللغوي.
- والنتيجة التي نخلص إليها:
- دعوى أن القدامى لم يعرفوا الحق غير صحيحة.
- لم نقف على تعريف جامع مانع لخصائص الحق ولوازمه.
- يبدو جلياً تأثر الفقهاء بالجانب اللغوي في حين ركز الأصوليون على متعلق الحق.

2. ملول الحق عند المعاصرين:

لقد ظهر تأثر الكتاب المحدثين بالنزعة القانونية، لذلك نجد تعاريفهم تتأرجح بين عنصري المصلحة والاختصاص.

- فعرفه علي الخفيف بأنه: «مصلحة مستحقة شرعاً»⁽⁵⁾.
- وعرفه السنهوري بقوله: «والحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون»⁽¹⁾.

(1) الموافقات، (538/2).

(2) المصدر نفسه، (539/2).

(3) الزيلعي، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، (146/6).

(4) نقلاً عن فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (185).

(5) الحق والذمة (36) نقلاً عن رافت عثمان، الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام (بيروت: دار اقرأ، 1982) (14).

وباعتباره صرح أنه لا يدخل في بحثه الحقوق العامة أو المتعلقة بالأحوال الشخصية وإن كانت حقوقاً، نستنتج أنه يقصد بالحق في مدلوله العام : «مصلحة يحميها القانون».

• وعرفه القطب محمد القطب بعد أن عرض وجهة نظر كل من الشرعيين والقانونيين بأنه: «مصلحة لا يمنعها الشرع»⁽²⁾.

فهو لاء جميعاً اتحدت وجهتهم على أن الحق مصلحة، وإن اختلفوا بعد ذلك في رسم بعض حدوده.

— وجميع هذه التعاريف منتقدة من حيث أنها عرّفت الحق بغايته، فالحق وسيلة المصلحة وليس هو المصلحة نفسها، هذا فضلاً عن أن تحديده بهذا الوصف يقصره على نوع واحد من الحقوق وهو حق العبد، أما حق الله فلا يتناوله، لأنه جلّ وعلا منزّه عن أن تكون له في حقوقه على عباده مصلحة⁽³⁾.

• وعرفه مصطفى الزرقا بقوله: «اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً»⁽⁴⁾.
• وقريب منه تعريف فتحي الدريني بأنه: «اختصاص يقرّ به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة»⁽⁵⁾.

— فالاختصاص: الانفراد والاستثناء بشيء أو قيمة.
— هذا الاختصاص منوط بإقرار الشارع له، لأنه مصدر الحقوق جميعاً.
— هذا الاختصاص قد يتضمن سلطة على شخص، كحق الولاية على النفس تأديباً مثلاً، أو سلطة على شيء كحق الملكية.

— التكليف: عهدة على إنسان منصبّة على اقتضاء أداء من آخر⁽⁶⁾.
ويتميّز هذا التعريف بدقته، واختصاره من جهة، وشموله لحق الله وحق العبد من جهة أخرى، ومع ذلك وجهت له بعض الانتقادات منها:
— التعريف نابت من تربة وضعية قانونية.

— الحقوق الشخصية غير قابلة للتسلّط فيها، إذ لا معنى للتسلّط إلا الاستعمال والاستغلال والإهلاك⁽¹⁾.

(1) السنهوري (عبد الرزاق)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، الفقه الغربي، (القاهرة: دار الفكر)، في المقدمة، (9).

(2) الإسلام وحقوق الإنسان، (86).

(3) المرجع نفسه، (37). محمد رأفت عثمان، الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، (14).

(4) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (10/3).

(5) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (193).

(6) المرجع نفسه بنفس الموضع. القطب محمد القطب طلبة، الإسلام وحقوق الإنسان، (36-37).

وجواباً على ذلك أقول:

— نعم، التعريف نابع من فكرة قانونية، وذلك ليس ميزة ولا عيباً، فالمهم في التعريف أن يكون جامعاً، مانعاً، منضبطاً، ولتكن ما تكون جهة صدوره.

— إن التسلط لا يعني دائماً ما تقولون، إذ هو الاستعمال في حدوده، فهو في الأشياء استعمالاً واستهلاكاً وفي الحقوق الشخصية انتفاعاً مع المحافظة عليها فعمل الجراح هو في ظاهره تسلط على الجسد فقد يؤدي إلى إزالة عضو أو منفعة من منافع الجسم، ولكن إذا تعين ذلك سبيلاً للمحافظة على بقية الأعضاء أو المنافع كان تسلطاً مشروعاً، فالتسلط على النفس يكون بالمحافظة عليها لا بإيذائها. إذن فالتعريف السابق هو أدق ما يمكن العمل به، وهذا ما سنبينه بعد تناول نظرة القانونيين.

الخلاصة:

بعد هذا العرض المبسط لمدلول الحق يمكن أن نصل إلى جملة نتائج لا بد من عرضها قبل أن تنتقل إلى تحديد وجهة نظر القانونيين.

- 1) لا وجود في كتب الفقه أو الأصول لتعريف جامع مانع متفق عليه.
- 2) تجلّى تأثر الفقهاء الأقدمين بالنزعة اللغوية للحق — ثبوتاً ووجوباً ولزوماً — وهو الاستعمال الشائع وموضوع دراستنا العملية.
- 3) منهج الأصوليين جاء محموداً انصبّ على بيان الحقّ بحسب من يضاف إليه، وبذلك جاء الحقّ مرتبطاً بخطاب الشارع الذي يقابل القاعدة العامة في تنظيم العلاقات، وذلك ما يفيدنا في تأصيل الحقّ وتعليله.
- 4) ارتباط الحقّ بالحكم الشرعي يجعل المثبت لهذا الحقّ هو الشارع سبحانه وتعالى، فيمتنع أن يكون هذا الحقّ طبيعياً، بل هو منحة من الله ﷻ لعباده، وينبغي على ذلك أمور:
 - أ. الأصل تقييد الحقّ بما قيده به الشارع الحكيم.
 - ب. أن يكون استعماله محققاً للمصلحة المقصودة شرعاً غير مناقض لها.
 - ج. الحقّ ليس غاية في ذاته، وإلا كان الفرد حرّاً التصرف فيه كما يشاء، ومن ثمّ فهو وسيلة المصلحة المشروعة لا المصلحة نفسها⁽²⁾.
- 5) تأثر الكتاب المعاصرين بالنظرة القانونية، لا يقدح في توجههم هذه الوجهة، لعدم وجود ما يغني في كتابات الأقدمين من جهة، ومحاولتهم الربط بين الوجهة الشرعية والقانونية من جهة أخرى، فلو استطعنا التوفيق بين النظرتين من غير إخلال بأحكام شريعتنا فلا مانع.

(1) المصدر السابق، (63)، هامش 01.

(2) الشاطي، الموافقات، (541/2)، الدررني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (73).

6) تعريف الحق بالمصلحة يقصره على نوع واحد من الحقوق: حقوق العبد، أما حق الله تعالى فلا يتناوله⁽¹⁾، هذا فضلا عن أنه يجعل الاهتمام بالغاية دون الماهية. أما إعطاء تعريف جامع مانع فسوف نؤجله إلى حين بيان نظرة القانونيين.

ثانيا: الحق عند القانونيين:

اختلف الفقه القانوني في تعريف الحق وتباين شيعا ومذاهبا، وفقا للأساس الفلسفي الذي تبناه كل مذهب، وقد ظهرت بذلك اتجاهات وآراء شديدة الاختلاف استقر منها اتجاهان بارزان، أحدهما: يتبنى النظرة الفردية القائمة على إطلاق استعماله بكل حرية، أما الثاني: فقد اختص به الفكر الاشتراكي، الذي قام على أنقاض الفكر الفردي، محاولا الحد من سلطان الفرد، محلاً محله سلطان الجماعة.

لذلك يمكن أن نقول ومن البداية أن منطلق القانونيين في تعريف الحق لم يكن واحدا، كما أن النهاية لم توصل إلى مفهوم جامع، وفيما يلي تأكيد لذلك.

1. المذهب الفردي في تعريف الحق:

يقيم أصحاب هذا المذهب فكرة الحق على أساس من نظرية الحقوق الطبيعية، التي يولد الإنسان متمتعاً بها، فهي سابقة في وجودها للجماعة والقانون نفسه الذي يقتصر دوره في حماية هذه الحقوق وصيانتها، غير أن فقهاء المذهب لم تتفق كلمتهم على ماهية واحدة، فظهرت بذلك عدة اتجاهات:

أ. الاتجاه الشخصي: ويعرف أنصاره⁽²⁾ الحق من خلال صاحبه، وذلك بربطه بإرادة متوليه حيث قالوا: أنه «سلطة إرادية يخولها القانون لشخص»⁽³⁾. وعلى ذلك فإن القانون يتكفل بتحديد مجال عمل إرادة كل شخص مستقلة عن إرادة الآخرين. وهذا الاتجاه لا يسلم من عدة اعتراضات وجيهة منها:

(1) القطب محمد القطب طلبة، الإسلام وحقوق الإنسان، (34).

(2) الذين تبنا هذه الفكرة الفقيهان الألمانيان: ويندشايد "Windchid" وسافيني "Savigny".

(3) عبد المنعم فرج العبد، أصول القانون، (312). حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، (القاهرة: دار الفكر العربي)، (21).

حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط 5، (الإسكندرية: منشأة المعارف)، (431).

— هذا التحليل يتنافى مع تمتّع عديمي الأهلية كالصبيان والمجانين بالحقوق، فهم يملكون حقوقاً ولكنهم قد يعجزون عن التصرف فيها لتخلف الإرادة كلياً أو جزئياً، فهم يخلطون بين مدلول الحق والقدرة على استعماله.

— قد يثبت الحق دون علم أو إرادة الشخص، كالميراث والوصية مثلاً.

— هذا التعريف غير جامع لكل من تشملهم الحقوق، فإذا كان للشخص الطبيعي إرادة هي مناط تمتعه بالحق فما الحل بالنسبة للشخص الاعتباري الذي لا يملك مثل هذه الميزة؟⁽¹⁾.

ب. الاتجاه الموضوعي: نظراً للانتقادات التي وجهت للاتجاه الأول، والتي تزعمها الفقيه الألماني اهرنج « IHERING » الذي أقام نظرية جديدة معاكسة تقوم على أساس موضوعي، قوامه المصلحة التي يقصد تحقيقها، حيث قال في تعريفه أنه: «مصلحة يحميها القانون»⁽²⁾. والملاحظ أن قوام هذا الاتجاه عنصران:

أحدهما: مادي جوهري، يتجلى فيه جانب المنفعة، أما الثاني: فشكلي متمثل في حماية القانون تحقيقاً للهدف المنشود.

وهذا الاتجاه كسابقه لم يسلم من النقد أيضاً، ومما وجه إليه:

— أن هذا التعريف لم يبين ماهية الحق بقدر ما أوضح غايته وهدفه وهو تحقيق المصلحة، ومعلوم أن التعريف ينبغي أن يكون بالماهية حدّاً ورسمًا بتحديد جوهره لا غايته⁽³⁾.

— أنه جعل المصلحة — وهي جوهر الحق في نظره — عاجزة عن أن تكون حقاً إلا بحماية القانون مما يجعل هذا العنصر الشكلي فيصلاً في وجود الحق أو انتفائه، في حين هو وسيلة حمايته وتنفيذه.

— هذا التعريف يستقيم من غير عكس، ذلك أن كل حق يحقق مصلحة من المصالح، ولكن من المصالح ما لا يرقى إلى مرتبة الحقوق، من ذلك منفعة ساكن دار تطل على أرض فضاء تمكنه من استنشاق هواء نقي، ومشاهدة ما حوله، فمصالحته أن تبقى الأرض على حالها من غير بناء ولكن مثل هذه المصلحة لا يمكن أن ترقى لأن تكون حقاً⁽⁴⁾.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، (312). القطب محمد القطب طلبة، الإسلام وحقوق الإنسان، (60).

(2) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (176). حسن كيرة، المدخل إلى القانون، (434). حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون،

(23). عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، (313).

(3) القطب محمد القطب طلبة، الإسلام وحقوق الإنسان، (60).

(4) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، (443).

وأجيب بأن المصلحة تعتبر أحد عناصر الحق الذي لا يكتمل إلا بتوافر العنصر الشكلي وهو الحماية القانونية⁽¹⁾.

ج. الاتجاه المختلط: من خلال تسميته يتضح لنا أنه جمع بين النظرتين الشخصية والموضوعية، وذلك بمراعاة صاحب الحق وموضوعه، سعياً للتقريب بين الاتجاهين، غير أن رغبة التقريب هذه قد فشلت في تحديد جوهر الحق بتغليب أحد العنصرين: الشخصي أو الموضوعي، فظهر بذلك فريقان:

— أحدهما: يرجح جانب المصلحة فيجعل الحق: « مصلحة يحميها القانون بتحويله صاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة »⁽²⁾.

— الآخر: يغلب عنصر الإرادة معرّفًا الحق بأنه: « قدرة إرادية يعترف بها القانون للشخص ويكفل حمايتها في سبيل تحقيق مصلحة معينة »⁽³⁾.

ولم يسلم هذا الاتجاه مما لقيه غيره من نقد، ذلك أن الجمع بين الفكرين المختلفين لم يأت بأي جديد ما دام كلا العنصرين: الإرادة والمصلحة، ليسا جوهر الحق، إذ لا ميزة لهذا الاتجاه سوى أنه جمع بين الانتقادات التي وجهت لكلي الفريقين⁽⁴⁾.

د. تعريف دابان « DABIN »

تميز الفقيه البلجيكي دابان بصياغة نظرية، حاول أن يتجنب فيها الانتقادات الموجهة إلى سابقه، ولذلك عرف الحق بأنه: « ميزة يخولها القانون الشخص ويضمنها بوسائله، بمقتضاها يتصرف في قيمة معترف بثبوتها، إما باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها مستحقة له »⁽⁵⁾.

تقوم فكرة دابان على وجوب توفر أربعة عناصر: عنصران أساسيان بالنسبة لصاحب كل حق هما: الاستثناء والتسلط، فهما وجهان لعملة واحدة.

فالاستثناء: يعني الاختصاص والافراد بشيء أو قيمة سواء انتفع به مستعمله أو غيره بغض النظر عن توافر الإرادة.

أما التسلط فهو: « القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق »⁽⁶⁾، وذلك استغلالاً

(1) حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، (25).

(2) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، (313).

(3) المصدر نفسه بنفس الموضع.

(4) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (177). حسن كيرة، المدخل إلى القانون، (436).

(5) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، (314).

(6) المصدر نفسه، (313). حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، (30). القطب محمد القطب طبلية، الإسلام وحقوق الإنسان، (61-62).

أو استعمالاً أو انتفاعاً بحسب موضوع الحق⁽¹⁾.

أما العنصران الآخران للحق، فيحددان ماهيته بالنسبة للغير، وهما: احترام الحق من قبل الأفراد، والحماية القانونية له⁽²⁾.

والملاحظ أن دابان مايز بين ثبوت الحق واستعماله، إذ يثبت الحق لمن استأثر واختص به، وإن لم يستعمله، وتظهر ثمرة ذلك في عدم اشتراط توافر الإرادة لمن يستحقه، هذا خلاف ما رأينا بالنسبة للاتجاه الشخصي.

ومع ذلك لقيت نظرة «دابان» جدلاً وخلافاً بين الشراح بين مؤيد ومعارض، ومما وجه إليه من انتقادات.

— على الرغم من قيام فكرة الحق عنده على العناصر الأربعة التي ذكرناها، إلا أن جوهره لا كاشف ولا مظهر له سوى الاستثناء، فهو لا يخرج عن هذا العنصر.

— ما فائدة جعل احترام الغير عنصراً في تكوين الحق، ما دام تحصيله ممكناً بوجود وسائل حمل الأفراد على ذلك من خلال الحماية القانونية؟

— جعل مدلول الحق قائماً على لفظة «ميزة» التي لم يحدد مدلولها، حيث تولى الشراح بيانها فقالوا: أنها سلطة وقدرة، فهي بذلك لا تخرج عما قصده أصحاب الاتجاه المختلط، ومن ثم فهو لا يسلم من الانتقادات السابقة.

— إن من الحقوق ما يخلو من الاستثناء والاختصاص، كالحقوق الشخصية والسياسية، فهي تقوم على المساواة والاشتراك⁽³⁾.

هكذا يتضح بعد هذا العرض البسيط للمذهب الفردي أنه لم يستطع الخروج برأي واحد متفق عليه، ويبقى بذلك الجدل قائماً.

(1) بالنسبة للماديات يمكن أن يتحقق التسلط بكل أشكاله: استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً، أما بالنسبة للحقوق المعنوية التي يكون محلها الإنسان نفسه فيكون التسلط فيها محدوداً استعمالاً وتمتعاً.

عبد المنعم فرج العدة، أصول القانون، (314). حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، (31).

(2) القطب محمد القطب طلبة، الإسلام وحقوق الإنسان، (63).

(3) حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، (34-35). القطب محمد القطب طلبة، الإسلام وحقوق الإنسان، (64-65).

2. المذهب الاشتراكي في تعريف الحق:

الإنسان كائن اجتماعي لا يسعه العيش خارج الجماعة، وهذا يفرض عليه أن يعيش متضامنا مع جماعته بتبادل المنافع والخدمات في إطار من التكامل وفق قواعد تنظم الحياة، لذلك يتحتّم على كل فرد أن يؤدي واجبه اتجاه غيره في إطار هذا التضامن.

ذلكم هو المنطلق الذي بدأ منه الفقيه الفرنسي ليون دوجي « LEON DUGUET » زعيم المنكرين لفكرة الحقوق الشخصية، والتي أحلّ محلّها فكرة التضامن الاجتماعي، ويرجع السبب في هذا التوجه إلى اعتقاده أن الاعتراف بالحقوق يستلزم سمو وغلبة إرادة صاحبه على من يتسلّط عليه وهذا يتناقض مع مبدئه القائم على تساوي الناس جميعا.

وأمام وجود حقوق فعلية ممارسة من قبل الأشخاص، كسلطة المالك على ملكه مثلاً، نجد الفقيه مطالباً بإعطاء تفسير لهذا الواقع، لذلك يحاول استبدال ما يسمى حقاً بمصطلح آخر هو المركز القانوني، ومن يثبت له الحق — المستفيد — بمن يكون في مركز قانوني إيجابي، أمّا من يثبت عليه الالتزام — الواجب — فمن يكون في مركز قانوني سلبي، متصوراً أن هذا التكييف، لا يجعل صاحب المركز القانوني في مرتبة أعلى أو أدنى من غيره، ولا إرادة أحدهما أسما من الآخر⁽¹⁾. وهذا الاتجاه لم يسلم من النقد أيضاً من ذلك:

— إن نظرية دوجي دعوة غزتها الرغبة في تحقيق العدالة المفقودة في عصره، ولكن ذلك لا يبرر إنكار أمر واقع متمثلاً في وجود حقوق شخصية يتمتع بها الأفراد.

— إن منطلقات دوجي الانتقادية لم تكن سليمة إذ لم يقل أحد أن الحق سلطة إخضاع أو إرادة غلبة وسيطرة فهو ينكر فكرة لا وجود لها أصلاً⁽²⁾.

— إن جهد الفقيه بذل هباء، حيث لم يأت بفكر جديد سوى أنه استبدل مصطلحات مكان أخرى، فجاء بمصطلح المركز القانوني الإيجابي بدل الحق، وجعل مصطلح المركز القانوني السلبي بدل الواجب ممّا يجعلنا في غنى عن استبدال المستقر من المصطلحات المتعارف عليها.

النتيجة:

يتضح لنا بعد العرض الذي قدمناه أنه:

- ينبغي أن نقف موقفاً وسطاً في تحديد مدلول الحق، محاولين تحقيق التوازن المفقود بين غلوّ المذهب الفردي الممجد لصالح الفرد، وبين إقصاء الفكر الاجتماعي — الاشتراكي — تمجيده للجماعة.

(1) حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، (15).

(2) المصدر نفسه، (16 ...). عبد المنعم فرج العدة، أصول القانون، (311) هامش 1.

- إن تحقيق هذا التوازن يفرض علينا الاعتراف بالحق مع ضبطه وتقييده بما يضمن تحقيق غاية الفرد من غير المساس بمصالح الجماعة.
- يبقى الوصول إلى إجماع على تعريف يخلو من النقص ويبعد عن الانتقاد أمراً صعباً نظراً لاختلاف الأفهام وتعدد جهات النظر، فأني لنا أن نقدر على أمر عجز عنه أهل الاختصاص من أصحاب الفكر الواسع، ولكن ذلك لا يمنع من ولوج باب المحاولة، محاولين الاستفادة من الانتقادات التي وجهت إلى النظرتين: الشرعية والقانونية، عاملين على تحقيق قدر مشترك بين المنهجين توفيقاً بينهما.

فأفضل ما وقفت عليه مما تناولناه هو ما كان معرّفاً للحق بحسب موضوعه إذ يبقى أقرب التعريفات إلى جوهر الحق، ذلك الذي ساقه أستاذنا الدريني فقال أنه: « اختصاص يقرّ به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة »⁽¹⁾.

وقد قمنا بتحليل التعريف وأوضحنا الانتقادات الموجهة إليه ورددنا عليها⁽²⁾.

وبالنسبة للقانون الجنائي فإن اهتمامه ينصب على الحقوق الشخصية ذات القيمة القانونية في نظر المشرّع، والتي ينطوي استعمالها على مظهر الاعتداء هذا الاعتداء يقف أمامه القانون موقفاً خاصاً، والذي سوف نبينه من خلال ضوابط الحق:

ثالثاً: تعريف استعمال الحق.

بعد أن حدّدنا أجزاء المركب الإضافي في كل من الشريعة والقانون ننتقل الآن إلى بيان مدلول المركب جملة.

والملاحظ من تتبع كتابات فقهاء القانون الجنائي، أنهم استغنوا عن تعريفه، يرجع ذلك إلى وضوحه في نظرهم فقد اكتفوا بتعريف الحق⁽³⁾، يؤكد لنا هذه النتيجة إجماعهم على أن إباحة الفعل استعمالاً لحق من المسلّمات التي لا تحتاج إلى نص تشريعي، ذلك أن المنطق يقتضي أن الشارع متى قرّر حقاً، فإنّه لن يعاقب على ما يبدر من صاحبه استعمالاً له⁽⁴⁾.

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (193).

(2) راجع ص (28-29) من الرسالة.

(3) أكثر شراح القانون الجنائي على أن الحق: مصلحة يحميها القانون، وهذا خلاف ما رجحناه جمعاً بين النظرتين: الشرعية والقانونية.

أنظر: فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، ط4، (بيروت: دار النهضة العربية، 1985م)، (110/1). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (160). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (59).

(4) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة (47). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (200). حسن صادق المرفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية (المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية،

1972م) (107).

وإذا كانوا يقرّرون ذلك بالنسبة لسلوك المشرّع ، فإنّهم لا محالة يعتبرونه من الوضوح بحيث لا حاجة لنا إلى تعريفه، ومع ذلك يمكن أن نجتهد في إعطاء تعريف بسيط.

فهو: «ممارسة حق بمقتضى إباحة رغم استكمال الفعل لعناصر الجريمة صوّرة، تحصيلًا لمصلحة رآها المشرّع».

الفرع الثاني: تمييز استعمال الحق عن القواعد الجنائية السلبية المشابهة.

تتقسم القواعد الجنائية — بالنسبة لما تشتمل عليه من أمر ونهي عن سلوك معين — إلى قواعد جنائية إيجابية، وأخرى سلبية.

فالقاعدة الجنائية الإيجابية هي التي تتضمن أمراً بفعل شيء أو تركه أو تنهى عن إتيان شيء أو تركه مع ترتيب جزاء جنائي حال مخالفة الأمر أو النهي.

أما القاعدة الجنائية السلبية فهي ما خلت من هذا الأمر أو النهي، ولكنها تقوم بتعطيل تطبيق القاعدة الإيجابية في أحوال خاصة يتطلبها القانون، وهي بالنسبة لأثرها على هذه القاعدة الإيجابية إما أن تنفي العقوبة فقط، وهذا شأن موانع المسؤولية وموانع العقاب، وإما أن تعيد الفعل إلى أصله من المشروعية، وهذا شأن القاعدة المبيحة⁽¹⁾.

لذلك كان لزاماً علينا أن نمايز بين هذه القواعد الجنائية السلبية نظراً لما تشترك فيه من مظهر خارجي للجريمة في كل.

هذا ما سيتضح لنا من خلال العنصرين التاليين: استعمال الحق وموانع المسؤولية، استعمال الحق وموانع العقاب.

البند الأول: استعمال الحق وموانع المسؤولية.أولاً: في الشريعة الإسلامية.

لم يعرف فقهاؤنا موانع المسؤولية بهذا الاصطلاح، كونه مستمد من روح القانون، ولكنهم عرفوا مضمونه، وأفاضوا الحديث عنه في كتب الفقه والأصول على السواء، حيث تناولوا كل مصطلح على حدة ولكنهم وصلوا إلى نفس النتيجة.

فالمانع لغة: اسم فاعل من المنع وهو: أن يحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده وهو خلاف الإعطاء⁽²⁾.

اصطلاحاً: «ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته»⁽³⁾.

(1) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (48) هامش 1. رمسيس هنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (104).

(2) ابن منظور، لسان العرب، (6/4276) مادة: منع.

(3) ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (163). الأمدي، الأحكام، (112/1). الشوكاني، إرشاد الفحول، (11). وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (102/1-103).

والعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي، أن المانع يكون حائلا، حيث يؤثر في الشيء فيلزم من وجوده العدم.

كما عرّفوا المسؤولية في مجال الدراسة الجنائية بأنها: « التزام الإنسان بتحمل نتائج الأفعال المجرّمة التي يأتيها مختارا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها»⁽¹⁾. ويستفاد من ذلك: أن شرط المسؤولية تحقق الإدراك والاختيار⁽²⁾، فهما عنصران أساسيان لوجودها، وهذا عين ما أوضحناه عند تناول ركن الجريمة المعنوي إذ بدونهما تنتفي الجريمة أصلا. والخلاصة: أن موانع المسؤولية هي: ما يحول دون التزام الإنسان بنتائج أفعاله، وذلك لفقد عنصرَي الإدراك والاختيار مما يعدم الجريمة كليا.

هذه النتيجة التي انتهينا إليها هي عين ما يتناوله فقهاؤنا بمناسبة الحديث عن عوارض الأهلية⁽³⁾، والتي يقسمونها إلى عوارض سماوية وأخرى مكتسبة⁽⁴⁾، ولهم في ذلك تفصيلات شاسعة ليس هذا مجالها، وما يعنينا من ذلك هو ما كان له ارتباطا بسلوك الفرد من الوجهة الجنائية، بحيث إذا عرضت لإرادة الفاعل جردتها من الإدراك وسلبتها حرية الاختيار، وللفقهاء في ذلك تفصيل واسع واختلاف أوسع من حيث: الحصر والأثر، في سقوط العقوبة وقد يتعلّق عارض الأهلية بالناحية البيولوجية كصغر السن⁽⁵⁾، أو الناحية العقلية والنفسية كالنوم⁽⁶⁾، والنسيان⁽⁷⁾، والجهل⁽⁸⁾، والخطأ⁽⁹⁾،

(1) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي (الرياض: جامعة الملك سعود، 1995م) (440) هامش: 1.

(2) المرجع نفسه، (440). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1-403).

(3) هي: "أحوال تعزّي الشخص فتفق عقله أو تفقده بعد كماله". أبو زهرة، أصول الفقه، (316).

(4) العوارض السماوية: ما ليس للإنسان اختيار في إيجادها، كالجنون، العته، النوم، الإغماء، النسيان.

(5) العوارض المكتسبة: ما كان للإنسان اختيار في تحصيلها فتكون بفعله وكسبه: كالسفه، الجهل، الخطأ، الإكراه، السكر.

التفتازاني، التلويح على التوضيح، (167/2). النسفي (أبو البركات عبد الله بن أحمد) كشف الأسرار شرح المصنّف على المنار، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م)، (477/2).

(5) أنظر في أحكامه المصدران نفسهما، (168/2). (478/2).

(6) "حالة طبيعية لا تفك عن الإنسان، ولا يستطيع العيش بدونه، يعطل القدرة على إدراك المحسوسات وعلى الأفعال الاختيارية". عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (462).

(7) "جهل الإنسان بما كان يعلمه ضرورة مع علمه بأمور كثيرة بأفة". عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (463).

هامش 76. وانظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، (188). الغزالي، المستصفى، (84/1). أبو زهرة، أصول الفقه، (319).

(8) "صفة تضاد العلم عند احتماله وتصوره". وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (177/1). وانظر: التفتازاني، التلويح على التوضيح، (80/2...). النسفي، كشف الأسرار، (519/2). أبو زهرة، أصول الفقه، (327).

(9) "قول أو فعل يصدر عن الإنسان بغير قصد بسبب ترك الثبوت عند مباشرة أمر مقصود سواه". وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (184/1). وانظر: التفتازاني، التلويح على التوضيح، (195/2). أبو زهرة، المصدر السابق، (331).

والسكر غير الاختياري⁽¹⁾، وسائر الأمراض التي قد تصيب العقل أو النفس: كالجنون⁽²⁾، والعتة⁽³⁾، والإغماء⁽⁴⁾، وقد ذكر رسول الله ﷺ بعضها في حديث: «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل»⁽⁵⁾.

ومن خلال هذا الحديث بنوا أحكام سائر العوارض كلا بحسب تأثيره.

قال الشيرازي (تر 41): «لا يجب على الصبي ولا المجنون حدّ الزنى لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الجنون حتى يفيق ولأنه إذا أسقط عنه التكاليف في العبادات والمآثم في المعاصي فلأن يسقط الحد ومبناه على الدرع والإسقاط أولى»⁽⁶⁾. وقال الشافعي (تر 38): «لا قصاص على من لم تجب عليه الحدود وذلك من لم يحتلم من الرجال أو تحض من النساء أو يستكمل خمس عشرة سنة، وكل مغلوب على عقله بأي وجه ما كانت الغلبة إلا بالسكر»⁽⁷⁾.

وقال: «...وهكذا من غلب على عقله بمرض أي مرض كان أو وجه من الوجوه ما كان غير السكر»⁽⁸⁾.

ويستفاد مما تقدم أن لا مسؤولية جنائية على هؤلاء — لا قصاص — والسبب كما أوضحنا منذ البداية أن ترتيب الجزاء منوط بتحقيق ركني الجريمة: المادي والمعنوي، ولما كان عارض الأهلية

(1) "ستر العقل بتناول المواد التي تحدث ذلك سواء كانت سائلة أم كانت جامدة".

أبو زهرة، أصول الفقه، (322).

(2) "اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقيحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها وتتعطل أفعالها، إما لنقص جبل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة". الفتاوى، التلويح على التوضيح، (167/2). وانظر: النسفي، كشف الأسرار، (480/2). أبو زهرة، أصول الفقه، (317).

(3) "العتوة من اختلط كلامه، فكان بعضه ككلام العقلاء، وبعضه ككلام المجانين، وذلك الاختلاط لنقصان عقله". النسفي، كشف الأسرار، (484/2).

(4) "ضرب مرض يضعف القوى ويزيل الحجي". النسفي، كشف الأسرار، (489/2).

(5) أخرجه النسائي، (أحمد بن شعيب بن علي بن بحر)، سنن النسائي، (بيروت: دار الكتاب العربي)، كتاب الطلاق، باب: من لا يقع طلاقه،

(156/6). وبلقب قريب منه، أبو داود، (سليمان بن الأشعث السجستاني)، سنن أبي داود، وعليه تعليقات أحمد سعد علي، ط1، (مصر: شركة ومطبعة مصطفى البابلي، 1371هـ — 1952م)، كتاب الحدود، باب: المجنون يسرق أو يصيب حداً، (451/2). ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المعتوه والصغير والنائم، (658/1)، كلهم عن عائشة رضي الله عنها.

(6) الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف) المذهب في فقه الإمام الشافعي، (دار الفكر)، (267/2).

(7) الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، (دار الشعب)، (4/6).

(8) المصدر نفسه، الموضع نفسه.

يؤثر في الركن الثاني بحيث يعدم الإدراك أو الاختيار، أو هما معا، انتفت بذلك الجريمة وزالت المسؤولية الجنائية.

إذن: ففقدوا الأهلية لم يجعل لهم خطاب بالأمر والنهي، لذلك لم تتصف أفعالهم التجاوزية بالجرائم لأن أساسها وجود القصد الناشئ عن الإدراك والاختيار، المؤدي إلى تحمل النتائج⁽¹⁾.

ولما كانت الدماء والأموال معصومة، والأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل، وإذا امتنعت العقوبة، فإنها لا تسقط حق الغير في تعويض الأضرار التي تسبب الجاني في إحداثها، لأن فيها إتلافا وهم مطالبون في أموالهم بتعويض ما يتلفون، لذلك وجب الضمان.

قال السيوطي (تر36): «اعلم أن قاعدة الفقه، أن النسيان والجهل مسقط للإثم مطلقا، وأما الحكم، فإن وقع في ترك مأمور، لم يسقط بل يجب تداركه، ولا يحصل الثواب المترتب عليه لعدم الإثمار، أو فعل منهى ليس من باب الإتلاف فلا شيء فيه، أو فيه إتلاف لم يسقط الضمان، فإن كلن يوجب عقوبة كان شبهة لإسقاطها»⁽²⁾.

وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في إدراج حالتَي الإكراه والضرورة الشرعية ضمن أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية لذلك كان لزاما علينا أن نصل إلى نتيجة بالنسبة لأحكامهما.

— الإكراه:

لغة: حمل الإنسان على أمر لا يريده طبعاً أو شرعاً⁽³⁾.

شرعاً: «حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه»⁽⁴⁾ ولا يختار⁽⁵⁾ مباشرته ولو خلى ونفسه»⁽⁶⁾.

ويعتبر من أهمّ المباحث التي عني بها فقهاؤنا وأصوليوننا مدولا وأحكاما، ونحن لو ولجنا هذا المجال لما وسع هذه الرسالة حصره، لذلك فما يهمنا هو بيان أثره من الوجهة الجنائية.

ويقسم الفقهاء الإكراه إلى نوعين: إكراه ملجئ أو تام، وإكراه غير ملجئ أي ناقص أو قاصر.

(1) أبو زهرة، الجريمة، (414).

(2) الأشباه والنظائر، (188). و مثله في حكم النائم والمجنون والمغمي عليه، (215) منه. الشافعي، الأم، (4/6). الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1 (مصر: شركة المطبوعات العلمية 1327هـ) (67/7). الخطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط3 (دار الفكر، 1412هـ - 1992م) (232/6). ابن قدامة (أبو محمد عبد الله بن محمد)، المغني، (القاهرة: مكتبة المحمورية العربية) (9/8).

(3) أبو البقاء، الكليات، (163). ابن منظور، لسان العرب، (3865/5) مادة: كرد.

(4) الرضا: الارتباح إلى فعل الشيء والرغبة فيه. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (186/1).

(5) الاختيار: ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس. المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(6) الفتاوي، التلويح على التوضيح، (196/2).

فالأول: بعدم رضا المكره ويفسد اختياره وذلك كأن يقع التهديد على نفس المكره بقتل أو قطع عضو... وهو أعلى الأنواع إذ يجعل المكره كالألة في يد المكره.

أما الثاني: فهو الذي بعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار، ذلك أنه يقع تخويفا بما لا يضر النفس أو العضو، كالتهديد بحبس أو إتلاف مال⁽¹⁾.

ويرى الفقهاء أن الجرائم بالنسبة للإكراه ثلاثة أنواع:

1) نوع: يبيحه الإكراه فينفي الجريمة أصلا، وذلك إذا كان موضوع الإكراه أمورا تباح عند الضرورة بنص الشارع كأكل الميتة، والدم، ولحم الخنزير لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا عَلَيْهِمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (الأنعام 119)، وقوله عز وجل: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (البقرة 173).

لذلك إذا كانت هذه المحرمات موضوعا للإكراه التام أبيح للمكره تناولها من غير حرج⁽²⁾.

2) نوع يرفع العفوية ويبقى الفعل محرما، وهذا مجاله عدا ما ذكرنا مما تبيحه الضرورة، ويتناول: القذف، السب، السرقة، إتلاف مال الغير...

وبناء على ذلك فلا حد، لأن المكره كان آلة في يد المكره، ولكن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محرمة، فإذا تعلّق الاعتداء بالحقوق المالية وجب الضمان - المسؤولية المدنية - إذ الدماء والأموال معصومة⁽³⁾.

3) نوع أخير لا أثر فيه للإكراه، حيث لا يباح الفعل ولا تسقط العقوبة، وهو المتعلق بجرائم القتل أو القطع أو الضرب المهلك، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (الأنعام، 151)، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾ (الأحزاب 58).

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، (83/4). الكاساني، بدائع الصنائع، (175/7). السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، (بيروت: دار المعرفة، 1406هـ - 1986م)، (38/24...). عبد الفتاح مصطفى الصفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (470).

ويضيف بعضهم نوعا ثالثا وهو الإكراه الأدنى أو المعنوي، والذي لا يقع على ذات الشخص إنما هو تهديد منتظر الوقوع بحسب أحد الأصول أو الفروع، وقد اعتبر إكراها استحيانا.

السرخسي، المبسوط، (39/24). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (563/1...). أبو زهرة، الجريمة (484). وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، (87).

(2) الخطاب، مواهب الجليل، (229/3). الشيرازي، المهذب، (250/1). السرخسي، المبسوط، (49/24). الكاساني، بدائع الصنائع، (176/7).

(3) على خلاف بين الفقهاء فيمن يتحمل هذا الضمان، السرخسي، المبسوط، (3/24...). الكاساني، بدائع الصنائع، (179/7). والخطاب، مواهب الجليل، (274/6). ابن حزم (علي بن أحمد)، المحلى بالآثار، تحقيق: محمد منير الدمشقي، (مصر: إدارة الطباعة المنيرية، 1352هـ -)، (330/8).

ذلك أن أساس الترخيص بإتيان الفعل عند الإكراه، دفعا لضرر أكبر مقابل ضرر يسير يقع على الغير، أما والحال قتل أو قطع فالأمر على العكس، إذ فيه : « دفع ضرر متوقع بضرر واقع ثابت يماثله أو يزيد عليه، ولا يصح ارتكاب ضرر كبير واقع، لدفع ضرر مثله متوقع، ولذلك لا يباح بحال من الأحوال الاعتداء على النفس أو العضو تحت تأثير الإكراه »⁽¹⁾.

والخلاصة: أن الإكراه في الشريعة الإسلامية لا يأخذ حكما واحدا، وإنما يكتف بحسب متعلقه، فقد يرد سببا لإباحة الفعل المحظور كما في النوع الأول، أو مانعا للمسؤولية كما في النوع الثاني وقد لا يعتبر أصلا فيشكل جريمة معاقبا عليها كما في الحالة الأخيرة.

— حالة الضرورة:

وتعتبر إحدى النظريات الكبرى التي اعتنى ببيانها فقهاؤنا اعتناء لا نظير له وتدل:

لغة: على الاحتياج، وهي مصدر من الاضطرار الذي يرتبط بالحاجة الشديدة التي لا مدفع لها⁽²⁾.

شرعا: ذهب الفقهاء في تعريف الضرورة مذاهب، وقد جاء تركيز القدماء على الضرورة المتعلقة بنفس الإنسان، فأناطوها على وجه الخصوص بأمرين: الإكراه الملجئ⁽³⁾ وتناول المحرم دفعا لهلاك الجوع والعطش⁽⁴⁾، وشيئا فشيئا استقروا على أن حالة الضرورة تشمل كل خطر حال تعلق بالضرورات الخمس: الدين، النفس، العرض، العقل والمال.

وعلى ذلك يمكن أن نصل إلى تعريف جامع للضرورة فهي: « خطر مشروع جنائيا، حال وجسيم، موجه إلى من لا دخل لإرادته فيه، ولا هو ملزم قانونا بتحملة، لا سبيل له للتخلص منه إلا بارتكاب فعل إجرامي مناسب »⁽⁵⁾.

ولا تختلف أحكام الضرورة عن أحكام الإكراه، ذلك أن كلا من المضطر والمكره يجد نفسه أمام خطر حال يجب عليه دفعه، غير أنهما يختلفان من حيث مصدر هذا الخطر، فهو بالنسبة لحالة

(1) أبو زهرة، الجريمة، (494). الكاساني، بدائع الصنائع، (197/7). الخطاب، مواهب الجليل، (242/6). الشيرازي، المهذب، (177/2).

(2) ابن منظور، لسان العرب، (2573/4-2574) مادة: ضرر. أبو البقاء، الكليات، (576).

(3) يدرج الفقهاء إكراه الملجئ ضمن حالة الضرورة نظرا لكون هذه الأخيرة عندنا أعم من الإكراه، فهي تشمل ما كان سببه فعل الإنسان، وما كان سببه القوة الطبيعية، فالكلي يندرج ضمن فعل المحرم من غير رضا ولا اختيار.

(4) القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد) الجامع لأحكام القرآن، ط3 (القاهرة: دار الكتب المصرية 1387هـ - 1967م) (225/2). الرازي (محمد فخر الدين) مفاتيح الغيب، المشتهر بالتفسير الكبير (القاهرة: المطبعة الحسينية) (7/2...). السيوطي، الأشباه والنظائر، (84-85). ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (85/5).

(5) عبد الفتاح مصطفى الصبفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (471).

الضرورة ظروف طبيعية أو نفسية، في حين يكون المصدر عند الإكراه شخصاً آخر يجبر المكره على إتيان المحظور⁽¹⁾.

ويمكن أن نلخص أحكام الضرورة فيما يلي:

— تباح المطاعم والشارب المحرمة حال المخصصة، كالميتة، ولحم الخنزير، وشرب النجاسات بقدر ما يدفع الضرورة لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (المائدة 3)، وقوله عز وجل: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (البقرة 173)، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا إِلَيْهِ﴾ (الأنعام 119).

— ما يبقى على أصله من الحرمة، ولكن تسقط العقوبة مع تعويض الأضرار الناتجة عن هذا الفعل كسرقة طعام لدفع هلاك جوع.

— ما لا يباح بحال من الأحوال، كجرائم القتل والجرح والقطع، فلا أثر للضرورة فيها فيتحمل مرتكبها المسؤولية كاملة⁽²⁾.

والخلاصة: أن الضرورة في غير الأكل والشرب هي إكراه، ولذلك لا تختلف عنه في مجال الدراسة الجنائية.

ثانياً: استعمال الحق وموانع المسؤولية في القانون.

«موانع المسؤولية: هي أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانوناً، بأن تجردها من التمييز أو حرية الاختيار أو منهما معا»⁽³⁾.

ومعلوم أن المسؤولية الجنائية تتحقق بوجود ركنين: المادي والمعنوي، وأن هذا الأخير مشروط بتوافر إرادة الجاني مع قصد الاعتداء، فلما كان الشرط الأول منتفياً، انتفى الركن المعنوي كلية، وزالت المسؤولية، فامتنعت العقوبة.

وقد حدّد المشرّع الجزائي حالات ثلاث منها على سبيل الحصر هي: الجنون، الإكراه، صغر السن.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (577/1). وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، (103).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، (76/7...)، الخطاب، مواهب الجلل، (233/3)، ابن قدامة، المغني، (595/8...).

النووي (محي الدين بن شرف)، المجموع شرح المذهب (دار الفكر)، (39/9...). عبد الحميد إبراهيم المحالي، مسقطات

العقوبة التقريرية وموقف المحاسب منها (الرياض: المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب 1412هـ - 1992م) (114...).

(3) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (42). شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للمجربة والنظرية العامة للعقوبات والتدابير

الإحترازية، ط5، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1982م)، (159).

فنصت المادة: (47) عقوبات على: «لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة، وذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة الثانية من المادة الواحدة والعشرين» (1).

ونصت المادة: (48) عقوبات على: «لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها».

أما المادة: (1/49) عقوبات فنصتها، «لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية».

وأمام هذا التحديد لموانع المسؤولية، نقف متسائلين عن تكييف بعض الصور التي ترتبط بالحالة النفسية والعقلية للشخص، كالعته، السفه، الإغماء، السكر غير الاختياري... فهل تلحق بهذه الموانع؟

يقول رضا فرج: «ولا شك أن صياغة هذه المواد (47، 48، 49) سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات الأخرى، التشريع المصري، والفرنسي، إنما جاءت على سبيل الحصر، ولكن ذلك لا يمنع من تفسير هذه النصوص تفسيراً من شأنه إدخال حالات أخرى يزول بها التمييز وحرية الاختيار، يكشف عنها تقدم العلوم، ويمكن أن تدخل هذه الحالات في العبارات الواسعة التي استعملت في صياغة هذه المواد، وبصفة خاصة المادة: (48) والتي من شأنها أن تقبل أي سبب يعتبر قوة لا قبل للإنسان بدفعها كما يجب أن نلاحظ أن التفسير الواسع، والقياس جائزان في تفسير النصوص الخاصة بموانع المسؤولية باعتبار أن هذه النصوص لا تنشئ جرائم، ولا تقرر عقوبات فلا يخشى مع هذا التفسير الواسع المساس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات» (2).

هذا علماً أن القانون المدني قد حصر عديمي الأهلية في ثلاثة أصناف: الصبي، المجنون، المعتوه.

فنصت المادة: (1/42) على: «لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون».

فألحقت هذه المادة المعتوه بالمجنون مما يفيد أن العته مانع المسؤولية أيضاً، وذلك باعتبار النظام القانوني كل متكامل لا يعارض بعضه بعضاً.

(1) المادة: (2/21) عقوبات تنص على ما يلي: "يمكن أن يصدر الأمر بالحجز القضائي بموجب أي حكم بإدانة المتهم أو العفو عنه أو براءته أو بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى غير أنه في هاتين الحالتين الأخيرتين يجب أن تكون مشاركته في الوقائع المادية ثابتة".

(2) شرح قانون العقوبات الجزائري، (373).

غير أن المادة: (43) من نفس القانون - المدني - تجعل المعتوه ناقص أهلية وتلحق به السفية، وهذا نصها: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد، وكان سفيا أو معتوها يكون ناقص الأهلية».

فالقانون المدني يرى تارة المعتوه كالمجنون، مما يجعل كل تصرفاته باطلة، ويراه أخرى ناقص أهلية ويلحق به السفية فتكون تصرفاتهما موقوفة على الإجازة.

ثم يأتي قانون الأسرة في مادته: (85) فيجعل تصرفات المجنون، المعتوه والسفيه غير نافذة، فيجعلهم جميعا عديمي الأهلية، وهذا نص المادة: «تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه».

فثمة إذن تناقض واضح في القانون المدني نفسه، وبين القانون المدني وقانون الأسرة الذين ينبغي أن يكونا متكاملين، مما يستدعي إعادة النظر في هذه النصوص وضبطها⁽¹⁾.

أما السكر غير الاختياري فيمكن أن يستفاد حكمه بالنظر إلى ما نص عليه المشرع من اتخاذ تدابير الأمن بالنسبة لحالات إدمان المواد المخدرة، وذلك ما نصت عليه المادة: (1/22) عقوبات «الوضع القضائي في مؤسسة علاجية، هو وضع شخص مصاب بإدمان عادي ناتج عن تعاطي مواد كحولية أو مخدرة، تحت الملاحظة في مؤسسة مهياة لهذا الغرض، وذلك بناء على حكم قضائي صادر عن الجهة المحال إليها الشخص، إذا بدا أن الصفة الإجرامية لصاحب الشأن مرتبطة بهذا الإدمان».

علما أن المشرع اعتبر السكر الاختياري ظرفا مشددا في جرائم القتل والجرح الخطيين، فنصت المادة: (290) على ما يلي: «تضاعف العقوبات المنصوص عليها في المادتين: (288، 289) إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو حاول التهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي يمكن أن تقع عليه وذلك بالفرار أو بتغيير حالة الأماكن أو بأية طريقة أخرى»⁽²⁾.

أما حالة الضرورة فقد وقع الخلاف في تكيفها، كما سبق أن أشرنا إلى ذلك ورجحنا القول بإخضاعها لموانع المسؤولية⁽³⁾، ونؤيد في هذا المقام رأي الأستاذ: عبد الله سليمان، الذي عاب إغفال المشرع الجزائري النص على هذه الحالة، واقترح إضافة فقرة أخرى لنص المادة: (48) لتصبح كما يلي: «لا عقوبة على من اضطرت له إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها، لا عقوبة على من

(1) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية) (81-82)، (268). النظرية العامة

للاتزام: مصادر الالتزام (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية) (54-55).

(2) انظر: رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (375 ...).

(3) راجع: أسباب الإباحة بالنظر إلى أسلوب تقريرها، ص (71) من الرسالة.

أجأته إلى ارتكاب الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم يوشك أن يقع إذا لم يكن له دخل في حلوله وليس بقدرته منعه»⁽¹⁾.

الخلاصة:

— إن حصر موانع المسؤولية في صغر السن والجنون والإكراه غير جامع لأحكام هذه الموانع.

— ضرورة الموازنة والتوفيق ورفع التناقض بين فروع القوانين المختلفة تحقيقاً للاتساق والتوافق المطلوبين.

ثالثاً: المقارنة بين الشريعة والقانون.

بعد هذا الغرض لمداول موانع المسؤولية في كلا النظامين، نصل إلى بعض الاستنتاجات، ومنها نقف على أوجه الشبه والاختلاف بين السبب المبيح استعمالاً لحق، وموانع المسؤولية.

1. لم يمايز الفقهاء بين موانع المسؤولية وأسباب الإباحة تصنيفاً، باعتبار نظرة الشريعة إلى ما يجمع هذه الحالات من تخيير بين الفعل والترك، والذي يرفع الإثم مطلقاً، ولكن بالنظر إلى الأثر الديني من حيث وقوع الفعل يمكن أن نلمس.

• أفعالا تستند إلى صفات ذات صلة بالفعل فتتفي عنه التجريم، وهذا ما اصطلاح عليه القانونيون بأسباب الإباحة.

• أفعالا أخرى وطيدة الصلة بشخص الفاعل، ترفع العقاب ويبقى الفعل محرماً، وهذا ما تناولته فقهاؤنا كعوارض للأهلية، والذي اصطلاح عليه القانونيون بموانع المسؤولية، والملاحظ أن خطة المشرع الوضعي أفضل من حيث تحقيق الفصل بالنظر إلى ترتب المسؤوليات الدينيّة، والتي كانت محل عناية من النظامين، مع ما تميزت به الشريعة الإسلامية من فضل في عدم إغفال جانب الثواب والعقاب الأخرين.

2. حالة الضرورة في الشريعة أعمّ منها في القانون إذ تتناول الإكراه الذي يكون مصدره الإنسان، فضلاً عما كان بسبب الطبيعة، في حين قصره القانونيون على الخطر الطبيعي.

3. الإكراه في الشريعة كحالة الضرورة قد يكونان سبباً لإباحة المحظور، أو مانعاً للمسؤولية خلافاً للمستقر قانوناً من اعتبارهما مانعاً للمسؤولية مطلقاً، ولا شك أن نظرية الشريعة في ذلك أضبط وأدق.

4. قصور المشرع الوضعي في استيعاب حالات امتناع المسؤولية التي أتت شريعتنا إلى شمولها من حيث العدد والأحكام.

(1) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (281).

بعد هذا العرض لمدلول موانع المسؤولية في كلا النظامين: الشرعي والقانوني، نصل إلى تحديد أوجه الشبه والاختلاف بين السبب المبيح استعمالاً لحق، وموانع المسؤولية. **أوجه الشبه:**

- فمن حيث النتيجة: ترتفع العقوبة في كل من السبب المبيح استعمالاً لحق وكذا في مانع المسؤولية، فنائب البرلمان يطعن خصمه مستعملاً حقه في النقد فترتفع العقوبة، والمجنون قد يطعن غيره فيمتنع عقابه لتمتعه بمانع المسؤولية.
 - إن الفاعل في كل منهما يأتي المظهر المادي للجريمة.
- أوجه الاختلاف:**

- السبب المبيح استعمالاً لحق ذو طابع موضوعي، أما مانع المسؤولية فذو طابع شخصي، فامتناع العقوبة لمن يستعمل حقه، راجع لظروف خارجية موضوعية بعيدة عن شخص الفاعل، أما مانع المسؤولية فارتفاع العقوبة سببه ظروف متصلة بشخص الفاعل، لذلك فهي لا تؤثر في نفس الفعل بل على مسؤولية الفاعل⁽¹⁾.
- السبب المبيح استعمالاً لحق يزيل عن الفعل صفة الجريمة فيعود إلى أصله من المشروعية، أما مانع المسؤولية فلا أثر له على سلطان النص، حيث يبقى الفعل مجرماً، كل ما هنالك أن النص لا يطبق لوجود ظروف تستدعي ذلك⁽²⁾.
- وينتج عن هذا الفرق أن السبب المبيح استعمالاً لحق يمنع من تطبيق أي تدبير وقائي لمستعمله، بخلاف مانع المسؤولية، الذي إذا ما شكّل الجاني خطورة إجرامية جاز إخضاعه لتدابير وقائية، كحجز المجنون في مركز استشفائي، والصبي في دار التربية ونحو ذلك⁽³⁾.
- إن السبب المبيح استعمالاً لحق لا يترتب عليه أي مسؤولية جنائية أو مدنية بخلاف مانع المسؤولية فإنه وإن كان يحول دون المساءلة الجنائية فهو لا يسقط حق الغير في التعويض عما ينتج من

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (42)، مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (185)، محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (146)، رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (141)، حندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ط2 (بيروت: دار العلم للجميع) (485/1).

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (266)، رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (141)، محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (146).

(3) يقول ابن حزم: "إلا أن من فعل هذا — بقصد الاعتداء على الغير — من الصبيان والمجانين والسكران، في دم أو جرح أو مال ففرض ثقافة في بيت ليكفّ أذاه حتى يتوب السكران وبقي المجنون وبلغ الصبي لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ وتثقيفهم تعاوناً على البر والتقوى وإهمالهم تعاوناً على الإثم والعدوان". ابن حزم، المحلى (347/10) مسألة 2020.

أضرار⁽¹⁾، وتطبيقاً لذلك نصت المادة: (125) من القانون المدني الجزائري على مطالبة الصبي المميز وغير المميز بتعويض ما يتسبب فيه من أضرار حيث جاء في فقرتها ما يلي: «يكون ناقص الأهلية مسؤولاً عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز، غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم»⁽²⁾.

البند الثاني: استعمال الحق وموانع العقاب.

أولاً: في الشريعة الإسلامية.

موانع العقاب مصطلح قانوني بحث غير أن مضمونه نابع من روح الشريعة، ولمّا جرت عادتنا في هذا البحث على غرار الدراسات المقارنة في مسابقة خطة القانون ضبطاً وتقسيمًا فلا مانع من السير وفق ذلك خاصة أن لا مشاحة في الاصطلاح مادام النظامان لا يتعارضان. اهتم فقهاؤنا ببيان مسقطات العقوبة، وهي: ظروف تعرض لمرتكب الجريمة فتحول دون وقوع العقوبة، من أهمها: موت الجاني، فوات محل القصاص، الصلح، العفو، إرث القصاص، التقادم، التوبة، وليس في هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة، بل تتفاوت هذه الأسباب ويتجاوز أثرها بين مسقط لأقل العقوبات، وبعضها خاص بعقوبات دون أخرى⁽³⁾، وما يهمنا في بحثنا هذا هو بيان ما ينطبق من هذه المسقطات على موانع العقوبة، ومن خلال تتبع كلام الفقهاء اتضح أن ما استقر عليه القانونيون كمانع أو عذر معفي هو ما تحدث عنه الفقهاء من توبة الجاني قبل القدرة عليه.

(1) ويقول القرافي: "التعزير تأديب يتبع المفساد، وقد لا يصحبها العصيان في كثير من الصور، كنأديب الصبيان، والبهائم، والمجانين استصلاحاً لهم مع عدم المعصية". الفروق، (4/180) الفرق: 246.

وجاء في المادة: (2/21) عقوبات "الحجز القضائي في مؤسسة نفسية، هو وضع الشخص بناء على قرار قضائي في مؤسسة مهينة لهذا الغرض بسبب خلل في قواه العقلية، قائم وقت ارتكاب الجريمة، واعتراه بعد ارتكابها". عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/386). أبو زهرة، الجريمة، (403). عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (269).

(2) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، (1/485). و رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (497).

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/770....). عبد الحميد إبراهيم المحالي، مسقطات العقوبة التعزيرية وموقف المختص منها، (277....).

أ. التوبة لغة: الإقلاع عن الذنب، وتاب إلى الله يتوب توبة ومتابا: أناب ورجع عن المعصية إلى الطاعة⁽¹⁾.

ب. شرعا: «الندم على معصية من حيث هي معصية مع عزم أن لا يعود إليها إذا قدر عليها»⁽²⁾. وتعتبر وسيلة لتكفير الذنوب، بل ومضاعفة الحسنات قال تعالى: ﴿فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (المائدة 39)، وقال أيضا: ﴿وَأَنِ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ يُمَتِّعْكُمْ مَتَاعًا حَسَنًا إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى وَيُؤْتِ كُلَّ ذِي فَضْلٍ فَضْلَهُ﴾ (هود 3).

أما من الوجهة الجنائية فقد نص القرآن الكريم على اعتبار التوبة سببا لسقوط الحد بالنسبة لجريمة الحرابة⁽³⁾ قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (المائدة، 35-36).

وقد اتفق الفقهاء على ما يلي:

— سقوط حد الحرابة قبل القدرة على المحارب، أي قبل وصول السلطات إليه، وقد نقل ابن حزم (تر15) وابن قدامة الإجماع على ذلك⁽⁴⁾، لكن ابن رشد (تر24) يذكر قولا بعدم سقوط الحد، ويعزوه إلى من يقول بأن الآية السابقة، لم تنزل في المحاربين⁽⁵⁾، غير أنه رحمه الله لم يذكر من هم هؤلاء، وعليه فالإجماع الذي أورده ابن حزم وابن القيم صحيح لم ينخرم.

— عدم سقوط حقوق الأفراد، كحق القصاص إذا ما ارتكب المحارب جريمة قتل أو جرح، وكذا الأموال التي اغتصبها إلا إذا عفا ولي الدم في اقتضائه، أو تنازل صاحب المال عن تحصيله⁽⁶⁾.

غير أنهم اختلفوا بعد ذلك في غير جريمة الحرابة هل تسقط حقوق الله — حقوق الجماعة — بالتوبة على مذهبين:

(1) ابن منظور، لسان العرب، (454/1) مادة: توب.

(2) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، (233/1) مادة: توب. المرجع، التعريفات، (76). أبو البقاء، الكليات، (308).

(3) الحرابة: "من حارب عاربة وحرابة: قطع الطريق وإشهار السلاح خارج المصر". محمد رواش قلعة جي وحامد صادق قتيبي، معجم لغة الفقهاء (177).

(4) ابن حزم، المحلى (127/11)، ابن قدامة، المغني (295/8).

(5) ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، راجعه وصححه: عبد الحليم محمد ابن عبد الحليم وعبد الرحمن حسن محمود (القاهرة: دار الكتب الحديثة) (528).

(6) ابن قدامة، المغني، (295/8). الكاساني، بدائع الصنائع، (96/7). عبد الحميد إبراهيم المحامي، مسقطات العقوبة التعزيرية، (279). محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (114).

المذهب الأول: وهو رأي الجمهور: المالكية⁽¹⁾، الحنفية⁽²⁾، الحنابلة⁽³⁾، وقول عند الشافعية⁽⁴⁾، والظاهرية⁽⁵⁾.

وهؤلاء قالوا: أن التوبة في غير الحراة ليست مانعة من العقوبة، واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

- أن أثر التوبة مقصور على مورد النص وهو جريمة الحراة لأنه عين ما نصت عليه الآية.
- أن الأمر بتوقيع العقاب على المعتدي جاء عاما قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (النور 2)، والجلد عام في التائبين وغيرهم.
- وقال جل وعلا: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ (المائدة 38)، والقطع عام في التائب وغير التائب، وقد أمر ﷺ بـرجم ماعز (تر 72) والغامدية (تر 60) وقد جاء تائبين معترفين على نفسيهما مطالبين بإقامة الحد عليهما، وقد سمى ﷺ فعلهما توبة فقال في حق الغامدية: «لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم»⁽⁶⁾.
- إن العقوبة هي التي تكفر عن المعصية، وهي التي تزجر المجرم، وليس ثمة أي شبه بين المحارب وغيره حتى نقول بالقياس، ذلك أن المحارب لا يقدر عليه عادة، فشجع بإسقاط العقوبة عنه إذا ما كان السلوك من نفسه توبة، حتى يكف الناس عن شره وفساده، وهذا المعنى قاصر في المحاربين، إذ المجرمون العاديون مقدور عليهم، فليس هناك ما يدعو للعفو عنهم، بل إن العقوبة هي التي تحدهم وتزجر غيرهم.
- القول بسقوط العقوبة يؤدي إلى تعطيل العقوبات، فلا يعجز أي مجرم عن ادعاء التوبة لينجو من العقاب.
- الحد كفارة للذنب في الدنيا، والكفارات تجب مع التوبة، فإن من ظاهر من امرأته ثم تاب وأراد العودة إليها فإنه لا يعود إلا إذا كفر، مع أن ظاهر حاله أنه تاب توبة نصوحا⁽⁷⁾.

(1) الزرقاني (عبد الباقي)، الزرقاني على خليل، (112/8). القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (158/6).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، (96/7).

(3) ابن قدامة، المغني، (296/8).

(4) الشيرازي، المهذب، (285/2).

(5) ابن حزم، المحلى، (127/11).

(6) أخرجه: مسلم، (الحسين بن الحجاج)، صحيح مسلم، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، (1324/3)، عن عمران بن حصين.

(7) محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (115). أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي، (276-277). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (354/1...). أبو زهرة، العقوبة، (245).

المذهب الثاني: وبه قال الشافعية في أصح القولين⁽¹⁾، والحنابلة في رواية⁽²⁾، وسلك هذا النهج متأخرو الحنابلة وهما: ابن تيمية (تر 12) وتلميذه ابن القيم (تر 68)، حيث انتصرا لهذا المذهب⁽³⁾، وهؤلاء قالوا بسقوط العقوبة في جرائم الحدود جميعا، وقد استدلوا لذلك بما يلي:

■ لقد نص القرآن الكريم على سقوط جريمة المحارب وهي أشد الجرائم، فمن باب أولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون هذه الجريمة خطورة.

يقول ابن القيم: «أين في نصوص الشارع هذا التفريق؟ بل نصه على اعتبار توبة غيره بطريق الأولى، فإنه إذا دفعت توبته عنه حد حراة مع شدة ضررها وتعديه، فلأن تدفع التوبة ما دون حد الحراة بطريق الأولى والأحرى»⁽⁴⁾.

■ أن القرآن أول ما نص على عقوبة الزنى قبل تشريع الحد وهو الجلد، رتب على التوبة منع العقوبة مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرَضُوا عَنْهُمَا﴾ (النساء، 16) كما ذكر وَعَلَى حد السارق وأتبعه بنص التوبة حيث قال: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءَ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ، فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (المائدة 38-39).

■ قوله وَالَّذَانِ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له»⁽⁵⁾، ومن لا ذنب له لا حد عليه⁽⁶⁾.

■ ومما ذكر ابن القيم ترجيحاً لهذا الرأي أن كلا من العقوبة والتوبة مطهرة من المعصية، وقد أرشد النبي ﷺ إلى اختيار التطهير بالتوبة، ولذلك تسقط عقوبة التائب إلا أن يختار الجاني غير ذلك وبهذا فسر رحمه الله رجم الرسول ﷺ ماعزا والغامدية عندما جاءا تائبين⁽⁷⁾.

بعد هذا العرض الموجز للرأيين أقول: أنني أميل إلى تأييد رأي الجمهور، استنادا إلى ما يلي:

(1) الشيرازي، المهذب، (285/2).

(2) ابن قدامة، المغني، (296/8).

(3) ابن تيمية (تقي الدين أحمد)، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن محمد بن قاسم (المغرب: مكتبة المعارف) (300/28). ابن القيم، إعلام الموقعين، (97/2).

(4) المصدر نفسه، الموضع نفسه.

(5) أخرجه: ابن ماجه، كتاب: الزهد، باب: ذكر التوبة، (1420/2)، عن أبي عبيدة عن عبد الله عن أبيه.

(6) أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي، (275). محمد سليم العوى، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (115).

عبد الحميد إبراهيم المجالي، مسقطات العقوبة التعزيرية (291 ...). أبو زهرة، العقوبة، (244).

(7) إعلام الموقعين، (98/2).

— القول بأن التوبة تسقط الحدّ مطلقا يؤدي إلى تعطيل نظام الحدود بأكمله، وتجاسر الناس على الاعتداء من غير زاجر.

قال الدهلوي (تر 21) : «واعلم أن المقرّ على نفسه بالزنى، المسلم نفسه لإقامة الحدّ تائب، والتائب كمن لا ذنب له، فمن حقّه أن لا يحدّ، لكن هنا وجوه مقتضية لإقامة الحدّ عليه»⁽¹⁾، ثمّ بينها.

— إن قياس باقي الحدود على حدّ الحرابة هو قياس مع الفارق، ذلك أن جريمة الحرابة فيها مجاهرة بالعصيان، وتقع غالبا حيث ينقطع العمران، ويضعف السلطان، فإسقاط الحدّ عن المحاربين تشجيع لهم على الإقلاع عن جرائمهم، وفي ذلك ما يحمي أرواح الناس، ويقوي سلطان الدولة.

— توبة المحارب لها دليل مادي ملموس على صدق نواياه بوضع السلاح، والاستسلام، قبل القدرة عليه، أمّا باقي الجرائم فقد لا يتيسّر للقاضي تحصيل ذلك، فكيف لنا أن نقبل بتوبة الزنديق وهو الذي يعلن الإسلام ويبطن الكفر؟ إن التيقن من صدق توبته أمر صعب لصعوبة تحصيل الدليل المادي.

— إن ذكر التوبة بعد آية السرقة قصد به التوبة الواقعة بعد تنفيذ الحدّ⁽²⁾.

ثانيا : استعمال الحق وموانع العقاب في القانون.

موانع العقاب وتسمى أيضا الأعذار المعفية⁽³⁾ : هي ظروف استثنائية تحول دون ترتّب العقوبة، رغم توفر أركان الجريمة، ترد في القانون على سبيل الحصر، لذلك لا يجوز التوسع في تفسيرها ولا القياس عليها، يلزم القاضي بتطبيقها، وذلك مراعاة لاعتبارات المنفعة الاجتماعية، تقديرا من الشارع أن مصلحة عدم توقيع العقاب تربو على مصلحة إيقاعه⁽⁴⁾، كتشجيع الجاني على

(1) الدهلوي (شاه ولي الله بن عبد الرحيم) حجة الله البالغة، تحقيق ومراجعة: السيد سابق (القاهرة: دار الكتب الحديثة) (762/2).

(2) القرافي، الفروق، (74/3) الفرق: (131). ابن حزم، المحلى، (129/11). عبد الحميد إبراهيم المحالي، مسقطات العقوبة التعزيرية، (181-182). أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي، (277).

(3) هذا عين ما عبّر عنه المشرّع الجزائري، وقد ورد ذلك في المادة: (52) عقوبات والتي جاء فيها: "الأعذار هي حالات محدّدة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت محففة. ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمن على المعفى عنه".

(4) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (44). عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (337-338). رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (94...).

عدم مواصلة مشروعه الإجرامي تجنباً للضرر المستقبلي⁽¹⁾، أو حتا له على الإرشاد إلى جريمة الاتفاق بالكشف عن زملائه، أو الكشف عن جريمة أخرى مماثلة أو المشتركين فيها⁽²⁾، أو إصلاح الجاني ما نشأ عن فعله من أضرار دفعا إلى محو آثار جريمته أو التخفيف منها⁽³⁾.

ثالثا: المقارنة بين الشريعة والقانون

بعد أن استعرضنا نظرة كل من الشرعيين والقانونيين لموانع العقاب أو ما يعرف بالأعذار المعفية يمكن أن نصل إلى جملة نتائج عامة بين النظامين لنحدد بعد ذلك أوجه الشبه والاختلاف بين السبب المبيح وموانع العقاب.

— إن التوبة كسبب لسقوط العقوبة في النظام الإسلامي هي ظرف شخصي جعله الشارع الحكيم عذرا معفيا للعقوبة، وذلك لموقف اتخذه الجاني تمثل في الكف عن الأذى والإجرام استجابة لإغراء المشووع الذي نص على الإعفاء من العقوبة.

— أن التوبة التي اعتد بها الشارع الحكيم في الإعفاء من جريمة الحراية، تقابل ما يقرره القانونيون من إعفاء المتهمين في جرائم أمن الدولة⁽⁴⁾.

— أن رأي الجمهور — الذي رجحناه — والقائل بحصر الإعفاء في جريمة الحراية يتفق مع ما نصت عليه القوانين من أن توبة المجرم لا تسقط كل عقوبة، بدليل أن قواعد الإعفاء واردة على سبيل الحصر.

بعد هذا يمكن لنا أن نجري مقارنة بسيطة بين أسباب الإباحة وموانع العقاب، والتي نلمسها

فيما يلي:

(1) مثال ذلك المادة: (01/92) عقوبات جزائري ونصها: "يعفى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جنابة أو حنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها". و أيضا المادة: (02/217) عقوبات جزائري.

(2) من ذلك المادة: (179) عقوبات جزائري والمتعلقة بالجنايات والجنح الواقعة من طرف الجمعيات والأشراك، ونصها: "يستفيد من العذر المعفي وفقا للشروط المقررة في المادة الثانية والخمسين من يقوم من الجناة بالكشف للسلطات عن الإنفاق الذي تم أو عن وجود الجمعية، وذلك قبل أي شروع في الجنابة موضوع الجمعية أو الاتفاق وقبل البدء في التحقيق". و أيضا المواد: (199، 404، 420) عقوبات جزائري.

(3) أنظر: المادة: (217) عقوبات، ونصها: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من خمسمائة إلى ألف دينار جزائري كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم أنه غير مطابق للحقيقة. ومع ذلك فإنه يستفيد من العذر المعفي بالشروط المنصوص عليها في المادة الثانية والخمسين كل من أدلى بوصفه شاهدا أمام الموظف بإقرار غير مطابق للحقيقة ثم عدل عنه قبل أن يترتب على استعمال المحرر أي ضرر للغير وقبل أن يكون هو نفسه موضوعا للتحقيق".

(4) راجع المادة: (92) عقوبات جزائري، الواردة بالهامش (01) من هذه الصفحة..

أوجه الشبه:

- يتفق السبب المبيح استعمالاً لحق مع مانع العقاب في:
 - إتيان المظهر المادي للجريمة.
 - عدم إيقاع العقوبة على الجاني.
 - أن كلا منهما يرد على سبيل الحصر ، إذ تجري أكثر التشريعات على حصر أسباب الإباحة⁽¹⁾.

أوجه الاختلاف:

- ولكنهما يختلفان في:
 - السبب المبيح استعمالاً لحق يمحو وصف الجريمة، ويرتب أثره بالنسبة للفاعل والشريك إذا كان السبب عاماً، أما مانع العقاب فلا يحول دون احتفاظ الفعل بالصفة الإجرامية، مما يقصر أثره على من استفاد من العذر بصفة شخصية⁽²⁾.
 - السبب المبيح استعمالاً لحق ينفي المسؤولية المدنية — تعويض الأضرار — كما يمنع كل تدبير وقائي، أما مانع العقاب فلا يحول دون تعويض الأضرار طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية، فضلاً عن أنه لا ينفي الخطورة الإجرامية مما قد يستدعي تطبيق تدبير وقائي⁽³⁾، وذلك داخل في باب السياسة الشرعية التي تمكن الحاكم من بذل ما يمكن أن يردع ويزجر الجاني.
 - يقول الماوردي (تر 74) : «وإذا رأى — الحاكم — من الصلاح في ردع السفلة، أن يشهرهم وينادي عليهم بجرائمهم ساغ له ذلك»⁽⁴⁾.
 - السبب المبيح استعمالاً لحق يرجع إلى قواعد عامة مستقلة، ولذلك يجوز فيه القياس، أما مانع العقاب فهو مرتبط بقاعدة استثنائية، ومن ثم يمتنع القياس وهو الرأي الراجح شرعاً أيضاً.

(1) أنظر: محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (110). حندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، (486/1). رمسيس بھنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (192).

(2) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (45). شرح قانون العقوبات القسم العام، (160). حندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، (487/1). والقاعدة في الشريعة الإسلامية: "إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة في الفعل أو لصفة في الفاعل أو لقصد الفاعل فإن عقوبة الشريك الآخر الذي لم تتوفر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره، أو صفته أو قصده".

أنظر: ابن قدامة، المغني، (677/7). الخطاب، مواهب الجليل، (316/6). عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، (364/1).

(3) أنظر: رمسيس بھنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (188). فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (202/1). عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي: أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي (الرياض: مطبوعات معهد الإدارة العامة، 1402هـ — 1982م) (185-186). محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (110).

و انظر بالنسبة لتطبيق التدبير الوقائي المادتان: (02/404، 02/420) عقوبات جزائري.

(4) الأحكام السلطانية، (363). وانظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (637-636/2).

— أن مصدر إباحة الفعل قد يكون أي فرع من فروع القانون، في حين أن العذر المعفي ينحصر مصدره في القانون الجنائي⁽¹⁾، وهو نص الشارع الحكيم بالنسبة لآية الحرابة فيما رجحناه.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) رمسيس بھنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (187).

المطلب الثالث : خضوع استعمال الحق لأسباب الإباحة

مُلْهِدٌ :

إن بيان أنواع أسباب الإباحة هو السبيل إلى تحديد موضع استعمال الحق من هذه الأسباب، ومن ثم توضيح وجه خضوع استعمال الحق لهذا النظام الكلي. وقد كان لكل من الشرعيين والقانونيين نظرتهم المتميزة في تقسيم هذه الأسباب كل بحسب زاوية نظره، لذلك كانت التقسيمات متعددة ومتشعبة.

الفرع الأول : أنواع أسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية.

اهتم علماؤنا بتقسيم الإباحة، فنظروا إليها من زاويتين :

الأولى : مصدر ورودها، والثانية : متعلقها وهو الفعل المباح، ومع كل زاوية لمسنا نظرة كل من : الأصوليين، والفقهاء على السواء، ثم إننا من خلال التتبع، والاستقراء لشتى المسائل التي تتأثرت في ثنايا كتب الفقه كتطبيقات لاستعمال ما هو مباح يمكن لنا أن نبين زاوية ثالثة جديدة⁽¹⁾، في تقسيم هذه الأسباب، تظهر لنا نمط وأسلوب تقرير هذه القواعد.

أولا : نظرة الأصوليين.

نظر الأصوليون إلى الإباحة من جهتين : جهة مصدرها، ثم متعلقها.

1 - أنواع أسباب الإباحة بحسب مصدرها :

يتبع ما يرد على سبيل الإباحة من أسباب نجد الأصوليين يذكرون أوصافا، ومعان متى وجدت تحققت معها الإباحة الطارئة فمن ذلك:

(أ) - النسخ :

لغة: يرد بمعنيين :

- أحدهما : الإزالة والإبطال، قال تعالى: ﴿ فَيَنْسَخُ اللَّهُ مَا يُلْقِي الشَّيْطَانُ ﴾ (الحج 50).
- الثاني : النقل، والتحويل، كقولنا: نسخت الكتاب، أي نقلته⁽²⁾.

(1) حجة هذه النظرة تظهر من حيث اعتماد منهج الاستنتاج بعد التبع، وإلا فإن جزئياتها متناثرة في كتب الفقه، ثم إن للقانونيين فضل السبق في ذلك باعتبارهم قطعوا شوطا كبيرا في التنظيم، والتفصيل.

(2) ابن منظور، لسان العرب، (4407). مادة: نسخ.

اصطلاحاً : « الخطاب الدال على ارتفاع الحكم الثابت بالخطاب المتقدم على وجه لولاه لكان ثابتاً مع تراخيه عنه »⁽¹⁾.

وهو جائز عقلاً وشرعاً، وواقع في القرآن والسنة.

- تارة يكون لا إلى بدل⁽²⁾، والجمهور على وقوعه، ويمتثلون له بنسخ وجوب تقديم الصدقة

بين يدي مناجاة الرسول ﷺ في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةٌ ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ وَأَظْهَرُ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (المجادلة 12).
- وأخرى إلى بدل مساو أو أثقل، أو أخف.

فالبديل المساوي مجمع عليه، مثالة: نسخ الإتيان من بيت المقدس إلى الكعبة المشرفة.

أما البديل الأشد - وهو محل خلاف - كنسخ حبس الزانية برجمها محصنة، وجلدها غير محصنة.

وأخيراً البديل الأخف⁽³⁾، كنسخ تحريم الجماع، والأكل، والشرب بعد النوم في رمضان إلى حله في قوله تعالى: ﴿ أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ، هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ، فَتَابَ عَلَيْكُمْ، وَعَفَا عَنْكُمْ، فَلَا أَنْ بَاشَرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ، وَكُلُوا، وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ﴾ (البقرة 186).

والخلاصة أن النسخ في زمنه ﷺ واقع على كل من الواجب والمحظور وهو سبب عام لطروء الإباحة في قسمه الأخير، أي البديل الأخف، تحصيلاً لمصالح اعتبرها الشارع.

ب) الرخصة :

- لغة : اليسر، والسهولة⁽⁴⁾، فهي خلاف التشديد⁽⁵⁾.

- اصطلاحاً : « ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الإقتصار على

(1) الغزالي، المستصفى، (107/1). وانظر: الآمدي، الإحكام، (101/3). ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1401هـ - 1981م)، (214).

(2) انظر: القرافي، شرح تنقيح الفصول، (308). الغزالي، المستصفى، (119/1).

(3) انظر: الغزالي، المستصفى، (120/1). الآمدي، الإحكام، (125/3). القرافي، شرح تنقيح الفصول، (308). ابن قدامة (موفق الدين عبد الله بن أحمد)، روضة الناظر وحنّة المناظر، (218/1).

(4) الجرجاني، التعريفات، (124).

(5) ابن منظور، لسان العرب، (1616/3)، مادة: رخص.

مواضع الحاجة فيه»⁽¹⁾. أو هي: «ما شرع من الأحكام لعذر»⁽²⁾.

فباعتبارها تأتي على خلاف الأصل العام واستثناء منه، دفعا لمشقة أو حاجة فهي سبب هام لطروء الإباحة، وقد أفاض الأصوليون في بيان أقسامها⁽³⁾، ومن أبرز ما مثلوا به لطروء لإباحة على المحذور، رؤية الطبيب عورة المرأة بقصد العلاج بناء على وجود الحاجة⁽⁴⁾.

جـ) المصادر الإجتهدية المختلف فيها :

وهي : العرف، الإستحسان، المصلحة المرسلة، الذرائع.

- فالعرف :

- لغة : بضم فسكون. جمع أعراف وعرف، ضد النكر⁽⁵⁾، ويطلق على تتابع الشيء متصلا بعضه بعض، وعلى السكون، والطمأنينة⁽⁶⁾، والخير، والرفق والإحسان⁽⁷⁾، والصبر، بل كل ما تعرفه النفس من الخير⁽⁸⁾.

- اصطلاحا : « ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول»⁽⁹⁾.

للعرف سلطة واقتدار في وضع أحكام طارئة تدعو إليها الحاجة، لذلك فهو جار في كثير من الأحكام.

(1) الشاطبي، الموافقات، (1/466).

(2) الآمدي، الإحكام، (1/114).

(3) ظهر ذلك في منهج يميز بثلاثة اتجاهات. الأول: سلكه الشافعية والحنابلة، فقالوا: أن الرخصة ترد على الواجب، والمندوب، والمباح، أما الثاني: فاعتمده الأحناف حيث قسموا الرخصة إلى حقيقية، ومجازية، وفرعوا عن كل قسم قسمين آخرين، أما الاتجاه الأخير فقد هججه الشاطبي الذي قلل: أن الرخصة على الإباحة مطلقا.

انظر: الغزالي، المستصفى، (1/98). ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (167...). التفنازي، التلويح على التوضيح، (1/127...).

(4) انظر: المصادر السابقة بنفس المواضع.

(5) أبو البقاء، الكليات، (617).

(6) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (4/281).

(7) الفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقرئ) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرفعي، ط5، (القاهرة: المطبعة الأميرية، 1922م)، (553).

(8) ابن منظور، لسان العرب، (4/2899)، مادة: عرف.

(9) الغزالي، المستصفى، (1/217).

يقول ابن عابدين : « اعلم أن المسائل الفقهية، إما أن تكون ثابتة بصريح النص، وهي الفصل الأول، وإما أن تكون ثابتة بضرب إجتهد ورأي، وكثير منها ما يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أو لا، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أو لا للزم منه المشقة، والضرر، بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف، والتيسير، ودفع الضرر، والفساد لبقاء العالم على أتم نظام، وأحسن إحكام » (1).

ومن أمثله : جواز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الفساد من البساتين، ما لم توجد دلالة المنع، اعتبار الكيل، أو الوزن فيما تعورف كيلاه، أو وزنه، مما لا نص فيه من الأموال الربوية، جواز الاستجار على تعليم القرآن (2).

* الإستحسان :

- لغة : عد الشيء حسناً (3).

- اصطلاحاً : عرفه ابن العربي (تر 51) بأنه : « إثارة ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته » (4).

وقال السرخسي (تر 31) معرقاً به، مبيّناً أهميته : « كان شيخنا الإمام يقول : إنه ترك القياس، والأخذ بما هو أوفق للناس، وقيل : الاستحسان : طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص، والعام، وقيل : الأخذ بالسعة ابتغاء الدعة، وقيل : الأخذ بالسماحة، وابتغاء ما فيه الراحة، وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين » (5).

• فهو يرد إما : ترجيحاً لقياس خفي على قياس جلي، بناء على دليل يقتضي ذلك.

ويرى ابن القيم فيمن وجد شاة غيره أشرفت على الهلاك، فذبحها حفاظاً على ماليتها حتى لا تذهب هباء، أن القياس يوجب عليه الضمان، وفي الاستحسان لا يضمن، لأنه مأذون في الذبح دلالة حيث قال : « من جامدي الفقهاء من يمنع ذلك - أي من الاستحسان - ويقول : هذا تصرف في ملك

(1) ابن عابدين (السيد محمد أمين أفندي) رسائل ابن عابدين، (2/125).

(2) انظر : بنفس الصفحة. أبو زهرة، أصول الفقه، (275-258). الزرقا (الشيخ أحمد بن الشيخ محمد) شرح القواعد الفقهية، ط5، (دمشق : دار القلم، 1419هـ-1998م)، (221).

(3) محمد رواس قلعة جي وحامد صادق فني، معجم لغة الفقهاء، ط2، (بيروت : دار النفائس، 1408هـ-1988م)، (59).

(4) الشاطبي، الموافقات، (5/196).

(5) المبدع، (145/10). وانظر : الأمدي، الإحكام، (392/4). الزركشي، البحر المحيط، (50/8). القرافي، الدخيرة، ط1، (بيروت : دار الغرب الإسلامي، 1994م). (356/1). شرح تنقيح الفصول، (541). الشوكان، إرشاد الفحول، (356).

الغير، ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف في ملك الغير إنما حرّمه الله لما فيه من الإضرار به، وترك التصرف هنا هو الإضرار» (1).

وإما استثناء لمسألة جزئية من أصل كلي، أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضي هذا الاستثناء، وهذا هو الاستحسان المالكي، مثاله: نظر الطبيب إلى عورة المرأة لأجل العلاج، فإنه مستثنى من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ (النور 31)، بناء على وجود حاجة دفع المرض «لأننا لو بقينا على أصل الدليل العام لأدّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، وكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه» (2).

* المصلحة المرسلّة :

- لغة : المصلحة: الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح، والصلاح ضدّ الفساد (3)، وسلوك طريق الهدى، وقيل: استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل (4).

المرسلّة : من الإرسال، وهو البعث، وإرسال الكلام: إطلاقه بغير تقييد (5).

- اصطلاحاً : المصلحة المرسلّة، وتسمّى الاستدلال المرسل، الاستدلال، المرسل الملائم، المناسب المرسل، والاستصلاح (6).

هذه الألفاظ على اختلافها تشترك في الدلالة على الثمرة المترتبة على مشروعية حكم لم يدلّ الدليل على اعتبار هذه الثمرة، أو إلغائها.

فهو بذلك: «الوصف المناسب لتشريع الحكم الذي لم يشهد له الشارع بالاعتبار أو الإلغاء» (7). ومعلوم أن المصلحة ملازمة للوصف المناسب، ولما كان الوصف المناسب مرسلًا، كانت مصلحة الحكم الذي بني على هذا الوصف مرسلّة أيضًا.

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، (18/3).

(2) الشاطبي، الموافقات، (195/5).

(3) ابن منظور، لسان العرب، (2479/4). مادة: صلح. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، (233/1).

(4) أبو البقاء، الكليات، (561).

5 - المناوي، التوقيف على مهمات التعارف. (50)، الفيومي، المصباح المنير، (308).

6 - الزركشي، البحر المحيط، (83/8).

7 - عبد الله ربيع وسيد عبد العزيز، من تحقيقهما كتاب: تشنيف المسامع بجمع الجوامع لبدر الدين الزركشي، ط3، (مكة: مؤسسة قرطبة، المكتبة المكيّة، 1419هـ-1999م)، (21/3).

وانظر: الزركشي، البحر المحيط، (83/8...). الأمدي، الإحكام، (394/4...). القراني، شرح تنقيح الفصول، (446).

لذلك كانت المصلحة المرسلّة مصدرا تشريعيّا هامّا في استنباط الأحكام لكلّ جديد في حياة الناس، ممّا يؤكّد صلاحية شريعتنا للتطبيق في كل مكان وأن، ولها أمثلة كثيرة في إباحة أفعال لم يشهد لها الشارع بالاعتبار، أو لإلغاء، ولكنّها جارية وفق قواعد الشريعة المحققة لمصالح الدارين فمن ذلك : محاربة أبو بكر الصديق (تر10) ما نعى الزكاة، مشاطرة عمر بن الخطاب (تر57) بيت المال، أموال الذين اتهمهم بالإثراء عن طريق ولاياتهم، جواز قتل الترس الذي يتخذ الكفار من أسرى المسلمين حماية للإسلام والمسلمين جميعا، توظيف الضرائب على الأغنياء لأجل نفقات الجند، وحماية الملك⁽¹⁾.

ومن أمثلتها الحديثة، زرع الأعضاء، من حي لآخر، أو من ميت لحي تعويضا للعضو التالف إذا كان لا يلحق ضررا بالمتبرّع...⁽²⁾.

* الذرائع :

- لغة : جمع ذريعة وتُرد بمعنيين :

الأول : الوسيلة إلى الشيء⁽³⁾، والثاني : السبب المؤدي إليه.

يقال : جعلت فلانا سببا إلى فلان في حاجتي، أي : هو لي في حاجتي وصلة، وذريعة⁽⁴⁾.

- اصطلاحا : « ما يكون طريقا لمحرّم أو لمحلّ، فإنّه يأخذ حكمه »⁽⁵⁾.

فما كان طريقا إلى مصلحة أخذ حكمها، فإن أفضى إلى مفسدة أخذ حكمها أيضا.

يقول القرافي: « وموارد الأحكام على قسمين: مقاصد، وهي الطرق المفضية للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها كحكم ما أفضت إليه من تحريم، أو تحليل، غير أنّها أخفض رتبة من المقاصد، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطه »⁽⁶⁾.

ويقول أيضا: « الذريعة كما يجب سدّها يجب فتحها، وتكره، وتندب، وتباح »⁽⁷⁾.

(1) انظر: الشاطبي، الاعتصام، (الجزائر: دار شريعة)، (360/2).

(2) انظر: أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، (1407هـ-1987م). (89...). قرار مجمع الفقه الإسلامي، الصادر عن مؤتمر المجمع في دورته الرابعة والمدوّنة مجلّة: مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة: العدد الرابع (1408هـ-1988م)، (507).

(3) الفيومي، المصباح المنير، (282).

(4) ابن منظور، لسان العرب، (1910/3)، مادة: سبب.

(5) أبو زهرة، أصول الفقه، (272).. وانظر لمزيد بيان في تعريفها: حسن أحمد مرعي "سد الذرائع وفتحها" مجلة الأمن والقانون، دبي: كلبّة شروطة، دبي، العدد الثاني، (السنة الخامسة، ربيع الأول 1418هـ-1997م). (16...).

(6) شرح تنقيح الفصول، (449).

(7) المصدر نفسه بنفس الموضع. الفروق، (33/2). الفرق: 58.

* يستنتج مما تقدّم أن التشريع الإسلامي قد وجّه عنايته بالوسائل المؤدية إلى المفساد فمنعها، وإلى الوسائل المفضية إلى المصالح فرغب فيها وأباحها. والمتتبع لفروعها - الشريعة - يجد أحكاماً كثيرة تقوم على إعطاء الوسائل حكم ما من شأنه أن يوجد بعدها من صلاح، وهذا عين ما اصطلاح عليه بفتح الذرائع. ومن أمثلتها :

- جواز إعطاء مال على سبيل الرشوة دفعا للظلم، وتحصيلاً للحقّ إذ تعيّن سييلاً، وفي حدود الضرورة.

- جواز دفع المال للكفار فداء لأسرى المسلمين رغم أن دفع هذا المال تقوية لجانب الكفر.

- جواز دفع المال لدولة محاربة، منعا لأذاها، إذا كان بالمسلمين ضعفاً⁽¹⁾.

الخلاصة :

أن الإباحة الطارئة متعدّدة المصادر، متشعبة الموارد، لو جمعت لأعطت صورة متكاملة لتحصيل مصالح هامة، وقد اتضح من خلال أسلوب عرضها، أنها متداخلة، وأن بعضها قد يترتب على بعض بناء على صلة المصادر، وتداخلها فما قد ينبني على الاستحسان، قد ينظر فيه جانب العرف، وما قد ينبني على مصلحة مرسلّة قد ينظر إليها من زاوية اعتبار الوسيلة المؤدية إلى المقصد، وفي ذلك قد نلمس جانب رفع الحرج ودفع المشقة ترخيصاً... وهكذا.

لذلك لاحظنا المثال محل الاستدلال قد يرد استثناء بناء على استحسان، أو مصلحة مرسلّة، أو فتح ذريعة بحسب زاوية النظر، ولكنها جميع ترجع إلى ممارسة أفعال مباحة، فتكون بذلك عين ما اصطلاحنا عليه بالإباحة الطارئة.

2 - أنواع أسباب الإباحة بحسب متعلقاتها :

اهتم الأصوليون بتقسيم الفعل المباح، وقد اتضح منهجهم من خلال ثلاثة منهم: الغزالي⁽¹⁾، الشاطبي، والقرافي، والعلمان الأولان لا يظهر أثر تقسيمها بالنسبة لما نحن بصدد⁽²⁾، أمّا القرافي فقد

(1) أبو زهرة، أصول الفقه، (274).

(2) ولكن ذلك لا يمنع من تسليط بعض الضوء على نظرتهم.

أ - فقسم الغزالي الإباحة بحسب ذاتها، من حيث ما يُشعر بها ويدلّ إلى ثلاثة أقسام: ما بقي على أصله من غير ورود نص صريح ولا دليل من أدلة السمع، فيبقى على الإباحة الأصلية، ما صرح فيه الشارع بالتخيير بين الفعل والشرك، ما لم يرد فيه خطاب بالتخيير ولكن دلّ الدليل السماعي على نفي الحرج عن فعله، أو تركه. انظر: المستصفى، (75/1).

ب - ونظر الشاطبي إلى الإباحة من زاويتين :

الأولى: ما كان فيه الفعل المباح ذريعة إلى مطلوب الفعل والترك وهو بهذا الاعتبار على ثلاثة أقسام: مباح مطلوب الترك، كونه ذريعة إلى منهى عنه، مباح مطلوب الفعل، كونه ذريعة إلى مأمور به، مباح مطلق، كونه ليس ذريعة إلى شيء.

الثانية: نظر إلى الفعل المباح باعتار الجزئية والكلية وهو بذلك أربعة أقسام: مباح بالجزء، مطلوب بالكل على جهة الوحوب، مباح بالجزء، مطلوب بالكل على جهة النذب، مباح بالجزء مكروه بالكل، مباح بالجزء محرّم بالكل. انظر: الشاطبي، الموافقات، (206...).

جاء تقسيمه مجليا لبعض نواحي الإباحة من الوجهة الجنائية لذلك فسوف نأتي إلى تحليله.

* **تقسيم القرافي** : نظر القرافي إلى الفعل المباح من جهة إطلاقه، أو بالنسبة لإباحته بناء على وجود سبب، فقال أن الإباحة بذلك على نوعين:

أ - إباحة مطلقة: حيث لا يكون على المكلف حرج بالإقدام على الفعل مطلقا.

ب - إباحة نسبية: حيث تثبت لسبب معين، فلا يكون على المكلف حرج إن أقدم على الفعل من جهة ذلك السبب، ولكن يكون عليه حرج إن أقدم عليه بسبب آخر، ذلك أن هذا القسم يجتمع فيه التحريم مع الإباحة.

بيان ذلك: أن الشيء قد يكون له عدة أسباب تقتضي التحريم، وقد ترتفع بعض هذه الأسباب، ومع ذلك يبقى الفعل محرما، فلا يجوز للمكلف إثباته على اعتبار أن هناك سببا آخر أو أسباب أخرى لازالت تقتضي التحريم، مثال ذلك: أن يزني الشخص وهو محصن، ويرتد عن الإسلام، ويقتل النفس المعصومة، فإن دمه يباح لكل واحد من هذه الأسباب فإن عفا ولي الدم عن القصاص، ذهبت إباحة الدم الناتجة عن القتل، وثبتت الإباحة الناشئة عن بقية الأسباب.

وقد يتعلّق التحريم بسبب واحد، ويزول هذا السبب، فتتحقق الإباحة باعتبار هذا السبب، ولكن قد يخلف السبب سبب آخر فيبقى التحريم باعتبار السبب الذي تجدد، مثال ذلك تحريم البائنة بيونة كبرى مصداقا لقوله جل وعلا: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ (البقرة 228).

فالمرأة البائنة من زوجها الأول إذا تزوجت من آخر زواجا صحيحا، صارت مباحة للأول من جهة البيونة الكبرى، ولكنها تظل محرمة عليه لسبب آخر هو كونها زوجة للثاني⁽¹⁾.

ونسنتج مما تقدم بعض الأمور:

1 - تحدث الأصوليون عن مطلق الإباحة سواء كانت أصلية أو طارئة حيث لم يفرقوا بينهما، وذلك بالنظر إلى الحكم الذي يجمعهما وهو عدم ترتب الثواب أو العقاب.

2 - إن القسم الأول الذي أورده القرافي ينطبق عليه ما يسمّى بالإباحة الأصلية، فيما يقابل الإباحة الطارئة التي تدرج تحت مطلق الإباحة، ولا فرق بينهما إلا أن تكون الأخيرة قد سبقت بحكم يخالفها.

3 - إن القسم الثاني الذي أورده القرافي يتعلّق بالإباحة الطارئة تؤكده الأمثلة التي ساقها.

(1) القرافي، الفروق، (131/3-132)، الفرق: 151.

ثانياً: نظرة الفقهاء.

إنَّ الفقهاء وفق ما شاع عندهم من استعمال الإباحة بمدلولها اللغوي المتعلق بالإذن والإطلاق، يقسمونها باعتبارين مختلفين :

1 - بحسب منشأ الإذن، أي مصدره.

2 - بحسب متعلقها.

1 - تقسيم الإباحة بحسب منشأ الإذن أي مصدره :

فهي بهذا الاعتبار على نوعين :

أ - إباحة مصدرها الشارع مباشرة أخذاً من النصوص، أو باستتباط المجتهدين، وهي بدورها قسمان :

• إباحة عامة يشترك فيها الناس جميعاً، كقوله ﷺ: «: المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار» (1).

• إباحة خاصة بفرد، أو أفراد، بحسب وجود سببها، كالدفاع أمام المحاكم، فقد أبيح لمن ظلم أن يجهر بكلمة السوء استثناء من الأصل العام الذي يمنع ذلك.

قال جلّ وعلا: ﴿ لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ ﴾ (النساء 147).

والنشاط الطبّي: فقد أبيح للطبيب الإطلاع على العورات، وإجراء الجراحات اعتباراً بالمنافع التي يحققها.

ب - إباحة مصدرها الأفراد بعضهم لبعض، وهي قسمان أيضاً : عامة، وخاصة.

• فالإباحة العامة : تتناول سبل الخيرات كإقامة الجبانات، والمضاييف العامة لعابري السبيل.

• الإباحة الخاصة : كأن تأذن لبعض الناس دخول دارك، أو ركوب سيارتك (2).

ومما تقدم يتضح أن مجال دراستنا مقتصر على الإباحة الخاصة دون العامة. وهي في

جوهرها لا تخرج عن استعمال حق معتبر.

(1) أخرجه: ابن ماجه، كتاب: الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاث، (2/826)، عن ابن عباس.

(2) انظر: محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (104...). المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، موسوعة الفقه الإسلامي (مصر: وزارة الأوقاف، 1410هـ-1990م)، (162).

2 - تقسم الإباحة بحسب متعلقاتها :

وهي بهذا الاعتبار إما إباحة استهلاك، أو إباحة استعمال.

أ - إباحة الاستهلاك : وهي نوعان : إما عامة، أو خاصة .

- فالإباحة العامة : كحل الإصطياد لغير المحرم، مصداقا لقوله **وَعَلَى** : ﴿ أَهْلَ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلْغِيَارَةِ، وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرَمًا، وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَوْنَ ﴾ (المائدة 98).

- والإباحة الخاصة : كأن يأذن الأفراد لبعضهم البعض بتناول الطعام، والشراب.

ب - إباحة الاستعمال : وهي أيضا عامة، وخاصة.

- فإباحة الاستعمال العامة : تتناول المنافع، كالطرق العامة بالنسبة لحق المرور.

- إباحة الاستعمال الخاصة : كالإذن للطبيب بالعلاج، أو توكيل محامي الدفاع عنه...⁽¹⁾

ويتضح لنا من خلال ما سقناه أن مجال دراستنا هو إباحة الاستعمال، والخاصة دون العامة، وهي عين ما اصطللنا عليه باستعمال الحق.

ثالثا - أنواع أسباب الإباحة بحسب أسلوب تقريرها.

نعني بهذا التقسيم، بيان ما يدل على هذه الأسباب، وتستفاد هي منه⁽²⁾، بحيث تحدّد لنا منهجا خاصا يمكن أن تستقى منه بكل وضوح، وهذه المسألة، وإن كانت جديدة الطرح بالنسبة لأسباب الإباحة كقواعد مجتمعة، لكنّها مستفادة بتتبّع حالات ورودها، في ثانيا كتب الفقه، وكذا من خلال المنهج العام للمشروع في التجريم، فانطلاقا من هاتين الفكرتين يمكن أن نخلص إلى طريقة عامة تكون نموذجا لمنهجنا الإسلامي.

إننا لن نقرّر جديدا إذا قلنا أن شريعتنا تميّزت كمنهج خاص، وفي هذه المسألة بالذات، حيث حدّدت مجال الإباحة، فقد أجمع فقهاؤنا أن جرائم الحدود، والقصاص، والدية لا مجال للاجتهاد فيها، فهي محدّدة من قبل الشارع، ولا يدخلها الإستثناء بحال لذلك فلا مجال لورود الإباحة عليها، أمّا جرائم التعازير فتتجلى من خلالها مرونة شريعتنا، وقابليتها لمسايرة ظروف الناس وأحوالهم المتجدّدة، حيث أن الشارع لم يحدّد هذه الجرائم، بل جعل لولاة الأمور -من خلال الهيئات التي ينصّبونها خاصة

(1) محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (107).

(2) المرجع نفسه، (05).

القضاء- مجالا لتحديد هذه الجرائم، وما يلائمها من عقوبات، ينظر فيها تبعا لما يحقق مصالح الناس، ذلك أن مجال التعازير يتناول أحكاما ظنية، لم يرد فيها إجماع، ثم هي قابلة للتبدل والتغير، تخضع لظروف البيئات والأمكنة، والأزمنة، والأعراف مما يجعل أحكامها قابلة للتغير تجريما وإباحة، وبمقتضى السياسة الشرعية⁽¹⁾، مسابقة لما يلائم أوضاع الناس فيما يحقق مصالحهم ويدفع عنهم الفساد⁽²⁾.

إننا لسنا نقول بدعا من الكلام، فإن الفقهاء يسوقون عند الحديث عن سلطة ولي الأمر في التشريع أمثلة كثيرة في مجال التحريم، ويدللون على ذلك، بسياسة عمر بن الخطاب خاصة، وغيره من الصحابة⁽³⁾.

هذا إن كان في مجال التجريم، وهو أخطر وأصعب، فإنه في مجال الإباحة أبسط وأهون، لأن روح الشريعة، وقواعدها العامة، تدعو إلى ما نقول، والأمثلة التي سنسوقها كتطبيقات لاستعمال الحق، تؤكد أن ما يباح من أفعال هو في ظاهره جرائم، إنما يتجلى فيها بوضوح دفع الضرر العام، كنشاط الطبيب، ونقد النائب في البرلمان، ودفع الصائل... وغيرها.

إن هذا المجال بقدر ما هو ضروري، فإنه خطير أيضا لأنه يشمل جوانب حياة الناس العملية على اتساعها.

يقول الدكتور : أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح « وهو يدخل -يقصد التعزيز للمصلحة العامة- تحت سلطان المشرع البشري سواء من ناحية تحريمه، أو من ناحية إباحته، ما دام يقصد بذلك المصالح العام »⁽⁴⁾.

(1) السياسة الشرعية هي: الفعل شيء، من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بهذا الفعل دليل حزبي.

ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، (بيروت: دار الكتب العلمية)، (13) وانظر أكثر تفصيلا: ناصر الخليلي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزيز في الفقه الإسلامي، ط1، (القاهرة: مطبعة المدني، 1416هـ-1992م)، (204...).

(2) انظر حول سلطة ولي الأمر في هذا المجال: القرابي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة (سوريا: مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1387هـ-1997م)، (227...). مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، (1/635).

(3) أجرى عمر بن الخطاب الطلاق الثلاث في كلمة واحدة، وحرّق حانون الحمار، وحرّق أبو بكر اللوطي، وجمع عثمان الناس على مصحف واحد وحرّق ما عداه...

انظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، (15...). محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (348...). ناصر الخليلي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزيز في الفقه الإسلامي، (209...).

(4) النظام العقابي الإسلامي، (482).

قد يرد على ما نقول اعتراض، وهو أن هذه المرونة المتمثلة في منح سلطه تقديرية لبعض الجهات قد تؤدي إلى الفوضى، وعدم استقرار الأحكام، وذلك أن ضبط هذه الأحكام الظنية إذا أسند لولاة

الأمر فليسوا أهلاً لذلك في هذا الزمان لأنهم فقدوا مواصفات الاجتهاد التي كان يتطلبها فقهاؤنا قديماً، وإن وكل الأمر إلى القضاة، فهي مهمة مستعصية عليهم أيضاً، لأنهم، وإن كانوا من أهل الاختصاص، إلا أنك تجد القاضي يتولى النظر خلال جلسة واحدة في عشرات القضايا، ثم هو عرضة لتغيير عمله من فرع قانوني إلى آخر مما يجعل ضبطه ووقوفه على مظان الأحكام أمراً محتملاً.

نقول جواباً عن هذا الاعتراض: أن هذه المهمة تدخل في باب السياسة الشرعية، والمنوطة بولاة الأمور، فهم مكلفون بتشكيل هيئة من أهل الاختصاص ممن لهم باع في الشريعة، والقانون⁽¹⁾ يتولون ضبط الأحكام، وتنظيمها تجريماً، وإباحة وفق الصالح العام، وضمن شروط وضعها فقهاؤنا عموماً للعمل بالمصلحة المرسله وهي :

• ملاءمتها لمقاصد الشارع عموماً، بأن لا تصادم أصلاً من أصوله كالنصوص القطعية، الإجماع، القواعد العامة، بل تجرى على جنس ما اعتبره الشارع.

• أن تكون معقولة المعنى.

• أن يكون الأخذ بها رفعا للحرَج، ودفعاً للمضرة، وتحقيقاً للصالح⁽²⁾.

فإذا اتضح لنا جلياً ما تقدّم يمكن أن نبين أن المنتبّع للمنهج العام لتقرير الإباحة في الشريعة الإسلامية، والمطلّع على ثنايا ثروتنا الفقهية يستطيع أن يلمس حالات للإباحة من الوجهة الجنائية، مضبوطة، ومحددة يمكن جمع شتاتها في نظام قانوني يعتمد أسلوب الحصر العددي لهذه الأسباب المتفق عليها⁽³⁾، مع الأخذ بالمعيار المرن، والذي يخول سلطه الإباحة -كلما استدعي الأمر إصدار تشريع جديد- إلى الجهة التي تتولى هذه المهمة وفق ما حدّدناه سابقاً، وفي هذا ما يجعلنا نؤكد جازمين أن منهج شريعتنا الغراء في هذا المجال مزدوج: يجمع بين التحديد لكل ما هو ثابت مستقر، ومرن بالنسبة لكل جديد، غير أن الذي يعوزنا -على الرغم من غزارة وعمق فقّهنا- إنما هو التنظيم، والتفصيل، والتبويب!

فلماذا لا نسعى إلى ذلك؟ إن غياب مثل هذا الجهد جعل أستاذنا: محمد سلام مذكور، يؤكد امتناع هذا الحصر فيقول: «... فإن الشريعة ليس فيها حصر لأسباب الإباحة، أكثر من أن ما لم ينص على الإباحة فيه، فهو مرتبط بالموازنة بين المصلحة، والمفسدة، مما هو موكل إلى النظر الفقهي

(1) المصدر السابق، (473-474).

(2) انظر: الشاطي، الاعتصام، (364/2).

(3) حاولنا السير على نهج من سبقونا التمثيل، ببعض حالات الإباحة. انظر: الفصل التطبيقي من هذه الرسالة.

المعتبر عند الشارع، وإذا كنا قد ذكرنا طائفة من الأسباب أكثرها على مقتضى النظر الفقهي فإننا قد أشرنا إلى أن الأسباب لا تنحصر فيما ذكرنا، بل إن من تتبّع فروع الفقه، وتعليقاته فإنه جدير أن يقع على كثير من الأسباب، وهي راجعة إلى قاعدة الموازنة المعتبرة بين مصالح الناس ومفاسدهم⁽¹⁾. أقول أن أستاذنا الفاضل إن قصد امتناع حصر أسباب الإباحة بالنسبة للإجتihad الفقهي بحثاً، وتصنيفاً لحد الآن فنعم، أما إمكانية الحصر على مستوى التقنين، والتتظير، فليس من الصعّب، ولا من العيب أن نحدّد هذه الحالات في نصوص منضبطة، تكون مرجعاً عملياً للقضاة، مع فتح المجال على كل جديد من خلال تشكيل هيئة من المتخصصين، للاجتihad فيما يلائم مصالح الناس دفعاً للفساد، وفي ذلك تأكيد على سعة الشريعة لمواجهة كلّ تغيير في دنيا الناس، ممّا يمنع وجود فجوات قانونية تعاني منها كثير من التشريعات الوضعية.

الفرع الثاني : أنواع أسباب الإباحة في القانون.

يمكن لنا أن نلمس طريقتين بارزتين في تقسيم أسباب الإباحة :

أولاهما تظهر، انطلاقاً من الأسلوب الذي جرت أكثر القوانين في تقريرها على نمطه مرونة، أو حصراً، وعلى وفق هذا المعيار يمكن لنا أن نلمس التقسيم الثاني الذي ينطلق من حيث ينتهي الأول -التحديد- بحيث يتناول أسباب الإباحة وفق عناصرها الموضوعية، أو الشخصية. يتبين ذلك من خلال العنصرين التاليين :

- أولاً : أقسام الإباحة بالنظر إلى أسلوب تقريرها.
- ثانياً : أقسام الإباحة بالنظر إلى عناصرها.

أولاً : أقسام الإباحة بالنظر إلى أسلوب تقريرها.

تتبع التشريعات أحد أسلوبين في تقرير الإباحة :

- الأسلوب الأول : مرن، يمنح القاضي من خلاله، ووفقاً لقواعد عامة يسترشد بها، سلطة تقديرية واسعة لتكييف الفعل حسب ما ينطوي عليه من خطورة اجتماعية، فإن تحققت كان له تجريمه، وإن كانت تافهة حكم بإباحة الفعل.

(1) محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (447).

والملاحظ أن هذه الطريقة سارت عليها قلة نادرة من القوانين⁽¹⁾، نظرا للانعكاسات السلبية لهذا الأسلوب، إذ فضلا عن أن إعطاء القاضي سلطة تقديرية بهذا الشكل، قد يؤدي إلى تدخل القضاء في سياسة التجريم، فإن الفعل التآفة أو قليل الأهمية إذا تجرد عن الخطورة الاجتماعية لا يعني أن يوصف بالإباحة، ذلك أنه قد يترتب على الفاعل مسؤولية مدنية كالتعويض عن الأضرار الناتجة، مما يدفعنا إلى القول بأن مثل هذا السلوك يخضع لقاعدة أخرى هي المنع - الإعفاء - من العقاب⁽²⁾.

- الأسلوب الثاني: يعتمد طريقة الحصر في نصوص تشريعية خاصة، بشروط محددة، ويعتبر معيارا عمليا يمايز بين قواعد التجريم، وقواعد الإباحة، ويقيد سلطة القاضي فيلزمه بعدم الخروج على ما هو منصوص عليه، وعلى هذا النسق سارت أغلب التشريعات، ومنها قانون العقوبات الجزائري الذي نصّ على هذه الأسباب في المادتين (39-40) منه⁽³⁾.

ويؤخذ على هذا النظام أنه يسمح بوجود فجوات قانونية نظرا لعدم إمكان حصر ما يتجدد في حياة الناس من سلوكات تحتاج إلى ضبط قانوني تجريما، أو إباحة⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة أن الأستاذ: عثمان سعيد عثمان يرى أن النظام الأنجلو سكسوني⁽⁵⁾، له نمط خاص، جعله قسيما ثالثا للقسمين الأولين - المرن، والحصر العددي - نظرا لأن هذا النظام لا يقوم بجمع شتات الجرائم، والعقوبات في قانون موحد على ما هو معمول به في غالبية الدول، ولكنه يعتمد

(1) على سبيل المثال: قانون العقوبات الروسي في مادته: (02/27)، حيث نصّت على: « لا جريمة تترتب على الفعل، أو على عدم الفعل، إذا كانت عناصره لا تمثل أية خطورة اجتماعية، وبسبب تفاهة قيمتها». نقلا عن خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (102).

(2) انظر: عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب الإباحة (القاهرة، 1968م)، (321-322)، فتحي سرور، شرح قانون العقوبات القسم العلم، ط4، (بيروت: دار النهضة العربية، 1985م)، (207/1).

وانظر في بيان الفرق بين أسباب الإباحة وموانع العقاب ص(54) من الرسالة.

(3) فالمادة: (39) تنصّ على: « لا جريمة: إذ كان الفعل قد أمرا وأذن به القانون - إذ كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحائلة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص، أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء».

وتنص المادة: (40) على: « بدخل ضمن حالات الضرورة الحائلة للدفاع المشروع. القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حيطة الشخص، أو سلامة جسمه، أو لمنع تسليق الجواجز أو الحيطان، أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة، أو توابعها، أو كسر شئ منها أثناء الليل. الفعل الذي يرتكب الدفاع عن النفس، أو عن الغير، ضد مرتكبي السرقات، أو النهب بالقوة».

(4) انظر: عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، (322). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (105).

(5) الأنجلو سكسون: « إسم يطلق على القبائل الجرمانية، التي استقرت في إنجلترا في القرنين: الخامس، والسادس للميلاد، والتي بسطت سيطرتها عليها حتى الفتح النورماندي عام 1066، وبعد الفتح النورماندي أطلق المؤرخون في إنجلترا هذا الإسم على الشعب الإنجليزي» انظر: منير البعلبكي، موسوعة المورد، ط1 (بيروت: دار العلم للملايين، 1980م)، (112/1-113).

نظام السوابق القضائية، فيعمل على إنشاء جرائم، وعقوبات لكل موضوع على حدة، ويلحق بكل قانون حالات الإباحة التي ترد عليه⁽¹⁾.

ولكنني أقول أن المنتبّع لكلام أستاذنا، يجده يصرّح هو بنفسه أن النظام الأنجلو سكسوني يسير على أسلوب الحصر. فما معنى أن يضبط لكل موضوع جرائمه ثم يلحق به تبريراته، أليس ذلك تحديداً؟، كل ما في الأمر أن مسلكه جاء متميزاً عن خط سير الأغلبية، حيث لم ينشئ مبدأ عاماً، يضبط قواعد الإباحة⁽²⁾.

وعلى ذلك يمكن أن نقول أن الأنظمة القانونية تتبّع أحد سبيلين في تقرير أسباب الإباحة: أسلوب مرن، وآخر حصري، وهذا الأخير يظهر في نمطين: الأول انتهجته أغلب القوانين والآخر اعتمدته الأنظمة الأنجلو سكسونية ولكل إيجابياته وسلبياته.

بقي أن نشير في الأخير أن أسلوب حصر أسباب الإباحة على الرغم من كثرة الآخذين به، إلا أنهم اختلفوا في تعداد حالات الإباحة وتصنيفها، وقد اتفقوا على ما يلي :

أنه يندرج ضمن أسباب الإباحة :

• أ : استعمال الحق، ويسمى أيضاً إذن القانون على اعتبار وجود التخيير بين الفعل والترك.

• ب : أداء الواجب، ويسمى ممارسة السلطة أو أمر القانون .

• ج : الدفاع الشرعي.

ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في أمور :

* هل يعتبر الدفاع الشرعي قسماً مستقلاً عن استعمال الحق، وأداء الواجب، أو أنه ينتمي لأحدهما⁽³⁾.

* حالة الضرورة « هي حالة من لا يستطيع أن يدفع عن نفسه، أو عن غيره شراً محدقاً به أو بغيره إلا بارتكابه جريمة بحق أشخاص آخرين أبرياء »⁽⁴⁾.

هل هي سبب للإباحة، أم مانع للمسؤولية؟.

(1) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب الإباحة، (323).

(2) معنا في ذات الرأي - مما يؤكد مسلكنا-: خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (109).

(3) انظر في تكيف الدفاع الشرعي، الفصل الثاني من هذه الرسالة ص (163-64).

(4) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (279). رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (180...).

فكل من قانون العقوبات الليبي⁽¹⁾، والمغربي⁽²⁾، يجعلانها خاضعة لأسباب الإباحة، أما المشرع المصري فرغم أنه لا يدرجها ضمن هذه الأسباب إلا أن الرأي الفقهي قد اختلف في تكييفها بين من يرى إدراجها ضمن هذه الأسباب⁽³⁾، لكن الأكثرية على أنها مانع للمسؤولية⁽⁴⁾.
أما في قانون العقوبات الجزائري فقد سبق أن قلنا أن المشرع الجزائري قد حدد حالات الإباحة، وحصرها فيما يأمر، ويأذن به القانون، وكذا حالة الدفاع الشرعي.
« وعليه فلا يجوز القول بأن حالة الضرورة مثلا هي سبب من أسباب الإباحة إذ لا تدخل ضمن نطاق هاتين الحالتين -نقصد أمر القانون وإذنه والدفاع الشرعي- »⁽⁵⁾.
هذا هو الرأي الراجح، لأن حالة الضرورة تشكل مظهرا حقيقيا للضغط على إرادة الفاعل بفعل الظروف الخارجية فينتفي بذلك الركن المعنوي للجريمة.

* رضا المجني عليه بوقوع الجريمة، يجعله سببا للإباحة: كل من قانون العقوبات اللبناني⁽⁶⁾، والسوري⁽⁷⁾، السوداني⁽⁸⁾، والكويتي⁽⁹⁾، وموضوعه يثير جدلا فقهيًا، غير أن المستقر قانونا أنه ليس سببا عاما للإباحة، إذ يختلف تكييفه بحيث يأخذ أكثر من وصف قانوني، وذلك بحسب اعتداد المشرع بهذا الرضا، فقد يكون له أثره بالنسبة لإباحة بعض الجرائم التي يقع الضرر فيها على صاحب الحق وحده، متى كان لا يشكل اعتداء على حقوق أخرى ذات أهمية اجتماعية، مثال ذلك رضا الشخص بأن يؤخذ ماله، كما قد يكون عنصرا، أو شرطا من شروط الإباحة، ويصدق ذلك بالنسبة للعمل الطبي، والنشاط الرياضي⁽¹⁰⁾.

(1) انظر المادة: (72) منه.

(2) انظر: المادة: (82) منه.

(3) هذا اختيار الأستاذين: عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب الإباحة، (319-320). محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط1، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1970م)، (42-43).

(4) انظر: مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (368-369). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (388...).

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (97)، (280).

وانظر خلاف ذلك: رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (187). إذ يعتبر حالة الضرورة سببا للإباحة متأثر في ذلك بالفقه التقليدي الفرنسي، واستناد إلى مفهوم المخالفة من نص المادة: (02/39) التي وردت بها كلمة الضرورة، إذ يقول: « ما من شك أن حالة الضرورة طبقا للتشريع الجزائري تعتبر سببا من أسباب الإباحة، وينبغي على ذلك عدم قيام الجريمة التي ترتكب في حالة الضرورة ».

غير أن الأستاذ يصرح في نفس الموضع أن هناك فروقا جوهرية بين الدفاع الشرعي والضرورة، فكيف يصح أن نلحقها بها؟

(6) المادة: (187).

(7) المادة: (186).

(8) المادة: (51).

(9) المادة: (39).

(10) انظر: رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (189-190). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (241...).

هكذا نصل إلى نتيجة وهي أن الرأجح استبعاد كلاً من حالتَي الضرورة، ورضا المجني عليه كسببين للإباحة، وأن المستقر قانوناً هو الاعتداد بكل من استعمال الحق، وأداء الواجب، والدفاع الشرعي، كما أننا يمكن ردّ هذه الأسباب إلى سببين رئيسيين هما، استعمال الحق، وأداء الواجب، أي ممارسة السلطة ممن يخول له أداء وظيفة عامة، فيدخل ضمن القسم الأول -استعمال الحق-: الدفاع الشرعي، علماً أننا لا ننفي اتصاف الدفاع بميزة الوجوب في الدّفع بالنسبة لبعض صورته، إلا أن الغالب عليه صفة الحق، وذلك لإمكان التنازل عنه، إذ لا يترتب على الخلل به أي عقوبة⁽¹⁾. هذا إذن الذي نرجّحه، وإن كان بعضهم⁽²⁾، يرى ردّ أسباب الإباحة إلى سبب وحيد عام، هو ممارسة الحق.

غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به، وذلك للتباين الواضح بين الوصفين: الحق، والواجب، فالحق يقبل التنازل عنه لارتباط الضرر الواقع بصاحب الحق وحده، أمّا الواجب فإن التنازل عنه يشكل اعتداء على حقوق ذات أهمية اجتماعية منوطة بالصالح العام فلا يمكن التهاون بها⁽³⁾.

ثانياً : أقسام الإباحة بالنظر إلى عناصرها.

إن السبب المبيح باعتباره ينفي الركن الشرعي للجريمة فإنه ذو طبيعة موضوعية، ومع ذلك فهو لا يستبعد الأخذ ببعض الاعتبارات الشخصية فيمن يمارس الفعل، أو يقع عليه⁽⁴⁾. لهذا: فالسبب المبيح بحسب توافر هذه العناصر يمكن أن يقسم باعتبارين :

- الاعتبار الأول : موضوعي، يلاحظ فيه جانب الجريمة التي تباح.
- الاعتبار الثاني : شخصي، يراعى فيه جانب من تشملهم الإباحة.

1 - التقسيم الموضوعي : تتنوع أسباب الإباحة بهذا الاعتبار إلى نوعين :

- النوع الأول: أسباب إباحة عامة: تنتج أثرها بالنسبة لجميع الجرائم، كاستعمال الحق باعتباره نظاماً قانونياً عاماً يشمل حالات عديدة من الإباحة.

(1) انظر: الفصل التطبيقي المطلب الثاني من المبحث الأول، ص(161...) من الرسالة.

(2) علي راشد، مبادئ القانون الجنائي، (430). نقلاً عن خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (90). رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (410).

(3) انظر: عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب الإباحة، (312).

(4) حسب الرأي الرأجح قانوناً. انظر: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة. (27). محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري. (دمشق: مطبعة الداودي 1398هـ - 1978م)، (260). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (83).

- النوع الثاني: أسباب إباحة خاصة: يسري مفعولها على جرائم محدّدة بذاتها كالذّفاع أمام المحاكم بالنسبة للإيذاء اللفظي، والنشاط الطبي بالنسبة للإيذاء الجسدي وهكذا⁽¹⁾.
والملاحظ أنّ هذا التقسيم شكلي، فأسباب الإباحة الخاصة بالتتبع، والإستقرار تجتمع فتشكّل سبب الإباحة العام، ألا وهو استعمال الحق.

2 - التقسيم الشخصي: أمّا بهذا الاعتبار فتتنوع أسباب الإباحة إلى نوعين أيضا :

- النوع الأول : أسباب إباحة مطلقة : وهي التي يستفيد منها، ويسري أثرها بالنسبة لكل شخص مهما كانت صفته، فاعلا أصليا، أم شريكا مثالها الذّفاع الشرعي.
- النوع الثاني : أسباب إباحة نسبية : وهي التي تفترض توافر صفة معيّنة يشترطها القانون، مثالها ممارسة الطب، فإن الترخيص بمزاولة هذه المهنة، لا يمنح إلا لمن حصل على شهادة الطب، وتوافرت فيه شروط محدّدة يضبطها المشرع⁽²⁾.

كما نؤكد مرّة أخرى أنّ هذا التقسيم في عمومته شكلي، الغرض منه تسليط الضوء على بعض الجوانب التي تلمس في أسباب الإباحة، ذلك أنّ الأوصاف التي ذكرناها يمكن أن تتداخل فتجتمع في سبب واحد الصفة الموضوعية، والشخصية، فالموظف الذي ينفذ أمر رئيسه، يتصف عمله بالعموم، والنسبة في وقت واحد، فهو عام من حيث أنه يبيح أية جريمة، وهو نسبي حيث لا يستفيد منه إلا من كان يمارس وظيفة عامة والمدافع ضد أي اعتداء قد يوصف عمله بالإطلاق، والخصوصية في الوقت نفسه، وذلك من حيث أنه يمكن أن يستفيد منه أي شخص فيكون مطلقا، ولكنه لا يبيح أي جريمة فبحسب الاعتداء يكون الذّفاع قتلا أو جرحا⁽³⁾...

النتيجة :

هكذا بعد أن استعرضنا نظرة كلّ من الشريعة، والقانون في تقسيم أسباب الإباحة، فقد لمسنا تقاربا كبيرا بين النظامين، فليس هناك أي تنافر، لكن مع ذلك يمكن أن تحدّد جملة نتائج تبرز أوجه الشبه والاختلاف بين النظامين.

(1) انظر: محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (151). فتحي سرور، شرح قانون العقوبات القسم العام، (202/1-203).
مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام. (188).

(2) انظر: فتحي سرور، شرح قانون العقوبات القسم العام، (204/1). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، ط1، (القلاهرة: عالم الكتب، 1983م)، (37). محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الصوليين والفقهاء، (448). مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (188).

(3) انظر: خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (95). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (151).

1 - على الرغم من غزارة وعمق فقهما تصنيفا، فإن فقهاءنا كانوا أكثر اهتماما بالمسائل العملية أكثر مما اهتموا بالتطهير، والتعديد، والتقسيم، فقد لمسنا في موضوع بحثنا نظرة الإمام القرافي التي قاربت، وجهة القانونيين في بعض الجوانب منها:

(أ) - تقسيمه الإباحة إلى أصلية وطارئة،

(ب) - إن نظرية الإباحة الطارئة تجلّى فيها جانب مهمّ في تقسيم الإباحة من حيث نسبيتها، وهذا ما يوافق أحد شقّي تقسيم أسباب الإباحة عند القانونيين من الوجهة الشخصية،

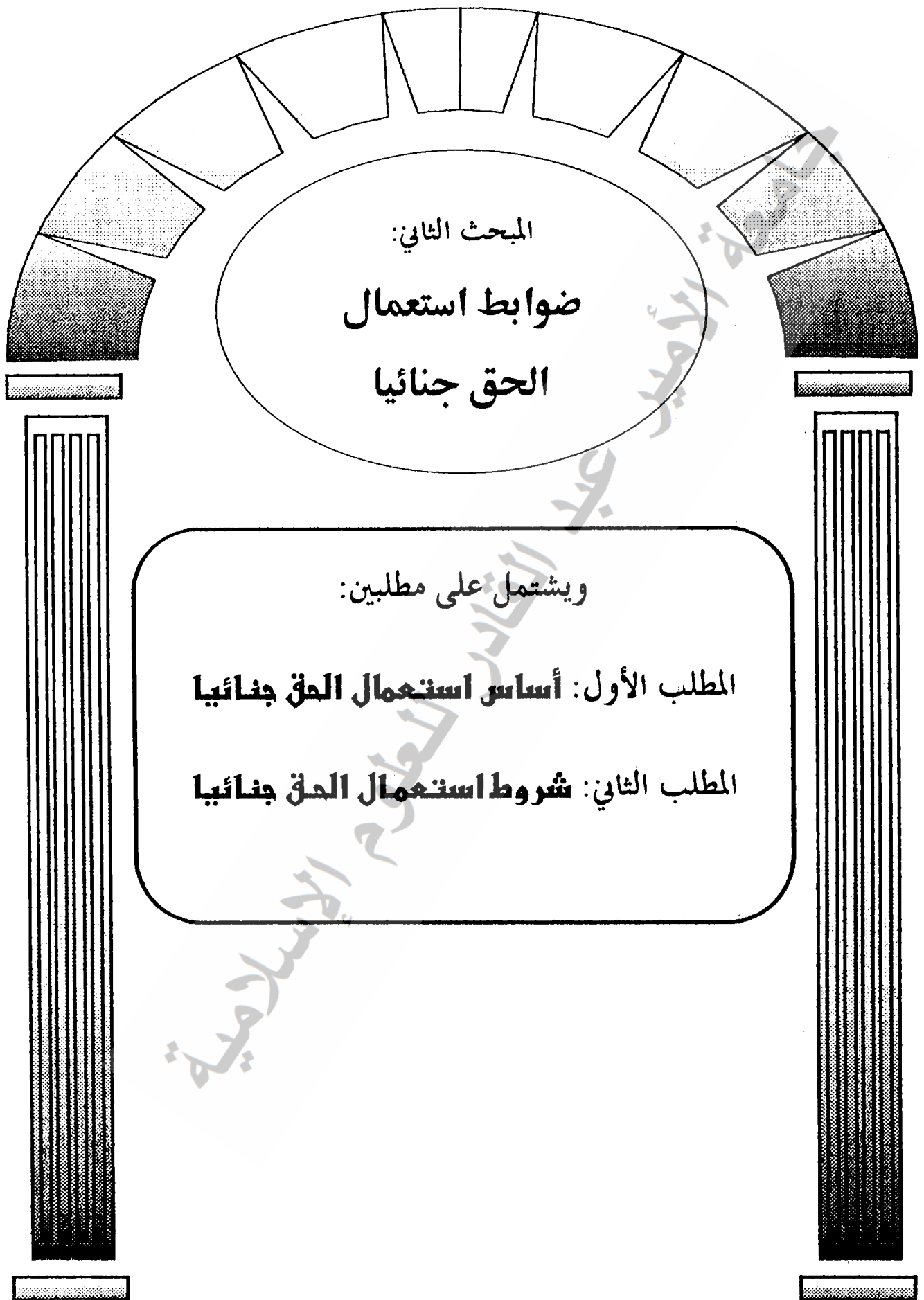
(ج) - إن المتنّع لبقية أقسام الإباحة من حيث عناصرها فإنه لن يلمس أيّ اختلاف بين النظامين، وذلك أننا قلنا أن تقسيم الإباحة من حيث عناصرها، أو أثرها هو تقسيم شكليّ مستنتج من تتبّع تطبيقات الأفعال المباحة، والنتيجة التي وصل إليها القانونيون لا تتعارض البتّة مع نظرة أهل الشريعة للأفعال المباحة، والجانب التطبيقي من هذا البحث يؤكّد هذه النتيجة.

2 - أما بالنسبة لأقسام الإباحة بالنظر إلى أسلوب تقريرها فقد لاحظنا ذلك التباين الواضح من خلال تعدد آراء القانونيين بخلاف ما توصلنا إليه في منهج أهل الشريعة الذي امتزج بين المرونة، والشدّة.

لذلك لن نكون مبالغين إذا قلنا أن أسلوب الشريعة أولى، وأفضل، فطريقة الحصر لا تفي بالجديد في حياة الناس، كما أن الأسلوب المرن، لا يمنع من خروج القضاة عن مقتضى العدالة بما يملكون من سلطة واسعة في التقدير.

وعلى هذا فالأسلوب الأمثل، هو الذي يحقّق الموازنة بين المنهجين: الحصري والمرن، وذلك يربط التحديد النصّي لحالات الإباحة المستقرّة بنظام قانوني توجيهي، أو قواعد عامّة إرشادية تمنح للجهة التي تتولّى التشريع -قضاة، أو غيرهم-، الإجتهد في كلّ ما يمكن أن يخضع لحالات الإباحة ممّا يستجدّ في دنيا الناس، وفي ذلك ما يسمح بتفادي وجود فجوات قانونية، وهذا عين ما توصلت إليه الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

(1) انظر: خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (114).



المبحث الثاني:
ضوابط استعمال
الحق جنائيا

- ويشتمل على مطلبين:
- المطلب الأول: أساس استعمال الحق جنائيا
 - المطلب الثاني: شروط استعمال الحق جنائيا

الخلاصة :

يكتسي هذا المبحث أهمية كبرى، ذلك أنه يحدد لنا القواعد التي تحكم الإباحة استعمالاً لحق، مما يسمح باستنتاج كل حالة تنطبق عليها القاعدة التي ضبطها الشارع، وفي ذلك ما يمكن من إيجاد حكم كل جديد في الممارسة، ما دامت حياة الناس في تطور دائم. وعلى ذلك فسوف نحلل هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تحديد الأساس الذي لأجله يخرج الفعل عن التجريم فيوصف بالإباحة .
المطلب الثاني: الشروط التي ينبغي مراعاتها على وجه العموم، على أن نرجئ بيان شروط كل حق على حدة في حينه عند تناول الفصل التطبيقي .

المطلب الأول : أساس استعمال الحق جنائيا

يقصد بالأساس: تحديد الدوافع التي تجعل المشرع يعدل عن تطبيق نصوص التجريم بإباحة بعض الأفعال، ويعبر بعضهم عن هذه الدوافع بالعلة⁽¹⁾، والأجدر الاستغناء عن هذا المصطلح، كون العلة كما يعرفها الأصوليون: «هي الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم»⁽²⁾، وما نحن بصدد لا ينطبق عليه هذا الوصف، فهو إن كان وصفا ظاهرا، فهو غير منضبط لاختلاف الأنظار في تحديده من جهة، واختلافه من فعل مباح لآخر من جهة أخرى.

تؤكد لنا هذه النتيجة أن الأستاذ: عثمان سعيد عثمان يقرر الاختلاف الوارد في تحديد دوافع إباحة الحقوق حيث يقول: «ويلاحظ أن الآراء لم تتفق حتى الآن حول علة تقرير الحق، فمنذ القدم ذهبت فيها مذاهب شتى، ولعل السبب في ذلك هو أن تقرير الحقوق يتصل بمسائل أساسية أخرى ثار حولها خلاف عميق، كالغاية التي يستهدفها القانون، ووظيفة الدولة، والعلاقة بين الحكام والمحكومين...»⁽³⁾.

فأي علة هذه مادام الاختلاف فيها قائما؟، ثم أنه إذا أتى إلى بيان هذه العلة يعرفها بالحكمة فيقول: «نقصد بعلة تقرير الحق، تلك الحكمة التي تكمن وراء اعتراف المشرع أو النظام القانوني بممارسة حق معين، سواء كان ذلك صراحة بناء على نص أو ضمنا اتباعا للعرف»⁽⁴⁾.
أما أهل الشريعة فهم يفرقون بين الحكمة⁽⁵⁾ والعلة، وذلك أولى وأجدر للاختلاف القائم بينهما، من هنا فإننا نفضل استعمال مصطلح الأساس⁽⁶⁾، توفيقا بين الاتجاهين سيما أن كثيرا من الشراح قد استقروا على استعماله.

(1) وهو النهج الذي سار عليه بعض القانونيين خاصة كل من: محمود نجيب حسني في كتابه: أسباب الإباحة، وشرح قانون العقوبات العام، وعثمان سعيد عثمان في كتابه: استعمال الحق كسب للإباحة.

(2) أبو زهرة، أصول الفقه، (221).

وانظر حول آراء الأصوليين في تعريفها: محمد مصطفى شلي، تحليل الأحكام (بيروت: دار النهضة، 1401هـ - 1981م) (112...).

(3) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، (90).

(4) عثمان سعيد عثمان، المصدر نفسه، (89).

(5) الحكمة عند الأصوليين تطلق بمعنيين:

— المصلحة المقصودة لشرع الحكم.

— الوصف الضابط لها إذا كان خفيا، وهذا مجازا لأنه ضابط الحكمة، لا نفس الحكمة، من باب تسمية الدليل باسم المدلول.

عبد الله ربيع وسيد عبد العزيز، من تحقيقهما لكتاب: تشنيف المسامح بجمع الجوامع لبدر الدين محمد بن هاد بن عبد الله الزركشي، (215/3).

محمد مصطفى الشلي، تحليل الأحكام، (136...). القراني، شرح تنقيح الفصول، (206).

(6) الأساس: كل مبتدأ شيء، أصل البناء، والقاعدة التي يبنى عليها. ابن منظور، لسان العرب، (78/1) مادة: أسس. المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، (54).

الفرع الأول: أساس استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.

إنه مما لا يختلف فيه اثنان أن الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية المصالح، إما جلباً للنفع أو دفعاً للفساد، وذلك مستنتج من روحها، واستقراء نصوصها.

يقول الغزالي: «فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة، وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح، ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضلّ وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم، وقضاء بإيجاب القصاص، إذ به حفظ النفوس، وإيجاب حدّ الشرب، إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف، وإيجاب حدّ الزنا، إذ به حفظ النسل والأنساب، وإيجاب زجر الغصّاب والسراق، إذ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الخلق، وهم مضطرون إليها، وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة، والزجر عنها يستحيل أن لا تشمل عليه ملة من الممل، وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق، ولذلك لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر، والقتل، والزنا، والسرقه، وشرب المسكر» (1).

يستفاد من هذه الفقرة الطويلة التي سقناها لأهميتها أموراً:

1. أن غاية الشارع من وضع الأحكام تحصيل مقاصد الخلق، وأن هذه المقاصد من حيث أهميتها تأتي على رأسها المصالح الضرورية (2)، التي هي أصل لما سواها، إذ هي قواعد الدين والدنيا.
2. أن ما ساقه من أمثلة هو ما شرعه المولى من أحكام لحماية هذه المقاصد من أي خلل واقع أو متوقع، وأن هذا مهمة النظام العقابي، وفي ذلك مراعاة لها من جانب عدم (3).

(1) المستصفي، (286/1...).

(2) تليها المصالح الحاجية: وهي التي تحتاج إليها الحياة من جهة التوسعة فقط، بحيث لو فقدت لما احتل النظام، ولما وقع جميع الناس في الحرج، فعدم مراعاتها يدخل الحرج على الناس في الجملة، وهي حارية في العبادات والعادات، والمعاملات، والجنائيات...

ثم التحسينية: ومعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المذنبات، وتجمع في مكارم الأخلاق، والعبادات، والمعاملات، والجنائيات. الشاطبي، الموافقات، (21/2). مصطفى شلي، تعليل الأحكام، (283...). وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (1022/2-1023).

(3) أما مراعاتها من جانب الوجود: فيسنّ الأوامر التكليفية الموجبة لها، فحفظ النفس بتشريع العبادات وحمايتها من الأضرار، وحفظ المال بالكسب والتحصيل...

الشاطبي، الموافقات، (18/2-19).

3. أن أساس اعتبار الفعل جريمة، هو الاعتداء على الكليات الخمس التي هي مصالح حقيقية ثابتة لا مجال لإنكارها.

غير أن الملاحظ عند تتبع الأحكام الجزئية، التي شرعت لتحصيل هذه الكليات جلبا أو درءا، نجد أنه قد يحصل التعارض فيما بينها، نظرا لاستحالة وجود المصلحة الخالصة أو المفسدة الخالصة، وهذا قدر متفق عليه بين أهل الشريعة، لذلك كان المعتبر منها، ماهو غالب راجح، فينسب الفعل إلى الجهة الراجحة صلاحا أو فسادا، « فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عرفا، وإذا غلبت الجهة الأخرى، فهي المفسدة المفهومة عرفا » (1).

وعلى ذلك فإن المصالح تتضارب وتختلف باعتبارها نسبية إضافية، يقول الشاطبي: « أن المنافع والمضار عامتها أن تكون إضافية لا حقيقية، ومعنى كونها إضافية، أنها منافع أو مضار في حال دون حال، وبالنسبة لشخص دون شخص، أو وقت دون وقت، فالأكل والشرب مثلا منفعة للإنسان ظاهرة، ولكن عند وجود داعية الأكل، وكون المتناول لذيذا طيبا، لا كريها ولا مرأ، وكونه لا يولد ضرا عاجلا ولا أجلا، وجهة اكتسابه لا يلحقه به ضرر عاجل ولا أجل، ولا يلحق غيره بسببه أيضا ضرر عاجل أو أجل، وهذه الأمور قلما تجتمع، فكثير من المنافع تكون ضرا على قوم لا منافع، أو تكون ضررا في وقت أو حال، ولا تكون ضررا في آخر، وهذا كله بين في كون المصالح والمفاسد مشروعة أو ممنوعة لإقامة هذه الحياة، لا لنيل الشهوات، ولو كانت موضوعة لذلك لم يحصل ضرر مع متابعة الأهواء، ولكن ذلك لا يكون، فدل على أن المصالح والمفاسد لا تتبع الأهواء » (2).

ويستفاد من كلام الشاطبي: أن المصالح مختلفة متفاوتة، فقد يعتري الفعل الواحد نفع وضرر، ولكن الشارع الحكيم يقدر في تحصيل مصالح العباد الجانب الأكثر نفعاً، وذلك ملموس في فعل العادات كالأكل والشرب، فيراعى فيها جهة تحصيل النفع الأكبر فيكون مصلحة مطلوبة، فإن أدت عاجلا أو أجلا إلى ضرر أكبر كانت مفسدة منبوذة.

إن هذا المثال الجزئي، يمكن أن ينطبق على حالات كثيرة مماثلة، نستطيع أن نستنتج من خلالها قواعد عامة، تتبع في إخضاع الفعل للحظر أو الإباحة، بحسب ما يغلب من ضرر أو نفع، فتأديب الزوجة أو الأولاد أساسه مصلحة الأسرة والمجتمع الصالح عموما، وإن كان فيه ضرر خلص على الزوجة أو الأولاد، ونشاط الطبيب فيه مصلحة المريض، بدفع الأذى الآجل الأكبر، فرديا

(1) المصدر السابق، (2/45...)، وانظر: ابن عاشور (محمد الطاهر) مقاصد الشريعة الإسلامية (تونس: الشركة التونسية للتوزيع، الجزائر:

المؤسسة الوطنية للكتاب) (67). العز بن عبد السلام، (أبو محمد عز الدين عبد السلام) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (بيروت: دار المعرفة)

(5/1).

(2) الشاطبي، الموافقات، (2/65).

واجتماعياً، وإن كان فيه ضرر عاجل كتناول دواء مر، أو إحداث جرح جسمي...⁽¹⁾ ومثل ذلك يقال في النشاط الرياضي، والطعن بالنسبة لبعض الأشخاص، وهكذا. إن كل ذلك يتجلى فيه تحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام، وتحصيل المصلحة الأكبر بتحمل المفسدة الأقل، وذلك وفق قواعد كلية عامة مضبوطة⁽²⁾.

إننا لنخلص من كل ما تقدم إلى ما يلي:

1. أن كلا من الإباحة والتحريم باعتبارهما قسمان من خطاب الشارع للمكلفين، هما حكم شرعي، والحكم الشرعي منوط بالمصلحة، بل بغلبة المصلحة على الأصح.
 2. نسبية المصالح الجزئية، حيث تتغير من حال إلى حال، ومن وقت إلى وقت، وذلك يجعل القواعد المنشئة لها حظراً أو إباحة متغيرة أيضاً⁽³⁾.
 3. خضوع الفعل للإباحة أو التحريم، يراعى فيه جانب الموازنة بين النفع والضرر، وأن العبرة في ذلك بما ترجح جانبه.
 4. أن معيار إدراك المصلحة أو المفسدة، ليس الهوى بل الشارع الحكيم، وفي ذلك يقول ابن تيمية: «اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو ميزان الشريعة، فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر، وقل أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدلالاتها على الأحكام»⁽⁴⁾.
 - لذلك إذا أشكل على المجتهد حكم شيء هل هو على الإباحة أو الحظر، فالنظر إلى ثمرته وغايته، فإن كان مشتملاً على مفسدة راجحة، ظاهرة، جزم بأن الشارع يستحيل أن يأمر به أو بإباحته، ويقطع حينئذ بحرمة⁽⁵⁾.
 5. أن معيار نظر المجتهد لتمييز جانب النفع عن الضرر، ومن ثم الحكم بكون المصلحة معتبرة من قبل الشارع ما يلي:
- ملاءمتها لمقاصد الشارع المعتمدة في الجملة، حيث لا تناقض أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته القطعية، فتكون من جنس المصالح التي قصدها الشارع.

(1) سبأني مزيد بيان في الفصل التطبيقي عند تناولي أساس كل حق على حدة.

(2) أنظر: شرط التناسب، ص (112...) من الرسالة.

(3) علماً أن أحكام الحدود والقصاص لا تتغير، فهي مصالح حقيقية ثابتة بنصوص قطعية لا يلحقها التبدل.

(4) فتاوى ابن تيمية، 129/28.

(5) المصدر نفسه، بنفس الموضوع. أبو زهرة، الجريمة، (37...). خالد عبد الحميد فراج، المنهج الحكيم في التحريم والتقويم (الإسكندرية: منشأة

المعارف، (28...). أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي، (292...).

- أن تكون معقولة المعنى، بحيث إذا عرضت على العقول تلقتهما بالقبول.
- أن يكون في الأخذ بها رفع حرج، ودفع مضرة⁽¹⁾، يقول جلّ وعلا: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ (البقرة، 185).

الفرع الثاني: أساس استعمال الحق في القانون.

تبينت وجهات نظر القانونيين في تحديد الأساس الذي تبنى عليه الحقوق في اتجاهين اثنين: أحدهما شخصي، والآخر موضوعي.

أولاً: الأساس الشخصي.

ويبرز في ثلاثة آراء:

أحدها: انتفاء القصد الجنائي، والثاني: شرف الباعث، والأخير: رضا المجنى عليه.

1. انتفاء القصد الجنائي أساس الإباحة:

إن من يقدم على فعل مباح لا يتوفر لديه قصد الاعتداء والذي يتمثل في توجيه الإرادة الآثمة إلى ارتكاب السلوك الذي يحظره القانون⁽²⁾، وقد حكم بعضهم⁽³⁾ بصحة هذا الأساس، ولكن إلى حدّ ما، على اعتبار توافر عنصرين: إرادة الفعل، والعلم بالوقائع، مع تخلف العلم بحظر القانون له، وذلك لحلول الإباحة محلّه، وبذلك لا يكتمل القصد الجنائي.

وهذا الرأي محل انتقاد، ذلك أن انتفاء القصد الجنائي يعتبر من موانع المسؤولية، وهي وإن كانت تلتقي مع أسباب الإباحة في بعض الجوانب إلا أن بينهما اختلافات جوهرية⁽⁴⁾.

2. شرف الباعث أساس الإباحة:

ويطلق عليه أيضاً: سموّ الغاية ونبيلها، وهذا الرأي يؤسس الإباحة على وجود ذلك العامل النفسي النبيل⁽⁵⁾، الذي يحرك الفاعل إلى إتيان الفعل المجرّم صورة، وباعتباره ينطلق من باعث شريف، ويهدف إلى تحقيق غاية سامية كتأديب، أو تطبيب، أو دفع عدوان فهو مباح.

(1) الشاطي، الإعتصام، (364/2). عبد الله ربيع وسيد عبد العزيز، من تحقيقهما لكتاب: تشنيف الماسع بجمع الجوامع للزركشي، (23/3).

(2) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (88). عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، (311).

(3) رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (496-497).

(4) راجع ص (47) من الرسالة، ولزبد تفصيل حول هذا الأساس: فريد الزغي، الموسوعة الجزائرية، ط3 (بيروت: دار صادر للطباعة والنشر،

1985م) (22/4). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، (35). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (88).

(5) المصدر نفسه، (89).

وهذا الرأي محل انتقاد أيضاً، وذلك لأن ركن الجريمة هو القصد الجنائي الذي يعني اتجاه إرادة الجاني إلى الفعل والنتيجة، في حين أن الباعث هو حالة نفسية غير محددة نظراً لاختلاف أحوال الناس، فباعتباره عاملاً نفسياً، فهو يفتقد إلى الضبط والتحديد، ويصعب الكشف عنه، والكل متفق على امتناع القول بأن الباعث غير الشريف هو ركن الجريمة، مثلما يمتنع القول بعدم ترتب العقوبة بناء على توافر الدافع الشريف⁽¹⁾.

3. رضا المجني عليه أساس الإباحة:

إن أغلب تطبيقات استعمال الحق ترجع إلى وجود عوامل نفسية لدى من يقع عليه متمثلة في وجود رضا ضمني بممارسة السلوك المشكّل صورة الجريمة. وهذا الرأي لا يسلم من الاعتراض، ذلك أن:

— الرضا لا يعتد به كقاعدة عامة للتجريم، يؤكد ذلك معاقبة المشرّع الجائري على الإجهاض أو الشروع فيه، ولو تمّ برضا المجني عليها⁽²⁾، كذا كل من ساعد شخصاً على الانتحار ولو كان برضا المجني عليه⁽³⁾، اللهم إلا حيث يكون عدم الرضا ركناً مفترضاً في الجريمة، مثال ذلك رضا المخطوفة بالزواج ممن خطفها فإنه يعتد برضاها⁽⁴⁾.

— هذا التعليل لا يسع جميع أسباب الإباحة، فهو وإن كان ينسحب على بعضها كممارسة الألعاب الرياضية، والنشاطات الطبية، إلا أنه لا يصلح أساساً لإباحة الدفاع الشرعي أو التأديب، ولا من أدّى في حقه واجب الوظيفة⁽⁵⁾.

والنتيجة: التي نخلص إليها بعد هذا العرض البسيط، أن الاتجاه الشخصي لا يصلح أساساً عاماً شاملاً لكل صور الإباحة.

(1) رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (496). عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، (312). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (34).

(2) وهذا ما تنص عليه المادة: (304) عقوبات حيث جاء فيها "كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دج".

(3) هذا ما تنص عليه المادة: (273) عقوبات "كل من ساعد شخصاً في الأفعال التي تساعد على الانتحار أو تسهله له، أو زوده بالأسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للانتحار، مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار".

(4) يؤكد ذلك المادة: (02/326) عقوبات "إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

(5) رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (496). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (34).

ثانيا: الأساس الموضوعي.

وهذا الاتجاه ينظر إلى جوهر الفعل بما يمكن أن يحققه من نفع أو ضرر، ذلك أن عدم المشروعية - كركن في الجريمة - صفة تلحق فعلا يعتدي على مصلحة يحميها القانون، كونها على جانب من الأهمية فرديا واجتماعيا، من هنا يجرم الشارع أفعالا، غير أنه يراعي أن ارتكاب أحد هذه الأفعال في ظروف معينة قد لا يلحق هذا الاعتداء، بل أنه ليحقق بعدم العقاب مصلحة للفرد والمجتمع، تفوق المصلحة التي تحصل بتوقيع العقاب، ولذلك يقرر إباحتها.

فقوام هذا الأساس إذن الموازنة بين المصالح المتعارضة، وتغليب أرجحها وفقا لتحقيق الغاية الاجتماعية التي تربو على تلك المصلحة التي اقتضت اعتبار السلوك مجرما⁽¹⁾.

وجوهر هذه المصلحة التي يرضاها ويحميها المشرع بإباحة الفعل هي عين ما يسميه الأستاذ محمود نجيب حسني «بانتفاء علة التجريم»⁽²⁾ والتي تستنتج بمفهوم المخالفة من نص التجريم الذي زالت حكمة وجوده فاستعيز عنه بالنص المبيح، وهو تعبير قانوني حكيم يجلي لنا في مصطلح مختصر مضبوط عين ما يقصده المشرع من حماية المصلحة المعتبرة.

هكذا اتضح لنا إذن أن تأسيس الإباحة على رعاية المصلحة الأجدر بالاعتبار هو رأي أكثر الشراح مما يجعله أولى وأجدر بالاتباع.

النتيجة :

إن تأسيس الإباحة على وجود المصلحة الراجعة التي استقر عليها فقهاؤنا ، وعلى اعتبار الإباحة قسما من خطاب الشارع للمكلفين، والذي يقوم على تحصيل مصالح العباد دينا ودنيا هو عين الصواب الذي استقر عليه القانونيون ك رأي غالب، وفي ذلك تحقيق التوافق الذي ينبغي أن يسود بين الشريعة والقانون.

(1) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (143). عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام (القاهرة: الدار الجامعية، 1988م) (128). رمسيس هنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (204). النظرية العامة للقانون الجنائي (الإسكندرية: دار المعارف، 1971م) (341). عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، (313-314).

(2) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (16). شرح قانون العقوبات القسم العام، (151).

المطلب الثاني : شروط استعمال الحق جنائيا

لقد استقرّ لدينا إقرار المستعمل حقه على ما يقوم به، غير أنّ ذلك مشروط بتوافر قيود خاصة، تضبط ممارسته، والملاحظ أنّ التشريعات لم تتكفل نصوصها ببيان هذه الشروط، تاركة المجال أمام القواعد العامة يحددها الشراح تبعا لتعدد الحقوق وتمايزها ممّا يختص كلّ حقّ بشروط خاصة، فضلا عن شروط قد تكون مشتركة، ومن أهمها حسن النية، ولذلك وجدنا بعض التشريعات العربية تنص عليه صراحة⁽¹⁾.

لذلك كان لزاما أن نحدد القدر المشترك من هذه الشروط، والتي يمكن تصنيفها إلى ثلاث، نتناولها في الفروع التالية:

الفرع الأول: الشرط الشكلي.

الفرع الثاني: الشرط الموضوعي.

الفرع الثالث: الشرط الشخصي.

الفرع الأول: الشرط الشكلي.

ينبغي أن نلاحظ منذ البداية أنّ هذا التقسيم كيفي استدعاه الضبط والبيان لا غير، وإلا فإنّ ثمة تداخلا كبيرا بين العناصر المفترضة في الحقّ المستعمل من الوجهة الجنائية، فوصف هذا الشرط بالشكلي لا ينفي عنه توافر خاصيات مرتبطة بالمضمون، وإنما هو من باب التغليب الذي يظهره السبر والتقسيم⁽²⁾.

ويتحقق الشرط الشكلي بوجود عنصرين: حقّ معترف به، وممارس لهذا الحقّ، ولكل مواصفات خاصة ينبغي مراعاتها فما هي؟

البند الأول: وجود الحق.

أولا: في الشريعة الإسلامية

تعترف الشريعة الإسلامية بوجود حقّ، متى توافر شرطان:

(1) على سبيل المثال المواد: (60) عقوبات مصري، (28) عقوبات كويتي، (11) عقوبات بحريني، (44) عقوبات عراقي، أمّا قانون العقوبات الجزائري فقد جاء خلوا من هذا الشرط.

(2) السبر والتقسيم: "كلاهما واحد، وهو إيراد أوصاف الأصل، أي المقيس عليه وإبطال بعضها ليتعين الباقي للعلّة"، الجرجاني، التعريفات، (132-133). المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، (396).

أحدهما: محل اتفاق، والثاني: موضع اختلاف، فما هو محل اتفاق: أن يكون لهذا الحق مصدر شرعي يستقي منه، نصاً أو دلالة، أما الشرط موضع اختلاف فهو مدى ثبوت الحق وعدم التنازع فيه.

1. مصادر الحقوق:

الحق منحة من الله تعالى، وهذا المبدأ له أهميته من حيث أن الاعتراف به مرتبط بتقرير الشارع له بواسطة الحكم المستفاد من مصادر الشريعة، وعلى ذلك فمصادر الحقوق هي مصادر الشريعة ذاتها.

وقد استقر فقهاؤنا على أن مصادر معرفة الأحكام متعددة منها ما هو محل اتفاق، وأخرى موضع اختلاف، وهي على عمومها ترجع إلى القرآن والسنة كأصلين ثابتين أما غيرهما من إجماع، وقياس، وعرف، واستحسان، ومصالح مرسلة ونحوها... فهي طرق استدلال على الأحكام الفرعية على أساس نصوص القرآن والسنة، والتي أفاضت كتب أصول الفقه في بيانها وتحليلها، وما يهمننا في هذا المقام هو تحديد تلك المصادر التي تصلح في مجال التجريم والإباحة التي ترد عليه.

أ. فالقرآن والسنة النبوية هما أساس الأحكام الكلية، جاء تقريراً لكثير من الأفعال المباحة، من ذلك على سبيل المثال.

■ **القصاص:** فازهاق روح معصوم الدم محرّم شرعاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، ذَلِكَمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ (الأنعام 151).

ولكنه جلّ وعلا جعل القتل عمداً سبباً في وجوب القصاص لولي الدم، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ أَنَّهُ كَانَ مَنصُورًا﴾ (الإسراء 33)، وقوله ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يوذى وإما أن يقاد»⁽¹⁾.

■ **ضرب الزوجة** إذا نشزت، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ، وَاضْرِبُوهُنَّ، فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيرًا﴾ (النساء، 34).

(1) أخرجه: البخاري، كتاب الديات، باب: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، (9/08)، وقريباً منه: مسلم، كتاب: الحج، باب: تحريم مكة وصيدها وخلافها وشجرها ولقطنها إلا المنشد على الدوام، (2/989). كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وقوله ﷺ في حجة الوداع: «فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» (1).

ب. الإجماع: وهو «اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد النبي ﷺ على حكم شرعي في أمر من الأمور العملية» (2).

وجمهور الفقهاء على إمكانية وقوعه في عصر الصحابة رضوان الله عليهم، أما في العصور اللاحقة فإن من يراجع كتب الفقه لا يكاد يجد اتفاقاً على انعقاد إجماع بعد إجماعهم، نظراً لندرة العلماء وصعوبة تحديد من ينعقد بهم، وتفرق من وجد منهم في أرض الله الواسعة، هذا فضلاً عن اختلافهم فيما بينهم.

وعلى ذلك فإنه وإن كان من الوجهة النظرية يمكن أن يتحقق الإجماع متى وجدت شروطه (3)، فإنه عملياً من المتعذر انعقاده، ولكن لو حصل أن أجمع مجتهدو الأمة على إباحة فعل كان إجماعهم واجب الإتياع.

ج. القياس: إن النصوص تنتهي، والحوادث لا تنتهي، فصار من المستحيل أن يحيط المتناهي بغير المتناهي، لذا كان تفسير النصوص واستنباط الأحكام بالقياس أمراً ثابتاً لا استغناء عنه. ونعني بالقياس «مساواة فرع الأصل في علة حكمه» (4).

وبفضل القياس يمكن رد الأحكام الاجتهادية إلى الكتاب والسنة، لأن الحكم الشرعي يكون إما نصاً أو حملاً على نص بتحري معانيه ومقاصده، وبذلك يكون القياس إعمالاً للنصوص بأوسع مدى ممكن للاستعمال.

وقد اتفق الفقهاء على جواز القياس في جرائم التعزير، كونها مبنية على تقدير ولي الأمر أو القاضي (5)، أو الهيئة التي يخول لها ذلك، وهذا مستفاد من فعل الصحابة رضوان الله عليهم، وخاصة الخليفة عمر بن الخطاب الذي طبق هذا المبدأ على أوسع نطاق، فمن ذلك أنه منع سهم المؤلفه قلوبهم، وأوقف تنفيذ حد السرقة عام المجاعة.

(1) أخرجه: مسلم، كتاب: الحج، باب: حجة النبي ﷺ، (889/2-890)، عن جابر بن عبد الله.

(2) أبو زهرة، أصول الفقه الإسلامي، (185). الأمدي، الإحكام، (167/1-168). وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (490/1). الشوكاني، إرشاد الفحول، (490).

(3) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، (491/1). التفتازاني، التلويح على التوضيح، (46/2).

(4) ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، (300). الزركشي، البحر المحيط، (8/7)...

(5) أبو زهرة، أصول الفقه، (242).

وبعد أن اتفقوا على جواز القياس في جرائم التعزير، اختلفوا في إمكانه في مجال التجريم أو العقاب أو الإباحة على النحو التالي:

— فقال الشافعية بجوازه في جميع الأحكام كونها من جنس واحد بحيث تدرج جميعاً تحت مسمى الحكم الشرعي، لذلك يجري على قواعد الإباحة ما يجري على قواعد التجريم، واستدلوا على ذلك بـ:

— قوله ﷺ لمعاذ بن جبل (تر 80) لما بعثه إلى اليمن: «كيف تقضي؟»، فقال: «أقضي بكتاب الله»، قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟» قال: «فبسنة رسول الله ﷺ»، قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ»، قال: «اجتهد رأيي⁽¹⁾». فقد أقره ﷺ على اجتهاده وهو يقوم على القياس.

— توجيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبا موسى الأشعري (تر 82) إلى انتهاج هذا السبيل حيث قال له في كتاب بعثه إليه: «...الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في أو السنة، أعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند ذلك»⁽²⁾.

— أن الصحابة لما تشاوروا في حد شارب الخمر، قال علي (تر 56) رضي الله عنه «إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري»⁽³⁾ فحدّه حدّ المفترى وهو ثمانين جلدة ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلاف فكان إجماعاً.

— أما من المعقول فقالوا: القياس مغلب على الظن فجاز إثبات الحدّ والكفارة به⁽⁴⁾.

وعلى ذلك فالقياس في العقوبات يستلزم قبلها القياس في الجرائم، ولكنهم يفسرون ذلك بأنه ليس خلقاً لجرائم جديدة بل هو توسع في تطبيق النصوص⁽⁵⁾، فيعتبر مصدراً تفسيرياً، لذلك فحيث ظفرنا بالمعنى الذي لأجله ثبت الحكم قلنا بالقياس، وحيث تعذر فلا⁽⁶⁾.

▪ وقال الأحناف: إن القياس لا يجري على جميع الأحكام، لأن بينها اختلافاً وتمايزاً، فليست من جنس واحد، لذلك لا يجوز القياس في جرائم العقوبات، ذلك أن الحدود والكفارات مما قدره الشارع

(1) أخرجه: الترمذي، أبواب: الأحكام، باب: ما جاء في القاضي كيف يقضي، (394/2)، ولم يذكر درجته.

(2) أخرجه: الدارقطني (علي بن عمر)، سنن الدارقطني، ط 4، (بيروت: عالم الكتب، 1406هـ - 1986م)، كتاب الأقضية والأحكام،

(4/206)، عن أبي المليح الهذلي.

(3) أخرجه: مالك بن أنس، الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي، (بيروت: دار النفائس)، كتاب: الأشربة، باب: الحد في الخمر، (607)، عن ثور بن زيد الدبلي.

(4) الأمدي، الإحكام، (318/4).

(5) الغزالي، المستصفى، (333/2-334). الزركشي، البحر المحيط، (71/7).

(6) القرافي، شرح تنقيح الفصول، (415).

بحيث لا يمكن أن نعقل موجب تقديرها، في حين يستلزم القياس أن تعقل علة حكم الأصل حتى يتعدى إلى الفرع، وبهذا يُفسَّرُ إقرار الرسول ﷺ لأبي موسى ومعاذ بأنه فيما عقل معناه.

— الحدود عقوبات، واحتمال الخطأ فيها شبهة دائرة للحد، ولما كان القياس مما يدخله احتمال الخطأ فإنه يتعذر أن تثبت الأحكام بدليل فيه شبهة.

— أن الشارع أوجب الكفارة بالظهار لكونه منكراً وزوراً، ولم يوجبها في الردة، مع أنها أشد منكراً، فإذا لم تجب فيما هو أولى، دل ذلك على امتناع جريان القياس في الكفارات.

— إن تقرير حد شارب الخمر كان نتيجة إجماع الصحابة، وهذا دليل ثبوته، وهو الذي جعله تشريعاً ملزماً، وإن كان الاستدلال عليه بطريق القياس⁽¹⁾.

ومهما يكن الخلاف في هذه المسألة، فإن الثابت أن القياس في باب الجرائم والعقوبات كان قليلاً مقارنة بالمسائل الفقهية الأخرى.

وتوفيقاً بين النظرتين أقول ما قاله ابن السمعاني (تر34) : «... الضابط أن كل حكم جاز أن يستتبط منه معنى مخيل من كتاب أو سنة، فإنه معلل، وما لا يصح منه مثل هذا التعليل، سواء كان من الحدود أو الكفارات، ثم قد تنقسم العلل أقساماً، فقسم يعلل جملته لا تفصيله، وهو كل ما يمكن إبداء معنى من أصله وفرعه، وقسم يعلل جملته وتفصيله، لعدم إطراد التعليل في التفاصيل، وقسم آخر لا تعلل جملته، لكن بعد ثبوت جملته تعلل تفاصيله، كالكتابة والإجارة وفروع تحمل العقلة، وقد يوجد قسم لا يجري التعليل في جملته وتفصيله، كالصلاة وما تشتمل عليه من أقسام والسجود وغيره»⁽²⁾.

وهنا لا يسعنا إلا أن نقول: أن القياس في الجرائم والعقوبات هو ما ليس إحداثاً لأحكام جديدة، بل هو مصدر تفسيري لما تدل عليه النصوص.

يقول عبد القادر عودة: «فالقياس في الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدراً تشريعياً، وإنما هو مصدر تفسيري يساعد على تعيين الأفعال التي تدخل تحت النص، فإذا حرم النص صورة معينة لعلّة ما الحقّ بها القياس كل الصور المماثلة التي تتوفر فيها علة التحريم»⁽³⁾.

ثم إذا كان الخلاف على ما ذكرنا بالنسبة لخلق جرائم، وتوقيع عقوبات زيادة على المقررة نصاً على سبيل الاجتهاد، فقد يكون الأمر أهون فيما تعلق بقواعد الإباحة، بناء على أن هذه الأسباب تفسر

(1) الأنصاري (عبد العلي محمد بن نظام الدين)، فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه لمحج الله بن عبد الشكور، بهامش المستصفى للغزالي، (317/2). ابن قدامة، روضة الناظر، (343/2-344). الأمدي، الإحكام، (318-319). وفي بسط هذه المسألة:

الزركشي، البحر المحيط، (68/7...). الأنصاري، فوائح الرحموت، (317/2...). أبو زهرة، أصول الفقه، (242-243).

(2) الزركشي، البحر المحيط، (71/7).

(3) التشريع الجنائي الإسلامي، (184/1-185).

لصالح المتهم، وتحقق له مصالح جاء الشارع لحمايتها، فإذا استتبعت وفق القواعد المعمول بها شرعا، وحقت المقاصد الشرعية، فما المانع من الاستفادة منها؟ علما أن هذا المنهج في حقيقته لا يؤدي إلى خلق أسباب جديدة، بل هو وسيلة لتوسعة دائرة أسباب منصوص عليها، بحيث تشمل وقائع لم ينص عليها الشارع صراحة ولكن تفهم تلميحاً، ولئن يخطئ القاضي في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة.

د. العرف مصدر الحق: سبق أن أوضحنا عند تحديد مفهوم أسباب الإباحة مدلول العرف⁽¹⁾، وقلنا أنه يصلح مصدراً للحق، والمعتبر منه شرعا، ما توافرت فيه شروط خاصة هي:

- الإطاراد: بحيث يستمر العمل به غالبا فيما يحدث للناس، والعبرة هنا بالغالب الشائع، لا بالقليل النادر، قال السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإذا اضطربت فلا»⁽²⁾.
- العموم في جميع البلدان إذا كان العرف عاما أو جميع البلاد إذا كان خاصا.
- عدم مخالفته نصوص الشريعة من قرآن وسنة، لأنها أولى وأقوى.
- أن يسبق العرف التصرف القولي أو الفعلي، أي أن يكون العرف قائما عند إحداث التصرفات.
- ومن خلال تتبعنا لأنواع العرف يمكن أن نلمس مجال الاستفادة منه في حدود الإباحة.

أقسام العرف: يقسم فقهاؤنا العرف باعتبارات مختلفة.

♦ فهو بحسب مضمونه ومتعلقه:

— لفظي أو قولي: كاستعمال الدراهم بمعنى النقود المتداولة مهما كان نوعها في حين كانت تستعمل قديما للفضة.

— عملي: وهو ما كان اعتيادا على فعل معين.

♦ وهو بحسب شيعه واختصاص الناس به، أي من يصدر عنهم: عام وخاص،

— عرف عام: وهو ما اعتاده غالبية الناس في جميع البلاد، كدخول الحمام من غير تحديد مدة المكث.

(1) راجع (58) من الرسالة.

(2) الأشباه والنظائر، (92). وانظر: ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، (134/2). مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، (131/1). علما أن العادة هي: "الأمر الذي يقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوي الطباع السليمة". علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (44/1)، هذه العادة هي أعم من العرف إذ تشمل كل متكرر من الأقوال والأفعال سواء كان مصدره الفرد أو الجماعة، العقل أو الأخلاق، لذلك يستعملها الفقهاء بمعنى واحد في بناء الأحكام، ذلك أن العادة تنشأ فتكرر وتستمر فإذا استقرت في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول وعملت بها فهذا عرف معتبر أو هي عادة معتبرة". صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، وما تفرع عنها، ط 1 (الرياض: دار للنسبة للنشر والتوزيع، 1417هـ) (336).

— عرف خاص: هو ما تعارف عليه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة كتعارف بعض البلاد على استعمال لفظ الدابة على نوع معين من الحيوان⁽¹⁾.

♦ وهو بحسب اتفاقه مع الشريعة، وتعارضه على وجه العموم: صحيح وفاسد.

— فالعرف الصحيح: هو ما لم يحرم حلالا أو يحل حراما، فصفته إذن إلا يفوت مصلحة ولا يجلب مفسدة فيصح أن يكون مصدرا للإباحة.

— العرف الفاسد: ما كان خلاف الأول كالتعارف على أكل الربا⁽²⁾، فيمتنع أن يكون مصدرا للإباحة.

♦ وهو بالنسبة لأوامر الشارع على ثلاثة أقسام:

— عرف مخالف للشرع يبيح الحرام أو يحرم الحلال مثاله: الظهور على الشواطئ بملابس الاستحمام.

قال السرخسي: «كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر»⁽³⁾، لذلك لا يمكن أن يكون

مصدرا للحق، ولا أساسا للإباحة⁽⁴⁾، وهذا النوع يسميه القانونيون عرفا مخالفا للقانون.

— عرف مطلق لم يثبت فيه أمر ولا نهي، ولم يخالف نصا من قرآن أو سنة، فهذا يكون مصدرا للحقوق فتباح به الأفعال النافعة المحققة لمصالح معتبرة، من ذلك ذبح شاة الغير إذا كانت تشرف على الهلاك ليتمكن الانتفاع بها، والاتفاق على دخول الحمام دون تحديد لمدة المكث ولا لقدر الماء المستعمل.

وهو الذي يسميه القانونيون عرفا مكملا للقانون، أو خارجا عن دائرته.

— عرف مطابق لما جاء في نصوص الشارع، فلا يعدو أن يكون تطبيقا لها وتوضيحا لما جاء فيها، حيث لا يأتي بجديد، من ذلك العرف الذي يسمح للوالد أن يأخذ من مال ولده ما يكفيه في شؤون حياته.

وهذا النوع هو الذي يسميه القانونيون عرفا موافقا أو مطابقا للقانون.

هـ. سلطة ولي الأمر في التشريع في حدود ما سكت عنه الشارع:

إن تغير الأحكام الظنية تبعا لتغير العلل والأزمنة والأمكنة، دفعا للفساد وجلبا للصالح واقع لا

مناص منه، وتلك مهمة أهل الاختصاص، وهم ولاية الأمور أو من ينوبون عنهم من الهيئات الخاصة كالقضاة، بشرط أن يكونوا أهلا للاجتهاد.

(1) صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، (363). ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، (114/1). أبو زهرة، أصول الفقه، (255).

(2) الشاطبي، الموافقات، (488/2). مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (884/2).

(3) المبسوط، (246/1).

(4) ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، (116/2). الشاطبي، الموافقات، (488/2). مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، (284/1). صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى، (367-368).

ومعلوم أن المصالح الأساسية التي لأجلها شرعت الأحكام خمسة: الدين، النفس، العقل، النسل، والمال، حيث تدور واجبات الحاكم المسلم على حفظ هذه المقاصد، لذلك كان من البداهة أن تكون له فسحة لإباحة بعض الأفعال وتجريم أخرى، إذا ما تعيّن ذلك سبيلاً لتحقيق المقاصد.

علماً أنه قد جعل الشارع الأسباب قسمين: منها ما قرّره في أصل شريعته، ومنها ما وكل سببه إلى المكلف بالنسبة لجميع الأحكام، فليكن الحاكم أولى بأن يعطيه الشارع سلطة الإنشاء لضرورة دفع الفساد ودرء العناد وإخماد الثائرة وإبطال الخصومة... والدليل على ذلك إجماع الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى، ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة ويحرم على كل أحد نقضه، ومجال ذلك الأحكام الظنية إيجاباً أو تحريماً أو إباحة⁽¹⁾.

يقول القرافي: «إن حكم الحاكم وإن كان حكم الله تعالى فإنه لا يتصور فيه الأحكام الخمسة، فإن مقصوده إنما هو سدّ باب الخصومات، ورد الظلمات، بل يتصور فيه ما يكون سبباً وهو الوجوب... والتجريم... والإباحة»⁽²⁾.

أما المندوب والمكروه فهما ممّا يتعلق بين العبد وربّه، ولا يملك ولاية الأمور في ذلك إلاّ التبليغ بالإفتاء والتعليم⁽³⁾.

إن سلطة ولي الأمر في التشريع، تدخل فيما يعرف فقهاً بالسياسة الشرعية التي ترتبط بمجالات عدة: الأحوال الشخصية، القضاء، الاقتصاد... بما يحقق مصالح الأمة بشرط ألاّ تصادم نصاً قطعياً ولا إجماعاً، ولا قاعدة من قواعد الشريعة، وهي مبنية على قواعد الاستنباط المتعددة كالعرف، المصلحة المرسلّة، الاستحسان، سدّ الذرائع... لذلك فهي راجعة في الأصل إلى دليل شرعي معتبر وليس مجرد هوى.

والفقهاء يسوقون في مجال سلطة ولي الأمر في التشريع أمثلة كثيرة بالنسبة للتجريم، ويدلّلون على ذلك بفعل عمر بن الخطاب خاصة، وغيره من الصحابة، من ذلك منع سهم المؤلفلة قلوبهم، منع عمر أعلام قریش من المهاجرين أن يخرجوا من المدينة إلاّ بإذن وإلى أجل، حتّى يظلّوا على أوضاع الإسلام الأولى غير مفتونين في دينهم، ثمّ فكّ عليهم عثمان بن عفان (تر 50) الحصار في خلافته فسمح لهم بالخروج حيثما شاءوا⁽⁴⁾.

(1) القرافي، الأحكام في مميّز الفتاوى عن الأحكام، (27-28) بتصرف.

(2) المصدر نفسه، (55).

(3) المصدر نفسه، (55). محمد سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (337). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي

الإسلامي، (256/1).

(4) محمد سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (345).

والملاحظ أن هذا المسلك في مجال التحريم أصعب وأخطر لاحتتمال وقوع الحاكم في الخطأ عقوبة، ولكنه في مجال الإباحة أبسط وأهون لأن روح الشريعة تدعو إلى ذلك، فالمستقر شرعاً أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام⁽¹⁾، وأنه يختار أهون الشرين⁽²⁾، وأن درء المفسد مقدّم على جلب المصالح⁽³⁾، والأمثلة التي سوف نسوقها كتطبيقات للحق تؤكد أن ما يباح من أفعال هو في ظاهره جرائم إنما يتجلى فيها بوضوح دفع الأضرار العامة جلباً للمصالح، من ذلك التداوي، التأديب،...⁽⁴⁾، وهذا المجال بقدر ما هو مهم فهو خطير أيضاً، وهو لخطورته واجب التنظيم والضبط، باعتباره مرتبطاً بتحقيق الصالح العام، فضابطه شروط اعتبار المصلحة المرسلّة وهي:

— الملاءمة لمقاصد الشارع جملة فلا تتناقض أصلاً من الأصول ولا دليلاً من الأدلة المعتمدة.

— أن تكون معقولة المعنى بأن تجري على الأوصاف المناسبة التي لو عرضت على العقول لتلقّتها بالقبول.

— أن يكون في الأخذ بها رفع حرج ودفع ضرر⁽⁵⁾.

والخلاصة: أننا في مجال الإباحة ينبغي ألاّ ننقيد بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، لأنّ هذه القاعدة وجدت أصلاً لأجل المتهم، وما دما بتقرير قواعد الإباحة نسعى لمصلحة من يستعمل الحق فلا منافاة أن يكون هذا المسلك استثناء منها ما كان في حدود قواعد الشريعة وضوابطها العامة.

2. هل يشترط في الحق أن يكون مؤكداً؟

نعني بذلك إمكان استغلاله في الحين، بعدم وجود أيّ تنازع فيه، وإلاّ كان اللجوء إلى القضلة أولى وأسلم.

تناول الفقهاء هذا الموضوع عند بيان مسألة الظفر بالحق، ومثّلوا له بفعل الدائن الذي يحاول استيفاء أمواله بالاختلاس من مدينه.

وقد اتفقوا أن: من وجد عين حقّه عند مدينه المماطل، جاز له ديانة لا قضاء أن يأخذه تيسيراً في استيفاء الحقوق.

(1) المادة: (26) من مجلة الأحكام العدلية. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، ط 1 (بيروت: دار الجيل، 1411هـ - 1991م) (40/1). ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (87).

(2) المادة: (29) من مجلة الأحكام العدلية، (41/1).

(3) المادة: (30) من مجلة الأحكام العدلية، (41/1). ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (90). السيوطي، الأشباه والنظائر، (87).

(4) أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي، (482) بتصرف.

(5) الشاطبي، الإعصام، (364/2)...

قال عليه السلام : «الرجل أحق بعين ماله إذا وجدته، ويتبع البائع من باعه»⁽¹⁾ وقال عليه السلام : «إذا ضاع للرجل متاع أو سرق له متاع، فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق به، ويرجع المشتري على البائع بالثمن»⁽²⁾.

ولكنهم اختلفوا بعد ذلك فيمن ظفر بجنس حقه.

أ. فذهب الجمهور: المالكية في المشهور عندهم، الشافعية، الأحناف، الحنابلة، إلى جواز أخذه ديانة، فلا يسمّى فعل الدائن سرقة وذلك على تفصيل منهم.

• فاستدل المالكية⁽³⁾، على جواز الأخذ بقصة هند بنت عتبة (تر89) زوج أبي سفيان (تر33)، حيث قالت: «يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁽⁴⁾.

وقالوا إن جوابه عليه السلام يعتبر تصرفاً بطريق الفتوى، فيجوز لكل من ظفر بحقه أو بجنسه أن يأخذه ولو بغير علم خصمه، ولكن ذلك مشروط بشرطين:

— أن لا يكون الحق عقوبة إذ تتولاه السلطة المختصة.

— أن يأمن الفتنة: كقتال أو إراقة دم، أو الرذيلة: كالإتصاف بالغاصب.

• وقال الشافعية⁽⁵⁾: له تحصيل حقه بأي وسيلة، لأن المدين جاحد مماطل، فقبل بمثل صنيعه إذ جزاء سيئة سيئة مثلاً.

• وأجاز الأحناف⁽⁶⁾ ذلك، متى كان المأخوذ نقداً أو عروضاً، في حين رأى أبو يوسف (تر91) ألا يقطع حتى إن أخذ عروضاً، لاختلاف العلماء فيه⁽⁷⁾.

• وإلى نفس تعليل أبي يوسف من الأحناف مال الحنابلة⁽⁸⁾، حيث قالوا بامتناع القطع بناء على وجود الشبهة الناشئة عن الاختلاف في الحدود.

(1) أخرجه: النسائي، كتاب البيوع، باب: الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق، (314/7). ولفظ: "من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به، ويتبع البيع من باعه" أبو داود، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يجد عين ماله عند رجل، (259/2)، كلاهما عن سمرة بن جندب.

(2) انفرد به ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب: من سرق له متاع فوجده في يد رجل اشتراه، (781/2)، عن سمرة بن جندب.

(3) الخرشي، الخرشي على خليل، (235/4) و (23/7). الدسوقي، حاشية الدسوقي، (254/4) و (378/3). القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، (102) هامش 01.

(4) أخرجه البخاري، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، (117/7). مسلم، كتاب الأفضية، باب قضية هند، (1338/3)، كلاهما عن عائشة رضي الله عنها واللفظ للبخاري.

(5) الشيرازي، المهذب، (282/2).

(6) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (95/4).

(7) المصدر نفسه، الموضع نفسه، (95/4).

(8) اليهودي، شرح منتهى الإرادات، (371/3).

قال ابن قدامة (تر 65) : « وإن عجز عن استيفاء دينه أو أرش⁽¹⁾ جناية فسرق قدر دينه أو حقه، فلا قطع عليه »⁽²⁾.

وقال: « فلم يجب الحدّ به كما لو وطئ في نكاح مختلف في صحته، وتحريم الأخذ لا يمنع الشبهة الناشئة عن الاختلاف، والحدود تدرأ بالشبهات، فإن سرق أكثر من دينه فهو كالمغصوب منه إذا سرق أكثر من ماله »⁽³⁾.

ب. نقل القرافي المالكي رأياً مفاده عدم جواز الأخذ، وبيّن أنه مشهور مذهب مالك وجماعة من العلماء، حيث قال: « مشهور مذهب مالك مع جماعة من العلماء لا يأخذ »⁽⁴⁾.
غير أنني ما وقفت على ما يقول، إذ المشهور عند المالكية جواز الأخذ.

الخلاصة:

إنه وإن كان الرأي الراجح في المذاهب الأربعة على جواز الأخذ، ثم إن كان رأي المالكية يعتبر حلاً وسطاً يحول دون شيوع الفوضى، إلا أن واقع حياتنا اليوم، يمنع سلوك هذا الطريق من أساسه لوجود السلطة القضائية القادرة على استيفاء الحقوق بطريق أسهل وأمن، ولكن إن حدث وأخذ شخص جنس ماله، امتنع القطع بناء على وجود الشبهة الناشئة عن الاختلاف في الحدود.

ثانياً: وجود الحق في القانون.

يتفق القانونيون مع أهل الشريعة في أن الحق يتقرر وجوده بشرطين:

1. إذا كان له سند شرعي يدعمه:

يمكن أن يستفاد ذلك بتصريح المشرع نفسه، جاء في المادة: (1/39) عقوبات جزائري، التي حدّدت الأفعال المباحة المبررة فيما يلي: « لا جريمة إذا كان الفعل أمر أو أذن به القانون »⁽⁵⁾.

(1) الأرش: إسم للواجب بالجناية على ما دون النفس. المتأوى، التوقيف على مهمات التعاريف، (50). محمد رؤاس قلعة جي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، (212).

(2) ابن قدامة، المغني، (255/8).

(3) المصدر نفسه، بنفس الموضع.

(4) القرافي، الفروق، (208/1). الإحكام في ميميز الفتاوى عن الأحكام، (100).

(5) استعمال المشرع المصري عبارة الشريعة بدل القانون، ورد ذلك في نص المادة: (60) عقوبات والتي نصها: "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كلّ فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة". ثم أوقع الشراح في جدل ونقاش حول تفسير مدلول الشريعة، وقد استقروا على أن المقصود بلفظ الشريعة: كلّ حق مقرر بمقتضى القانون. فنحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (209). محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (161). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (48).

فإطلاق لفظ القانون يدل على أن مصادر الفعل المباح استعمالا لحق متنوعة⁽¹⁾، يمكن أن

نلمس منها:

أ. القانون المكتوب: وهذا أمر بديهي، «إذ فكرة الحق ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة القانون، فلا يتصور أن يكون هناك حق إلا إذا كان مقررا بقاعدة قانونية أو محمولا على قاعدة من قواعده»⁽²⁾ إن هذا القانون ينبغي أن يفسر بالمعنى الواسع، بحيث يشمل كل فروع من أعلاها إلى أدناها، فقد يكون المصدر:

♦ الدستور: الذي يعدّ أسما القوانين⁽³⁾، كونه ينظم المبادئ الأساسية للدولة مثل الحقوق السياسية والحريات العامة، ومن أمثلة الحقوق التي مصدرها الدستور، حق الدفاع أمام المحاكم، ورد ذلك في المادة: (1/151) من الدستور الجزائري ونصها: «الحق في الدفاع معترف به، الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية».

حق نائب البرلمان وعضو مجلس الأمة⁽⁴⁾، في إبداء الرأي والمناقشة بكل حرية فيما قد يعتبر قذفا أو سبّا في غير هذا المجال⁽⁵⁾، ورد ذلك في نص المادة: (109) ونصها: «الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب ولأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية، لا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا، وعلى العموم لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية، أو جزائية، أو يسلط عليهم أي ضغط بسبب ما عبروا عنه من آراء، أو ما تلفظوا به من كلام».

♦ التشريع العادي: متمثلا في فروع القوانين المختلفة، «ذلك أن جميع النصوص التشريعية السارية في دولة من الدول هي كل متسق لا تتناقض أجزاءه، فالحق الذي يقرره نص منها — أيا كان موضعه — يقيد التجريم الذي يتضمنه نص آخر»⁽⁶⁾.

وعلى ذلك يمكن أن يكون مصدر الحق قانون العقوبات نفسه كما هو الأمر بالنسبة لحق الدفاع الشرعي مثلا⁽⁷⁾، أو قانون الإجراءات الجنائية الذي يمنح للفرد حق القبض على متلبس في جناية أو جنحة، ورد ذلك في نص المادة: (61) ونصها: «يحق لكل شخص في حالات الجناية

(1) رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (146).

(2) عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1991م) (93).

(3) من نتائج هذا السمو أن مخالفة أي قانون آخر لنصوصه يكون حكم القانون البطلان.

(4) يمارس كل من النائب وعضو مجلس الأمة سلطة تشريعية حدّدها المادة: (78) من الدستور الجزائري ونصها: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما: المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".

(5) (296، 297، 298، 299) عقوبات جزائي.

(6) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (65).

(7) (02/39) عقوبات جزائي.

أو الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس ضبط الفاعل واقتياده إلى أقرب مأمور للضبط القضائي»⁽¹⁾.

وانطلاقاً من هذه الأمثلة التوضيحية من بعض الفروع القانونية، يمكن أن نقرر أن كلمة قانون تسع كل قاعدة تنظيمية تثبت حقاً، متى توافرت عناصر صحتها، من إطراد، ومراعاة للمصالح العام وصدورها من الجهة المختصة⁽²⁾.

♦ التشريع الاستثنائي - القوانين الموضوعية - : وهي القوانين الصادرة عن سلطة أخرى خلاف السلطة التشريعية بناء على تفويض منها مثل: قرارات رئيس الجمهورية في أحوال خاصة نص عليها الدستور، كقيام خطر يهدد الوحدة أو سلامة الوطن، أو ما يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها⁽³⁾، كذا حال شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان⁽⁴⁾.

ب. الشريعة الإسلامية : وتعتبر مصدراً هاماً تأخذ منه النصوص بإباحتها، غير أن التشريعات وتبعها في ذلك الشراح قد عمدوا إلى تضيق مجال الاستفادة منها.

تنص المادة: (02) من الدستور المصري على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، كما تنص المادة: (07) من قانون العقوبات المصري على أنه «لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء» وتنص المادة: (60) منه على ما يلي: «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة».

أما المشرع الجزائري فقد جعلها المصدر الثاني لأحكامه، ورد ذلك في المادة: (01) من القانون المدني ونصها: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها وفحواها، وإذا لم يوجد نص حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف»⁽⁵⁾.

(1) الأصل أن هذا الفعل جريمة احتجاز يعاقب عليها القانون بمقتضى المادة: (291) عقوبات جزائري.

(2) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (162) بتصرف. محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، (330). رمسيس بنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (206). النظرية العامة للقانون الجنائي، (342...). فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (211/1). عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، (93-94).

(3) المواد: (91) إلى (96) من الدستور.

(4) المادة: (124) من الدستور.

(5) فكيف تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً نالياً للأحكام رغم أن المشرع ينص في أسما قوانينه على أن دين الدولة الإسلام، فهل قصر ذلك على الشعائر الدينية؟

من خلال هذه النصوص التي أوردناها يحق لنا أن نحكم بصلاحية أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر للتجريم، فضلا عن الإباحة، وقد يكون أبرز التطبيقات لهذا المصدر الهام حق التأديب المخول للزوج على زوجته، وللأب على أبنائه.

ولكن مع ذلك تجد الشراح خاصة في مصر قد عمدوا إلى تحديد نطاق استغلالها، محاولين إخضاعها لنصوص القوانين الوضعية بدلا من خضوع هذه الأخيرة لها.

يقول الدكتور عوض محمد: «على أنه يشترط في كل الأحوال أن تكون القاعدة التي تقرر الحق أو تقرر من القواعد التي تنتمي إلى النظام القانوني النافذ في الدولة دون سواه، وهذا يقتضي عدم الاعتداد بالقواعد القانونية الملغاة ولا الأعراف الفاسدة أو القوانين الأجنبية إلا إذا اعترف لها التشريع الوطني بالسريان، ولا بقواعد الشريعة الإسلامية التي وضحت نية المشرع في عدم الأخذ بها، بصرف النظر عن سلامة مسلك المشرع من الناحية الدينية أو عدم سلامته»⁽¹⁾.

وإلى نفس الرأي مال الدكتور محمود محمود مصطفى، إذ اشترط في إباحة الحقوق المقررة بمقتضى الشريعة الإسلامية أن تكون مما تسري به أحكام التشريع المصري، وكذا أن لا يحظرها القانون بنص صريح⁽²⁾.

كما يؤكد الأستاذ محمود نجيب حسني هذا الطرح وبشكل مستفيض محاولا إثبات صحته إذ يقول: «وغني عن البيان أن قواعد الشريعة لا توصف بأنها قانون إلا إذا كانت نافذة إلزامية، وهي لا تكون كذلك إلا إذا اعترف بها الشارع الوضعي وفي الحدود التي يقرها لهذا الاعتراف، وأغلب البلاد العربية لا تعترف - في الوقت الحاضر - بقواعد الشريعة الإسلامية كقانون عام ينظم كل العلاقات القانونية، إذ تطبق قوانين وضعية ذات أصول أوروبية ولكنها لم تنبذ الشريعة إطلاقا، وإنما استعانت بها لتنظيم جانب من العلاقات القانونية، شأن القواعد الوضعية، وكانت بذلك جزء من القانون الوضعي، وهي في هذا القدر صالحة مصدرا للحماية القانونية للمصلحة... وفي غير هذا القدر لا تصلح قواعد الشريعة الإسلامية مصدرا للحماية القانونية للمصلحة، ذلك أنه إذا استبعد الشارع الوضعي هذه القواعد في مجال معين واستبدل بها قواعد أخرى فمعنى ذلك أنه قد جردها من القوة الإلزامية فجردها تبعا لذلك من صفة القانون، فلم تعد بذلك مندرجة في مدلول لفظ القانون الذي تستعمله النصوص الخاصة باستعمال الحق كسب للإباحة»⁽³⁾.

(1) قانون العقوبات القسم العام، (95-96).

(2) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (165).

(3) أسباب الإباحة، (67-68). وانظر: رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (146).

أي نتيجة هذه؟ أيَعقل أن تتقلب الآية إلى هذه الدرجة، ويحلّ بشريعتنا المهانة إلى درجة أن تخضع لقانون وضعي فيجزّدها قوتها الإلزامية؟.

إنّ إلزامية أحكامنا الإسلامية مستمدة من ربّ العزة الذي ينظم من خلق القانون، فضلاً عن القانون الذي ينشئونه بأيديهم؟.

إنّ ثمة نقاط لا بد أن نقف عندها:

— كيف يعقل أن تكون الشريعة موقوفة على اعتراف المشرّع الوضعي؟ فمتى كان الأصل موقوفاً على اعتراف الفرع؟ هذا إن اعتبرناه فرعاً بسبب ما يحويه من مخالفات لأصله.

— أي تناقض في المبادئ والأفكار نحمله إذا كنا ننهب شريعتنا ثمّ نقول أنّها لم تنبذ إطلاقاً؟، إن ترك الجزء ترك للكل، ثمّ كيف يستعاض عنها بقوانين ذات أصول أوروبية وكان ذلك مفخرة، في حين يكون الانتساب إلى الشريعة ذلاً وهواناً؟.

إنّ هذه النتيجة المتوصل إليها من طرف علماء يشهد لهم بالعلم الفياض، لغريبة قد يكون تبريرها راجعاً إلى تأثرهم بالمنهج الغربي المتميز بحسن الصياغة في نصوص واضحة، في حين بقيت أحكام شريعتنا شروحا مستفيضة في طيات كتب صفراء أو بيضاء يجد الباحث مشقة في الوصول إليها، غير أنّ ذلك لا يمنع من القول بصلاحيّة شريعتنا وإلزاميتها حتّى على هذه القوانين نفسها ما دامت هذه الأحكام ثابتة عن علي حكيم، ولكنها تحتاج إلى مثل المنهج الوضعي في التقنين والتنظيم وبذلك تغدو قوانين واجبة الاتباع دون أي عذر.

وقد يكون سبب استبعادها — وهذا الراجح — ظناً منهم أنّ ذلك لا يحقق التناسق بين الشريعة الإسلامية وبين التقنيات التي ينقلون عنها قوانينهم⁽¹⁾، ويجعلون الأولوية لتلك القوانين اعتقاداً منهم أنّها تسير الحضارة وجديدها، فيحاولون إخضاع أحكام الشريعة لمّا يرونه مناسباً.

يقول الدكتور محمود نجيب حسني: «بل أنّه إذا أدخل الشارع الوضعي التعديل على قواعد الشريعة الإسلامية في المجال الذي تسري فيه كان هذا التعديل واجب الاتباع»⁽²⁾.

ويقول في موضع آخر: «وإذا أدخل الشارع عليها تعديلاً وجب تطبيقه مهما كان تعارضه مع أصولها ومبادئها الأساسية، وفي غير المجال المحدد لها، أي حيث يكون الشارع الوضعي قد استبعد صراحة أو ضمناً تنجرد قواعد الشريعة من القوة القانونية ولا يجوز الاستناد إليها كمصدر للإباحة»⁽³⁾.

(1) من ذلك جرائم الإهدار وتأديب الزوجة.

(2) أسباب الإباحة، (69).

(3) المصدر نفسه، (70).

إن في ذلك اعترافا خطيرا بأن الشريعة الإسلامية لا تستطيع الهيمنة على جديد الحياة والحضارة، في حين أن المطلع على خصائصها ومميزاتها لا يداخله أي سوء بصلاحياتها، لذلك ينبغي أن نؤكد أن أحكام شريعتنا كل متسق يجب الأخذ به جميعا إلا ما كان محلا لاختلاف أفهام وأنظار الفقهاء والمجتهدين، فهذا يكون بتخير الأنسب والأصلح من أقوال الفقهاء والمجتهدين، لا أن يترك تماما، أما الاستعاضة بقوانين دخيلة غريبة عن قيمنا فلا.

ج. **العرف مصدر للحق:** «هو التزام الناس في سلوك نهجا معينا، يتميز من جهة بانتشاره وذيوعه بينهم، وطول زمن السير عليه»⁽¹⁾.

لقد سبق أن قلنا أن استعمال المشرع لفظ القانون فيما أمر به أو أجازه إنما يعني مطلق القاعدة القانونية، ولذلك فليس من اللازم أن يكون مصدرها سلطة تشريعية⁽²⁾، خلافا لمصادر التجريم والعقاب التي يجب أن تستند دائما إلى النصوص التشريعية المكتوبة، لذلك فمتى توافرت شروط اعتبار العرف⁽³⁾، أمكن اعتباره قاعدة ملزمة كمصدر للإباحة، وقد يعضد هذا الحكم اعتباره في فروع قوانين أخرى من ذلك القانون المدني الجزائري الذي نص في مادته: (1) على إمكان الرجوع إليه إذا لم نجد نصا تشريعا، ولا حكما من أحكام شريعتنا الإسلامية حيث جاء فيها: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فبمقتضى العرف».

هذا رغم أن الرأي مستقر على محدودية دور العرف إذ يستعان به في تفسير القواعد الجنائية وتكميلها، ولكنه بعيد كل البعد عن مجال التجريم والعقاب⁽⁴⁾.

وبتتبع أنواع العرف أو صوره يمكن لنا أن نلمس مجال وحدود الاستعانة به في مجال الإباحة فهو ثلاثة أنواع:

• **عرف مخالف لقواعد القانون:** يتحقق ذلك إذا عارض قاعدة من قواعد القانون، فهذا من البداهة أن يمنع حصول إباحة، فضلا عن إنشاء تجريم، إذ من شأن ذلك تعطيل أو إلغاء قاعدة قانونية، ولا

(1) رمسيس هنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (96).

(2) رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (146).

(3) وهي: القدم حتى يعود عليه الناس، الثبوت والاستقرار والانتظام، إلا بخالف القواعد القانونية والآداب العامة، احترامه من قبل أفراد المجتمع باعتباره سلوكا ضروريا واجب الاتباع. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، (144 ...). زهدي يكن، القانون الإداري، (بيروت: منشورات دار المكتبة العصرية) (92-93).

(4) مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، (31). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (132).

يمكن إلغاء تشريع إلا من ذات السلطة التي تملك إصداره⁽¹⁾، ثم إن من شروط الاعتداد بالعرف ألا يخالف النظام العام والآداب المستقرة، فهو بذلك يفقد قيمته بفقدان شرطه⁽²⁾.

• **عرف خارج عن دائرة القانون:** وهو الذي لا يطابق أحكام القانون، ولا يتعارض معه كون نصوص القانون لم تنظمه، فهذا النوع خارج عن نطاق التجريم والعقاب لتعارضه مع مبدأ الشرعية الذي يقتضي نصوصا صريحة في ذلك⁽³⁾، ولكنه لا يمنع أن يكون مصدرا للإباحة إذا توافرت له شروط العرف المعتبر، من ذلك ما جرى عليه العمل من تقبّل أذن الفتاة أن الغاية المقصودة بالإباحة عرفا تعلو على الغاية المقصودة بالتجريم، حيث يبدو دور العرف في هذا المجال في حماية حقوق ومصالح اجتماعية أولى بالرعاية من نصوص التجريم التي لا يلغيها، إذ ذلك ليس في مقدوره⁽⁴⁾.

والمرجع الجزائري وإن لم يصرح باعتبار العرف مصدرا لقواعد الإباحة إلا أن كثيرا من الأحكام يمكن أن تفسر على هذا النسق، كعدم عقابه على تقبّل أذن الفتاة، وكذا أفعال الإقلاق في مناسبات خاصة كالأفراح، وارتداء المايوهات على الشواطئ وأماكن الاستحمام⁽⁵⁾.

هذا علما أن كثيرا من التطبيقات لاستعمال الحق، التي استقرت حاليا بنصوص تنظمها، لم تكن هذه النصوص منشئة لها ابتداء، فهي الضابطة لأحكامها، وإنما كان مصدرها الأول هو العرف، من ذلك النشاطات الرياضية.

• **عرف مطابق للقانون:** تتجلى وظيفته في تأكيد قواعد القانون أو تكميلها، حيث يستمد قوته من مساندة القانون له، لذلك فهو صالح لأن يكون مصدرا للإباحة، إذ وظيفته حينها لا تخرج عن إقرار الإباحة أو توضيحها أو توسيع نطاقها أو تكملة نقصها⁽⁶⁾.

د. القياس مصدر للإباحة:

« هو استنباط قواعد قانونية في النظام القانوني وتطبيقها على حالات مماثلة لم يرد بشأنها نص »⁽⁷⁾.

(1) تنص المادة: (02) من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء".

(2) مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (32). فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (211).

(3) المصدران نفساهما، (31). (211). عمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (163).

(4) فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (211).

(5) المثال الأخير للإباحة يعتبر خروجاً صارحاً عما هو مستقر في شريعتنا الغراء، من وجوب التستر وهو تأكيد واضح لما توصلنا إليه من سوء نية المشرّع في استبعاد قواعد الشريعة الإسلامية كقانون عام واجب التطبيق.

(6) رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (503). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (135).

(7) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (123).

فمجاله إذن حالة أو حالات معينة لم يرد بها نص فتكيف على وفق مضمون نص آخر أو نصوص أخرى متحدة مغها في العلة، وذلك مواجهة للفراغ القانوني⁽¹⁾.

وإذا كان المستقر فقها وقضاء أن «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» مما يستلزم استبعاد القياس في تفسير النصوص الجنائية، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لأسباب الإباحة، ذلك أن قواعدا تأتي في صالح الأفراد، فتتفي عنهم إيقاع العقاب، فهل يمكن الاستفادة من القياس في هذا النطاق؟.

• ذهب رأي إلى استبعاد القياس تماما سواء بالنسبة لقواعد التجريم أو الإباحة لأن:

— قواعد الإباحة جزء من قواعد التجريم، فهي مكملتها كونها تعكس نطاق تطبيق الأولى فتحد من سلطانها لذلك لزم أن تخضع لقواعدها، ومن قواعدا المحافظة على شرعية الجرائم والعقوبات.

— نصوص الإباحة قواعد استثنائية، لذلك لا يصح القياس على استثناء.

• وذهب رأي آخر وهو المستقر فقها إلى جواز القياس، وقد ترسخ ذلك في قاعدة مفادها حظر القياس ضد صالح المتهم، وجوازه لصالحه⁽²⁾.

يؤيد ذلك: أن قواعد العقاب هي استثناء من الأصل العام وهو الإباحة الأصلية ولذلك لم يجز القياس عليها، أما قواعد الإباحة فهي استثناء على قواعد التجريم لذلك فالقياس فيها ممكن باعتبار الاستثناء على الاستثناء يعني الرجوع إلى الأصل وهو الإباحة⁽³⁾.

وقيل رداً على الاستدلالات السابقة:

— إن قواعد الإباحة وإن كانت تتكامل مع قواعد التجريم لتكوّن نظاماً جنائياً متسقاً إلا أن ذلك لا ينفي ذاتيتها واستقلالها، إذ تعبر عن مبدأ عام هو توجيه سياسة التجريم بما يلائم مصالح الأفراد والجماعة، ثم إن القياس في مجال الإباحة لا يعارض مبدأ الشرعية الذي يهدف أول ما يهدف إلى حماية حقوق الأفراد وحياتهم، هذا القصد هو عين ما تحققه نصوص الإباحة، فلم نقف عند حرفية النصوص؟⁽⁴⁾.

— إن الذي يبدو أن نفاة القياس يحاولون تجايفي ما قد يحدث من تعسف القضاة في الاستفادة بهذا الحق، وهذا التخوف وإن كان له ما يبرره حرصاً على استقرار القواعد القانونية، فلا ينبغي أن يحول دون تحقيق مبدأ القياس، مادام ينتظم بقواعد ثابتة منضبطة تمنع حيدة القضاة عن الصواب وفق ما يتطلب مع مقصد الشارع وغايته⁽⁵⁾.

(1) المصدر السابق، الموضع نفسه.

(2) مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (47).

(3) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (125).

(4) مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (48).

(5) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (126-127).

— أمّا الاعتراض الثاني والذي ينصب على أن أسباب الإباحة قواعد استثنائية، فقد رجحنا كونها أصلاً وليست استثناء⁽¹⁾.

والنتيجة التي ننتهي إليها أخيراً هي إمكان إعمال القياس بالنسبة لنصوص الإباحة سداً للفراغ القانوني وتحقيقاً لمقصد المشرع في رعاية مصالح المتهم.

2. أن يكون الحق مؤكداً.

ونعني به ثبوته بعدم التنازع فيه، ويتجلى هذا التنازع عادة من خلال العجز عن استغلاله لعدم وجود نص قانوني مبيح، أو لورود نص يمنع استعماله بالطريقة التي يريدها المستعمل، غير أن ذلك لا يحول دون استفادة الشخص من حقه، ويحصل الاستغلال باللجوء إلى القضاء فهو الأسلم والأضمن، ولنضرب مثلاً لتتضح به الصورة، وهو فعل الدائن الذي يستوفي أمواله من المدين عن طريق السوق والاختلاس، إذ المسلك المشروع لتحقيق هذا الحق هو اللجوء إلى القضاء بأساليبه المحددة، أمّا إقامة العدالة للنفس فإنه يجعل الفعل غير مشروع مكوناً لجريمة معاقباً عليها⁽²⁾. وهذا هو الرأي الراجح والمستقر قضاءً.

• وذهب الأستاذ رمسيس بهنام إلى عدم لزوم هذا الشرط حيث رأى الاكتفاء بوجود الحق في مخيلة الفاعل بناء على أسباب معقولة، ويعمل معاقبة من يختلس مالا مملوكاً للمدين استيفاءً للدين، بأن فعله ينصب على جريمة سرقة، لا لأنه استخدم حقاً متنازعا فيه⁽³⁾.

والحقيقة أن النتيجة واحدة في الحالتين وهي عدم تمكين المستعمل من الاستفادة مما قد يراه حقاً ما دام المشرع لا يرقى به لأن يكون كذلك، وإنما كان هذا الحكم لوجود وصف التنازع فيه، مما كيفه بوصف السرقة في المثال الذي سقناه، أمّا استفادة الشخص من الإباحة بناء على ظنه بتوافرها لوجود أسباب معقولة لديه، فهذا الأمر شيء، وما نشترطه في هذا المقام شيء آخر، وفي ذلك تأكيد على القاعدة المستقرة منذ القدم وهي عدم جواز أن يقتضي الإنسان حقه بنفسه، بل عليه أن يلتجئ إلى القضاء إقامة للعدل وتحقيقاً للأمن والطمأنينة.

(1) راجع ص (22) من الرسالة.

(2) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (173). عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، (97). عثمان سعيد

عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، (337).

(3) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (309).

النتيجة:أولاً: من حيث مصادر الحقوق.

- ثمة تقارب واضح بين الشريعة و القانون من حيث حصر مصادر الإباحة أو التحريم جملة،
 أمّا تفصيلاً فنجد بعض الاختلافات التي يمكن أن نلخصها فيما يلي:
1. الشريعة الإسلامية مصدر الحقوق جميعاً، والتي ترجع في منبعها الأول إلى حق الله تعالى وهذا ما يجعلها دائماً مقيدة بما قيدها الشارع الحكيم ممّا يمنع الحيف أو الاعتداء.
 أما القانونيون فيجعلون القانون المكتوب على وجه الخصوص مصدراً للحقوق جميعاً ولذلك لمسنا إهمالهم بعض أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر للحقوق ما دامت تتعارض مع ما استقروا عليه من قوانين، فهم يجعلون القداسة لقوانين البشر دون رب البشر.
 2. ما أباحت الشريعة الإسلامية لولي الأمر – إن كان أهلاً لذلك – تحريماً وإباحة من خلال قواعد وضوابط جاءت أكثر فاعلية ومرونة ممّا أعطاه القانون للرئيس من سلطة إصدار القرارات واللوائح في مجالات قد يحرم فيها الحلال ويبيح الحرام.
 3. العرف في الشريعة الإسلامية لا يقوى أن يخالف أحكامها وقواعدها الثابتة مهما بلغ من الذبوع والانتشار، بخلاف القانون الذي لا يقيد بما ذكرنا.

ثانياً: من حيث ثبوت الحق.

تتفق الشريعة الإسلامية مع القانون في أصل اشتراط ثبوت الحق لصاحبه، ولكنها تختلف معه في التطبيق من حيث ما أوردناه من خلاف في بعض صور استيفائه، وقد ترجح لدينا ما استقر عليه القانونيون، وهذا اتجاه يحمّدون عليه عملاً على استقرار أوضاع المجتمع ما دامت هناك هيئة قادرة على تحصيل الحقوق هي القضاء.

البند الثاني: صاحب الحق.

وهذا شرط بديهي متسق مع طبيعة الحياة، إذ لا بد أن يتولى الحق صاحبه لأنّه من يختص بالمنفعة، فيحرص على تحصيلها ولكن ثمة صور قد لا يتولى صاحب الحق الاستعمال بنفسه فلمن يخول المشرع ذلك؟.

أولاً: صاحب الحق في الشريعة الإسلامية .

إن صاحب الحق هو مدار الحق من حيث أنّه المخاطب بالأوامر والنواهي، ولتحديده يرجع إلى مصدر الحق نفسه، ومن خلال استقرار طبيعة الحقوق المستعملة يمكن أن نلمس في مستعملها من حيث ما يتطلبه الشارع من شروط حالتين:

— الحالة الأولى: أن يُعترف لكل شخص بالاستعمال من غير تقييد بشروط معينة كالدفاع الشرعي، فكل من وقع عليه اعتداء جاز له أن يدافع عن نفسه، كذا ممارسة الألعاب الرياضية.

— الحالة الثانية: لا يُمنح الحق إلا لمن توافرت فيه شروط يحددها الشارع، كحق التأديب الذي لا يخول إلا لزوج أو أب أو معلم، وحق التطبيب الذي لا يتولاه إلا متحصل على شهادة في الطب ومتى توافرت فيه شروط خاصة.

وفي جميع الأحوال فإن استعمال الحق بالنسبة لصاحبه مقيد دائماً بحق الله فيه، باعتبار أن الحقوق في شريعتنا غائية، وهي جميعها ترجع إلى حق الله تعالى، لذلك لم تكن خالصة لمستعملها، بل لا بد أن يراعى جانب الشارع فيها، ثم أنه بحسب صفة مستعمله يمكن أن نلمس ثلاثة أصناف:

1. الأصيل: هذا هو المبدأ العام في أي حق إذ يتولاه صاحبه لأنه صاحب المصلحة في تحصيله كعضو البرلمان بالنسبة لحق الطعن، والمصول عليه بالنسبة لحق الدفاع.

2. الوكيل أو النائب: وهو من يتولى عقد الوكالة، والوكالة: «تفويض شخص ماله فعله ممّا يقبل النيابة»⁽¹⁾، وهي من حيث مصدرها نوعان: «قانونية: إذ تقررها نصوص القانون وتحدد نطاقها، مثالها نيابة الولي والوصي، واتفاقية: تكون ثمرة اتفاق الأشخاص فيما بينهم، وهي ما اصطلح على تسميتها بالوكالة»⁽²⁾.

واستعمال الحق بالنيابة تقتضيه طبيعة الحياة، فإذا أبيع الاستعمال لشخص بعينه تحصيلاً لمصالح محددة، فقد يتعذر عليه استعماله بنفسه كتأديب صغير يوكل إلى رقيب حال غيبة مثلاً، وقد تتعين هذه النيابة كسبيل أسلم لتحصيل هذه المصالح، كدفاع المحامي عن موكله، وفي ذلك تيسير على الناس وهو ما اصطلح عليه الفقهاء بالوكالة بالخصوص.

3. الفضولي: هو من يتولى عقد الفضالة، وهي: «التصرف للغير بدون إذن»⁽³⁾.

فهي تقوم على دوافع إنسانية خيرة بتقديم خدمة للغير تحصيلاً لمصلحة راجحة، غير أنها في نفس الوقت تشكل مساساً بحقوق هذا الغير كونه لم يأذن ابتداءً، لأجل ذلك كان عمل الفضولي محل خلاف بين الفقهاء.

(1) الشريبي (محمد الخطيب) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (دار الفكر) (217/2). وانظر: الزيلعي، تبين الحقائق، (4/254).

الكاسان، بدائع الصنائع، (6/19). ابن قدامة، المغني، (5/79). ابن رشد، بداية المجتهد، (1/302).

(2) السهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (القاهرة: دار النهضة العربية) (1/190).

(3) ابن رجب (أبو الفرج عبد الرحمن)، القواعد في الفقه الإسلامي، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية 1413هـ - 1992م) (452).

— فذهب الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والحنابلة في رواية⁽³⁾، إلى صحة تصرفات الفضولي بشرط إجازة صاحب الشأن.

— وذهب الشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة في أرجح الروايتين⁽⁵⁾، إلى بطلان تصرفه ولو أجازاه صاحبه. غير أن الرأي الأول هو الأولى بالاتباع، والذي جرى واستقر عليه العمل باعتبار الأثر الطيب والمصلحة المتحصلة متى رضي صاحب الشأن⁽⁶⁾، ومن أمثلته:

— أنه لو رأى شاة غيره تشرف على الهلاك فذبحها لينتفع صاحبها بلحمها لم يضمن.

— لو رأى السيل يمرّ بدار جاره فنقب حائطه وأخرج متاعه لم يضمن نقب الحائط.

— لو نشبت النار بحائوته فهدم جانباً منه حتى لا تسري النار لم يضمن⁽⁷⁾.

ثانياً: صاحب الحق في القانون .

لا يختلف القانونيون في تحديد مستعمل الحقّ عما أوضحه أهل الشريعة، ويمكن أن نلخص النظرة القانونية فيما يلي:

إنّ استعمال الحقّ مشروط بأن لا يتولاه إلا من يخوله القانون ممارسته، حيث يعترف له بتوافر المصلحة التي سبغ عليها حمايته، فيغدو حقاً واجب الاتباع، وعلى ذلك فإنّ تحديد صاحب الحقّ يكون بالرجوع إلى مصدر الحقّ نفسه أو العرف المتداول في استعماله، والذي يحدده في:

1. الأصيل: أي صاحب الحقّ نفسه ممن له مصلحة تحصيله، وقد يتولى القانون تحديده برسم الشروط المنشئة للحق كالطبيب مثلاً، كما قد لا تكون هناك حاجة لمثل هذا التحديد وقد يستدعي القانون توفر صفات معينة شخصية أو مكتسبة فيمن يستعمله.

فالصفات الشخصية: كالأبوة في تأديب الولد، والزوجية في تأديب الزوجة.

(1) ابن الممّام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد) شرح فتح القدير، ط 2 (بيروت: دار الفكر) (51/7).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، (191/2).

(3) المرداوي (علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام الميثل أحمد بن حنبل، ط 2، صححه وحققه: محمد حامد الفقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1906هـ - 1986م) (273/4).

(4) الرّملّي (شمس الدين محمد بن شهاب الدين) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، الطبعة الأخيرة (بيروت: دار الفكر، 1404هـ - 1984م) (402/3).

(5) المرداوي، الإنصاف، (283/4...). ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، (453).

(6) أنظر في مناقشة الرأيين والترحيح بينهما: سعاد سطحي "الفضالة بين الشريعة و القانون" مجلة منهاج الشريعة، قسنطينة، إصدار معهد الشريعة بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، (السنة الأولى، محرم 1420هـ - ماي 1999م) العدد الأول، (143...).

(7) ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، (404).

الصفات المكتسبة: وهي لا تخرج عن مؤهلات علمية، مع فرض شروط إضافية كقيود خاصة يكون لها دور الرقيب لحسن أداء الحق الممارس، ويرتبط هذا النوع بوجود الشخص في مركز قانوني، كالطبيب، والمحامي، والصحفي، ونائب البرلمان... فمثل هذه المهن لخطورتها وارتباطها بحياة الناس تستدعي وضع تلك القيود⁽¹⁾.

2. الوكيل: من يتولى عقد الوكالة، وهي: «عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر القيام بعمل قانوني لحساب الموكل»⁽²⁾.

والمتبع لنص المادة: (01/39) عقوبات جزائري، التي تعتبر الأصل في إباحة الأفعال استعمالا للحق حيث تنص على: «لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون» نجدها لا تستلزم سوى أن يكون الحق مقررًا بمقتضى القانون حيث تركت مجالا لتحديد من يستعمله، لذلك يمكن أن نقول بجواز النيابة في الاستعمال إذا كانت طبيعة الحق تسمح بذلك، ونحن إذا تأملنا الحقوق، من حيث قابليتها يمكن أن نلمس:

— حقوقا لا تقبل الإنابة بطبيعتها، كممارسة الرياضة، والوقوف للشهادة أمام المحاكم، فهذه ذات طبيعة ذاتية.

— حقوقا يمنع القانون استعمالها بالنيابة وإن كانت طبيعتها لا تأبى الإنابة، ولكن القانون لاعتبارات يقدرها يمنع استعمالها إلا لمن أباحها لهم، كالتأديب والتطبيب، حرصا على تحقيق الغايات المرسومة في شتى المهن، تحصيلًا لغايات اجتماعية سامية، نفسية أو صحية أو أدبية، قد لا يتيسر إتيانها من أي فرد، من هنا منع المشرع الإنابة، وإن كان العمل في حد ذاته يقبل ذلك.

— حقوقا تقبل الإنابة، يسمح القانون بذلك، وينظم طريقة استعمالها⁽³⁾، وهي كثيرة منها ما يكون سبب وجودها قانونيا كنيابة الولي أو الوصي، ومنها ما يكون اتفاقيا يقوم على تراضي ذوي الشأن وحينها تسمى وكالة⁽⁴⁾.

3. الفضولي: حددت المادة: (150) مدني جزائري مدلول الفضالة بقولها: «الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك»⁽⁵⁾.

(1) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، (416...).

(2) علي علي سلمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، (44).

وقد نصت المادة: (571) مدني جزائري على تعريف الوكالة، ولكنها كانت محل انتقاد. أنظر حول هذه الانتقادات المرجع نفسه، (43-44).

(3) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، (434...).

(4) المصدر نفسه، (439...). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (168). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (77).

(5) فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (213).

(5) يقابلها المواد: (188) مدني مصري. (154) مدني لبناني. (191) مدني سوري.

فالملاحظ أن عمل الفضولي هو في الأصل من موضوعات القانون المدني الذي حدّده ويبيّن شروطه وآثاره⁽¹⁾، وتنشأ بموجب عمله حقوقا والتزامات متبادلة بين أطراف العلاقة، حيث يترتب عليه تحصيل مصلحة للغير وإن كان في الوقت نفسه يكتسي مظهر المساس بحق هذا الغير باعتباره لم يعلم أو يأذن به.

والملاحظ أن عمل الفضولي له آثاره في القانون الجنائي تماما كالقانون المدني، باعتباره نوعا من الوكالة طالما كان الفعل نفسه جائزا قانونا بالنسبة للأصيل، فقد نصت المادة: (152) مدني جزائري على ما يلي: «تسري قواعد الوكالة إذا أجاز ربّ العمل ما قام به الفضولي» فهو إذن مشروط بإجازة الأصيل.

ومعلوم أن القواعد القانونية السائدة هي كلّ متسق لا تتناقض أجزاءه، فمن غير المعقول أن يعاقب القانون الجنائي على فعل جعله المشرّع مباحا في قانون آخر⁽²⁾.

وبذلك نستنتج أن مفسدة ما يظهر من المساس بحق الغير في تحصيل الإذن لممارسة سلوك معين تغدو لا اعتبار لها أمام المصلحة المتحصّل عليها بعمل الفضولي كإطفاء حريق بكسر باب، أو ذبح شاة مشرفة على الهلاك⁽³⁾.

النتيجة:

إننا لا نكاد نلمس اختلافا بين النظامين: الشرعي والقانوني حول ما ينبغي أن يتقيد به مستعمل الحق من شروط ومواصفات ممّا يجعل التطابق بين النظامين قائما.

الفرع الثاني: الشرط الموضوعي.

ونعني به ارتكاب الحق في الحدود المرسومة له من قبل المشرّع، وذلك باعتبار أن الحقوق نسبية وليست مطلقة، وتتضح هذه الحدود بالرجوع إلى النصوص أو القواعد القانونية التي تحدد الحق وتبيّن معالم ممارستها، علما أن هذه الحدود تختلف باختلاف الحقوق، ومن ثم فإنّ البيان الدقيق لها

(1) انظر المواد من : (150) إلى (159) مدني جزائري. و لمزيد تفصيل في أحكام الفضولي: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، (264 ...). السنهوري، الوسيط في القانون المدني، (1/1228 ...).

(2) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، (444-445).

(3) وإن كانت هذه السلوكات مجرّمة في غير هذه الأحوال، المواد: (295، 443، 444) عقوبات جزائري.

يكون عند دراسة كل حق على حدة، فعملنا هنا هو بيان هذه الحدود بصفة عامة من أجل تقرير القواعد الكلية، ويمكن تصنيف هذه الحدود إلى ثلاثة أصناف: المشروعية، اللزوم، التناسب.

البند الأول: مشروعية استعمال الفعل.

أولاً: في الشريعة الإسلامية .

تتحقق مشروعية الفعل إذا كان على مقتضى الشريعة ومنهجها، بحيث لا يشكل اعتداء على الآخرين ولا يهدد مصالحهم، وذلك إذا كان الفعل على نهج مقاصد الشريعة التي لأجلها أيج، وهي مصالح العباد متمثلة في تحصيل النفع ودفع الضرر عن الدين، والنفس، والعقل، والنسل والمال. يقول الشاطبي: «فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفسدات، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة»⁽¹⁾، ويقول أيضاً: «لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»⁽²⁾.

إذن فالفعل المشروع مرتبط ارتباطاً وثيقاً بتحقيق المصالح التي قصدها الشارع الحكيم وتلك غاية تقتضي أن يكون ثمة دستور يحكم مباشرة الحق حتى لا يؤدي إلى الخروج عن الإباحة، وذلك منوط بما يضعه الشارع من قيود وحدود مادية مرسومة لممارسة كل حق على حدة.

فكان المنطق والعدل يقتضيان أن تتعدم هذه الصفة — المشروعية — إذا أضحت هذه الحقوق وسائل لمخالفة منهج الشارع من إباحة الفعل، إذ مناقضة قصد الشارع باطلة فيكون ما يؤدي إليها باطل، فيخرج الفعل عن الإباحة، ويمكن أن نمثل لذلك بسلوك طبيب لم يتبصر في عمله، بأن أجري جراحة دون أخذ إذن المريض، فهنا يكون قد قام بفعل غير مشروع أصلاً لانعدام شرطه وهو رضا المريض بالعلاج.

(1) الشاطبي، الموافقات، (28/3).

(2) المصدر نفسه، (120/3-121).

ثانيا: مشروعية استعمال الحق في القانون .

يتحقق هذا الشرط إذا استعمل الحق على الصورة التي وضع لأجلها، والملاحظ أن المقتنين لم يشرحوا فكرة المشروعية⁽¹⁾، ولكنهم أعطوا الصورة العكسية لها، وقديما قيل: بالضد تتضح الأمور.

وعلى ذلك فإن نحن بيننا صورة وقوع الفعل غير مشروع اتضح لنا متى يكون مشروعا. يرجع الفضل في بيان ذلك إلى القانون المدني، الذي نصّ على الأحوال التي يعد فيها الفعل تعسفيا، وقد ورد ذلك بالنسبة للمشرع الجزائي في المادة: (41) منه ونصها: «يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة»⁽²⁾. فهذه المادة أعطت ثلاث صور للاستعمال المذموم:

— غرض إلحاق الضرر بالغير.

— مرجوحية المصالح التي يقصدها المستعمل مقارنة بالأضرار الناتجة عن هذا الاستعمال.

— عدم مشروعية المصلحة أصلا، كأن يكون الغرض المقصود مخلا بالأداب أو النظام العام⁽³⁾، من ذلك أن يستعمل الطبيب مشروطه في إجهاض الأجنة، أو يضرب الزوج زوجته ضربا مبرحا يؤدي إلى كسر عظم، أو يقوم الرياضي في مباراة لكرة القدم بركل زميله على خاصرته ودفعه بقوة مما يتسبب له في كسر أو جرح خطير، ففي كل هذه الصور نكون أمام فعل غير مشروع أصلا لأنه خارج عن الأغراض التي رسمها المشرع بإباحة هذه الأحوال، مما يجعل الفعل موصوفا بالتجاوزي⁽⁴⁾ إذ يصبح خروجا عن الحدود المرسومة قانونا.

النتيجة:

تتفق الشريعة مع القانون في صيرورة الفعل الذي كان مباحا إلى الحظر متى تحقق خروجه عن القيود التي رسمها الشارع.

(1) وفي ذلك ما يعيب المشرع الذي أغفل بيان المشروعية. على علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، (16).

(2) وانظر: المادة: (05) من القانون المدني المصري، التي تجعل الفعل غير مشروع أصلا. وبذلك يجعل التجاوز أعم من التعسف في استعمال الحق.

(3) محمود محمود مصطفى، شرح القانون الجنائي القسم العام، (171). عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، (365). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (206).

(4) نقصد في التجاوز في استعمال الحق: الخروج بالواقعة المرتكبة عن الحدود المادية المرسومة سواء كان ذلك عمدا أو بغير قصد.

خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (460...).

البند الثاني: لزوم الفعل المستعمل استيفاء للحق.أولاً: في الشريعة الإسلامية .

يقول الأستاذ فتحي الدريني: «واستعمال الحق إنما يكون عن طريق أفعال لازمة وملائمة بحيث تفضي إلى الهدف الذي من أجله قرّر الحق، ولهذا قيدنا الأفعال بكونها لازمة، أي ضرورية ولا ندحة عنها» (1).

فقد أحسن أستاذنا تفسير مدلول اللزوم بأن ربطه بالضروري من الأفعال التي لا يستطيع المستعمل تركها وإلا اختل الهدف من مباشرة الحق، وعلى ذلك فإنّ هذا الشرط يقتضي الإقتصار على الأفعال الضرورية فكان على الممارس أن يلتزم في استعمال حقه على ما يدفع مشقته وحاجته الشديدة، ومعلوم أنّ الضرورة في الشريعة تقدر بقدرها (2).

لذلك فإنّ هذا الشرط يعتبر قيداً عاماً يمكن اشتراطه ولو لم ينص عليه المشرع صراحة، لأنّه مستخلص من المبادئ العامة التي يستدعيها استعمال كل حق، وضابطه أن يسلك صاحب الحق مسلك الرجل العادي مع تقدير الظروف التي تحيط به، والسبب في هذا التقدير هو أنّ الشريعة التي جاءت لرعاية مصالح الناس تنتظر في تحقيقها إلى تحصيل أكبر قدر ممكن من مصالح الأفراد والجماعة وبأقل الأضرار الممكنة، باعتبار الممارس لا يكون بمعزل عن المساس بمصالح الآخرين (3)، ولكن الشارع ينظر إلى حماية المصلحة الأكثر نفعاً، ولذلك ترجح جانب المستعمل لحقه، متى تعذر التوفيق بين الحقين معاً، ولكن مع ذلك ينبغي أن يراعى عند استعماله تحصيل هذا النفع بأقل الأضرار، وهذا عين ما ضبطه فقهاؤنا في بعض القواعد العامة التي يمكن الاستئناس بها.

درء المفاسد أولى من جلب المصالح (4)، يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (5)، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (6)، إذا تعارضت مفسدتان، يراعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما (7)، يختار أهون الشرين (8).

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (213-214).

(2) المادة: (22) من مجلة الأحكام العدلية، (38/1).

(3) راجع أساس استعمال الحق جنائياً، ص (83) من الرسالة.

(4) المادة: (30) من مجلة الأحكام العدلية، (41/1).

(5) المادة: (26) من المجلة نفسها، (40/1).

(6) المادة: (27) من المجلة نفسها، الموضع نفسه.

(7) المادة: (28) من المجلة نفسها، الموضع نفسه.

(8) المادة: (29) من المجلة نفسها، 41/1.

وعلى الجملة فكل سبيل كان أيسر من غيره في الاستعمال لم يجز تخطيه إلى ما هو أكثر منه تحصيلًا لأكثر المصالح بأقل الأضرار.

ثانيا: لزوم الفعل المستعمل استيفاء للحق في القانون.

ونعني به اقتضار نطاق الحق على القدر الضروري الاستعمال، بحيث لا يسع صاحبه في مثل الظروف التي وضع فيها أن يأتي غيره مما كان دونه جسامة، فتوافره إذن مرتبط بظروف مادية وشخصية تحيط بالحق ومستعمله، فهو متوقف على الوقائع بتقدير سلوك الرجل العادي مع اعتبار الظروف المادية والشخصية التي وضع فيها.

فبالنسبة للظروف المادية فإنها ترجع إلى طبيعة الحق ذاته، وما يلائمه من لأفعال، فالطبيب ليس له أن يستعمل مشرطه في جسم المريض، إلا إذا تأكد لديه استدعاء حالته مثل هذا المسلك، فإن كان في وسعه إزالة العلة بعلاج دون ذلك كاستعمال دواء كان هذا المسلك لازما بخلاف الجراحة. أما الظروف الشخصية فقد ترجع إلى استعدادات الشخص نفسه أو إلى الظروف المحيطة به حين الاستعمال، أو هما معا، من ذلك الدفاع الشرعي، فما قد يكون لازما من أفعال بالنسبة لشخص قد لا يكون كذلك بالنسبة لآخر، فالهروب قد يكون دفاعا بالنسبة لابن مع أبيه فلا يعتبر شائنا له باعتبار صلة القرابة بينهما، ولكنه لا يكون كذلك بالنسبة لشخص غريب مما يدفعه إلى فعل مادي اتجاه المعتدي، وهذا الفعل المادي نفسه قد يختلف بحسب حالة الشخص المدافع، ضعيفا أو قويا، رجلا أو امرأة، ومن حيث الظرف الزمني الذي يتواجد فيه ليلا أو نهارا، في مكان خال كصحراء، أو مكان أهل، كل ذلك يؤثر في لزوم الفعل المستعمل بحيث يختلف من واقعة لأخرى⁽¹⁾.

النتيجة:

لا اختلاف بين النظامين في الاعتداد بهذا الشرط.

(1) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، (366). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (84). فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (213/1). محمد سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (452).

البند الثالث: تناسب الفعل المستعمل مع الضرر الناتج أو المتوقع.أولاً: في الشريعة الإسلامية.

1. التناسب لغة: يدل على التقارب والتلاؤم، والمشكلة، نقول: فلان نسيب فلان، أي قريبه، وهذان شيان ليس بينهما مناسبة أي ملاءمة ومشكلة (1).

2. اصطلاحاً: فقد كثر استعماله على لسان الأصوليين باعتباره لبّ القياس الذي هو أساس الاجتهاد. فعرفه الغزالي بقوله: «المراد بالمناسب ما هو على منهاج المصالح بحيث إذا أضيف الحكم إليه انتظم» (2).

وعرفه الأمدى بأكثر دقة حيث قال: «المناسب: عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصوداً من شرع ذلك الحكم، وسواء كان ذلك الحكم نفيًا أو إثباتاً، وسواء كان ذلك المقصود جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وهو أيضاً غير خارج عن وضع اللغة لما بينه وبين الحكم من التعلق والارتباط، وكل ما له تعلق بغيره وارتباط فإنه يصح له أن يقال أنه مناسب له» (3).

فقد صرح بأن التناسب وصف يلحق الفعل الذي يحصل به مقصود الشارع من جلب نفع أو دفع ضرر، والسؤال الذي يطرح نفسه: ما السبيل إلى تحصيل هذا الوصف حتى يتحقق مقصود الشارع؟.

أجاب أستاذنا الدريني عن ذلك عند بيانه لموضوع التعسف في استعمال الحق إذ يقول: «وَأصل هذا النظر تحقيق المواءمة بين ما يقتضيه الواقع ومقتضيات مقاصد التشريع، بحيث لا تقع المناقضة بينهما من حيث المقصد والمآل» (4).

فالتناسب يتوافر متى انتفى التناقض والتعارض بين ما قصده الشارع من إباحة الفعل وما تحقق على أرض الواقع، وأن ضابط ذلك وكاشفه هو ما يسميه الأصوليون بمآل الفعل (5)، أي نتيجته

(1) ابن منظور، لسان العرب، (4405/6) مادة: نسب.

(2) الغزالي، المستصفى، (297/2).

(3) الأمدى، الإحكام، (237/4).

(4) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط3، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1401هـ - 1981م) (12).

(5) يقصد بمآل الفعل: ربط فكرة المقاصد بالبواعث والنوايا، والحكم على التصرفات من خلال نتائجها وغرائها وفقاً لقواعد وضوابط شرعية هامة في مقدمتها: الذرائع، الحيل، الاستحسان، مراعاة الخلاف.

عبد الحميد العلمي، "قواعد التنظيم المالي عند الإمام الشاطبي" مجلة الموافقات، الجزائر: المعهد الوطني العالي لأصول الدين، العدد الثاني (ذو الحجة 1413هـ - 1993 م) (311...).

وثمرته، وهذا ضابط موضوعي يقوم على الموازنة بين النفع والضرر، أو المفسدة والمصلحة الحاصلتين من استعمال الحق⁽¹⁾، «لأن الحقوق إنما شرعت لجلب مصلحة أو درء مفسدة، فإذا آل استعمالها إلى ما يناقض هذا الأصل لم تشرع»⁽²⁾.

وقد أبدع الشاطبي في بيان هذا الضابط إذ يقول: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تتدفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة — أو درأ المفسدة فيه — إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه عذب المذاق، محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة»⁽³⁾.

وبيان هذا الضابط أن الحق: إذا كان له مآلان — نتيجتان — متعارضتان ينظر إلى المصلحة أو المفسدة الناجمة عن استعماله.

— فإذا تساوت المصلحة والمفسدة أو رجحت المفسدة انخرم التناسب، وصار الفعل خارجاً عن المشروعية وذلك باعتبار اهتمام الشارع بالمنهيات أكثر من اهتمامه بالمأمورات، ولذلك أصبح من المقررات الشرعية أن درء المفسدات مقدم على جلب المصالح⁽⁴⁾.

— أما إذا كانت المفسدة نادرة أو مرجوحة، ثبت الحق وصح استعماله إذ لا عبرة بالمرجوح مع وجود الراجح، ويؤكد الأستاذ الدريني هذا النظر مبيناً أنه قدر متفق عليه بين الفقهاء والأصوليين باعتبار الحكم الشرعي منوط دائماً بغلبة المصلحة على المفسدة إثباتاً، وغلبة المفسدة على المصلحة نفياً نظراً

(1) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (345...).

(2) المرجع نفسه، (89).

(3) الشاطبي، الموافقات، (177/5-178).

وانظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده، (121). المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية من 16 إلى 21 شوال 1380هـ (القاهرة، 1382هـ - 1963م) (37).

(4) المادة: (30) من مجلة الأحكام العدلية، (41/1).

لاستحالة وجود المصلحة الخالصة أو المفسدة الخالصة، وأن هذا مستفاد من تتبع ضوابط المشروعات في شريعتنا⁽¹⁾.

هذا عين ما يؤكده الشاطبي بقوله: «فالمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المفهومة عرفا، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفا لذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبا إلى الجهة الراجعة، فإن رجحت جهة المصلحة فمطلوب، ويقال فيه أنه مصلحة، وإذا غلبت جهة المفسدة فمهروب عنه، ويقال أنه مفسدة»⁽²⁾.

وقد خلص أستاذنا الدريني إلى نتيجة هامة وهي: «وبهذا يصبح أصلا مقررا في الدين ثابتا بالاستقراء أن الضابط في المشروعات أو الممنوعات هو الموازنة، والعبرة بما غلب حسب الأحوال سواء أكانت المصلحة في ذاتها تشمل على مفسدة أو العكس، أم كانت المصلحة قد شرع الحكم لها ولكنها تستلزم مفسدة مجاورة مساوية أو راجحة، فالضابط الموازنة في الشرع كما قلنا»⁽³⁾. خلاصة ذلك ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية: «المصلحة هي المنفعة الحاصلة أو الغالبة»⁽⁴⁾.

ثانيا: شرط التناسب في القانون.

لم يعن القانونيون ببيان هذا القيد كشرط عام، ولكنهم تناولوه في موضوع الدفاع الشرعي، فقالوا في تعريفه: «أن تكون الوسيلة التي استعملها المدافع هي ما يمكن الالتجاء إليه لدرء الاعتداء»⁽⁵⁾.

ولو أردنا تعميم هذا الشرط بالنسبة للحقوق التي تخضع لأسباب الإباحة يمكن أن نقول أنه يتحقق متى استعمل الممارس من الوسائل ما هو لازم وضروري لتحصيل حقه⁽⁶⁾، وأن الضابط لمعرفة ذلك هو: «الموازنة بين ما يحققه الاستعمال من مزايا وما يفضي إليه من ضرر، فإن لم يكن بينهما اختلال ظاهر تحقق التناسب»⁽⁷⁾، ولذلك يصح القول أن هذا الشرط يمكن أن يستفاد بمفهوم

(1) فتحى الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (125).

(2) الشاطبي، الموافقات، (45/2).

(3) فتحى الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (126).

(4) ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، 345/11.

(5) عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقه (الاسكندرية: دار المعارف، 1991م) (61).

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة في المادة: (02/39) والتي جاء فيها: "...بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع حسامة الاعتداء".

(6) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، 21(204).

(7) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (86).

المخالفة من نص المادة: (2/41) من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، والتي جاء فيها: «... إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير». فهذه المادة تجعل الفعل تعسفياً متى ترجح ضرر الاستعمال على المصلحة رجحاناً كبيراً، مما يعدم التناسب بينهما، فإن غلب جانب المصلحة وجد التناسب. أما عن معيار تطبيق هذا الشرط فأكثر الشراح على مراعاة مسلك الرجل العادي مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تحيط به سواء كانت شخصية أم مادية⁽²⁾.

النتيجة:

القانون كالشريعة الإسلامية كلٌّ منهما ينظر في تحقيق شرط التناسب إلى مكونات الواقع، بتقرير الأسلوب الأمثل للربط بين المصلحتين الفردية والجماعية من غير إهدار لواحدة على حساب الأخرى إلا بوجه حق، وقد تجلت عناية الشريعة بتحصيل هذا الشرط من خلال تعميمه في كل ممارسة حتى أسست له نظرية عرفت بمآلات الأفعال.

الفرع الثالث: الشرط الشخصي.

ونعني به وجوب توافر حسن النية لدى من يمارس حقه، وهذا الشرط محل خلاف إذ لم يتفق على اشتراطه.

البند الأول: الشرط الشخصي في الشريعة الإسلامية.

أولاً: مدلوله.

يقصد به وجود النية الحسنة لدى الممارس، والتي تعني «عدم انتواء الشرّ مطلقاً»⁽³⁾، فهي ناشئة عن سلامة الصدر، ونقاء الضمير، أما من الوجهة الجنائية، فينصرف إلى انتفاء رغبة المستعمل حقه في مخالفة الشارع، بل تحل محلها رغبة نفسية في تحصيل الحق على الوجه المطلوب، والذي لأجله وجد، فجورها إذن «انبعاث القلب نحو ما يراه موافقاً لغرض من جلب نفع

(1) تقابلها المادة: (05/ب) من القانون المدني المصري والتي جاءت أكثر دقة في تحديد هذا الشرط ونصّها: "...إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها".

(2) بيان في تحديد التناسب: حق الدفاع الشرعي، (99) من الرسالة.

(3) علي حسن عبد الله الشرقي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ط1، (الزهراء للإعلام العربي،

1406هـ - 1986م) (191).

أو دفع ضررٍ حالاً أو مآلاً، والشرع خصها بالإرادة المتوجهة نحو الفعل ابتغاء وجه الله تعالى وامتنالاً لحكمه»⁽¹⁾، فيتجلى فيها قصد الطاعة والامتنال، سواء بإيجاد الفعل إن كان خيراً، أو الامتناع عنه إن كان شراً.

وتكمن أهمية هذا الشرط في أن المنطق يقتضيه، ذلك أن حالات الإباحة إنما وجدت استثناء من قواعد التجريم، تحقيقاً لمصالح ذات قيم اجتماعية ينبغي التنبيه لها، فإن خالفها الممارس كان الفعل على خلاف الصورة التي رسمت له، مما يستدعي العودة إلى الأصل من المنع.

ثانياً: الاستدلال على اشتراطه.

يمكن لنا أن نحكم ومن البداية أن هذا الشرط مطلوب في كل حق ومن غير استثناء، ونستدل على ذلك عقلاً وشرعاً:

1. **عقلاً:** بوضع سلوك المستعمل حقه في وضعه الصحيح، فبحسب صدور الفعل مقروناً بنية ورغبة المستعمل، إما أن يصدر السلوك خالياً من كل رغبة، فيكون الفعل عشوائياً، وتنزه فعل المؤمن أن يكون كذلك، وإما أن يصدر مصحوباً برغبة وهدف غير مشروعين، فتنتفي بذلك الإباحة إذ يصبح الفعل اعتداء لوجود الرغبة الباطنة في مخالفة مقصد الشارع، والتي يستدل عليها بقرائن وعلامات تؤكدتها، أما الصورة الأخيرة فهي الماثلة بتوجه إرادة المستعمل إلى تحقيق الغاية التي لأجلها شرع الفعل، فنكون بالتأكيد أمام فعل مباح.

2. شرعاً:

— يعتبر حديث «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽²⁾، أصلاً جامعاً، وعلى أساسه بنوا أحكاماً وقعدوا قواعد كانت منهجاً في بيان أحكام سلوكيات الأفراد، قد يكون أهمها على الإطلاق قاعدة: «الأمور بمقاصدها»⁽³⁾، التي تنفرع عنها قاعدة جزئية هامة هي: «أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، صحيحاً أو فاسداً، أو طاعة أو معصية»⁽⁴⁾.

هذا عين ما يؤكد الشاطبي من ضرورة مطابقة الفعل لمقصد الشارع ظاهراً وباطناً حيث يقول: «ولما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك، لأن مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، (30).

(2) أخرجه البخاري، كتاب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، (02/1).

(3) أنظر: (02) من مجلة الأحكام العدلية، (19/1). السيوطي، الأشباه والنظائر، (08)... ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (29)...).

(4) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ابن القيم، إعلام الموقعين، (96-95/3).

الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد به أمور آخر هي معانيها، والمصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل في ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»⁽¹⁾.

ويقول أيضا: «إن الآخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد، أخذ في غير مشروع حقيقة، لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالغرض، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم، فلم يأت بذلك المشروع أصلا، وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الآخذ من حيث صار كالفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به»⁽²⁾.

ويقول الدريني: «إن الفعل الموافق للشرع لا يعصمه أن يصبح غير مشروع إذا كان القصد والباعث غير مشروع، فليست العبرة لهذا الظاهر المشروع، بل لا بد من موافقة الشرع ظاهرا وباطنا»⁽³⁾.

فالنية إذن روح العمل ولبّه، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها، وذلك جار على ما يظهر للعباد ما لم يقد دليل على أن الظاهر خلاف الباطن⁽⁴⁾.

— تأكيد فقهاءنا أن الفعل الذي ظاهره المشروعية إذا كان ذريعة إلى المفسدة منع، وهذا أصل عظيم تميز به المالكية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾ على وجه الخصوص، وإن كان لا يبعد أن يأخذ به غيرهم، وهو ما يعرف بمبدأ سد الذرائع، والشواهد الدالة على اعتبار النية في التصحيح والفساد منعاً لأي ضرر، كثيرة منها:

— منع بيوع الآجال لوجود شبهة الربا⁽⁷⁾.

— منع العقود التي تؤدي إلى الحيل⁽⁸⁾.

— منع آلة اللهو والحرب لما تؤديان إليه من الفتنة.

(1) الشاطبي، الموافقات، (120/3-121).

(2) المصدر نفسه، (30/3).

(3) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (53).

(4) ابن القيم، إعلام الموقعين، (111/3) بتصرف.

(5) الشاطبي، الموافقات، (131/3). القرافي، الفروق، (33/2) الفرق 58.

(6) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، (256/3). ابن القيم، إعلام الموقعين، (135/3). ابن بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (296).

(7) ابن رشد، بداية المجتهد، (155/2...). القرافي، الفروق، (33/2) الفرق 58.

(8) ابن القيم، إعلام الموقعين، (290/3...).

— يُمنع عاصر الغنب إذا كان يتخذ خمر⁽¹⁾.

ومعلوم أن ظاهر هذه العقود المشروعية لتمام شروطها، ولكنها منعت لوجود النية والمقصد السيئين سداً لما تقضي إليه من فساد.

وإذا كانت الأمثلة التي سقناها تتناول جانب المباحات حيث يترجح المنع إذا كان مؤدياً إلى فساد، فما بالك بأفعال محرمة أصلاً فالتشدد فيها أولى وأجدر!

يقول ابن تيمية: «الذرائع حرّمها الشارع وإن لم يقصد بها المحرم خشية افضائها إلى المحرم، فإذا قصد بالشئ نفس المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع»⁽²⁾.

— الاحتياط لجانب الحرمة لخطورته، فيتشدد فيه أكثر من جانب الإباحة، وبيان ذلك أن الفعل الذي ظاهره المشروعية يمكن أن يحكم بحرّمته لظهور بعض الأسباب التي تستدعي ذلك، في حين أن الفعل المحرم لا يمكن أن يحكم بإباحته إلا إذا توفرت فيه أسباب وشروط ومواصفات جليّة تؤكد إمكانية انتقاله إلى الإباحة، هذا ما أوضحه القرافي، إذ يؤكد أن الانتقال من الإباحة إلى الحرمة لا يستلزم تشدداً بل يتطلب أيسر الأسباب، أما الانتقال من الحرمة إلى الإباحة فيشترط فيه أعلى الرتب⁽³⁾، وضرب لذلك أمثلة عدة منها:

- الحربي مباح الدم، يصبح معصوماً لسبب بسيط، هو عقد التأمين، فإذا صار مؤمناً، لم يهدر دمه إلا بسبب قوي وهو الخروج عن المسلمين وإمامهم بقصد محاربتهم.
- المسلم معصوم الدم، لا تزول عصمته إلا لأسباب خطيرة كالردة وقتل النفس عمداً، فإذا تاب المرتد، وعفا ولي الدم عن القاتل رجع كل منهما إلى العصمة، وكل من التوبة والعفو أيسر رتبة من الردة والقتل عمداً بكثير⁽⁴⁾.

هكذا يتأكد لنا، تأثير النية في كل عمل إباحة وحرمة، صحة وفساد، قبولاً ورداً، ولا يقلل من قيمتها، ولا يشكك في تأثيرها صعوبة الكشف عنها، إذ تعتبر القرائن دلائل وعلامات على سوء النية أو حسنها، ومتى لم يكن هناك ما يدل عليها اعتبرنا النية سليمة، عملاً بالظاهر في أمور الناس، وأن الله يتولى السرائر، وبذلك تحصل الموافقة بين فعل المستعمل، ومقتضيات مقاصد التشريع، فلا يكون ثمة تناقض بين الفعل والمقصد⁽⁵⁾.

(1) المصدر السابق، (110/3).

(2) الفتاوى الكبرى، (257/3).

(3) القرافي، الفروق، (73/3) الفرق 131.

(4) المصدر نفسه، (73/3-74) الفرق 131.

(5) علي حسن عبد الله الشري، الماعث وأثره في المسؤولية الجنائية، (198 ...).

ثالثا: حكم تخلف حسن النية:

إن السؤال الذي قد يرد بناء على النتيجة التي خلصنا إليها : ما الحكم لو تخلف هذا الشرط؟ كيف يوصف الفعل؟ هل يبقى على أصل المشروعية؟

إن الجواب عن هذه التساؤلات جاء مستفيضا في مبحث هام تناوله فقهاؤنا بحثا وتمحيصا حيث خرجوا على وفقه نظرية جليلة عرفت بنظرية التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾.

فتخلف حسن النية يجعل الفعل تعسفيا، والذي يعني: «مناقضة قصد الشارع في تصرف ملذون فيه شرعا بحسب الأصل»⁽²⁾.

فهذا التعريف الذي سقناه شمل قيدين هامين هما:

— أن يكون الفعل مشروعا أصلا، ولكن الاستعمال هو الذي أدى إلى الضرر، يقول الأستاذ «أبو سنة» مؤكدا ذلك من خلال التعريف الذي ساقه: «هو استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع»⁽³⁾.

— مخالفة مقصد الشارع من إباحة الفعل، إما لوجود غرض الإضرار بالغير، أو لمرجوحية المصالح والغايات التي قصدها المستعمل⁽⁴⁾.

ولما كان التعسف مرتبطا بوجود القصور والنوايا، وهي أمور نفسية، ساق فقهاؤنا معيارا يدرك به وجود هذا التعسف ظاهرا، وهو يتجلى في منهجين بارزين: أحدهما ذاتي والآخر موضوعي.

1. المعيار الذاتي — الشخصي —: ينظر فيه إلى نية صاحب الحق من حيث استهدافه إلحاق الضرر بالغير، أو الرغبة في تحقيق مصالح غير مشروعة، ويظهر ذلك في صورتين: الصورة الأولى: قصد الإضرار، يقول الشاطبي: «لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»⁽⁵⁾.

(1) لم يرد مصطلح التعسف في عبارات فقهاءنا الأقدمين، ولكنهم عبّروا عنه بمصطلحات أخرى تؤدي نفس المعنى منها: التعنت عند الكاساني، بدائع الصانع، (264/6). والمضارة في الحقوق عند ابن القيم. الطرق الحكيمة، (282). والتعبر الأخير، اختاره الأستاذ أبو زهرة، وقال: "هو التعبير الشرعي المأثور". المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، (27). أقول أن لا مشاحة في الاصطلاح، فالإساءة، والتعنت، والمضارة، والتعسف معاني متقاربة تؤدي غرضا مشتركا هو التصرف في فعل مشروع على وجه يخالف مقصد الشارع من تشريع الفعل، وما دام مصطلح التعسف أكثر تداولاً عند القانونيين والباحثين المحدثين من أهل الشريعة، فلا إشكال في استعماله إذا اتضحت المعاني.

(2) فتحي الدريبي، نظرية التعسف في استعمال الحق، (87).

(3) أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، (105).

(4) فتحي الدريبي، نظرية التعسف في استعمال الحق، (89).

(5) الموافقات، (55/3).

وفيه هذا القصد إذا لم يكن للفاعل منفعة أصلاً، أو إذا كان الفعل مشتملاً على منفعة، ولكن صاحب الحق يمكن له أن يحصلها بطرق أخرى، دون إلحاق مثل ذلك الضرر، غير أنه يختار الجانب الضار فهذا يؤكد قصده السيئ.

يقول الشاطبي فيمن توخى هذا المسلك: «...إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة، أو درء تلك المفسدة حصل له ما أراد، أولاً، فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه، لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينتقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار» (1).

والملاحظ أن هذه الصورة يعسر الكشف عنها، لأن قصد الإضرار أمر نفسي، ولكن يستعان على ذلك بالقرائن المادية ومنها السلوك الخارجي لمستعمل الحق (2).

الصورة الثانية: استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع لها، لأن في ذلك مضادة لقصد الشارع من تشريع الحكم، ومناقضة قصد الشارع باطلة، فيكون ما يؤدي إليها باطل (3).

وهذا أمر نفسي أيضاً يستعان فيه بالقرائن والدلائل، يمكن التمثيل له بسلطة التأديب التي منحتها الشريعة للزوج حال نشوز زوجته، فإنها وسيلة جعلت لدفع عصيانها وترفعها على زوجها، وهي مصلحة يراها الشارع ويقدمها على مفسدة بعض الأذى الذي قد يلحق الزوجة، فإن قصد الزوج خلاف ذلك كالنشفي أو دفعا لها لطلب الطلاق، كان متعسفا في استعمال حقه (4).

2. المعيار الموضوعي (المادي) (5):

يعتمد ضابط التناسب بين نفع صاحب الحق والضرر الواقع على الغير، ووسيلة تحصيل ذلك تحقيق الموازنة بين المصلحة الحاصلة لصاحب الحق، والمفسدة الواقعة على هذا الغير، ذلك أن تشريع الحق لم يقصد منه مجرد المنفعة الشخصية، بل ما يبينه الشارع الحكيم وحدد مداه، وهذا قد يعارضه حين الاستعمال مصالح أخرى، قد تصبح الأولى مرجوحة أو مساوية، فإن عورضت مصلحة المستعمل بمصلحة أخرى أجدر منها، وأعلى في الاعتبار في ميزان الشارع، ومن باب أولى إذا لزم عن الاستعمال مفسدة مساوية أو راجحة منع الفعل (6).

(1) المصدر السابق، (3/56).

(2) أسبوع الفقه الإسلامي ومهرحان الإمام ابن تيمية، (96-97). فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (242-243).

(3) فتحي الدريني، المرجع نفسه، (252). الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (22). الشاطبي، الموافقات، (3/120-121).

(4) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (252...).

(5) يصطلح القانونيون على تسميته "مرجوحة المصالح".

(6) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (90-91).

والكاشف لكل ذلك ثمرة الفعل، أي نتيجته، وهي عين ما يسميه الأصوليون بالنظر في مآلات الأفعال⁽¹⁾.

الخلاصة:

رغم النزعة الموضوعية للشرعية في عموم أحكامها وخاصة في استعمال الحق الذي يعتد فيه بالإرادة الظاهرة إلا أنها تراعي الجوانب الخلفية، ولا تغفلها بحيث تربط الحق بشرف القصد والنية الحسنة، فتثيب عليها، وتعاقب على سوءها متى دلت القرائن عليها.

البند الثاني: الشرط الشخصي في القانون.

«إن استعمال الحق لا يجوز أن يكون وسيلة لإدراك غايات غير اجتماعية»⁽²⁾، فلا بد أن يراعى في استعماله تحقيق الأهداف التي قصدها المشرع، لأن الحقوق لا تنفك عن غاياتها، فإن خولفت لم تعد جديرة بحماية القانون⁽³⁾.

فالحقوق جميعاً غائية تقرر لتحصيل غايات سامية⁽⁴⁾، وهو عين ما يعبر عنه بتوفر حسن النية، والذي يفيد انتفاء القصد الجنائي، فتنتفي بذلك كل رغبة في مخالفة القانون، وعلى ذلك فالقصد الجنائي وحسن النية ضدان لا يجتمعان⁽⁵⁾.

هذا هو المدلول المستقر في القانون الجنائي، لأن النية السيئة تعني: اتجاه الإرادة إلى مخالفة القانون بالاعتداء على الحقوق الاجتماعية فإن انتفت هذه الإرادة انعدمت النية السيئة، وحلت محلها النية الحسنة.

والملاحظ أن أغلب الشراح خاصة في مصر — وهي الرائدة — قد فسروا حسن النية بالغاية الاجتماعية التي يرجى تحقيقها، والتي يحدد القانون معالمها العامة بالنسبة لكل حق، فحينها لا يملك المستعمل استبعادها والخروج عنها، وإلا عُد متعسفاً، ولا حجة له حينها بنبيل الباعث ولا بسمو الغاية، كالطبيب الذي يجري عملاً طبياً بقصد التأكد من تجربة للوصول إلى اكتشاف علمي، لا

(1) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (265). الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (223). الشاطي، الموافقات، (177/5).

و انظر: لمزيد تفصيل شرط التناسب، (114-115) من الرسالة.

(2) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (91). فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (214).

(3) حسن صادق المصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية، (109). عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، (99).

(4) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (212). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (94). علي حسن عبد الله الشرقي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، (194).

(5) عثمان سعد عثمان، استعمال الحق كسب للإباحة، (406). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (90).

بغرض شفاء المريض، فيكون سيئ النية وإن حسن هدفه، لأن هذا الهدف لم يُعطه القانون بالحماية فانتفت بذلك الغاية الاجتماعية⁽¹⁾.

وتكمن أهمية هذا التفسير — معيار الغاية الاجتماعية — في أنه يترك مجالا لتطبيق هذا الشرط من غير وقوع خلل حال ازدواجية الغايات، ولنضرب لذلك مثالا بالنسبة لزوجته ناشز، استحققت من زوجها تأديبا، وكان قد راعى مسلك التدرج في مراحل التأديب، من وعظ وهجر وفي الأخير ضرب غير مبرح، فإن مسلكه هذا ما دام قد استهدف تأديبها، فقد وجد شرط الإباحة ولا يمنع من توافره، ومن ثم تحقق الإباحة كلية أن يكون الزوج قد قصد إضافة إلى ذلك الانتقام منها ما دامت هذه الغاية ثانوية لا قيمة لها⁽²⁾.

وخالف في الاعتداد بهذا الشرط بعضهم، كالدكتور: رمسيس بهنام إذ يقول: «فالعبرة في رأينا بأن يكون السلوك قد التزم من الناحية الواقعية القيد المادي المرسوم لاستخدام الحق، وبأن يكون قد حقق فعلا الغرض الذي شرع الحق لبلوغه، ولا يلزم فيه بعد ذلك ليعتبر مباحا أن صاحبه قد التزم القيد المعنوي للحق كذلك، أي لا يلزم أن تكون نيته قد انصرفت إلى تحقيق الغرض من الحق، ويكفي أن يكون هذا الغرض قد تحقق بالفعل»⁽³⁾.

لكن المشكلة التي طرحت بناء على عدم الاعتراف بهذا الشرط، هي تفسير اعتداد المشرع بحسن النية في بعض الحقوق⁽⁴⁾.

يحلل الدكتور: بهنام المواد التي تطلبت النية الحسنة فيقول أن المقصود بها أن من يمارس حقا إن لم يكن صادقا، فعلى الأقل معتقدا صحة ما يفعله، ويعطيها مدولا عاما ينسحب على كل ظرف مبيح قائلا أنها: «المساواة بين قيام الظرف الذي يجعل من السلوك استخداما لحق، وبين الاعتقاد الخاطئ بناء على أسباب معقولة لقيام هذا الظرف رغم تخلفه»⁽⁵⁾.

وبهذا التحليل يجعل سيئ النية مستفيدا من الإباحة، وذلك لوجود الاعتقاد الباطني بصحة ما يفعل، فتبقى العبرة دائما بالسلوك والمظهر الخارجي للفعل. والحقيقة أن الرأي الأول أولى بالاعتبار لما يلي:

(1) أكثر الشراح على هذا الرأي. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (94-95). رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (509). مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، (195). علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، (191).

(2) علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، (193) وقارن معه، ورمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (357) والجريمة والمجرم والجزاء، (217).

³ رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (217).

⁴ من ذلك المادة: (204) عقوبات التي اشترطت فيمن يبلغ الجهات القضائية بأمر يوجب عقوبة فاعله أن يكون المبلغ سيئ القصد. والمادة: (2/202) عقوبات التي اشترطت سلامة النية بشأن قذف الموظف العام.

⁵ رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، (216). النظرية العامة للقانون الجنائي، (355-356).

— أنه رأي أكثر الشراح.

— اعتداد المشرع في مصر وغيرها بهذا الشرط صراحة في كثير من التطبيقات، وإن كان يعاب الأمر على عدم النص عليه صراحة كشرط عام في كل حق.

— منطق العدالة الذي يقتضي عدم المساواة بين حسن النية وسيئها، إذا دلت القرائن على ذلك، إما الدكتور: بهنام فيجعلهما سيان مادام القيد المادي مطابقا للقانون.

— إن الدكتور: ترك المعنى الظاهر لحسن النية، وأخذ يبحث عن فلسفات تخرجها عن ظاهرها، حيث جعلها تابعة للركن المادي ومكملة له.

— إننا لا نخالف الأستاذ في إلحاق الاعتقاد الخاطئ القائم على أسباب معقولة بالإباحة، ولكننا نخالفه من حيث أنه يجعل الأسباب المعقولة التي يعتد بها في حسن النية نفسية، فلا بد من قرائن ظاهرة.

يؤكد لنا صحة ما رجحناه، ريادة القانون المدني⁽¹⁾ الذي نص صراحة على اعتبار القصد الحسن، حيث رسم صورة الاستعمال الذي تظهر فيه المناقضة لمقصد المشرع، ووصف الفعل بالتعسفي، جاء ذلك في المادة: (41) منه⁽²⁾، حيث حدّد المشرع صور التعسف فيما يلي:

1. قصد الإضرار بالغير.

2. الحصول على الفائدة القليلة مقارنة بالضرر الناشئ عن الاستعمال.

3. عدم مشروعية المصلحة أصلا.

والملاحظ أن المعيارين الأولين ذاتيان، أما الأخير فموضوعي، لذلك فهو ينسحب باعتبار موضوعيته على شرط المشروعية الذي تناولناه سابقا⁽³⁾، وإنما أدمج الجميع في باب التعسف تغليباً لجانب النية.

— فغرض الإضرار بالغير مثال ذلك: استعمال الطبيب مشروطه لإجراء جراحة، لا يقصد بها شفاء المريض بل لإيذائه بناء على ضغينة بينهما، فيكون الطبيب متعسفا لأنه أساء استعمال الحق الذي منح له، وخرج عن الغاية التي رسمها القانون⁽⁴⁾.

— ومرجوحية المصالح التي يقصد المستعمل حمايتها مقارنة بالأضرار الناجمة عن هذا الاستعمال، ذو أهمية بالغة، «وعلّة ذلك أنه عند التصارع بين المصلحتين، يحمي القانون المصلحة الأجدر بالحماية،

(1) القانون كلّ متسق لا يناقض بعضه بعضاً، فاعتداد القانون المدني بهذا الشرط يؤكد صحة ما رجحناه.

(2) تقابلها المادة: (05) من القانون المدني المصري.

(3) راجع: شرط المشروعية، (109) من الرسالة.

(4) فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (213/1)

وبالحد الأدنى الضروري لإسباغ هذه الحماية»⁽¹⁾ ، أي من غير إلحاق أضرار تفوق المصلحة التي يحققها الممارس، وضابط ذلك انعدام التناسب بين المصلحة والضرر الناجم.

يقول الدكتور عثمان سعيد عثمان: «ينصرف هذا المعنى إلى انعدام التناسب بين المصلحة والضرر، أي رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا، فمتى كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها اعتبر الشرط متحققا»⁽²⁾.

— أما انعدام المشروعية أصلا، وإن كان طريق الوصول إليه نية صاحبه، وعلى هذا الأساس أدرج ضمن صور التعسف، وإلا فمعياره مادي — موضوعي — يعتمد النظر إلى المصلحة نفسها، من حيث اعتراف المشرع بها، كالطبيب الذي يجري جراحة بغرض التجربة لا شفاء المريض، أو إجهاض امرأة في غير الحالات المسموح بها، فيكون هذا الفعل غير مشروع أي مشكلا لجريمة، لخروج الممارس عما رسمه القانون من شروط مما يجعل عمله تجاوزيا — تعديا —⁽³⁾.

النتيجة :

1. على الرغم من النزعة الموضوعية للشرعية في عموم أحكامها إلا أن ذلك لم يمنعها من الأخذ بالاعتبارات الشخصية وهي حسن النية.
2. المشرع الوضعي جاء منهجه مضطربا بين النص صراحة على هذا الشرط في بعض الأحوال، وإغفاله في أحيان أخرى، رغم أن أكثر الشراح على الاعتداد به كشرط عام، وهو مسلك محمود، إلا أن تفسيره بتحقيق الغاية الاجتماعية من وجود الحق بغض النظر عن وجود غايات أخرى ثانوية، وإن كانت سيئة يقلل من أهميته، مما يسمح بتمكين أصحاب الضغائن والأحقاد من تحصيل مآربهم في ظل حماية قانونية.
3. ميزة الشريعة الإسلامية وجود الجزاء الأخروي، وبذلك نستطيع أن نكيف تلك الممارسة التي تزود فيها الغايات بوجود نية سيئة لكن يصعب الكشف عنها، بأن سيئ النية سيلقى العقاب الأخروي.
4. معيار التعسف في كل من الشريعة والقانون جاء شاملا للنواحي الذاتية والموضوعية للممارسة، وبذلك يكون التعسف أعم من التجاوز الذي يرتبط بشرط المشروعية.

(1) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كإلحاق، (362-363). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (92-93).

(2) استعمال الحق كسب للإباحة، (364).

(3) استعمال الحق كسب للإباحة، (365). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (171).

الفصل الثاني:

تطبيقات استعمال الحق

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: ممارسة الحقوق

الشرعية والقانونية.

المبحث الثاني: تحمل الواجبات المترتبة

عن استعمال الحقوق شرعا وقانونا.

بعد الدراسة النظرية التي أتينا إلى بيانها من خلال الفصل الأول، ضبطا وتحديدًا للحق المستعمل من الوجهة الجنائية، نأتي في هذا الفصل إلى تأكيد نتائجها من خلال عدد من الأفعال التي تخضع للإباحة شرعا أو قانونا أو لهما معا، وهي نماذج تطبيقية أوردناها على سبيل المثال لا الحصر، وقد اخترناها باعتبار أهميتها الاجتماعية ونأتي إلى تحليلها من خلال مبحثين: المبحث الأول: ممارسة الحقوق الشرعية والقانونية. المبحث الثاني: تحمل الواجبات المترتبة على استعمال الحقوق شرعا وقانونا.

المبحث الأول:
ممارسة الحقوق
الشرعية والقانونية

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: تأديب
الزوجة والأولاد
المطلب الثاني: الدفع الشرعي
المطلب الثالث: ممارسة الألعاب الرياضية

مُلْهِد:

ونعني بها تلك الحقوق التي أباحتها الشريعة أو القانون ترتبط بممارسات ذات ثمرات إيجابية على فرد أو أفراد معينين يمنح من خلالها الممارس قدرا من الحرية في إتقانها أو الإنابة فيها، أو التنازل عنها، بحسب طبيعة الحق الممارس، ونتناولها من خلال مطالب ثلاثة.

المطلب الأول: تأديب الزوجة والأولاد.

المطلب الثاني: الدفاع الشرعي.

المطلب الثالث: ممارسة الألعاب الرياضية.

مَقْصِدٌ:

تَقْتَضِي العلاقة بين بعض الأفراد إباحة أقوال وأفعال تعدّ أصلاً جرائم سبّ أو ضرب، من ذلك حقّ التأديب المقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية لأفراد معينين قصد التهذيب والإصلاح، وذلك استثناء من أصل شرعي عام هو منع الإضرار وذلك تقديراً لمصلحة المجتمع في أن يكون أفراده صالحين فاعلين، والتي تبدأ أول ما تبدأ من الأسرة، المنبت الأول لكل فرد، ولا شك أن هذه المصلحة أوجب وأولى بالرعاية من مصلحة الفرد الخاضع للتأديب الذي ينال شرفه أو جسده.

وعلى خلاف المباحث السابقة فسوف لن نسير على نسق بيان موقف الشريعة ثم القانون كون هذا الحق في مختلف القوانين مستمد أصلاً من الشريعة الإسلامية لذلك فسوف نحله وفق ما جاء في شريعتنا الغراء مبينين نظرة القانونيين في كلّ موضع، موضحين موضع الخلاف أينما وجد، بادئين ببيان تأديب الزوجة أولاً، معرّجين بعد ذلك على تأديب الأولاد، وذلك في فرعين اثنين:

الفرع الأول: تأديب الزوجة.

الفرع الثاني: تأديب الأولاد.

الفرع الأول: تأديب الزوجة.

الأسرة لبنة بناء المجتمع، وأولاها الإسلام عناية خاصّة تجلّت في ضمانات تشريعية وتربوية لتمضي على أسس سليمة وقواعد ثابتة، بل لقد بلغ من تجلّي تلك العناية أن وضع لها نظاماً علاجياً يكفل لها الحلول لشتى الخلافات التي تطرأ عليها، من ذلك ما قد يعترّي الزوجة من نشوز يكون علاجه التأديب، فما حدود ذلك؟

البند الأول: مصدر الإباحة

يجد هذا الحق سنده بالنص عليه صراحة في كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ : يقول الله ﷻ : ﴿ وَاللّٰتِي تَخَافُوْنَ نَشْوَزَهْنَ فَعْظُوْهُنَّ وَاهْجُرُوْهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ ، وَاضْرِبُوْهُنَّ ، فَاِنْ اَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغَوْا عَلَيْهِنَّ سَبِيْلًا ، اِنَّ اللّٰهَ كَانَ عَلِيْمًا كَبِيْرًا . ﴾ (النساء، 34) وقال ﷺ : «استوصوا بالنساء خيراً فإنهنّ عندكم عوان، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن

فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» (1). وقال ﷺ في حجة الوداع: «فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن إلا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» (2).

فهذه نصوص صريحة الدلالة على إباحة هذا المسلك، فكان ينبغي أن تتبع مختلف القوانين نهج شريعتنا في إباحته، سيما وأنها تعترف بالشريعة الإسلامية مصدرا رسميا لقوانينها وتحيل إليها (3). فالقضاء المصري قد تردد في إباحته، ولكنه استقر أخيرا على العمل به وفق ما قرره الشريعة الغراء حسب المادة: (60) من قانون العقوبات (4)، إضافة إلى المادة: (209) من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية التي تنص على أنه: «يباح للزوج تأديب المرأة تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر، ولا يجوز له أصلا أن يضربها ضربا فاحشا ولو بحق» (5). أما بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري، فلا وجود لهذا الحق، إذ لا يدخل في مضمون المادتين: (39، 40) منه، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة: (38) منه والتي تنص على حقوق الزوجة (6)، أما المواد: (36، 37، 39) فتتص على واجبات كل من الزوجين (7).

(1) أخرجه: ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: حق المرأة على الزوج، (594/1)، عن سليمان بن عمرو بن الأوص عن أبيه.

(2) أخرجه: مسلم، كتاب: الحج، باب: حجة النبي ﷺ، (889/2-890)، عن جابر بن عبد الله.

(3) المادة: (60) من قانون العقوبات المصري الذي جاء فيها "لا تسري أحكام القانون على كل فعل ارتكب بنية سليمة، عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية" وكذا نص المادة: (222) من قانون الأسرة الجزائري "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

⁴ أنظر نصها: الهامش السابق.

(5) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (256). ورؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (504). محمد عبد المالك مهران "استعمال حق تأديب الزوجة"، مجلة الأمن العام، العدد 43، (للسنة 11 رجب 1388هـ أكتوبر 1968م) (6-7).

(6) جاء فيها: "زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف، حرية التصرف في مالها".

(7) أما المادة: (36) فنصت على: "المحافظة على الروابط الزوجية، وواجبات الحياة المشتركة، التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، والمحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف".

المادة: (37) فتتص على واجبات الزوج وهي: "النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة".

أخيرا المادة: (39) فتحدد واجبات الزوجة وهي "طاعة الزوج باعتباره رئيس العائلة، إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم، احترام والدي الزوج وأقاربه".

أما عن حقوق الزوج فلا نجد نصاً يحدّد ذلك، ولكن بالرجوع إلى المادة: (222)⁽¹⁾، فإنّنا نستنتج بالمنطق السليم أنّ للزوج أن يستعمل وسيلة التأديب ما دامت مستمدة من الشريعة الإسلامية. أما الواقع فينفي هذا الاستنتاج إذ الاجتهاد القضائي لم يبرر في أي قضية فعل التأديب، عملاً بمبدأ: لا إباحة إلاّ بنص، وعلى هذا الرأي سار أغلب الفقه⁽²⁾.

وبذلك يمكن القول أنّ ثمة تناقضاً في نصوص القانون الجزائري، وأنّه لا يرفع هذا التناقض إلاّ النص الصريح على هذا الحق، وفي القسم المتعلق بأسباب الإباحة.

وفيما عدا المادة: (2/41) من قانون العقوبات العراقي التي تنص على هذا الحق صراحة حيث جاء فيها: «يعتبر استعمالاً للحق، تأديب الزوج زوجته، وتأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر وذلك في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً».

فإنّنا نلاحظ أنّ القوانين العربية أغفلت التصريح بهذا الحق، فكان من الواجب تدارك ذلك بنصوص واضحة، هذا رغم محاولات بعض الشراح تأكيد الإباحة باعتبارها ممارسة لحق ممنوح في الشريعة الإسلامية⁽³⁾ أو في شرائع بعض الطوائف غير الإسلامية⁽⁴⁾.

على أنّ تردد القوانين في الاعتراف بهذا الحق قد يكون سببه سوء فهم المقصود بإباحة الضرب وكذا سوء صنيع الرجال في استخدامه عنفاً وإيذاء دون رادع ولا مبرر⁽⁵⁾.

وقد يزيل بعض اللبس ما وقفت عليه من التفسير الذي أعطاه أحد الرّعيّل الأول ممن تربي على يدي النبي ﷺ أنّه الفقيه عطاء (تر 54) حيث قال: «لا يضرّ بها وإن أمرها ونهاها فلم تطعه ولكن يغضب عليها»⁽⁶⁾.

وقد وجّه المفسّر أبو بكر بن العربي هذا الكلام بأنّه: «من فقه عطاء ووقوفه على مضان الاجتهاد ممّا أبان له أنّ الأمر بالضرب تأديباً هو أمر إباحة ووقف على الكراهية»⁽⁷⁾.

«فما أشبه هذه الرخصة بالخطر»⁽⁸⁾.

(1) هامش: 3 ص 130 من هذه الرسالة.

(2) بارش سليمان، شرح قانون العقوبات، (101). عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، (103).

(3) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة (98). رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي (239). فتحي

الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (256).

(4) عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (155).

(5) محمد عزة دروزة، المرأة في القرآن والسنة، ط 1 (بيروت: المكتبة العصرية 1409 هـ - 1989 م) (219).

(6) ابن العربي (محمد بن عبد الله بن أحمد)، أحكام القرآن، ط 1، (مصر: مطبعة السعادة، 1331 هـ)، (176/1).

(7) المصدر نفسه، (176/1).

(8) محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم، المشهور بتفسير المنار، ط 3 (القاهرة: دار المنار 1367 هـ) (76/5).

يؤكد لنا ذلك أنه ﷺ لم يسلك هذا المسلك قط (1).

وروى عنه ﷺ قوله: « لا تضربوا النساء »، فتركوا ضربهن، فجاء عمر بن الخطاب إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ذنر (2) النساء على أزواجهن فاذن في ضربهن، فقال النبي ﷺ: «لقد طاف الليلة بال محمد نساء كثير يشكون أزواجهن ليس أولئك بخياركم» (3).

فهذه النصوص عنه ﷺ تتطافر لتؤكد أن الفظاظاة والبذاءة على المرأة بأي حال منهي عنها (4)، وأن التأديب وإن كان حكمه الإباحة إلا أنه مقرون بالضرورة (5) المتمثلة في عدم وجود وسيلة دون ذلك فيكون الضرب أولى من اللجوء إلى الطلاق الذي تتعدى أضراره الزوجين (6). «وجملة القول أن الضرب علاج مرّ قد يستغني عنه الخير الحرّ، ولكنه لا يزول من البيوت بكل حال إلا أن يعمّ التهذيب النساء والرجال» (7).

البند الثاني: حكمة الإباحة.

تتجلى الحكمة من إسناد حق التأديب للزوج، في القوامة التي خصّ بها الرجل (8). قال الله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ، وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾ (البقرة 228). إنها درجة الإشراف والرعاية بحكم القدرة والضبط والتحكم في العواطف وقال ﷺ: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ (النساء 34).

«فالقوام فعّال للمبالغة من القيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد» (9)، وهذا الفضل لأمرين:

- (1) أنظر: عباس محمود العقاد، العبقريات الإسلامية: عبقرية محمد (بيروت: 1984م) (122).
- (2) ذنر: نفرن واجترأن ونشزن. ابن منظور، لسان العرب، (3/1481) مادة: ذار.
- (3) أخرجه: أبو داود، كتاب النكاح، باب في ضرب النساء، (1/495)، ابن ماجه بلفظ قريب، كتاب النكاح، باب ضرب النساء، (1/638)، كلاهما عن إياس بن عبد الله بن أبي دباب.
- (4) محمد عزة دروزة، المرأة في القرآن والسنة، (215).
- (5) المرجع نفسه، (208). و عبد الله مبروك النجار، "الإسلام وحقوق المرأة"، مجلة الأزهر، القاهرة، (السنة 57 شعبان 1405هـ - أبريل، مايو 1985م) (131).
- (6) عبد المتعال الصعيدي، 'ضرب الناشئة في الإسلام'، مجلة الأزهر، القاهرة (1376هـ) (532-533).
- (7) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (5/76). أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ط1 (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1365هـ - 1946م) (5/30).
- (8) الجصاص (أبو بكر أحمد بن علي الرازي)، أحكام القرآن، ط2، (القاهرة: دار المصنف) (2/70). فريد الزغبى، الموسوعة الجزائرية (4/100).
- (9) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (2/169).

— أحدهما: قوة العقل وصحة النظر، وهو ميزة فطرية،

— الآخر كسبي متعلق بالسعي والإنفاق والتصرف في الأمور بحكمة ورجاحة⁽¹⁾.

فليس معنى القوامة إذن القهر والاستبداد وسلب إرادة من يقوم عليه، فهي رئاسة إرشاد ومراقبة وحفظ.

وقد قيل في تفسير الآية الأخيرة أنها نزلت بسبب رجل⁽²⁾ لطم امرأته فجاءت إلى رسول الله ﷺ بمعية والدها تطلب القصاص من زوجها، فلما أذن ﷺ بذلك وهما بالانصراف نزلت الآية فتلاها ﷺ.

وهذا النص القرآني مقرون بحق التأديب في قوله تعالى: ﴿وَاللَّيِّ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ (النساء 34).

فالتلازم بين الآيتين يعني أن قوامة الرجل تبيح له أن يؤدب زوجته، ومقتضى التفكير الراجح، والعقل الواعي أن يكون هذا الحق للزوج إذ هو أقدر على تطبيقه، وأصلح في حسن تدبيره واستعماله في موضعه⁽³⁾.

فالتأديب إذن يتجلى «كضمان وجزاء للسلطة الزوجية، وهو بهذه الصفة وسيلة في يد الزوج لحمل الزوجة على السلوك المتفق مع التنظيم الشرعي للعلاقة بينهما، والتنظيم الشرعي للأسرة بصفة عامة»⁽⁴⁾.

وفي هذا المسلك تقدير لمصلحة الأسرة في استمرارها، بدل أن ينهي الطلاق وجودها ما دام بالإمكان اتخاذ إجراء احتياطي بدلا من سيف الفراق، فهذه الوسيلة شبيهة بصنيع الطبيب الذي يسقي مريضه دواء مرًا، أو يجري له جراحة تمس بجسده، فهو أولى من الهلاك أو تفاقم العلة، فالتأديب أهون من قطع العلاقة الزوجية، وفي ذلك تقدير لمصلحة الجماعة في تحقيق الأمن والصلاح، فعلى قدر صلاح الأسرة واستقرارها يكون صلاح المجتمع واستقراره.

ختاما أقول: أن ما نسوقه ليس دفاعا ولا تشجيعا على هذا المسلك، لأنه خلاف الأصل، فالزوجة الصالحة لا تضع نفسها موضع التطبيق الرادع، كما أن الزوج الخير الواعي لا يأتيه إلا إذا

(1) المصدر السابق، (2/168).

(2) اختلفت الروايات في تحديد الرجل والمرأة اللذين نزلت الآية بشأنهما وأكثر المفسرين على أنهما سعد بن الربيع نشزت عليه زوجته حبيبة بنت زيد بن أبي زهير،

محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (5/74). أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، (5/29). ابن العربي، أحكام القرآن، (1/172).

(3) عبد المتعال الصعيدي 'ضرب الناشئة في الإسلام' (534).

(4) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (102).

اضطر إليه اضطرارا، وإنما هو تقرير لأمر واقع موجود ما وجدت الحياة الزوجية إلا إذا كان الدين سلطان بيوتنا حينها قد يكون لنا مقال آخر.

البند الثالث: شروط الإباحة

ويمكن تصنيفها إلى ثلاثة شروط:

- أحدها: شكلي يتعلق بصفة من يباشر التأديب
- والثاني: موضوعي يتناول موجب التأديب ووسيلته.
- الأخير: شخصي يرتبط بغاية التأديب وهي الإصلاح، وفيما يلي بيان لكل نوع.

أولا: الشرط الشكلي:

صاحب الحق أو صفة المباشر

حق التأديب ذو صفة شخصية، فهو متعلق بالزوج⁽¹⁾ وحده، إذ يمكن اعتبار ممارسته أثرا من آثار الزواج، ونتيجة لذلك فإن هذا الحق :

1. لا يثبت للخطيب لعدم وجود سببه وهي رابطة الزوجية.
2. لا يثبت لمن طلق زوجته طلاقا بائنا، أما حالة العدة فجائز⁽²⁾.
3. لا تجوز فيه الإنابة ولو لأب كان تكون الزوجة قاصرة أو غير رشيدة⁽³⁾ أما لو ساعده آخر بإعطائه وسيلة التأديب فلا مسؤولية لأن الاشتراك في فعل مشروع⁽⁴⁾.

ثانيا: الشرط الموضوعي.

ويصنف بدوره إلى صنفين:

أحدهما: يتعلق بموجب التأديب، والآخر: بوسيلته.

1- موجب التأديب:

وهو نشوز المرأة كما صرحت به الآية: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ (النساء 34).

(1) فريد الزغبى، الموسوعة الجزائرية، (4/101). فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (256).

(2) محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، ط2 (القاهرة: دار الفكر العربي، 1991م) (279).

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (365). محمد عوض، شرح قانون العقوبات القسم العام، (106).

(4) محمد عبد المالك مهران، "استعمال حق تأديب الزوجة" (8).

والنشوز لغة: من النشز، وهو المكان المرتفع من الأرض⁽¹⁾.

شرعا: «معصية الزوج والترفّع عليه»⁽²⁾ فهو «عصيان المرأة وتعاليتها عما أوجب الله عليها من طاعة الزوج»⁽³⁾.

وقد أفاض ابن جرير الطبري في بيانه حيث قال: «نشوزهن، فإنه يعني استعلاء هنّ على أزواجهنّ، وارتفاعهنّ عن فرشهنّ بالمعصية منهنّ، والخلاف عليهم فيما لزمهن طاعتهم فيه بغضا منهنّ وإعراضا عنهم»⁽⁴⁾.

فقد اتفق المفسرون جميعا على أنه يعني العصيان ترفعا واستعلاء، وانطلاقا من ذلك يمكن أن نبيّن بعض الضوابط التي تحدد بدقة مدلول النشوز.

الأول: تحقق حصوله: رغم أن تعبير الآية القرآنية بخوف النشوز قد يوقع اللبس، فهل يؤدّب الزوج لمظنته مستقبلا، أم لا بد من حدوثه فعلا؟.

المتفق عليه أن الزوجة تؤدّب بعد تحقق نشوزها⁽⁵⁾ يدلنا على ذلك كلام المفسرين.

يقول الطبري (تر 43): «فقال بعضهم معناه: واللاتي تعلمون نشوزهن»⁽⁶⁾.

وقال القرطبي (تر 67): «قال ابن عباس (تر 45): تخافون بمعنى تعلمون وتتيقنون»⁽⁷⁾.

وقد وجّه صاحب تفسير المنار استعمال القرآن خوف النشوز توجيها لطيفا أوضح فيه أنه جلّ وعلا، لم يشأ إسناد النشوز إلى النساء، إذ في ذلك ما يدل على وقوعه منهن فعلا، بل أوما إليه إيماء، أن من شأنه ألا يقع حيث قال: «لأنه خروج عن الأصل الذي يقوم به نظام الفطرة، وتطّيب به المعيشة، ففي هذا التعبير تنبيه لطيف إلى مكانة المرأة»⁽⁸⁾.

الثاني: أن تكون المعصية ممّا لم يرد فيه حد⁽⁹⁾ فإن تعلّقت بجرائم الحدود خرجت عن نطاق حقّ

(1) ابن منظور، لسان العرب، (6/4425) مادة: نشز.

(2) أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، (5/26). فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (254).

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (2/171) بتصرف.

(4) الطبري (أبو جعفر محمد بن جرير)، جامع البيان في تفسير القرآن (دار إحياء الكتب العربية)، (4/40).

(5) محمد عبد المالك مهران، «استعمال حقّ تأديب الزوجة»، (11). محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في

الظاهرة الإجرامية، (278). أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي — دراسة فقهية مقارنة، ط 4 (

القاهرة، بيروت: دار الشروق، 1988م)، (137). ابن قدامة، المغني، (7/47). الشرييني، مغني المحتاج، (3/260).

(6) الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، (4/40).

(7) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (2/171).

(8) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (5/72).

(9) الكاساني، بدائع الصنائع، (1/311) وهذا عين ما عبرت عنه المادة: (209) من قانون العقوبات المصري التي سبق

إيرادها، أنظر ص (130) من الرسالة.

الزوج في التأديب، وتولى ولي الأمر ذلك⁽¹⁾.

فمدلول العصيان يتسع لكل ما يخالف أمر الشارع ونهيه من خروج بغير إذن، وترك للزينة، وتناقل عن أداء الواجبات ونحوها⁽²⁾.

وتتجلى حكمة هذا الضابط: أن ما كان دون الحد تبرز فيه وظيفة الزوج في حفظ الأسرة تحقيقاً للنظام خارجها، أما لو بلغت المعصية الحد فلم تعد أثارها مقتصرة على الأسرة، بل تعلقت بالمجتمع في حفظ كيانه، من هنا وجب أن يتدخل القضاء لإيقاع الحد⁽³⁾.

الثالث: أن لا يرفع الأمر إلى القضاء، فإن حصل ذلك لم يعد للزوج حق في تأديبها⁽⁴⁾، إلا إذا رجا القاضي صلاحها على يد زوجها، فيكون له ذلك⁽⁵⁾.

2- وسيلة التأديب:

وهي مستفادة دائماً من نص الآية الرابعة والثلاثين من سورة النساء التي حددتها بثلاث وسائل على سبيل الحصر: وعظ وهجر، وضرب، وشرطها لزوم الفعل و مناسبتها.

أ. لزوم الفعل:

ويقصد به أن تكون وسيلة التأديب المستعملة هي المحققة للإصلاح، ولا وسيلة دونها تؤدي نفس الغرض وقد تكفل الشارع ببيان ذلك بضبطها في الوعظ والهجر والضرب. ويشير هذا الشرط سؤالا هاما يتمثل في ترتيب هذه الوسائل والتدرج بها من الأدنى إلى الأعلى حسب ما جاء في الآية فهل يشترط ذلك؟ في المسألة رأيان:

الرأي الأول: وهو مذهب الجمهور: مالكية⁽⁶⁾، وأحناف⁽⁷⁾، وحنابلة⁽⁸⁾، وهو رأي عند الشافعية⁽⁹⁾، وإليه

(1) جرائم الحدود هي: السرقة، شرب الخمر، القذف، قطع الطريق، الردة، البغي.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/513). عبد الفتاح مصطفى الصيقي، الأحكام العامة للنظام الجزائي (366). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (102-103).

(3) المصدر نفسه، الموضع نفسه.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/516). محمد عبد المالك مهران، "استعمال حق تأديب الزوجة"، (11).

(5) الخطاب، مواهب الجليل، (6/15).

(6) المصدر نفسه، الموضع نفسه.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع، (2/334).

(8) ابن قدامة، المغني، (7/46).

(9) النووي، المجموع، (16/445).

ذهب أكثر المفسرين⁽¹⁾، وعليه استقر الرأي عند المحدثين⁽²⁾.

ومذهبهم وجوب الترتيب بين وسائل التأديب، فلا يكون الضرب لأول معصية، يعظ أولاً ثم يهجر في المضجع إن أصرت على نشوزها، فإن لم ترتدع، حينها يضربها.

وحجتهم في ذلك أن الواو العاطفة في الآية للترتيب فوجب أن يبدأ بالأسهل .

يقول الزرقاني (تر 29) : «لا ينتقل عن حالة حتى يغلب على ظنه عدم إفادتها، فحينئذ ينتقل إلى الثانية»⁽³⁾ .

ويقول الكاساني (تر 69) : «فله أن يؤدبها لكن على السرتيب... وإن كان — العطف — بحرف الواو والموضوعة للجمع المطلق، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب، والواو تحتل ذلك»⁽⁴⁾.

كما جاء في المغني: «وأما الآية ففيها إضمار تقديره: واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن»⁽⁵⁾.

ويترتب على هذا الرأي أن من يضرب لأول معصية يكون متجاوزاً حدود الإباحة فيعاقب⁽⁶⁾.

الرأي الثاني: وهو الراجح عند الشافعية.

وقالوا أن للزوج أن يضرب لأول معصية، فلا يلزم بمراعاة الترتيب.

يقول النووي (تر 88) : «... وإن تكرّر النشوز فله أن يضربها لقوله **وَعَلَّكَ** «واضربوهن»، وإن نشزت مرة ففيه قولان: أحدهما: أن يهجرها ولا يضربها لأن العقوبات تختلف باختلاف الجرائم، ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز، فكذلك ما يستحق بتكرار النشوز، لا يستحق بنشوزه مرة، والثاني: هو الصحيح، أنه يهجرها ويضربها، لأنه يجوز أن يهجرها للنشوز، فجاز أن يضربها كما لو تكرّر»⁽⁷⁾.

ويترتب على ذلك أن من يضرب لأول معصية غير متجاوز فلا يعاقب⁽⁸⁾.

(1) القرطبي، أحكام القرآن، (5/172). محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (5/76). أحمد مصطفى المراغي، تفسير

المراغي، (5/28-29). ابن العربي، أحكام القرآن، (1/175).

(2) فريد الزغبى، الموسوعة الجزائية، (4/101). فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (255-256).

(3) الزرقاني على مختصر خليل، (4/60).

(4) بدائع الصنائع، (2/334).

(5) ابن قدامة، (7/46). وانظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/514). أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية

الجنائية في الفقه الإسلامي، ص 177. ومحمد عبد المالك مهران، «استعمال حق تأديب الزوجة» (12).

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/514).

(7) المجموع، (16/445). الشربيني، مغني المحتاج، (3/260).

(8) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/515).

والراجع ما ذهب إليه الجمهور، واستقر عليه الكتاب المحدثون⁽¹⁾، وهو ما يوافق المنطق وينسجم مع طبيعة أكثر النساء إذ قد تؤدي الشدة إلى نتيجة عكسية، فمن النساء من تتصاع بالوعظ وما أكثر، ومنهن من تستقيم بالهجر، «وهناك صنف من النساء لا تنفع فيه موعظة، ولا يكثر بهجر، وفي هذا الصنف أبيح للرجل نوع من التأديب المادي»⁽²⁾.

ب. تناسب وسيلة التأديب ومعصية الزوجة:

يقصد به توافر الملاءمة بين ما بدر عن الزوجة من سلوك مخالف للفطرة، والطريقة المتبعة في تأديبها، فإن لم يتحقق ذلك كان الزوج متجاوزاً، باعتبار أن الوسائل التي حدتها الآية سلفاً مقيّدة بما يناسبها من سلوك.

- **فالوعظ:** يكون بالكلام الرقيق اللين، الجاد، مع التبصير بالعواقب الوخيمة إن هي تمادت⁽³⁾ وتذكيرها بما أوجب الله عليها من جميل المعاشرة وحسن السلوك⁽⁴⁾، من غير إطلاق اللفظ سباً، أو طعناً أو تسفيهاً، أو خدشاً لشعورها أو كرامتها⁽⁵⁾، ولكنه يمكن أن يكون لوماً وتعنيفاً، إذا أجدى⁽⁶⁾.

ويمثل بعض شراح القانون بالبصق في الوجه، والدفع باليد، والجر من الساق⁽⁷⁾ إلا أننا نبدي اعتراضاً عن مثل هذه السلوكات لما فيها من الإهانة للكرامة والنزول بها إلى درجة الحيوانية إذ ما وقفنا على قول لفتيه أو مفسر لمثل ذلك، وجملتهم على أنه: «إقناع المرأة بصفة منطقية، فهو طريق ناجع إذا عرف من يعظ، وكيف يعظ، وبم يعظ»⁽⁸⁾.

- **والهجر في المضجع:** ترك الاستمتاع بها، وهل يكون بترك الفراش كلية، أم مضاجعتها مع عدم مقاربتها؟ فالمفسرون⁽⁹⁾ على أنه، لا يعني البتة ترك الفراش أو الحجرة فهو بذلك هجر للمضجع،

(1) من الشرعيين والقانونيين: خلود ساسي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (215). ومحمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (104). و عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (516). محمد عبد المالك مهران، "استعمال حق تأديب الزوجة" (12). محمد أبو العلى، عقيدة المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية (279).

(2) عبد الله مبروك النجار، "الإسلام وحقوق المرأة"، (1310).

(3) محمد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، (الجزائر: شركة الشهاب 1981م) (76). و الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، (60/4). الكاساني، بدائع الصنائع، (334/3).

(4) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (171/5). ابن العربي، أحكام القرآن، (174/1-175). ابن قدامة، المغني، (46/7).

(5) محمد عبد المالك مهران، "استعمال حق تأديب الزوجة"، (12) هامش 01.

(6) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (104).

(7) محمد عبد المالك مهران، "استعمال حق تأديب الزوجة"، (15).

(8) محمد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، (107).

(9) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (171/5). محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (73/5). أحمد مصطفى المراغي،

تفسير المراغي، (28/5). ابن العربي، أحكام القرآن، (174/1) (7).

وأما الثاني: فهو أن لا يكون شائنا، بأن لا يعمد إلى تحقيرها وامتهان كرامتها فليس له أن يؤدبها أمام الغير، ولا أن يبصق على وجهها، ولا أن يضربها بالنعل أو العصا...

وهذا مستفاد من قوله عليه السلام لمن سأل عن حق المرأة على الرجل، فقال: «أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح»⁽¹⁾.

هذا علما أنه لو غلب على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا بضرب شديد أو شائن، لم يكن له ضربها⁽²⁾، كما يتمتع أيضا إذا ظن عدم إفادته، ذلك أن الغاية منه الإصلاح⁽³⁾.

ثالثا: الشرط الشخصي.

غاية التأديب:

يقول الفقيه محمد عlish (تر 77) من المالكية: «فإن تحقق - الزوج - أو ظن عدم إفادته، أوشك فيها، فلا يضربها لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها»⁽⁴⁾.

فانظر إلى دقة تأصيل فقهاءنا، فالوسيلة مرتبطة بغايتها، من هنا ما لم تكن مجدية، محققة هدفها، فلا سبيل إلى المسير إليها. لذلك يمكن أن نستنتج أن:

— الإباحة منوطة بتحقق الإجراء، متمثلا في التهذيب والإصلاح، دفعا للنشور⁽⁵⁾، فإن استعملها عالما بعدم تحصيلها المقصود صارت ضربا من العبث والإضرار غير المشروعين.

— أن لا يبتغي الزوج بذلك غاية أخرى، كإظهار القوة والتجبر، أو بوازع الانتقام والتشفي لسبب ما، أو إرغاما لها على طلب الطلاق، أو تنازلا عن المهر أو جزئه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَغْضُوهُنَّ لِنَدَابِهِنَّ﴾ (النساء، 19).

(1) أخرجه: أبو داود، كتاب النكاح، باب: حق المرأة على زوجها، (494/1). ولفظ قريب: ابن ماجه، كتاب: النكاح،

باب: حق المرأة على الزوج، (594/1)، كلاهما عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه عن جده.

(2) محمد عlish، شرح منح الجليل، (176/2). الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، (60/4).

(3) محمد عlish، شرح منح الجليل، (176/2). الحطاب، مواهب الجليل، (15/4). الشربيني، مغني المحتاج،

(260/3). فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (255).

(4) منح الجليل، (176/2).

(5) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (105).

فإن فعل ذلك كان ظالماً متجاوزاً حدود ما منح له⁽¹⁾ ولهذا وجدنا الشارع الحكيم ينبه الأزواج إلى ما ينبغي أن يلمس عند استعمال وسيلة الضرب، فيقول جلّ وعز: ﴿فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا﴾ (النساء 34).

فهذا قيد يمنع الأزواج أن يتخذوا من الإذن ذريعة لمضارة الزوجات.

⁽¹⁾ رضا فرج، قانون العقوبات الجزائري، (147). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (105). فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، (255). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (516/1). عبود سراج، التشريع الجزائري المقارن، (251). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية، (112). محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، (280).

الفرع الثاني: تأديب الأولاد.

أولادنا أكبادنا، فرحة الآباء، بهجة البيوت وزينة الدنيا، هم ركن ركين من أسرة، أولتها شريعتنا السمحة عناية فائقة تجلّت في حماية العلاقة الزوجية ممّا قد يصيبها من فتور أو نزاع، ثمّ في الحفاظ على ثمرتها: إنهم الأطفال، عماد المستقبل، وذلك بتشريع الأحكام الكفيلة بتكوين فرد نافع لنفسه أولاً ولمجتمعه أخيراً، ومن ثمّ كان التأديب أحد هذه الأحكام، فما حدود ذلك؟.

هذا ما سنبينه من خلال بنود ثلاث:

البند الأول: حكم التأديب

البند الثاني: حكمة إباحته.

البند الثالث: شروط الإباحة.

البند الأول: حكم التأديب.

تباينت وجهات نظر فقهاءنا في تحديد حكم تأديب الأولاد، تبعاً للغاية التي لأجلها يمكن أن يمارس هذا السلوك، تعليماً أو تهذيباً.

— فذهب الشافعية: إلى أنّه حقّ وذلك مستنتج من إيجابهم على السراية⁽¹⁾.

— وذهب المالكية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾: إلى أنّه يحمل صفة الوجوب نظراً لحاجة الصغير إليه ولذلك لم يوجبوا الضمان ما لم يتعد المؤدب.

— ورأى الأحناف: أنّ حكمه يختلف بحسب المقصد، فإن قصد به التعليم كان واجباً بسبب حاجة الصبي إليه، ويعبرون عن ذلك بالضرورة العامة⁽⁴⁾، لذلك اعتبروا تأديب المعلم واجباً فلم يوجبوا عليه الضمان عند السراية، باعتبار الواجب ينافي الضمان.

والملاحظ أنّ هذا الرأي يصعب الأخذ به، إذ في أكثر الأحيان يختلط قصد التأديب بقصد التعليم، فإذا كان الأمر جلياً في عمل المعلم، فإنّه يكون صعباً بالنسبة لسلوك الأب أو الأم أو الوصي، إذ في أغلب الأحيان تكون غايتهم التعليم أكثر من الزجر⁽⁵⁾.

(1) الشافعي، الأم، (167/6). النووي، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد بن عبد الموجود وعلي محمد معوض، (بيروت: دار الكتب العلمية)، (384/7). الماوردي (علي بن محمد بن حبيب)، الحاوي الكبير، تحقيق محمود مطرجي وآخرون، (بيروت: دار الفكر، 1414هـ - 1994م)، (264/9).

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، (253/2). القرافي، الذخيرة، 1 (257).

(3) ابن قدامة، المغني، (326/8).

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، (305/7).

(5) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (519 - 520).

لذلك يمكن أن نستنتج أن تأديب الأولاد مباح باعتباره يتعلق بسلوك الولد، تقويماً وتوجيهاً، فهو في حاجة إلى الرعاية والاهتمام، والمتابعة، والطفل لا محالة يخطئ فيحتاج إلى من يوجهه ويرشده بمختلف الوسائل، ويؤكد لنا هذا الحكم المستنتج:

قوله ﷺ: « ما نحل والد ولدا من نحل أفضل من أدب حسن»⁽¹⁾، ويقول ﷺ: «لأن يؤدب الرجل ولده خير له من أن يتصدق بصاع»⁽²⁾.

فهذان الحديثان يرغبان الوالد في حسن رعاية ولده، وهذا الحق قد ينقلب إلى واجب إذا أهمل الصغير، ولم يول عناية كافية، لما يترتب على ذلك من فساد، أو إذا تعلق الأمر بتعليمه الواجبات من أمور دينه ودنياه، كالعبادات، أو تعلم حرفة⁽³⁾.

يدلنا على ذلك قوله جلّ وعلا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحَجَارَةُ﴾ (التحریم، 06).

فقد جاء في تفسير الآية: « هذا يدل على أن علينا تعليم أولادنا وأهلينا الدين والخير، وما لا يستغنى عنه من الآداب»⁽⁴⁾.

وقال علي كرم الله وجهه: «أدبوهم وعلموهم»⁽⁵⁾.

كما تضافرت كلمات المفسرين⁽⁶⁾ على أن في معنى الآية السابقة قوله ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين، وفرقوا بينهم في المضاجع»⁽⁷⁾.

وعلى هذا النسق سارت بعض القوانين العربية في الاعتراف بهذا المسلك كحق مباح لبعض الأفراد، من ذلك:

(1) أخرجه: الترمذي، أبواب: البرّ والصلة، باب: ما جاء في أدب الولد، (227/3). أحمد في مسنده، (77/4-78) كلاهما عن أيوب بن موسى عن أبيه عن جده، وقال الترمذي: «هذا عندي حديث مرسل»

(2) أخرجه: الترمذي، أبواب: البرّ والصلة، باب: ما جاء في أدب الولد، (227/3)، وقال: «هذا حديث غريب»، وأحمد في مسنده بلفظ: «لأن يؤدب الرجل ولده خير له من أن يتصدق كل يوم بنصف صاع» ، (102/5)، وبزيادة لفظ «أو أحدكم ولده» ، (96/5)، كلاهما عن جابر بن سمرة.

(3) علي حسن الشرفي، الباعث وأثره على المسؤولية الجنائية، (220). محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، (281). ابن القيم، تحفة المودود بأحكام المولود، (176). عدنان باحارث، مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة، ط6 (المدينة المنورة: دار المجتمع للنشر والتوزيع، 1418هـ - 1997م) (82).

(4) الجصاص، أحكام القرآن، (365/5).

(5) ابن كثير (عماد الدين إسماعيل)، تفسير القرآن العظيم، (بيروت: دار الأندلس)، (58/7).

(6) ابن العربي، أحكام القرآن، (365/5). الجصاص، أحكام القرآن، (365/5).

(7) أخرجه: أبو داود، كتاب: الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، (115/1)، عن عمرو بن شعيب.

المواد: (186) عقوبات لبناني، (185) عقوبات سوري، (38) عقوبات عماني، وكلها تتطابق في جعل هذا الحق للآباء والأساتذة دون غيرهم، مع الإحالة إلى العرف العام كمصدر - سند - للاستعمال، وتتوافق المادة: (62) عقوبات أردني مع المادة: (41) عقوبات عراقي في الإحالة إلى العرف العام أيضاً، لكن القانون العراقي يجعل الإحالة إلى الشريعة الإسلامية قبل العرف العام، مما يفيد أن الشريعة هي سند هذا الحق، كما يفهم أيضاً أن قانون العقوبات ليس هو المنشئ له بل هو مجرد منظم لأحكامه كتطبيق، فالسند في ذلك بحسب ما صرحت به أغلب القوانين هو العرف العام الذي يبين القواعد المنظمة للولاية على النفس⁽¹⁾ وهي التي تحدد نطاق الحق وأشخاصه⁽²⁾. هذا مسلك غريب في الإحالة إلى العرف العام في حين أن قواعد الشريعة تكفلت ببيانه وتوضيح معالمه!

كما نصت على هذا الحق المادة: (16) عقوبات إماراتي، والمادة: (02) من الفصل (313) عقوبات تونسي، من غير الإحالة إلى مصدر الحق، إما القانون المصري فقد استمد الإباحة من نص المادة: (60) عقوبات ونصتها: «لا تسري أحكام القانون على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية».

وباعتبار الشريعة قد أجازت هذا الحق فهي مصدره»⁽³⁾.

أما عن قانون العقوبات الجزائري، فلا وجود لنص الإباحة إذ لا تشملها مادتي التبرير (39-40) عقوبات.

لكن بالرجوع إلى المادة: (65) من الدستور، والتي ورد فيها: «يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم كما يجازي الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم».

وإذا كانت التربية واجب الآباء، فالتأديب وسيلة تحقيق هذا الواجب.

كما أن المادة: (269) عقوبات قد تجاوزت عن أفعال الإيذاء الخفيف⁽⁴⁾ زيادة على نص المادة: (222) من قانون الأسرة التي تحيل إلى الشريعة فيما لم ينص عليه⁽⁵⁾.

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (107).

(2) عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (156-157).

(3) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (216).

(4) ونصها: «كل من جرح أو ضرب عمداً قاصراً لا يتجاوز سنّه السادسة عشرة أو منع عنه عمداً الطعام أو العناية إلى الحدّ الذي يعرّض صحته للضرر أو ارتكب ضده عمداً أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، فيما عدا الإيذاء الخفيف يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من خمس مائة إلى خمسة آلاف دينار جزائري».

(5) سبق الإشارة إلى نص هذه المادة: في الفرع السابق «تأديب الزوجة» ص (130 هامش: 3) من الرسالة.

وقد أباحت شريعتنا الغراء هذا الحق ونظّمته وفق قواعد الولاية على النفس، وانطلاقاً من نصوص المواد: (87، 92، 95) ⁽¹⁾ من قانون الأسرة الجزائري التي نظمت قواعد الولاية على الصغير، يتأكد لنا أن المقتن الجزائري لا يمانع ضمناً في منح هذا الحق لمن ثبتت له الولاية، غير أن تجاهل النصّ عليه صراحة ضمن قواعد التبرير يسبب اضطراباً في التطبيق ينبغي تفاديّه سيما وأنّ الفرصة مواتية مع الرغبة الأكيدة للمشرع الجزائري في تعديل نصوص قواعد قانون الأسرة.

النتيجة:

أباحت الشريعة الإسلامية هذا الحق، بل وتؤكد كواجب في بعض صورته إذا ما كان الغرض منه التعليم، أمّا القوانين العربية فقد سار أغلبها إلى إباحته مع تردد أكثرها في الإحالة إلى الشريعة الإسلامية كمصدر له مستعيضة عنها بالعرف العام، متناسية أن العرف في حدّ ذاته يمكن أن يكون أحد مصادرها الشرعية إذا لم يكن مخالفاً لقواعدها. فمتى يثق مقننونا في صلاحية أحكامنا الشرعية ؟.

البند الثاني: حكمة التأديب.

إن أعمال المرء تصل بعد زمن إلى درجة من الثبات، فتكون عنواناً على صاحبها، وأنّى له أن يكتسب ذلك إلاّ عبر سنوات الصبا، ينهل من أدب والديه، فيكون شخصيته ⁽²⁾ !. فهل يرضى أيّ أب أن يكون عنوان ولده، سوء الخلق، وفساد العمل؟ حينها قد لا يكون لهذا الأب إلاّ أن يسمع مثل ما قاله شاب رداً على والده عندما عاتبه على عقوقه: «يا أبت إنك عققنتي صغيراً، فعققتك كبيراً، وأضعفتني وليداً، فأضعتك شيخاً» ⁽³⁾. إننا لا نرضى أن يكون نموذج مجتمعنا مثل هذا، ومن ثمّ فنحن نسعى لأن يكون أبناؤنا مناط تفاخر للمجتمع، ومصدر عون للوالدين.

(1) المادة: (87) "يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحلّ الأم محله قانوناً".

المادة: (92) "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو تثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء، فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة: (86) من هذا القانون".

المادة: (95) "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد: (88، 89، 90) من هذا القانون".

(2) أحمد فؤاد الأهواني، التربية في الإسلام (القاهرة: دار المعارف) (127).

(3) ابن القيم، تحفة المودود بأحكام المولود: (180).

لذلك لابد من تيسير السبل لتكوين الفرد الصالح النافع، وقد يكون التأديب أحد هذه السبل، فكل من لزاماً أن يمنح لمن هو أهل لممارسته فيباشره بالأسلوب الذي يحقق مقصده⁽¹⁾.

هذا رغم أن وسيلة التأديب تعتبر مخالفة للأصل العام المقرر في شريعتنا الغراء التي تمنع الضرر، وذلك لما يشتمل عليه من اعتداء على حرمة الإنسان معنوياً: تقرّيعاً ولوماً وتوبيخاً، أو مادياً: ضرباً.

ومعلوم أن لكل قاعدة استثناء، خصوصاً إذا تعلّق الأمر بمصلحة راجحة، لذلك قد نترك العمل بالأصل العام، ونعمل بقاعدة أخرى متمثلة في: «تحمل الضرر الخاص دفعا للضرر العام»⁽²⁾.

ويتجلى ذلك في أننا أمام ضررين: أحدهما متعلق بالصغير، متمثلاً في الإيذاء الجسدي أو الأدبي، وهو إيذاء أني خفيف، وذلك في مقابلة ضرر آخر متعلق بالفرد نفسه في فساد أخلاقه وانحرافه وهذا له كبير الخطر على من حوله ابتداء من أسرته، إلى مجتمعه، ولما كان هدف الإنسان في هذه الحياة هو إصلاحها تعميراً وبناءً، لا فساداً وهدماً، كان لزاماً أن نتحمل الضرر الأقل دفعا للضرر الأكبر، تحقيقاً للمصلحة الأكثر أهمية، وهي صلاح المجتمع، بحماية أبنائه من كل فساد أو خطر⁽³⁾.

إن أبنائنا أمانة بيد آبائهم، إن عودوا الخير ونشأوا عليه ألفوه، سعدوا وأسعدوا، وإن عودوا الشرّ وأهملوا، شقوا وأهلكوا⁽⁴⁾.

إنه لمن الإساءة، كل الإساءة أن يترك الولي تهذيب من يرعاه.

قال ابن القيم: «فمن أهمل تعليم ولده ما ينفعه، وتركه سدى، فقد أساء إليه غاية الإساءة، وأكثر الأولاد إنما جاء فسادهم من قبل الآباء وإهمالهم لهم»⁽⁵⁾.

ومعلوم أن الصغير في هذه المرحلة لا يفرق بين صالح وطالح، وخير وشرّ، وهو لا يزن الأمور، ولا يقدر نتائجها، ولكنه فطر على طاعة من يوجّهه، ومحاكاة من يؤدبه⁽⁶⁾. وليس هناك من هو أرحم وأشفق، وأحسن توجيهها من أب أو وصي أو معلم.

يدرك من عباده ما لا يحيط به كيفما تباينت آراء التربويين بين نبذ الشدة وقبولها، فإن المولى يدركونه، ونحن إذ نقول بالتأديب، ينبغي أن لا تنصرف أفهامنا إلى الإيذاء الجسدي ضرباً، إذ هو آخر العلاجات، فثمة وسائل أخرى تأديبية سابقة، بعيدة كل البعد عن إنزال الأذى بالطفل.

(1) محمد أبو العلى، عقيدة المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، (181).

(2) المادة: (26) من مجلة الأحكام العدلية. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (87).

(3) علي حسن الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، (221).

(4) الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد) ، إحياء علوم الدين (بيروت: دار المعرفة) (72/3) بتصرف.

(5) تحفة المودود بأحكام المولود، (180).

(6) أحمد فؤاد الأهواني، التربية في الإسلام، (128). عدنان حسن صالح باحارث، مسؤولية الأب المسلم، (83).

البند الثالث: شروط التأديب

من أجل تحقيق غاية التأديب، تهذيباً وإصلاحاً، لا بد من توافر شروط ثلاثة:
أولها: شكلي يتعلق بمتولي هذا الحق، والخاضع له، أما الثاني: فموضوعي يحدّد موجب التأديب
أو موجبه، أما الأخير: فشخصي يحقق الغاية من التأديب.
وفيما يلي بيان لهذه الشروط.

أولاً: الشرط الشكلي.

ويتنوع بدوره إلى نوعين: متوليه، والخاضع له.

1. متولي التأديب:

يتولى تأديب الصغير من كان له حقّ الولاية على النفس⁽¹⁾ وهو ما يعبر عنه القانونيون بمن
كان له حقّ الرقابة على الصغير قانوناً أو اتفاقاً⁽²⁾.
والأولياء على النفس هم: الأب أولاً، ولا خلاف حول أولويته، غير أن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك
في تحديد من لهم هذه الولاية، وفي ترتيبهم.
— فعند المالكية⁽³⁾ والحنابلة تكون للأب ثم وصيه، ثم للقاضي ووصيه، فالجدّ في المذهبين لا ولاية له
إلا إذا عيّنه القاضي وصياً له، فهو لا ينزل منزلة الأب عندهم.
— أما الشافعية⁽⁴⁾ فقد نزلوا الجد منزلة الأب في الشفقة فجعلوه ولياً بعده، ثم لوصي الأب ثم لوصي
الجدّ.
— في حين جاء مذهب الأحناف⁽⁵⁾ وسطاً بين المذاهب، فقد جعلوا الولاية للأب فوصيه ثم الجدّ فوصيه
فالقاضي فوصي القاضي، فالملاحظ أنهم لا يلغون ولاية الجدّ، ويحترمون رغبة الأب

(1) الولاية على النفس: سلطة شرعية على الصغير لعجزه عن تصريف أموره بنفسه، وهي نوعان: أصلية بسبب الأبوة،
أو نيابية كولاية وصي الأب أو الجدّ أو القاضي.

عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي (بيروت: المكتبة العصرية 1408هـ - 1988م) (137). محمد مصطفى
شليبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، (518 ...).

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (1/996). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم
العام، (174). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (109). محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري،
ط 1 (عين مليّة: دار الهدى، 1991م-1992م) (184).

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، (3/292).

(4) الشربيني، مغني المحتاج، (2/171).

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، (5/155).

فيقدمون وصيته على الجد⁽¹⁾.

أما الأم فيثبت لها هذا الحق إذا كانت وصية على الصغير لوفاة الزوج أو كانت تكفله لغيبته أو عجزه، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأي الراجح عند الأحناف⁽²⁾.

والملاحظ أن القانون الجزائري سار على نسق خاص في ترتيب الأولياء، فبدأ بالأولى وهو الأب ثم تلا بالأم حال وفاته أو غيبته أو عجزه ثم الجد وأخيرا الوصي⁽³⁾.

كما يتجه القانونيون إلى ترجيح رأي الأحناف في منح حق التأديب والتقويم للأم⁽⁴⁾.

هذا رأي سديد إذ المنطق يقتضي أن تمنح الأم هذه الوسيلة، بل هي الأجدر بها نظرا لارتباطها واحتكاكها بصغيرها مما يجعلها أشد مراقبة له، ولا شك أن أمومتها تجعلها أكثر عطفًا وشفقة من غيرها، فيتحقق باعثها النبيل في تهذيبه وتعليمه⁽⁵⁾.

كما ينتقل هذا الحق للمدرس، ومعلم الحرفة، والخادم بمقتضى شريعتنا الإسلامية شريطة أن يتوافر إذن الولي⁽⁶⁾.

ويعترف الشراح لهؤلاء بهذا الحق، ولكنهم يقيدونه بإجازة القانون وذلك بعدم ورود نص يحظر ممارسته⁽⁷⁾، وليس في هذا ما يعد خروجًا أو مخالفة للشريعة الإسلامية⁽⁸⁾.

(1) أنظر في ترتيب الأولياء: أبو زهرة، الأحوال الشخصية (القاهرة: دار الفكر العربي) (479 ...). الولاية على النفس (القاهرة: دار الفكر العربي، 1994م) (81 ...).

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (518/1). أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، ص 181.

(3) المواد: (87، 92، 93، 95) من قانون الأسرة الجزائري. المادة: (135) من القانون المدني الجزائري.

(4) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، (194). محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، (304). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (174). سامي النصراني، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (203).

(5) فريد الزغبى، الموسوعة الجزائرية، (106/4) يتصرف.

(6) الحطاب، مواهب الجليل، (319/6). الكاساني، بدائع الصنائع، (305/7). ابن قدامة، المغني، (327/8). أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، (179).

(7) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (999/1 ...). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (175). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (110).

ومعنى ذلك أنه متى ورد نص بالحظر منع التأديب، وهذا عين ما تتجه إليه أكثر القوانين، إذ تحظر الضرب خاصة كوسيلة تأديب في المدارس، وذلك بسبب تجاوز المعلمين في استعمال هذا الحق.

(8) يتضح ذلك إذا علم أنه يباح لولي الأمر أن يترك ويخرج عن المباح لمصلحة تقتضي ذلك. راجع: سلطة ولي الأمر في التشريع، ص (91) من الرسالة.

هذا علما أن منح هذا الحق لمعلم المدرسة أو الحرفة، يحقق المقصد من تشريع التأديب إذ المعلم في منزلة الوالد، وهو يعمل لمصلحة الصبي، لكن متى صار ذلك سبيلا للإيذاء الجسدي من غير تحصيل غاية ولا مقصد كان المنع أولى وأجدر.

يقول محمد بن سحنون (تر 76) موجهها مسلك المعلم الذي يسيء استغلال هذه الوسيلة فيكون من شرار الناس ولكن متى أحسن استغلالها رشد وأرشد، يقول: «إنما ذلك لأنه يضربهم إذا غضب وليس على منافعهم، ولا بأس أن يضربهم على منافعهم» (1).

كما يوجهنا ﷺ إلى العناية بالخدم، بحسن تأديبهم، بعيدا عن العنف والقسوة، علما أن التأديب لا يقصد به الضرب دائما.

فعن أنس رضي الله عنه قال: كنت أخدم رسول الله ﷺ فكانت أدخل عليه بغير إذن، فجئت ذات يوم فدخلت عليه فقال: «يا بني قد حدث أمر، فلا تدخل علي إلا بإذن» (2).

فلننظر إلى أدبه ﷺ مع الخدم، وحسن تخيره الطريق الأيسر والأضمن إلى توجيه المؤدب وإقناعه بما يريد، بكلام لين تتجلى فيه الرأفة والشفقة، إن كلمة بني - تصغير - قد لا يستعملها والد مع ولده ولكنه - ﷺ - انتهجها مع خادمه فلنعتبر ونتعظ من سيرته ﷺ ولنتخذ من ذلك وسيلة رد على من يرفضون منهج الإسلام تشكيكا وسوء فهم.

2. الخاضع للتأديب

يخضع للتأديب الصغير (3) بغض النظر عن جنسه ذكرا كان أم أنثى ممن لم يبلغ الحلم (4). ويفضل بعض أهل القانون استعمال اصطلاح الحدث (5) أو القاصر (6)، الذي تنتهي الرقابة عليه بالبلوغ وذلك يختلف بحسب حال الصغير في تكوينه الفيزيولوجي وبيئته.

(1) محمد بن سحنون، آداب المعلمين، تقديم وتحقيق: محمد عبد المولى، ط2 (الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع) (51).

(2) أخرجه: أحمد في مسنده، (58/4-59).

(3) هذا التعبير اصطلاح عليه أهل الشريعة، فتناولوه عند الحديث عن الولاية، وأولوه عناية خاصة عند بيانهم لعوارض الأهلية.

(4) الحلم: بلوغ الصبي مبلغ الرجال. محمد رواس قلعة جي، وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، (185).

(5) محمد الشحات الجندي، جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية مقارنا بقانون الأحداث، ط1 (القاهرة: دار الفكر العربي 1406هـ - 1986م) (07). محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، (101....). عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية (630). جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، (272/1...).

(6) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (996/1). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام،

(174). محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (185) ما بعدها.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فرقت المادة: (135) من القانون المدني بين حالتين:
فإذا ما كان القاصر يسكن⁽¹⁾ مع وليه استمرت الرقابة عليه، أما الحالة الثانية وهي انتفاء المساكنة انتفت الرقابة.

وبالرجوع إلى نص المادة: (40) من القانون المدني نجدها تعتبره قاصرا: من لم يبلغ (تسع عشرة سنة)، أما المادة: (2/42) فتحدد سن التمييز بـ (ست عشرة سنة).
وبمحاولة الجمع بين هذه المواد يتضح أن المشرع الجزائري حاول انتهاز خطة المشرع المصري في إنهاء الرقابة على الصغير بأقرب الأجلين: بلوغ خمس عشرة سنة مع استقلال القاصر بأمr نفسه، أو بلوغ الواحدة والعشرين، وهي سن الرشد إن استمر في العيش في كنف وليه⁽²⁾.
لذلك تتحدد نهاية الرقابة على الصغير حسب المشرع الجزائري ببلوغ سن السادسة عشرة إن استقل القاصر بأمr نفسه أو ببلوغه التاسعة عشرة إن استمر في رعاية وولاية من هو تحت رقابته فيكون عرضة للتأديب خلال كل هذه الفترة!

وعلى ذلك يمكن أن نستنتج أن الصغير طبقا للمشرع الجزائري يمر بثلاثة أدوار:
— الدور الأول: من الولادة حتى (السادس عشرة سنة) ويسمى بالصغير غير المميز طبقا للمادة: (02/42) من القانون المدني فتكون كل تصرفاته باطلة.
— الدور الثاني: من (السادس عشرة سنة) إلى (التاسع عشرة سنة) ويسمى بالشخص المميز طبقا للمادتين (42، 43) من القانون المدني، فتكون تصرفاته موقوفة على إجازة الولي أو الوصي بحسب نفعها أو ضررها طبقا للمادة: (83) من قانون الأسرة.
— الدور الثالث: من (التاسعة عشرة سنة) فما فوق ويسمى شخصا بالغاً طبقا للمادة: (40) من القانون المدني فتكون كل تصرفاته نافذة.

فهل يعقل أن يبقى الشخص طفلا إلى سن السادسة عشر؟ وتبقى تصرفاته موقوفة إلى سن التاسعة عشر⁽³⁾، إن ذلك مناقض لواقع الأطفال الذين يبلغون المراهقة في سن السادسة عشر فضلا عن أن شريعتنا تنهي الطفولة عند سن السابعة بل قد يدخل الشخص مرحلة البلوغ قبل السادسة عشرة.
أما عن تحديد الحد الأدنى للخاضع له فإن أهميته تتور في تحديد من يؤدب بوسيلة الضرب، وقد استقر أهل الشريعة على عدم إيقاع هذه الوسيلة على من كان دون العاشرة استنادا إلى حديث

(1) فقد عبرت المادة: بلفظ "الساكنون" وهي عبارة قاصرة إذ تبقى الولاية — الرقابة — وإن غادر القاصر المسكن لدراسة مثلا لذلك كان الأولى استعمال عبارة: "الذين في كنفها". لمزيد بيان: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، (194).

(2) أنظر: المادتين: (2/173)، (2/44) من القانون المدني المصري.

(3) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، (83)، (266).

رسول الله ﷺ في ضرب الطفل على الصلاة إذا ما بلغ العاشرة من عمره⁽¹⁾. وعموما فإن هذا الأمر منوط بإدراك الطفل معنى العقوبة وسببها، إذ يمكن أن يكون ابتداء من هذا السن أو دونها بحسب حال كل طفل⁽²⁾. أما القانونيون فلم يولوا هذه المسألة عناية وإن كانوا قد استقروا على تسمية الحدث من أتم السابعة، مما يفهم منه جواز استعمال هذه الوسيلة معه⁽³⁾.

ثانياً: الشرط الموضوعي.

ويتناول بدوره عنصرين: أحدهما يتعلق بموجب التأديب والآخر وسيلته.

1. موجب التأديب:

موجبه انحراف القاصر عن السلوك المعتبر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً، فعلاً أو تركاً⁽⁴⁾ وسواء، لحق الضرر بنفسه حالاً أو مآلاً⁽⁵⁾ كترك الصلاة إن جاوز العاشرة أو إهمال واجباته المدرسية ونحو ذلك... أو كان الضرر واقعاً على الغير، إتلافاً أو إفساداً أو إيذاء.

2. وسيلة التأديب:

إن المتبادر لدى الشراح خاصة القانونيين منهم أن لفظ التأديب ينصرف مباشرة إلى الضرب، مما يحدث لديهم ازدياد، أو على الأقل اعتراضاً على هذه الوسيلة، لعنفها وخروجها عن طرق التربية الحديثة التي تقوم أساساً على اللين. وهذا تفكير خاطئ إذ التأديب لا يعني بالضرورة استعمال الإيذاء البدني فهو آخر الوسائل نجاة.

وكي يحقق التأديب غايته المرجوة لابد أن يتوافر في هذا الشرط قيدان هما: اللزوم والتناسب.

(1) راجع الحديث: ص (151) من الرسالة، فقد سبق الاستدلال به. وانظر لمزيد بيان: ابن القيم، تحفة المودود بأحكام المولود، (231). أحمد فؤاد الأهواني، التربية في الإسلام، (151). عدنان حسن صالح باحارث، مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة، ط6 (المملكة العربية السعودية: دار المجتمع للنشر والتوزيع، 1418هـ - 1997م) (85).

(2) عدنان حسن صالح باحارث، مسؤولية الأب المسلم، (86).

(3) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية (1/272). فريد الزغبى، الموسوعة الجزائية، (4/109). عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (157). محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، (304).

(4) عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية، (630). أحمد فؤاد الأهواني، التربية في الإسلام، (151).

(5) محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام (103). و محمد الشحات الجندي، جرائم الأحداث، (60-61). أبو العلا عقيدة، المجنى عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، (282).

أ. اللزوم:

ويقصد به أن يستعمل المؤدب أبسط وأقل الوسائل تقويماً لسلوك الصغير، وهذا موكل للولي - الرقيب - بحسب ما يراه نافعا للقاصر⁽¹⁾، فإن لم ينفع أقلهما انتقل إلى ما هو أعلى منها إلى أن يصل أقصاها من غير مجاوزة لحدود الإصلاح، مع مراعاة حالة الصغير، فإن ذلك يختلف من طفل لآخر، باعتبار أن الولي-الرقيب-كالطبيب لا يمكن له أن يستعمل علاجاً واحداً مع كل المرضى، وإلا أوقعهم في الضرر.⁽²⁾

ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة فإننا نسترشد به في كل مسلك نخطوه، فهو المربي الأول، والقوة الأمثل، ويمكن لنا أن نصنف الوسائل اللازمة من حيث التدرج إلى نوعين:

الأول: أدبي (معنوي)، والثاني: مادي (حسي)، ويمكن أن يتحقق التمازج بينهما.⁽³⁾

• **التأديب المعنوي:** ويقصد به توجيه شعور الصغير، وتحسيسه بأخطائه، ويتحقق ذلك بعدة أشياء:

— الإفهام والتنبية والتلقين:⁽⁴⁾ فالصغير وإن كان إدراكه ناقصاً إلا أنه يعي ويفهم، فغرس الأخلاق الحميدة إنما يكون شيئاً فشيئاً⁽⁵⁾، كما أن نزع السلوكات السيئة ليس بالأمر الهين إذ قد لا يكفي أن نقول مرة أو مرات فكل «قيد أو ضبط يحتاج إلى جهد معين لكي يتم»⁽⁶⁾، فالمربي محتاج إلى ملاحظة خطأ الطفل ومتابعته وتقييمه بالوقوف على جوانب خطره لاستنتاج الطريقة المثلى لتلقين الصغير وإفهامه مدى تأثير سلوكه على شخصه، وخطره على مستقبله مع تخير العبارات الملائمة لتبليغه ذلك من غير إيذاء شعوره.

فعن عمر بن أبي سلمة (تر 58) رضي الله عنه قال: كنت غلاماً في حجر رسول الله ﷺ وكانت يدي تطيش في الصحفة، فقال رسول الله ﷺ: «يا غلام: سم الله، وكل بيمينك وكل مما يليك»⁽⁷⁾.

(1) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (174). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (370). عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (158).

(2) عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، (الجزائر: دار الشهاب)، (762/2).

(3) محمد قطب، منهج التربية الإسلامية، ط5 (القاهرة: دار الشروق، 1403 هـ - 1983 م) (135/2).

(4) عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، (63/2). أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، (72/3-73).

(5) أحمد بن عبد العزيز الحليبي، المسؤولية الخلقية والجزاء عليها دراسة مقارنة، ط1 (الرياض، 1417 هـ - 1996 م) (255).

(6) محمد قطب، منهج التربية الإسلامية، (145/2).

(7) أخرجه: البخاري، كتاب: الأطعمة، باب: التسمية على الطعام والاكل باليمين، (121/7). مسلم، كتاب الأشربة، باب:

آداب الطعام والشراب وأحكامهما، (1599/3).

— الزجر واللوم والتقريع والتعنيف: (1) شريطة أن لا يصل به إلى الشتم والإهانة والتحقير (2) إذ فيه امتهان وإذلال للصغير قد يؤثر على شخصه مستقبلاً.

• **التأديب المادي:** أي الحسي الملموس، والأصل فيه أن يكون ضرباً، وقد يكون بغيره، كتنقييد الحرية شريطة أن لا يسبب إيذاء جسدياً أو تعطيلاً للحركة (3)، ويمكن أن يكون حرماناً من بعض ما يحب الصغير ويشتيه، من الكماليات ووسائل الترفيه (4)، هذا بخلاف ما يحتاج إليه في نموه الطبيعي من طعام أو شراب أو لعب، أما الضرب فهو آخر الوسائل استعمالاً، وهو مسلك مقرر بالنص الشرعي في قوله ﷺ «...مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين...» (5).

لذلك لا يتنازع الفقهاء إباحته، ولكنهم يستعملونه بحسب ما يلائم من يؤدب، وإن كانوا يكرهون الشدة، ويرغبون في استعمال الرفق واللين (6).

ولذلك ينبغي أن لا نلتفت إلى ما يقال من أن العقوبة تضر الصغير، وتؤثر على نفسيته ولكن هذا المسلك مشروط بأن يقع في الوقت وبالطريقة المناسبين (7).

وقد أراد ابن خلدون (تر 20) أن يتحرر من مبدأ الضرب، فعاب الشدة على المعلمين حيث قال: «ومن كان مرباه بالعسف والقهر من المتعلمين أو المماليك أو الخدم سطا به القهر وضيق على النفس في انبساطها، وذهب بنشاطها، ودعاه إلى الكسل وحمل على الكذب والخبث، وهو التظاهر بغير ما في ضميره من انبساط الأيدي بالقهر عليه... فينبغي للمعلم في متعلمه، والوالد في ولده ألا يستبد عليهم في التأديب» (8).

ولكنه عاد بعد ذلك فأجازه، إذ لا مناص عنه، إذ يعتبر آخر الأدوية وإن كان أعنفها وأقساها حيث نقل عن أبي محمد بن أبي زيد (تر 75) في كتابه الذي ألفه في حكم المعلمين والمتعلمين قوله: «لا ينبغي لمؤدب الصبيان أن يزيد في ضربهم إذا احتاجوا إليه على ثلاثة أسواط شيئاً... ومن أحسن

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (110). أحمد فؤاد الأهواني، التربية في الإسلام، (146).

(2) فريد الزغبى، الموسوعة الجزائرية، (111/4).

(3) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (112).

(4) فريد الزغبى، الموسوعة الجزائرية، (112/4).

(5) سبق تخريجهم (143) من الرسالة.

(6) أحمد فؤاد الأهواني، التربية في الإسلام (143)...

(7) محمد قطب، منهج التربية الإسلامية، (136/2).

(8) عبد الرحمان ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، ط2 (بيروت: مكتبة المدرسة ودار الكتاب اللبناني 1961) (1042/1).

(1043).

مذاهب التعليم ما تقدم به الرشيد (تر 25) لمعلم ولده الأمين (تر 4) قومه ما استطعت بالقرب والملاينة فإن أباهما فعليك بالشدة والغلظة» (1).

هذا علما أن الضرب ليس سبيلا لجميع الصبيان، بل هو مع من لم تجد معه ألوان الوعظ والإرشاد، وعند كثير من علماء التربية أن العقوبة لا يتوصل إليها إلا عند الضرورة القصوى، وأنّها لا تكون إلا بعد استفاد الوسائل السابقة لأجل تحقيق المطلوب وهو الإصلاح، فهناك مراحل من المعالجة يتحقق فيها اللين وتثمر تقويم اعوجاج الطفل من غير اللجوء إلى الشدة (2)، فإن وجبت كان لزاما على المؤدب أن يراعي حدودها متمثلة في الضرب البسيط الذي لا يكون مبرحا ولا شائنا، فلا يحدث كسرا أو جرحا (3)، مع انتقاء المواضع المخوفة، كالوجه والمذاكير، وسواء كان باليد أو بوسيلة أخرى شريطة ألا يترك أثرا (4).

لأجل ذلك منع الضرب الشائن المبرح إن تعين وسيلة للتأديب.

وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام (تر 53) : «فإن قيل: إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح، فهل يجوز ضربه تحصيلا لمصلحة تأديبية؟ قلنا: لا يجوز ذلك...» (5).

ب. التناسب:

ويقصد به تحقق الملاءمة بين ما يبدر من الصغير كسلوك مخالف، وما ينفذ تأديبا له (6). وضابطه أن لا يقع اختلال بين وسيلة التأديب وما استلزمه انطلاقا من استبعاد الوسيلة المؤلمة التي تترك أثرا على الجسم إلى مراعاة استعدادات الطفل النفسية والجسدية (7). وإذا كان الرفق مطلوبا في كل أمر، قال ﷺ لعائشة (تر 47) : «إن الله يحب الرفق في الأمر كله» (8)، فإنه مع الصغار واجب لضعفهم وضييق عقولهم، وقصور مداركهم، إذ قد أثبت الواقع العملي، أن

(1) المصدر نفسه (1043).

(2) أحمد فؤاد الأهواني، التربية في الإسلام (153).

(3) محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائي (355). سس

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي (518/1) ومحمد أبو العلا، عقيدة المجني عليه ودوره في الظاهرة

الإجرامية، ص 388

(5) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، (102-103).

(6) عز الدين الدناصورى و عبد الحميد الشواربى، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات و الإجراءات الجنائية، 631.

(7) محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، (104).

(8) أخرجه: البخاري، كتاب: الأدب، باب: الرفق في الأمر كله، (21/8).

كتاب الاستئذان، باب: كيف يرد على أهل الذمة السلام، (103/8).

المعاملة الرقيقة الحانية، من غير إفراط تفيد في تقويم سلوك الصغير على أحسن صورة⁽¹⁾. فإذا كانت هذه المنطلقات موجودة، قلنا: أن الأطفال يتفاوتون فيما بينهم ذكاء واستجابة واختلاف أمزجة، من هادئ مسالم إلى معتدل، إلى عصبي، إلى عنيد، لذلك وجب أن نعامل كلا حسب حاله، فمن الأطفال من تكفيه الإشارة أو النظرة العابسة، وفيهم من يلزمه عدل وزجر، وآخرون يقومهم التوبيخ، وفئة يمكن أن نصل معها إلى الضرب⁽²⁾.

وقد لخص محمد قطب هذا القيد إذ يقول: «فهناك طفل لا يحتاج أن تعاقبه مرة في حياتك... فلم تعاقبه؟! وطفل يرى في إعراضك عنه لحظة عقوبة قاسية لا يحتملها وجدانه... فلم تتجاوز معه مجرد الإعراض؟ أو تطيل عليه الإعراض؟ وطفل يبكي ألما إذا عبست في وجهه، فلم تتجاوز معه هذه الوسيلة الناجعة؟ ثم.. هناك طفل لا يرعوي أبدا حتى يذوق العقوبة الحسية الموجهة.. وأكثر من مرة.. أنكتفي معه بالإعراض عنه لحظة، أو تحتال عليه بالإغراء لكي يكف عما هو فيه من أخطاء؟! إنك تفسده بذلك تماما كما تفسد الطفل الآخر بتوقيع العقوبة الحسية عليه!»⁽³⁾.

وفي كل الأحوال ينبغي التوسط عند استعمال كل وسيلة، فلا يحس الطفل أنها انتقام أو تشف، ويمكن أن يكون عنوان ذلك ربط الذنب بالعقاب حتى يعي الصغير سبب تأديبه⁽⁴⁾.

كما لا ينبغي تخطي ذلك التدرج والبدء بالنهاية وهي الضرب، إذ الطفل سيخطئ وسيتعرض للتأديب، ولا ينبغي أن تتفد وسائل المربي سريعا، فتكرار الوسيلة أكثر من مرة يفقدها تأثيرها، ويعود الطفل عليها، والعقوبة ترهب الطفل بادئ الأمر وتجعله ينزجر، ولكنها قد تفقد جوهرها وثمرتها إن اعتادها فليحذر المؤدب⁽⁵⁾.

= كتاب الدعوات، باب: الدعاء على المشركين، وقال ابن مسعود: قال ﷺ: >> اللهم ألهمني عليهم سبع كسب يوسف... << (151/8).

مسلم: كتاب: السلام، باب: النهي عن إيذاء أهل الكتاب بالسلام، وكيف يرد عليهم، (4/1706) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(1) علي أحمد مذكور، منهج التربية: أساسياته ومكوناته (القاهرة: الدار الفنية، للنشر والتوزيع) (254).

(2) عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، (760/2-761) بتصرف.

(3) محمد قطب، منهج التربية الإسلامية، (136/2).

(4) أحمد فؤاد الأهواني، التربية في الإسلام، (144). عدنان حسن صالح باحارث، مسؤولية الأب المسلم، (86).

(5) عدنان حسن صالح باحارث، مسؤولية الأب المسلم، (84). محمد قطب، منهج التربية الإسلامية، (2/142...) بتصرف.

ثالثاً: الشرط الشخصي.

غاية التأديب:

أبيح التأديب تهذيباً وتعليماً، فإن كان إذلالاً أو تحقيراً أو دفعا للصغير على ما ليس في صالحه خرج عن الإباحة إلى الحظر⁽¹⁾، ذلك أن هذا المسلك كما أسلفنا إنما أبيض على خلاف الأصل تحقيقاً لمصلحة أعظم تعود بالنفع على المؤدّب نفسه وعلى المجتمع، فإن انقلبت سبيلاً إلى الإفساد منعت. لذلك يمكن القول بعدم جواز استعمال الضرب إذا غلب على الظن عدم جدواه، إذ يصبح حينها انتقاماً أو تشفياً⁽²⁾، وقد يحدث نتيجة عكسية لدى الطفل، حيث يحلو له إثارة والديه ليستمتع بثورتهم، وإن أدى ذلك إلى التعرض للعقوبة⁽³⁾.

هذا عين ما لمسناه في كلام العزّ بن عبد السلام، فهو بعبارة دقيقة يوجز كل ما حلّناه سابقاً إذ يقول: «فإن قيل: إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح، فهل يجوز ضربه تحصيلاً لمصلحة تأديبه؟ قلنا: لا يجوز ذلك بل لا يجوز أن يضربه ضرباً غير مبرح، لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة، وإنما جاز لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب فإذا لم يحصل التأديب سقط الخفيف كما يسقط الضرب الشديد، لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد»⁽⁴⁾.

فانظر إلى نبل الباعث، وشرف الغاية، إنها نية الإصلاح، ومقصد التهذيب، وغاية تكوين الفرد الصالح، غير أن ذلك لا ينفك عن سبل تحصيله بطرق مجدية نافعة قديمة، فوجب مراعاة جميع ذلك جملة وتفصيلاً.

ويذهب الدكتور: رمسيس بهنام إلى عدم لزوم هذا الشرط فيقول:

«فالعبرة في رأينا بأن يكون السلوك قد التزم من الناحية الواقعية، القيد المادي المرسوم لاستخدام الحق، وبأن يكون قد حقق فعلاً الغرض الذي شرع الحق لبلوغه، ولا يلزم فيه بعد ذلك ليعتبر مباحاً أن يكون صاحبه قد التزم القيد المعنوي للحق»⁽⁵⁾.

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (112). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي،

(370). عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية الجنائية والإجراءات الجزائية، (631). محمد

عوض، قانون العقوبات القسم العام، (105). رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائي، (147).

(2) علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره على المسؤولية الجنائية، (130).

(3) محمد قطب، منهج التربية الإسلامية، (143/2).

(4) قواعد الأحكام، (102/1-103).

(5) النظرية العامة للقانون الجنائي، (358).

مُهَيِّد:

الدفاع الشرعي موضوع هام وشائك أسال حبرا كثير في النظامين الشرعي والقانوني، لارتباطه بالواقع المعاش إذ التعدي حاصل لا محالة وذلك لاحتكاك الأفراد بعضهم ببعض، ووجود أصناف ونماذج مختلفة من الناس منهم الصالح ومنهم الطالح.

يقسم الدفاع الشرعي إلى قسمين:

دفاع شرعي عام : يتمثل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذا خارج عن نطاق دراستنا باعتباره بعيدا عن السلوك الإجرامي، ودفاع شرعي خاص : اصطلاح على تسميته في الفقه الإسلامي بدفع الصائل⁽¹⁾.

(1) ينظر في الاعتراض على هذا الاصطلاح: عبد الفتاح حضر، النظام الجنائي، (257).

الفرع الأول : تعريف الدفاع الشرعي.

استقر مدلول دفع الصائل بدل الدفاع الشرعي عند فقهاء المسلمين، لذلك وجب علينا تحديد المدلولين عند بيان المعنى اللغوي، محاولين ضبط مصطلح موحد عند تناول المعنى الإصطلاحي ضبطاً للمعاني.

أولاً : لغة.

باعتبار المصطلحين، سواء: " دفع الصائل"، أو "الدفاع الشرعي" مركبين إضافيين، فلا بد من تناول المضاف والمضاف إليه من كل مركب.

- فالدفع : هو الإزالة بقوة، دفعه، يدفعه دفعا ودفاعا ودفعه فاندفع، وتدفع وتدافع، وتدافعوا الشيء دفعه كل واحد منهم عن صاحبه، وتدافع القوم، أي دفع بعضهم بعضا (1).
- وكلمة دفاع، ترادف كلمة دفع، وهي فعال من اثنتين، وما يقع من أحدهما، دفع (2).
- أما الصائل : فهو إسم فاعل من الفعل صال، نقول: صال على قرنه، صولا، وصوولا ومصالة: سطا، والصوول من الرجال: الذي يضرب الناس ويتناول عليهم (3).
- فيكون دفع الصائل إذن إزالة سطو الصائل وتحتيته بقوة.
- أما كلمة شرعي: فهي من شرع الوارد يشرع شرعا وشروعا: تناول الماء بفيه، وشرع فلان : إذا أظهر الحق وقمع الباطل (4).
- وبذلك يكون الدفاع الشرعي بالمعنى اللغوي: إبعاد ما فيه أذى وتحتيته، إظهارا للحق وقمعا للباطل.

النتيجة :

إنه بتتبع المعنى اللغوي لكلا المركبين، اتضح أنهما ينطبقان تمام الإنطباق ويؤديان إلى نفس النتيجة وهي الإزالة، والإبعاد والتحتية، لكن مصطلح دفع الصائل أضبط كونه يحدد جهة هذه الإزالة وهي المعتدي، في حين جاء مصطلح الدفاع الشرعي فضفاضا يتناول إبعاد كل أذى وإن كان مصدره قوى الطبيعة، ولما كان الإصطلاح الثاني هو الشائع في كل بقاع الدنيا أثرنا استعماله توحيدا للمصطلحات.

(1) ابن منظور، لسان العرب، (2/ 1393-1394)، مادة: دفع.

(2) المناوي، التوفيق على مهمات التعريف، (338).

(3) ابن منظور، لسان العرب، (4/ 2528)، مادة: صول.

(4) المصدر نفسه، (4/ 2238-2239)، مادة: شرع.

ثانيا : اصطلاحا.

1 - شرعا :

يمكن ملاحظة اتجاهين في تعريف الفقهاء.

الأول : ظهر فيه تأثيرهم بالمعنى اللغوي للصيال، أما الثاني : فيبرز فيه تأثيرهم بالنزعة القانونية. الاتجاه الأول : اهتم أصحابه ببيان الشق الثاني للمصطلح، وهو الصيال، مكتفون بوضوح الشق الأول، وهذا ما يلاحظ في تعريف الشربيني (تر39) إذ يقول: « الإستطالة، والوثوب، والصائل، الظالم » (1).

الاتجاه الثاني : وقد سار عليه الفقهاء المحدثون، حيث ظهر تأثيرهم بالنزعة القانونية من ذلك قولهم: « الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة الإسلامية هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه في حماية ماله، أو مال غيره من كل إعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الإعتداء » (2).

ويعيب هذا التعريف الإطناب، ومع ذلك فهو غير جامع لعدم شموله الدفاع عن العرض، زيادة على تناوله بيان الحكم -أنه واجب- وهو خارج عن الماهية. وقد عرفه محمد سلام مذكور بأنه: « الحق الذي يقره القانون لمن يهدده خطر إعتداء في أن يصده بالقوة اللازمة » (3).

وهذا التعريف معيب أيضا لتكليفه الدفاع الشرعي بأنه حق، رغم الاختلاف الواقع في ذلك (4)، زيادة على عدم شموله شرط تناسب الدفاع مع الإعتداء (5).

وهكذا نجد القداماء قد ساروا في اتجاه، في حين سار المحدثون في اتجاه آخر، لذلك كان لزاما علينا أن نوحّد الرؤى لنخرج بتعريف مناسب دقيق، ولا أظنني أحيد عن الصواب إن قلت أنه ينبغي أن نساير ما استقرّ عليه الإصطلاح العالمي من استعمال عبارة الدفاع الشرعي، إذ لا مشاحة في الإصلاح، مادام يؤدي الغرض، ويحقق النتيجة المرجوة، لذلك سوف أرجئ بيان التعريف الجامع المانع إلى حين تحديد مدلول الدفاع الشرعي عند القانونيين.

(1) مغني المحتاج، (4/ 194).

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/ 472).

(3) محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (426).

(4) انظر: الفرع الثاني من هذا المطالب، ص (161...) من الرسالة.

(5) انظر بيان هذا الشرط: ص (187...) من الرسالة.

2 - الدفاع الشرعي قانونا :

استقرّ القانونيون على استعمال مصطلح الدفاع الشرعي، وقد جاءت تعريفاتهم، كثيرة متباينة، وفيما يلي إشارة إلى بعضها.

- فقد عرفه الأستاذ محمود نجيب حسني بأنه: « استعمال القوة اللازمة لصد خطر حال غير مشروع، يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون »⁽¹⁾.

وهذا التعريف انتقد لعدم شموله شرط التناسب مع الإعتداء.

- كما عرفه عبد الله سليمان بأنه: « الحق باستعمال القوة اللازمة، الذي يقرره القانون لمصلحة المدافع لرد الإعتداء الحالّ عليه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله »⁽²⁾.

وهو معيب أيضا لإطنابه، وعدم شموله فهو :

يعتبره حقا رغم الخلاف الواقع في ذلك.

- خروجه عن جوهر التعريف وماهيته ببيان غرضه وهو حماية المصلحة.

- التناقض الجلي: فكيف يمكن أن يكون الدفاع لمصلحة المدافع رغم أنه قد يتحقق لإجل مصلحة غيره إذا كان دفاعا عن نفس الغير وماله؟.

- أهمل الإشارة إلى الإعتداء الوشيك رغم إعتباره.

- أغفل شرط التناسب رغم بيانه شرط اللزوم.

ولعل أحسن ما وقعت عليه من التعارف التي يمكن أن تجمع نظرة أهل الشريعة والقانون ذلك

الذي استنتجه الدكتور: محمد سيد عبد التواب إذ يقول: « رد بقوة لازمة ومناسبة لإعتداء غير مشروع حالّ أو على وشك الوقوع »⁽³⁾.

وميزة هذا التعريف، الإيجاز والدقة في الوقت واحد، فهو يشمل أركان الدفاع الشرعي: من

اعتداء ودفاع، كما يتناول أنواعه: من حالّ ووشيك⁽⁴⁾.

(1) شرح قانون العقوبات القسم العام، (196):

(2) شرح قانون العقوبات القسم العام، (106).

(3) الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (68).

(4) المرجع نفسه، بنفس الموضع.

الفرع الثاني : حكم الدفاع الشرعي.

اختلفت نظرة الفقهاء عن تلك التي رآها القانونيون، فبينما اعتبره الفقهاء حقا بحسب الأصل، ولكن قد يصل حكمه إلى الوجوب بحسب موضوعه، فإن القانونيين تباينت آراؤهم في إعطائه صفة الحق أصلا، ثم كان لهم مجال في بيان مركز كل نوع بحسب موضوعه، وفيمايلي توضيح لذلك.

البند الأول : في الشريعة الإسلامية.

جعل فقهاؤنا حكم الدفاع الشرعي نسبيا يختلف بحسب موضوعه: النفس، أو العرض، أو المال، أو نفس الغير، أو ماله، أو عرضه.

أولا: الدفاع عن النفس.

وقد اختلفوا فيه من حيث الوجوب والجواز على رأيين :

1 - الدفاع عن النفس واجب :

وهو مذهب: الأحناف⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، ورواية عند الحنابلة⁽³⁾، إذ كان الإعتداء في غير فتنة، والشافعية، إذ لم يكن المعتدى عليه كافرا⁽⁴⁾.

2 - الدفاع عن النفس جائز :

وإليه ذهب بغض المالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، إذ كان المعتدى عليه مسلما. والملاحظ أن الجمع بين الرأيين ممكن إذ يمكن القول بوجوب الدفاع عن النفس في الأحوال العادية، أما أحوال الفتن فيكون حكمه الجواز.

(1) انظر: الجصاص، أحكام القرآن، (4/ 45). ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (8/ 546).

(2) محمد عليش، شرح منح الجليل، (4/ 562).

(3) ابن قدامة، المغني، (8/ 331).

(4) النووي، روضة الطالبين، (7/ 393). الشريبي، مغني المحتاج، (4/ 195).

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام، (2/ 257).

(6) النووي، روضة الطالبين، (7/ 92). الشريبي، مغني المحتاج، (4/ 195).

ثانيا : الدفاع عن العرض.

باستقراء نصوص الفقهاء في المذاهب يتضح أنهم يتفقون على وجوبه، وذلك لما فيه من حفظ لحق الله تعالى منعا لشيوع الفاحشة، وصيانة لعرض المعتدى عليه، حرصا على كرامته وشرفه⁽¹⁾.

ثالثا : الدفاع عن المال.

وقد اختلف فيه الفقهاء على مذهبين :

أحدهما : جوازه مطلقا، وإليه مال الحنابلة⁽²⁾، والحنفية⁽³⁾.

الثاني : وجوبه، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في تحديد صفة الوجوب على أقوال :

1 - الوجوب مطلقا : وإليه ذهب الغزالي من الشافعية⁽⁴⁾.

2 - قصور الوجوب على المال الذي فيه روح، أو تعلق به حق الغير : كمال الصبي، القاصر في يد وليه أو وصيه، وهذا قول جمهور الشافعية⁽⁵⁾.

3 - الوجوب بشرط الأذى الشديد أو الهلاك : وهو رأي المالكية⁽⁶⁾.

ويمكن لنا أن نخرج بنتيجة تجمع بين هذه الأقوال وهي: أن الأصل في الدفاع عن المال الجواز، كما يقول الأحناف والحنابلة، غير أنه قد يصل إلى درجة الوجوب، على قول المالكية إذا ترتب على ترك الدفاع أذى شديد أو تهلكه.

رابعا : الدفاع عن نفس الغير وعرضه وماله.

ألقى الفقهاء الدفاع عن نفس الغير وماله وعرضه، بالدفاع عن النفس، والعرض، والمال ففي الحكم، ومرجع ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (المائدة 02).

(1) انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، (310/4). الشريبي، مغني المحتاج، (195/4). ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (545/8). ابن قدامة، المغني، (332/8). أحمد فتحي هنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، (201...). عبد الفتاح مصطفى الصبغى، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (385). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (304...). عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي، (1/474).

(2) ابن قدامة، المغني، (331/8).

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (547/8).

(4) الشريبي، مغني المحتاج، (195/4).

(5) الرملي، لهية المحتاج، (24/8). الشريبي، مغني المحتاج، (195/4).

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي، (310/4).

قال ابن فرحون (تر63) : « قال ابن عبد السلام: يجوز دفعه، عن كل نفس معصومة، كانت من المسلمين أو من أهل الذمة »⁽¹⁾.

ويقول النووي: « وهل يجب الدفع عن الغير؟ فيه ثلاث طرق أصحها: أنه كالدفع عن النفس، فيجب حيث يجب، ولا يجب حيث لا يجب »⁽²⁾.

وجاء في المغني: « ولو عرض اللصوص لقافلة، جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم »⁽³⁾. كما ورد في نهاية المحتاج: « ويجب مع الأمن على نفسه أو عضوه أو منفعتة الدفعة عن بضع ولو لأجنبية إذ لا سبيل لإباحته »⁽⁴⁾.

البند الثاني : حكم الدفاع الشرعي في القانون.

تباينت نظرة القانونيين في تحديد حكم الدفاع الشرعي وتطورت عبر الحقبات التاريخية، إلى أن استقرت أكثر التشريعات على اعتباره حقا وفيما يلي بيان ذلك.

أولا : تكيفه.

1 - الدفاع الشرعي حق :

ويعتبر النظرة السائدة في غالبية القوانين العربية⁽⁵⁾، ويرفض البعض هذا التوجيه⁽⁶⁾، تأسيسا على أن الحق لا يقوم إلا في مقابلة شخص معين وهذا لا يمكن أن يتحقق سلفا، وخروجا من المأزق قال بعضهم⁽⁷⁾، بأنه حق يقابله التزام الناس جميعا منهم المعتدي. والحقيقة أن هذا الإعتراض لا أساس له، فأصحاب هذا الرأي خلطوا بين الحق غير المالي ومن ذلك الدفاع الشرعي الذي لا يفترض في طرفه السلبي أن يكون موجودا عند نشأة الحق، هذا

(1) تبصرة الحكام، (310/4).

(2) روضة الطالبين، (394/7).

(3) ابن قدامة، (332/8).

(4) الرّملي، (24/8).

(5) انظر نص المادتين: (245، 246) عقوبات مصري، المادة: (02/70) عقوبات ليبي، المادة: (183). عقوبات سوري. أما قانون العقوبات الجزائري فإنه وإن لم ينص على ذلك صراحة إلا أن ذلك مستفاد من مدلول المادة: (02/39)، والمادة: (40).

(6) محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام، (217-218). رمسيس هنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (278).

(7) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام (207).

بخلاف الحق المالي الذي يفترض فيه وجود هذا الطرف⁽¹⁾.

2 - الدفاع الشرعي واجب :

وإليه ذهب بعض فقهاء فرنسا⁽²⁾.

ويوجه محمود نجيب حسني هذا التكييف بأن المقصود ليس الواجب القانوني بل الإجتماعي حرصاً على صيانة الحقوق ذات الأهمية الإجتماعية⁽³⁾.

3 - الدفاع الشرعي ترخيص :

وإلى هذا الرأي مال بعض الشراح⁽⁴⁾، تفادياً للاعتراضات التي ظهرت نتيجة اعتباره حقاً، إذ الرخصة لا يقابلها التزام في مواجهة شخص معين. ولكن القول بأن الدفاع الشرعي رخصة يفقده القوة في مواجهة خطر الإعتداء لذلك، كان القول بأنه حق، من أقوى الآراء وأصوبها.

ثانياً : حكم الدفاع الشرعي بحسب موضوعه.

والآن بعد أن انتهينا على اعتباره حقاً علينا أن نحدد نظرة القانونيين في تكييف الدفاع عن النفس والعرض والمال، فهل وافقوا شريعتنا أم خالفوها؟. الملاحظ أن أغلب التشريعات العربية سارت على اعتبار الدفاع عن النفس والمال، ففي حين أغفلت الإشارة إلى الدفاع عن العرض⁽⁵⁾.

1 - الدفاع عن النفس :

يباح الدفاع ضد جرائم النفس على إطلاقها من غير قيد سواء تعلّق الإعتداء بجرح أو إيذاء،

(1) عبد الفتاح مصطفى الصبغى، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (388). بتصرف.

(2) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (117).

(3) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (189).

وفي هذا توجيه حسن إذ ينشأ عن إعتباره واجبا تبعات قانونية عند عدم القيام به، وهذا غير وارد بالنسبة للدفاع الشرعي. وانظر لمزيد تفصيل: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (309...). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (217).

(4) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (217). رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (278). السنهاوري، الوسيط، (1/810-811).

(5) انظر المواد: (02/29) عقوبات جزائري. (184) عقوبات لبناني. (29) عقوبات تونسي. (01/55) عقوبات أردني. (01/42) عقوبات عراقي. (245) عقوبات مصري، (183) عقوبات سوري، (02/70) عقوبات إيبني. (39) عقوبات تونسي.

وهذا محل اتفاق بين مختلف التشريعات⁽¹⁾.

2 - الدفاع عن العرض :

خلفت قوانين العقوبات من النص على الجرائم التي تمس بالعرض، مما أوقع الشراح في مأزق تكييف نطاق هذه الجرائم، من هنا ألحقوها بجرائم النفس.

تقول الدكتورة فوزية عبد الستار: « ولكن يدخل في نطاق جرائم النفس فضلا عن ذلك جرائم الإعتداء على العرض، مثل جريمة هتك العرض، وجرائم الإعتداء على الحرية والخطف، والقبض والحبس بدون وجه حق »⁽²⁾.

ويقول الدكتور إبراهيم الشباسي: « ويلحق بهذه الطائفة من الجرائم التي يوقعها المعتدي، والتي تبيح الدفاع الشرعي⁽³⁾، جرائم العرض كلها، هتك العرض بغير قوة أو تهديد، وهتك العرض بالقوة المادة: (336 ع)، والفعل الفاضح العلني، وارتكاب أمر محلّ بالحياة مع امرأة في غير علانية، فهذه الجرائم تبيح حق الدفاع الشرعي، ويخلق بها جرائم الخطف بأنواعها »⁽⁴⁾.

وفي هذا التوجيه من الشراح مسلك حسن وسد ل فراغ قانوني، أوقعهم فيه سكوت المشرع عن استعمال عبارة العرض، فما يضير المشرع من إضافة هذه اللفظة، سيما وأن قوانين العقوبات تنص في أبواب أخرى على اعتبار ما يقع على العرض من هتك واعتداء على الحرية، وخطف، وحبس دون وجه حق، جرائم تستحق العقوبات⁽⁵⁾.
فمفهوم المخالفة إذن أن الدفاع ضد من يرتكبها جائز⁽⁶⁾.

(1) محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري (338). محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام (192). إبراهيم الشباسي، الرجز في شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام (بيروت: دار الكتاب اللبناني)، (177). فوزية عبد الستار، "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة" مجلة القانون، والإقتصاد، القاهرة: العددان 3-4 (السنة 42، سبتمبر إلى ديسمبر 1972م)، (216). وانظر المواد: (245-257)، (264)، (265)، (268-271) عقوبات جزائي.

(2) " خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة " (216).

(3) يقصد: جرائم النفس.

(4) " تطبيق نظرية الدفاع الشرعي على عذر الإستفزاز في قانون العقوبات الجزائري " مجلة العلوم القانونية، قسنطينة: جامعة قسنطينة، العدد: الأول (السنة الأولى، جويلية 1982م)، (30).

(5) انظر على سبيل المثال: قانون العقوبات الجزائري، المواد: (03/57) التي تتعلق بهتك العرض بغير قوة. المادة: (336) المتعلقة بهتك العرض بقوة. (326-329). (292، 293، 293 مكرر) المتعلقة بجرائم الخطف.

(6) ومع ذلك قضي في سوريا أن من يقتل شخصا كان يلاحق زوجته بقصد ارتكاب الزنا معها لا يكون في حالة دفاع شرعي، إذ أحكام المادة: (183) عقوبات تشمل الدفاع عن النفس أو الملك، أو نفس الغير أو ملكه. حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية. (149).

3 - الدفاع عن المال :

أطلق المشرع الجزائري العنان للدفاع عن المال في نصوص عدة⁽¹⁾، وقد تميّز القانون المصري عن غيره بحصر الجرائم التي يباح الدفاع ضدها⁽²⁾.

4 - الدفاع عن نفس ومال الغير :

لما كان الدفاع الشرعي ينبعث غالبا من غريزة رد العدوان رفضا للظلم، فإنه يستوي أن يقع عن نفس المدافع أو ماله، أو عن نفس الغير، أو ماله⁽³⁾، ولهذا وجدنا التشريعات العربية⁽⁴⁾، باستثناء قانون العقوبات التونسي، في المادة: (39) التي حدّدت من يقع الدفاع عنهم⁽⁵⁾.

النتيجة :

إن شريعتنا الإسلامية قد تميزت بالدقة المتناهية في وقوفها موقفا نسبيا بتحديد حكم الدفاع الشرعي حسب موضوعه، وفي ذلك ما يسع نظريات القانونيين المتعددة، هؤلاء الذين جري أغلبهم على اعتباره حقا مهما كان موضوعه.

أما الدفاع عن العرض فإننا نفاشد شتى القوانين بالنص عليه صراحة، ومنحه صفة الوجوب عملا بما جاء في شريعتنا الإسلامية تحقيقا لمقصد منع انتشار الفاحشة.

الفرع الثالث: أساس الدفاع الشرعي.

يثير تحديد الأساس، الذي تقيم عليه الأنظمة، للدفاع الشرعي جدلا كبيرا، تغذيه نظريات كثيرة، متباينة، في كلا النظامين الشرعي والقانوني.

(1) هذه الجرائم أوردها في الفصل الثالث بعنوان: الجنايات والجنح ضد الأموال. انظر المواد: (350-354). (361،362).

(2) وقد أوردها في أبواب: (02،13،14) من الكتاب الثالث، كذلك للمادتان: (01/387). (03،01/389).

وانظر في بيان هذه الجرائم: فوزية عبد الستار، "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة" (218-219). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، (231). محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (193-195).

(3) حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (150) بتصرف.

(4) انظر على سبيل المثال المواد: (02/39). عقوبات جزائري. (341) عقوبات أردني. (02/70) عقوبات لبي. (245) عقوبات مصري. (549،183) عقوبات سوري.

(5) وهم الأقارب من طبق الأصول والفروع: الإخوة، الأخوات، الزوجة، فإن كان المعرض للخطر أجنبيا فإن للمحاكم الإجتهد في تقدير المسؤولية عنه.

انظر: فوزية عبد الستار، "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة"، (219). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية، (150).

البند الأول : في الشريعة الإسلامية.

تعددت وجهات نظر فقهاءنا في تحديد الأساس، الذي تبنى عليه إباحة الدفاع الشرعي وفيما يلي بيان لذلك.

أولا : المضاربة أساس الدفاع الشرعي.

ونقصد بهذا الأساس، وجود الضرر المؤثر على المعتدى عليه، يؤكد ذلك، حديث من جوامع الكلم، يعتبر قاعدة عظيمة، بنيت عليها أحكام فقهية جليلة، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾. وانطلاقاً من هذا الحديث، بنى فقهاؤنا نظريات فرعية، أسسوا عليها الدفاع الشرعي من ذلك.

1 - إزالة الضرر أساس الدفاع الشرعي :

وهذا إعمالاً لقاعدة جليلة، بنيت على الحديث السابق، وهي قاعدة : "الضرر يزال"⁽²⁾. فما دام المعتدي، قد أنزل ببرئى إيذاء، فهو مضار، فوجب إزالة ضرره. وهذا الأساس منتقد، ذلك أن :

- الدفاع الشرعي أبيع لأجل منع ضرر حال أو على وشك، والأخذ بهذا التوجيه يبيح استعمال الدفاع ضد الخطر المنتهي، ولا أحد يسلم بهذه النتيجة⁽³⁾.

2 - الضرورة أساس الدفاع الشرعي :

فالدفاع الشرعي تطبيق لقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"⁽⁴⁾.

يقول ابن نجيم (تر87): «وتتعلق بها - يقصد قاعدة: الضرر يزال - قواعد. الأولى: الضرورات تبيح المحظورات، ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخصة، وإساعة اللقمة بالخم، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذا إتلاف المال، وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله»⁽⁵⁾.

(1) أخرجه ابن ماجه، كتاب: الاحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، (784/2). عن عبادة بن الصامت وابن عباس.

(2) انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (85).

(3) انظر: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (117). عبد الفتاح مصطفى الصفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (390).

(4) وهي قاعدة فرعية للقاعدة السابقة، الضرر يزال.

(5) الأشباه والنظائر. (85).

- وهذا الأساس لا يستقيم أيضا، إذ رغم دقة التمييز بين الفكرتين، كونهما يتحققان بوجود خطر محقق، إلا أنهما يتباينان ولا تصلح الضرورة تبريرا للدفاع الشرعي.
- فالضرورة يشترط في خطرها من الجسامة، ما لا يشترط في الدفاع الشرعي.
 - مصدر خطر الضرورة فعل غير مجرم، وغالبا ما تكون الطبيعة سببا فيه، أما مصدر الدفاع فهو فعل معتد، ظالم.
 - كيف لنا أن نؤسس سلوك المدافع بقتل أو جرح غيره، مادام المضطر ليس له أن يلحق مثل هذا الأذى بغيره؟.
 - أتى لنا أن نبرر تدخل الغير بالدفاع عن معتدى عليه، مادام المدافع غير مضطر إلى ذلك؟⁽¹⁾.

ثانيا : الإكراه أساس الدفاع الشرعي.

- يقول البابرتي (تر7): « فأشبه المكره، يعني أن المكره، لما صار مسلوب الإختيار من جهة المكره، أضيف التلف إلى المكره، فذلك المصوب عليه »⁽²⁾.
- والمعنى الذي يجمع بين المكره والمدافع: انعدام الإختيار عند كل منهما⁽³⁾.
- وهذا الأساس محل نقد أيضا:

- فخطر الإكراه، لابد أن يكون جسيما، أما الدفع فيقع عن كل خطر بما يناسبه.
- الحديث عن انعدام الإختيار، لا يتحقق في كل الأحوال، فالمدافع عن غيره قد يكون له من الصفاء النفسي ما يجعله في حالة تفكير هادئ، وسوي⁽⁴⁾.

ثالثا : التعزير أساس الدفاع الشرعي.

- جاء في مجمع الأنهر: « ويكون التعزير بالقتل، كمن وجد رجلا مع امرأة لا تحلّ له، إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصياح، وضرب بما دون السلاح »⁽⁵⁾.

(1) انظر: عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (390). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (119).

(2) أكمل الدين البابرتي، شرح العناية على الهداية، مطبوع هامش تكملة فتح القدير، لكمال الدين بن الهمام، (232/10).

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (389).

(4) انظر: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (116). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (389).

(5) داماد أفندي، (عبد الله بن الشيخ محمد سلمان) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأئمة، (بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي)، (609/1).

وقد انتقد هذا الأساس بما يلي:

- أنه يجعل من الدفاع الشرعي عقوبة، ينزلها المدافع بالمعتدي، وهذا أمر غير مسلم به.
- إن العقوبة التعزيرية، لا يتولاها الأفراد، بل هي من اختصاص السلطة⁽¹⁾.

رابعا : زوال العصمة أساس الدفاع الشرعي.

وبهذا الأساس قال: محمد سيد عبد التواب.

ووجهة نظره تتلخص في أن شريعتنا منعت الإعتداء، ونهت عنه⁽²⁾، قال عَلَيْكُمْ: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ (البقرة 190).

وقال ﷺ في حجة الوداع: «...إن دماءكم، وأموالكم حرام عليكم، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا...»⁽³⁾.

وفي هذا تأكيد على حرمة الأنفس، والأعراض، والأموال، فهي معصومة بمقتضى الإيمان، والأمان⁽⁴⁾، والحربي⁽⁵⁾، لا عصمة له، فدمه هدر، مباح، لأنه لا أمان له، والصائل كذلك، بجامع الإعتداء في كل منهما⁽⁶⁾.

وهذا الأساس الذي دافع عنه الأستاذ الفاضل بكل قوة، مستدلا بنصوص الفقهاء لا يعطي تبريرا سليما وذلك لأن:

- سبب العصمة، وكما يعترف الأستاذ شيئان: الإيمان، والأمان، والصائل مؤمن، فهل يوجد اعتداء يتساوى مع من لا عصمة أصلا لكفره؟
- هذه النظرية عاجزة عن تأسيس اعتداء الصغير، والمجنون، والحيوان، لعدم وجود الإدراك المعتبر في التكليف⁽⁷⁾.

(1) عبد الفتاح مصطفى الصيقي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (389).

(2) الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (133...).

(3) أخرجه: مسلم، كتاب: الحج، باب: حجة النبي ﷺ، (889/2-890)، عن جابر بن عبد الله.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (529/1).

(5) الحربي: «من ينتمي إلى الدولة في حالة حرب مع المسلمين، أو من ربطه بدولة الإسلام عقد أمان، أو عهد فاتهته أمانه، أو نقض عهده». عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (533/1).

(6) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، في الفقه الإسلامي، (142).

(7) عبد الفتاح مصطفى الصيقي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (391).

خامسا : الأساس المختار : المصلحة أساس الدفاع الشرعي .

المقصود بنظرية المصلحة كأساس للدفاع الشرعي، ما يرجع إلى تحقيق مقصد الشارع في جلب المنافع ودفع المضار، ولاشك أن دفاع المعتدى عليه، عن نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس أو عرض أو مال الغير، لا يخرج عن واحد من هذه الأمور.

فهو يدفع الضرر الحاصل من المعتدي، والذي يخل بمقصد الشارع، من الخلق في الحفاظ على المقاصد الخمسة، فهي تقوم إذن على دفع الضرر الحاصل، بجلب النفع المفقود⁽¹⁾.

وقد انتقد بعضهم⁽²⁾، هذا الأساس من وجهين:

- أحدهما : إذا كان الإعتداء من شريرين، فلا مصلحة للشارع في الإبقاء على أحدهما.
- الثاني : عدم وضوح المقصود بهذا الأساس، إذ يطرح الإشكال بالنسبة لتكييف تدخل الغير، دفاعا. والجواب على هاذين الاعتراضين من وجهين أيضا:
- أحدهما : أن الإعتداء الواقع من شريرين، ينظر فيه إلى الواقعة مجردة عن شخص كل منهما، إذ ما من واقعة، إلا ويتحقق فيها مدافع ومعتدى، ولاشك أن مقصد الشارع يتحقق برعاية مصلحة المدافع، بدرء ضرر المعتدي، مهما كانت صفته.
- الثاني : إن مدلول المصلحة يسع مصلحة المعتدى عليه وغيره⁽³⁾، فقد سبق أن أوضحنا، أن المقصود بالمصلحة، ما كانت معتبرة شرعا، والشارع يحترم الدفاع عن النفس، والعرض، والمال، ونفس الغير، وعرضه، وماله.

البند الثاني: أساس الدفاع الشرعي في القانون.

لا جدال حول انتفاء مسؤولية المدافع، عما يقع منه مقاومة للمعتدي، ولكن الخلاف واقع حول تأصيل فعله، فعلى أي أساس بني شراح القانون الوضعي ذلك؟.

لقد تعددت آراؤهم، وتباينت إلى حد كبير، وفيما يلي بيان لأهم تلك الآراء، والتي يمكن تصنيفها إلى نوعين:

(1) وقد أنتصر لهذه النظرية الدكتور: يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي، (55). نقلا عن: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (119)، هامش 03. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (390).

(2) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (122).

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (390).

- أولاً: النظريات الفلسفية، التي اعتمدته -الدفاع- كسلوك إجتماعي واقعي.
- ثانياً : النظريات القانونية، والتي انقسمت إلى فئتين :
- إحداهما: أسسته، من زاوية موضوعية، والأخرى: نظرت إليه من جانب شخصي.

أولاً : الأساس الفلسفي للدفاع الشرعي.

(1) - نظرية الحق الطبيعي :

إنّ الدفاع الشرعي، أحد الحقوق الطبيعية للإنسان، يلزمه في حياته، فيستعمله بنفسه، كما هذه اعتداء، وعجزت الدولة عن حمايته، وليس للقوانين سوى قبوله، والإعتراف به ثمّ حمايته من خلال نصوص تنظّمه⁽¹⁾.

ويؤخذ على هذه النظرية التي قد تصلح، كأساس لتبرير الدفاع عن الحقوق التي يتمتع بها الإنسان فطرياً، إلا أنها لا تقدّم تبريراً للدفاع عن الحقوق المكتسبة، كالمال مثلاً⁽²⁾.

(2) - نظرية العقد الاجتماعي :

ويأتي على رأس المدافعين عن هذه النظرية الفيلسوف: «جان جاك روسو»^(تر27) ، وهي تقوم على أن الأفراد يتمتعون بكل حقوقهم غير أنهم بمقتضى العقد الذي يربطهم بالدولة، قد تنازلوا لها عن حقوق تمارسها نيابة عنهم، وعلى رأسها الدفاع عنهم، ولكنها متى عجزت عن تنفيذ هذا الإلتزام، استعادوا حق حماية أنفسهم من أي خطر يهددهم.

- ويؤخذ على هذه النظرية بعدها عن الواقع، وقيامها على الخيال، والإفتراض، لأجل ذلك، انهارت، فلم يعد لها أي وجود⁽³⁾.

(3) - نظرية حق المجتمع في العقاب :

وقد نادى بها الفقيه «كارار CARRARA» متأثراً إلى حدّ ما بفكرة جان جاك روسو في التنازل عن الحقوق، بحيث يرى أن الدفاع من اختصاص الدولة تحتكره وحدها، لقدرتها على تحمّل

(1) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (176).

(2) انظر في نقد هذه النظرية: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (124). عبد الفتاح مصطفى الصيفي الأحكام العامة للنظام الجزائري، (392-393).

(3) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (277). محمد سيد عبد التواب الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (125-126).

ذلك، فحق المجتمع في العقاب متمثلاً في الدفاع العام قد قضى على الدفاع الخاص للفرد، ولكن قد يتعذر على المجتمع ممارسة الدفاع العام، لسبب ما حينها لا سبيل إلا أن يدافع الفرد عن نفسه بالقدر اللازم.

وانتقدت هذه النظرية من حيث :

- خلطها بين حق الفرد في رد العدوان، دفعا لخطر حال مائل، وبين تولي الدولة تنفيذ العقوبات على المعتدين، والخارجين عن قوانينها، وكأنني بأصحابها يريدون القول أنه: متى كان سلوك المدافع مجدياً في لحظة ما، فلا داعي لتدخل الدولة متمثلة في سلطاتها، وهذه نتيجة خطيرة، تدفع بفكرة الدولة إلى الهاوية.

- إن هذه النظرية لا تقدم تبريراً للدفاع عن المال، ولا عن نفس الغير، أو عرضه، أو ماله⁽¹⁾.

4 - نظرية التفويض لعجز السلطة :

وبهذا الأساس قال الفقيه « منزيني MANZINI » ، وهو يرى أن حق الدفاع تكلفه الدولة أصلاً، ولكن قد تفوّض ذلك استثناء للمعتدى عليه، في حالة ما إذا عجزت عن الدفاع عنه في لحظة حرجية، وقد توسّعت هذه الفكرة إلى القول بأن الفرد يمارس وظيفة عامة يحلّ فيها محل السلطة المختصة. إن الملاحظ أن هذه النظرية، وصلت إلى نتائج خطيرة، لا نسلم بها، ولذلك فإنه لا مجال للأخذ بهذا الأساس من وجوه :

- لا نسلم بعجز السلطة عن مباشرة مهامها فهي تسهر في كل وقت على راحة، وأمن أفرادها، إنما العجز ناشئ، عن عدم قدرة المعتدى عليه الركون إلى السلطة في الوقت المناسب⁽²⁾.

- إن سلطة الدولة هي سلطة عقاب، فهل يسوغ أن نقول أن الدولة فوّضت الفرد في أن يمارس العقاب عنها؟، فغاية الأمر أنها أتاحت للمعتدى عليه في أوقات حرجية دفع الخطر المحدق به، وإذا كانت السلطة تخول ذلك لرجال الشرطة، أداء لواجبهم المهني الذي لا يمكنهم التقاعس عنه، فهل يكون للمفوض وهو الفرد في موقف الوجوب أيضاً؟⁽³⁾.

ثانياً : الأساس القانوني للدفاع الشرعي.

ويشمل عدّة نظريات يمكن تصنيفها إلى نوعين: شخصية، وموضوعية.

(1) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (126). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (285، 286).

(2) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (287).

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (392).

(1) - الأساس الشخصي للدفاع الشرعي :

ونظر أنصاره في تبرير الدفاع الشرعي إلى من يمارس هذا النشاط وتجلت أفكارهم في :

أ - الإكراه أساس الدفاع الشرعي : وهي فكرة نادى بها الفقيه الفرنسي « بفندروف PUFFENDROFF »، إذ تقوم على فقدان المدافع حرية الاختيار، فيندفع تغذيه غريزة حب البقاء إلى مقاومة المعتدي.

وهذه النظرية لا تصلح لتأسيس الدفاع الشرعي لما يلي:

- لا نسلم فقدان المدافع حرية الاختيار، لأن ذلك لا يحصل إلا في حالات نادرة.
- إن غريزة حب البقاء التي تؤسسون عليها نظريتك تؤدي إلى القول بجواز الدفاع ضد الاعتداء المشروع، وهذا لم يقل به أحد.
- لا يتحقق الإكراه إلا بوجود خطر جسيم، في حين يباح الدفاع ضد كل خطر بما يناسبه.
- هذه النظرية لا تقدم تفسيراً للدفاع عن المال، أو عن الغير⁽¹⁾.

ب - نظرية البواعث القانونية والاجتماعية : يعتبر الفقيه "فيرى FERRY" من أشد أنصار هذه الفكرة، وهي تقوم على وجود بواعث ودوافع قانونية، واجتماعية نبيلة لدى المدافع، متمثلة في المحافظة على مصلحة شخص المدافع نفسه باعتباره عنصراً نافعاً، مستقيماً، مساهمة في الضرب على يد المعتدين لخطورتهم الاجتماعية⁽²⁾.

ويؤخذ على هذه النظرية :

- أنها تنظر إلى الغايات والمقاصد، غير أن الغاية من أي سلوك، «لا يدخل ضمن مقومات النموذج القانوني للجريمة، لهذا فلا يكفي وجودها للقول بعدم توافر أحد أركان الجريمة وهو الركن المعنوي»⁽³⁾.

- إن هذه النظرية تولى أهمية لمركز من يصدر عنهما السلوك -دفاعاً واعتداء- من حيث الصلاح والفساد، فترجح جانب الصالح، والسؤال المطروح كيف يكون الموقف لو تعلّق الأمر بشريّين فهل يتخلّص منهما؟⁽⁴⁾.

(1) محمد سيّد عبد التّواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (130-131). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (281).

(2) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (279).

(3) عبد الفتاح مصطفى الصيقي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (392).

(4) محمد سيّد عبد التّواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (125).

ج - نظرية مقاومة الشر بالشر : نادى بها الفقيه جيبير⁽¹⁾ GEYER، ومفادها :

أن منطق العدالة يقتضي القول بشرعية ردّ الإعتداء، لا على أساس مشروعية الفعل، ولكن باعتباره مقاصّة بين عدوان هو شرّ، ودفاع هو أيضا شرّ.

ويؤخذ على هذه النظرية أنها :

- جعلت الدفاع عقابا يحلّ بالمعتدي، بينما هو وسيلة ردّ عدوان.

- النتيجة المنطقية لتحليل النظرية، أن لا عقوبة على المعتدي بعد ذلك، إذ يكون قد نال جزاءه مقاصّة من المدافع⁽¹⁾.

(2) - الأساس الموضوعي للدفاع الشرعي :

ويبرّر الدفاع الشرعي وفق هذا الإتجاه، بالنظر إلى موضوع، وجوهر الدفاع، لا شخص من

يمارسه، وقد تجلّى ذلك في نظريّتين هما :

أ - نظرية إبطال البغي : وصاحبها الفقيه هيجل^(تر90) HEGEL، حيث يرى: «أن مشروعية

الدفاع مستمدة من القانون نفسه، فالإعتداء هو إنكار للقانون، والدفاع هو إنكار لهذا الإنكار، يقصد به تلافي الظلم، والبغي، فهو إذن جزاء قانوني على الإعتداء»⁽²⁾.

وهذه الفكرة تجافي الصواب لأنها :

- جعلت الدفاع حكم القانون وجزاءه، فلا مجال للعقاب بعد ذلك!

- وضعت كل فرد ممثلا للسلطة العامة في تطبيق القانون، ولا أحد يقول بذلك⁽³⁾.

ب - نظرية تنازع المصالح : وبها نادى عدة فقهاء مثل: كانت^(تر70) KANTE،

«بوري BURI»، «فريجافاي FREJAVAILLE» على تباين في التحليل، لكن مع اتفاق في الجوهر، وهو أن أساس الدفاع يقوم على الترويج بين مصلحتين متعارضتين للمعتدي، والمدافع، فترجّح مصلحة الأخير لأهميتها⁽⁴⁾.

ولهذا استقرت كنظرية تحقق تأسيسا منطقيا لسلوك المدافع منهما سواء كان موضوع الإعتداء:

النفس أو العرض أو المال.

(1) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (282). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (131-132). عبد الفتاح

مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (392).

(2) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (284).

(3) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (125).

(4) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (283). فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، (236).

وتجدر الإشارة أن بعضهم⁽¹⁾، قد اعترض على هذا الأساس من غير تقديم بديل آخر صالح لتأسيس للدفاع الشرعي.

وحجة المعارض في ذلك :

- التزام الدولة بالحفاظ على المصالح جميعها من غير إهدار لأحداها.
 - لا مجال للقول بفقد المعتدي حقه مقابل للدفاع إذ في ذلك قول بإيقاع القصاص من المدافع.
 - النظرية عاجزة عن تفسير الدفاع ضد غير المسؤول، كالمجنون، والصغير.
- وجوابا عن هذه الانتقادات أقول :

إن الدكتور: خلود قد وصلت إلى نتائج بعيدة عن منطق هذه النظرية، وقد يكون سبب ذلك تعدد وجهات نظر شارحي هذه النظرية، ولكن الفكر والواقع يوضح أنها أفضل وأسلم وجهات النظر والتي استقر عليها الفقه حديثا.

- فالإلتزام الدولة بالحفاظ على جميع المصالح فكرة خيالية، إذ لا وجود لمصالح خالصة فما من مصلحة إلا ويشوب تحقيقها حصول مضرة ولو يسيرة بالغير.
- لم يقل أحد أن التضحية بمصلحة المعتدي دفاعا من المعتدي عليه هي على سبيل القصاص، إنما هي مواجهة لخطر محقق.

النتيجة :

- إن تحديد أساس للدفاع الشرعي، أثار جدلا كبيرا، وأسأل حبرا كثيرا، وقد كان السجال واسعا عند القانونيين على وجه الخصوص، وإن كانت النتيجة توافق النظامين في ترجيح النظرية الأنسب والأقرب إلى الواقع، والمنطق والمتمثلة في الموازنة بين المصالح المتعارضة.
- إن غير المسؤول وإن كان فاقدا لعنصر الإدراك إلا أن الرأي الراجح يبيح الدفاع لعدم اشتراط أهلية المعتدي باعتبار أسباب الإباحة موضوعية لا تقضي سوى لنص التجريم.

الفرع الرابع : أركان الدفاع الشرعي وشروطها.

يقوم الدفاع الشرعي على ركنين متضادين : اعتداء ودفاع، ويشترط في كل واحد شروط خاصة هذا ببيانها.

(1) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (283-284).

وانظر خلاف هذا الرأي : عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (393).

البند الأول : الاعتداء وشروطه.أولا : تعريف الاعتداء.

1 - لغة :

من عدا، يعدو : إذ ظلم وجار، والاعتداء، والتعدى، والعدوان : الظلم⁽¹⁾.

2 - اصطلاحا :

أ - شرعا : « النشاط من فعل أو قول أو امتناع، يوصف بعدم المشروعية، يبدأ أو يوشك أن يبدأ في إلحاق أذى بأحد الناس »⁽²⁾.

والأصل في هذا الاعتداء أن يكون إيجابيا أي ماديا ملموسا، كما قد يكون سلبيا، فيظهر في امتناع كترك الغير دون طعام أو شراب⁽³⁾، وقد، يكون حقيقيا، ظاهرا للعيان، ولكن قد يعتد المدافع خلافا للحقيقة، التعرض لجريمة، بناء على ظن قوي، كأن يري شخصا في الظلام، فيخاله معتديا أو لصا، فينقض عليه.

يقول الإمام الشافعي : « إذ أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل، فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه، وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب، فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه »⁽⁴⁾.

إذن فالخطر الوهمي، القائم على الظن الموسوم بالقوة والغلبة معتبر في إباحة الدفاع⁽⁵⁾.

ب - الاعتداء في القانون : « الخطر الذي يهدد بارتكاب جريمة »⁽⁶⁾.

وميزة هذا التعريف أنه لا يشترط في الاعتداء أن يبدأ فعلا بل يتحقق بمجرد التحضير، فضلا عن أن السلوك الإجرامي قد يكون إيجابيا أو سلبيا⁽⁷⁾، ثم إن الأصل فيه أن يكون حقيقيا، غير أنه قد

(1) ابن منظور، لسان العرب، (2846/4)، مادة: عدا.

(2) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (152).

(3) هذا الرأي للجمهور: من مالكية، وشافعية، وحنابلة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الأحناف، خلافا لأبي حنيفة.

انظر: الدسوقي، حاشية الدوسوقي، (215/4). الرملي، نهاية المحتاج، (251/7). ابن قدامة المغني، (7/650). ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (543/8).

(4) الأم، (27/6).

(5) انظر: عبد الفتاح مصطفى الصفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (396).

(6) هذا ما نصت عليه المادة: (42) عقوبات عراقي، علما أن المشرع الجزائري قد تجاهل تعريفه أصلا.

(7) هذا هو الرأي الراجح قانونا. انظر: محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (240). محمود نجيب حسني، شرح العقوبات القسم العام، (148). فوزية عبد الستار "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي"، دراسة مقارنة، (170-171).

خلافا للمفقيه: "حارو" الذي يستلزم أو يكون الإعتداء إيجابيا. انظر: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي (159).

يقع وهما وهذا ليس محل اتفاق.

- فذهب فريق : إلى الاعتداد بالخطر الوهمي بشرط أن يكون اعتقاد المدافع مبنيا على أسباب معقولة⁽¹⁾.

- وذهب فريق آخر : إلى أن الاعتداء الوهمي، يخضع لحالة الغلط في الإباحة، باعتبار الدافع الشرعي ذو طبيعة موضوعية فلزم أن يكون الخطر حقيقة⁽²⁾.
والحقيقة أن الرأي الأولي بالاعتبار، ذلك أن أسباب الإباحة وإن كانت ذات طبيعة موضوعية، إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار بعض العناصر الشخصية، يظهر ذلك في تقدير القاضي للوقائع إذ يستحيل أن يستبعد الاعتبارات الشخصية⁽³⁾.

النتيجة:

إن كلا النظامين سعى إلى ضبط مدلول الإعتداء، وقد وسع كل منهما أكثر من رأي في اعتبار الإعتداء السلبي والخطر الوهمي، والملاحظ أن الراجح فيهما تغليب مصلحة المدافع عملا على زجر المعتدي، وحملا على احترام الحقوق.

ثانيا : شروط الاعتداء.

وهي ثلاثة أقسام : الأول يتعلق بمضمون الاعتداء، والثاني بموضوعه، والأخير بزمنه.

القسم الأول : مضمون الاعتداء.

ويقصد به اشتراط عدم مشروعية الاعتداء⁽⁴⁾، ويتحقق ذلك إذا كان الخطر، يهدّد حقا يحميه الشارع⁽⁵⁾، وبذلك تتجلى أهميته في تحديد مجال تطبيق الدفاع الشرعي، وبناء على اشتراط عدم مشروعية الفعل، فإن النتيجة المنطقية أن لا محل للدفاع إذا كان الفعل مباحا -مشروعا- إذ لا يقاوم

(1) وهو اختيار: رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي (448). رمسيس بھنام، النظرية العامة للقانون الجنائي (381). إبراهيم الشباسي، الوحيز في شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، (173-147). " تطبيق نظرية الدفاع الشرعي على عذر الاستفزاز في قانون العقوبات الجزائري"، (27). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (299).

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (190). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (242).

(3) انظر: فوزية عبد الستار، " خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة"، (177...). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (161-162). وانظر خلاف ما رجحناه: عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (397). دهماني الزهرة، "نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري"، (رسالة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر: 1985م)، (60).

(4) اشتراط هذا الوصف في الخطر تفاديا لأن يكون المصدر مشروعا كفعل الصي، والمجنون، من هنا يكون استعمال لفظ الإعتداء تجمّوزا باعتباره الصورة الظاهرة للخطر.

(5) رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (159-160). محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (184).

تهذيب أب لابنه بضرب خفيف، ولا موظف ينفذ أمرا قانونيا، ولا طبيبا يعمل على إنقاذ مريض في جراحة عاجلة...

إن مثل هؤلاء تخضع أعمالهم للإباحة، فتكون مشروعة استثناء، على أن ما تقدم مشروط بعدم تجاوز صاحب الحق حدود الإباحة، فإن وقع منه ذلك اعتبر هذا الإعتداء غير مشروع يباح ضده الدفاع⁽¹⁾ ويثير هذا الشرط عدة تساؤلات منها :

1 - فعل غير مسؤول :

يقصد به من توافر لديه عارض من عوارض الأهلية.

أ - في الشريعة الإسلامية: اختلف الفقهاء حول الدفاع في مواجهة غير المسؤول على قولين:

• القول الأول : وإليه ذهب الجمهور: من مالكية، وشافعية، وحنابلة، وأبو يوسف من الأحناف فهم يسمون بين من هو أهل لتحمل المسؤولية الجنائية، و من ليس أهلا لها، ذلك تنتفي مسؤولية المدافع لكون غير مسؤول معتديا.

يقول القرافي : « أما المدفوع: فكل صائل إنسانا كان أو غيره، فمن خشي من ذلك فدفعه عن نفسه فهو هدر، حتى الصبي والمجنون إذا صالا »⁽²⁾.

وجاء في المهذب : « وإن صالت عليه بهيمة فلم تدفع إلا بالقتل، فقتلها لم يضمن لأنه إتلاف، بدفع جائز فلم يضمن كما لو قصده آدمي فقتله للدفع »⁽³⁾.

وجاء في المغني : « ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه... وغير المكلف كالمكلف في هذا »⁽⁴⁾، وأورد صاحب تكملة البحر الرائق، رأى أبي يوسف إذ يقول: «وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة، ولا يجب في الصبي والمجنون »⁽⁵⁾.

• القول الثاني : وهو رأي الأحناف عدا أبي يوسف، حيث قالوا بإعطاء الدية وسقوط القصاص لكون الضرورة ألجأته إلى ذلك، والصبي غير مختار⁽⁶⁾.

(1) انظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (184). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (225).

إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائي القسم العام، (175...).

(2) الذخيرة، (262/12).

(3) الشيرازي، (225/2).

(4) ابن قدامة، (329/8).

(5) محمد الطوري، (233/10).

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (480/1).

وانظر أيضا: أحمد فتحي مهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، (204). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (168-169).

ب - فعل غير المسؤول في القانون : اختلف القانونيون في هذه المسألة على رأيين أيضا :

• الرأي الأول : عدم الاعتداد بتوافر موانع المسؤولية، ذلك أن الضابط في اعتبار عدم المشروعية : « يقوم على عناصر موضوعية خالصة إذ لا يقتضي غير دخول الاعتداء المحتمل في نطاق أحد نصوص التجريم... فليس بشرط أن يكون المتعدي أهلا للمسؤولية الجنائية »⁽¹⁾، ومن ثم تكون العبرة بالنتيجة الإجرامية⁽²⁾.

• الرأي الثاني : عدم جواز الدفاع ضد من لم يكن مسؤولا، نظرا لتخلف الركن المعنوي للجريمة، وإنما يسع من يتعرض لهذا السلوك أن يحتج بتوفر حالة الضرورة⁽³⁾. والملاحظ أن الرأي الأول هو المتبع، ذلك أن غير المسؤول الذي هذا حاله إلا أن ركن عدم المشروعية - الركن المعنوي - متحقق إذ هو مستقل عن سائر أركان الجريمة ويتجلى باكتساب صفة الجريمة بصرف النظر عن مسؤولية مرتكبه، كما أن الاستناد إلى حالة الضرورة لا يسلم في كل الأحوال خاصة إذا كان الدفع عن المال، ثم إن سلوك المدافع لا يقصد به إنزال عقوبة بالمعتدي، حتى يقال بإشتراط أهليته، إنما هو حماية لحق يكفله القانون⁽⁴⁾.

النتيجة :

إن كلا من الشريعة والقانون قد وسعا أكثر من رأي غير أن الراجح عند القانونيين يتفق مع الرأي الغالب عند الشرعيين، ألا وهو رأي الجمهور.

2 - خطر الحيوان :

يقصد بخطر الحيوان: هجومه التلقائي، فإن كان بتحريض من المعتدي فلا جدال في أن الدفاع الشرعي قائم.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (185).

(2) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (311). وانظر : رمسيس بھنام، النظرية العامة للإباحة، (380). فوزية عبد الستار " خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة"، (183). إبراهيم الشباسي، الوجيز في قانون العقوبات الجزائي القسم العام، (176). رضا فرج شرح قانون العقوبات الجزائي، (161).

(3) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (224).

(4) انظر في الرد على الرأي الأول : محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (188). فوزية عبد الستار، " خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة"، (184). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (311)... محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي، في الفقه الإسلامي، (170).

- أ - في الشريعة الإسلامية : انقسم الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين :
- المذهب الأول : يرى جمهور المالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، والأحناف عدا أبي يوسف⁽⁴⁾ : أن الحيوان كالآدمي يعتبر فعله.
- يقول ابن فرحون : «ويجوز دفع الصائل عن النفس والأهل والمال كان الصائل مكلفاً أو صبيّاً أو مجنوناً أو بهيمة»⁽⁵⁾.
- كما صرح بذلك ابن قدامة حيث يقول : «ولنا أنه قتله -يقصد الحيوان- بالدفع الجائز، فلم يضمنه كالعبد، ولأنه حيوان جاز إتلافه، فلم يضمنه كالآدمي المكلف»⁽⁶⁾.
- المذهب الثاني : ويرى أبو يوسف من الأحناف أن فعله غير معتبر مراعاة لحق مالك الذابة⁽⁷⁾.
- ب - خطر الحيوان في القانون : تعددت آراء القانونيين على النحو التالي.
- الرأي الأول : فعل المعتدى عليه يعتبر دفاعاً عن حق يحميه القانون⁽⁸⁾.
- الرأي الثاني : فعل الحيوان لا يمكن أن يوصف بعدم المشروعية، لأن القانون لا يخاطب الحيوانات، إذ لا يمكن أن تكون طرفاً في علاقة قانونية، ومن ثمّ كان لنا أن نقول بدفع هذا الخطر استناداً إلى حالة الضرورة⁽⁹⁾.
- الرأي الثالث : حاول الجمع والتوفيق بين الرأيين السابقين، فقال أصحابه: أن الخروج من الخلاف يتحقق بالقول بوجود مقتضى للقتل، أو الإضرار بالحيوان، والمتمثل في خطره المهدّد، هذا أولى من حالة الضرورة التي لا تجيز الدفاع عن المال⁽¹⁰⁾.

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، (257/2).

(2) الشيرازي، المهذب، (225/2).

(3) ابن قدامة، المغني، (328-329/8).

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (546/8).

(5) تبصرة الحكام، (257/2).

(6) المغني، (329/8).

(7) محمد الطوري، تكملة البحر الرائق، (232-233/10).

(8) فوزية عبد الستار "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة"، (185).

(9) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (314).

(10) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (186). فوزية عبد الستار "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة"،

(185). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (172-173).

ويبدو أن هذا ما يفهمه مفهوم المخالفة من نص المادة: (01/443) عقوبات جزائري حيث نصت على ما يلي: "يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1000 دج، أو بإحدى العقوبتين كل من قتل دون مقتضى، وفي أي مكان دواباً للجر أو الحمل أو المواش...".

النتيجة :

إن جمهور الفقهاء يعتبرون ردّ المعتدى عليه دفاعاً، وهو يوافق الرأي الأول عند القانونيين، أمّا رأي أبي يوسف فيتناسب مع ما قاله أصحاب الرأي الثاني، يبقى القول بالمقتضى فلا أجد له أساساً قانونياً يستند إليه، ولا مسمى له سوى أنه سبب قوي يبيح الدفاع، ولا مانع من أن نسميه خطراً محدقاً، أما القول بأن القانون لا يخاطب الحيوانات فنعم، إذ هو يخاطب مالكيها فيتحملون تبعات ما تحدثه، فيكونون هم طرف الإلزام، لذلك فرأي جمهور الفقهاء أولى بالإتباع من غيره⁽¹⁾.

القسم الثاني من الشروط: موضوع الاعتداء.

ونقصد به تحديد الجرائم التي يمكن أن يقع الدفاع عنها، وقد سبق أن أوضحنا هذا العنصر عند بيان حكم الدفاع الشرعي، لذلك فإنني أحيل القارئ الكريم إلى الفرع الثاني من هذه الدراسة⁽²⁾، وإنّما أردت الإشارة إلى هذا القسم من الشروط كمسألة تنظيمية دأبت عليها في تقسيم كل تطبيق من تطبيقات الإباحة.

القسم الثالث من الشروط: زمن الاعتداء.

وهو ما يعبر عنه بحلول الخطر، ويتحقق بمعاصرة الخطر للدفاع⁽³⁾، ويعتبر من أقوى الشروط وأكدها، لذلك كان محلّ عناية من مختلف التشريعات وقد ألمح إليه فقهاؤنا من خلال نصوصهم، ويعتبر نص الإمام الشافعي جامعاً لنظرة أهل الشريعة، إذ يقول : «وإن أرادته وهو في الطريق وبينهما نهر أو خندق أو جدار، أو ما لا يصل معه إليه، لم يكن له ضربه، ولا يكون له ضربه حتى يكون بارزاً له، مريداً له...»⁽⁴⁾.

وقد نص عليه القانونيون صراحة فعبّر عنه المشرع الجزائري بلفظ: "الضرورة الحالّة"⁽⁵⁾، في حين شدّ المشرع المصري بإغفاله النص على هذا الشرط، ولعلّ ذلك معلّل بأنه من الشروط المسلّم بها⁽⁶⁾.

(1) انظر خلاف ما رجّحناه، عبد الفتاح خضرم، النظام الجنائي، (263).

(2) انظر: (161...) من الرسالة.

(3) انظر: ابن عابدين، حاشية، ابن عابدين (534/8). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (398).

(4) الأم، (27/6).

(5) انظر نص المادة: (02/39) عقوبات جزائري، وتوافقها المادة: (184) عقوبات لبناني والمادة: (55) عقوبات أردني.

(6) فوزية عبد الستار، "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة"، (201...)، خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (304).

ويثير هذا الشرط مسألتين، يتحدد على وفقهما متى يكون الخطر حالا وهي : الإعتداء الوشيك، والخطر المستقبلي.

1 - الخطر الوشيك :

وهو الذي لم يبدأ فعلا غير أنه صدر من المعتدي ما يجعل من المحتمل وقوع الإعتداء فوراً⁽¹⁾.

أ - في الشريعة الإسلامية : يستفاد حكمه مما نصّ عليه الفقهاء في تحليلهم لجوهر الإعتداء، ولعلّ كلام الشافعي يلخص ذلك إذ يقول : «ولا يكون له ضربه حتى يكون بارزا له، مريداً له، فإن كان بارزا له، كان له ضربه، إذا لم ير أنه يدفعه عنه إلا الضرب»⁽²⁾.

وجه الاستدلال قوله : بارزا له، أي أنه على وشك الإنقضاء عليه.

وجاء في المبسوط: أن المجني عليه لو رأى رجلاً ينقب داره، أو دخل عليه لص، ومعه سلاح، وخاف إن أذره أن يسارع اللص بالاعتداء عليه، وكان على أكثر رأيه ذلك، وسعه أن يقتله قبل أن يذره، إن خاف أي يسبقه اللص في التعدي عليه⁽³⁾.

من ذلك نستنتج أن الإعتداء الوشيك يبيح الدفاع ويأخذ حكم الاعتداء الواقع.

والملاحظ أن الأستاذ عبد الفتاح مصطفى الصيفي، لا يرى في الاعتداء الوشيك موجبا للدفاع إذ يقول: «ولدينا أن اعتبار الخطر الوشيك، صورة من الخطر الحالّ أمر لا يتسق مع طبيعة كل من هاتين الصورتين⁽⁴⁾، من صور الخطر، فالخطر الحالّ خطر محقق، أي حاضر ومائل وجائم وكائن في حين الخطر الوشيك خطر لم يوجد بعد، أي خطر مازال في عالم الغيب فقد يوجد، وقد لا يوجد وشتان بين ما هو كائن وما سيكون، لهذا فمن الأوفق في رأينا تقسيم الخطر إلى حالّ ووشيك»⁽⁵⁾.

والذي يبدو من كلام الأستاذ الفاضل، أنه جعل الاعتداء الوشيك مستقبلياً، لكن ثمة فرق بين النوعين، فالأول يتعذر معه الركون للسلطة العامة لمدايمته، فهو كالمحقق، المائل الجائم -حسب تعبيره-، وعدم وجود متسع من الوقت للهرب أو الاستجداء، ولا محالة أن ملابسات الموقف تنذر فعلا بوقوع الجريمة، فلا مناص من اعتبار الخطر الوشيك حالاً.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (196). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (191). فوزية عبد الستار، "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة"، (206).

(2) الأم، (27/6).

(3) السرخسي، (51/24). بنصر ف. وانظر عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (481).

(4) يقصد بالصورتين: الحالبة والإحاطة -الإحداق- كما فسرها. انظر: عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (398).

(5) المرجع نفسه بنفس الموضع.

إنّ الغريب في الأمر أن الأستاذ الفاضل يساند اعتبار الخطر الوهمي موجبا للدفاع، فلماذا يخالف بالنسبة للخطر الوشيك رغم ذلك التقارب بينهما؟.

ب - الخطر الوشيك في القانون : وهو المنذر بوقوع جريمة، إن لم يدفع ضررها صارت أمرا واقعا، إذ الضرر المخوف حدوثه صار قاب قوسين أو أدنى⁽¹⁾.
إن ضابط الخطر الوشيك، مختلط، فهو موضوعي: قوامه الشخص المعتاد، وشخصي: وذلك بعدم إغفال الظروف التي أحاطت بالمدافع وقت وقوع الاعتداء عليه⁽²⁾.

النتيجة :

توافق النظامين في اعتبار الخطر الوشيك حالا، مستلزما لدفع المعتدي.

2 - الخطر المستقبلي :

من المقرر شرعا وقانونا أن لا دفاع ضد الاعتداء المنتهي، فمن باب أولى ألا يكون حال وجود خطر مستقبلي، وذلك لاحتمال وقوعه من عدمه، زيادة على إمكان طلب النجدة.

أ - في الشريعة الإسلامية : إن الخطر الذي يبرر الدفاع ينبغي، أن يكون قائما فعلا، أو على وشك، في حين أن الخطر المستقبلي هو خطر محتمل، ومن ثمّ يمكن تجنبه وذلك بالاستتجاد أو الالتجاء إلى السلطات العامة، ويعتبر الفقهاء عن ذلك بإمكان الغوث، فيجد المصول عليه المساعدة ممن حوله أو من السلطات.

يقول الإمام الشافعي: « وإن أراده وهو في طريقه وبينهما نهر أو خندق أو جدار أو ما لا يصل معه إليه لم يكن له ضربه »⁽³⁾.

وجاء في المذهب: « وإن أمكنه الدفع بالصياح والإستغاثة لم يدفع باليد، وإن كان في موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد »⁽⁴⁾.

وقال الكاساني: « فإن أمكن الدفع بكلام يزجره أو استغاثة حرم الضرب »⁽⁵⁾.

(1) رمسيس بھام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (383).

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (197). رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائي، (155-156).

(3) الأم، (27/6).

(4) الشرازي، (225/2).

(5) بدائع الصائغ، (92/7).

ويثير الحديث عن الخطر المستقبلي تساؤلا جوهريا يتمثل في: مدى إمكانية استعمال الوسائل الآلية والتلقائية التي تعمل عند حلول الخطر، كالزجاج المكسور على الأسوار، الأسلاك الكهربائية، السلاح الذي يعمل تلقائيا... فهل يعتبر ذلك دفاعا شرعيا؟.

تحدث الفقهاء عن هذه الصورة بما يعرف بنصب الشراك والفخاخ والحفر والحبالات، وهي صورة مبسطة لما وصلت إليه وسائل الدفاع الحالية، وقد اختلف الفقهاء في حكمها على مذهبين :
* فذهب الجمهور: من أحناف⁽¹⁾، وحنابلة⁽²⁾، وشافعية⁽³⁾، وهو رواية للإمام مالك (تر73) أوردها الحطاب (تر17) في مواهب الجليل⁽⁴⁾.

وهؤلاء جميعا قالوا بعدم الضمان لتوفر العدوان لدى الداخل، ثم اختلف الجمهور مع المالكية من حيث تحديد قرائن قصد الإعتداء، فهي عند الجمهور ترجع للمتعمد إذ بدخوله بان قصد الإعتداء، وهي في رواية المالكية ترجع إلى نية وقصد واضع الوسائل، فإن قصد الدفاع فلا ضمان، وإن قصد الإهلاك لزمه⁽⁵⁾.

* وذهب الإمام مالك في رواية ثانية وردت في المدونة إلى لزوم الضمان، فجاء فيها: « وإن جعل حباله في داره، يتلف بها سارقا، فعليه ضمانه، قال ابن القاسم (تر64): السارق وغير السارق إذا وقع فيه سواء »⁽⁶⁾.

وفهم من كلامه في المدونة، أن ليس له نصب هذه الفخاخ أصلا فيضمن، والأصح ما جاء فيها مما يفيد أن الإمام مالك لا يجيز استخدام الوسائل الآلية⁽⁷⁾.

ب - الخطر المستقبلي في القانون : تتحد نظرة القانون مع شريعتنا الغراء في أن لا دفاع حالة كون الخطر مستقبليا، وذلك لإمكان الركون إلى السلطة العامة أو اتخاذ التدابير لدرئه⁽⁸⁾.

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (524/5).

(2) ابن قدامة، المغني، (566/4).

(3) الرّملّي، نهاية المحتاج، (39/8).

(4) الحطاب، مواهب الجليل، (241/6).

(5) ويؤيد هذا التوجيه، الدكتور: يوسف قاسم في رسالته للدكتوراه " نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي"، (184). نقلا عن: عبد الفتاح مصطفى الضيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (407)، هامش 229.

(6) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، (مصر: مطبعة السعادة)، (254/16).

(7) انظر: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (196...).

(8) سامي النصاروي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الجزء الأول: الجريمة، ط 1 (1977م)، (172). محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (196). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (235). فوزية عبد الستار "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة"، (206).

أما عن التساؤل الذي أثارناه مسبقاً حول إمكان استخدام الوسائل الآلية فإن المسألة خلافية أيضاً عند القانونيين :

* فذهب جارسون : إلى التفريق بين وضع الآلات بغرض أسر الحيوانات، فلا يعد ذلك جريمة، وبين وضعها في بيت أهل بالسكان فإن ذلك يعتبر إساءة لاستعمال الحق⁽¹⁾.

* وذهب غالبية الشراح : إلى إمكان الدفاع بهذه الوسائل إذ خطرهما يكمن اعتباره حالاً متى توفر شرطان :

- الأول : أن يكون أداء الوسيلة لحظة وقوع الاعتداء.
- الثاني : مراعاة التناسب بين الضرر الذي تحدثه الآلة وصور الاعتداء⁽²⁾.

النتيجة :

إن رواية الحطاب من المالكية تتفق مع رأي جارسون، في حين يتفق الرأي الغالب عند القانونيين مع رأي جمهور الفقهاء، وهو الأولى بالإلتزام سيما مع استفحال العدوان، وإمكان تحقيق شرط التناسب باستخدام الوسائل الأخف ضرراً كالإنذار وإطلاق الماء الساخن ونحو ذلك.

البند الثاني : فعل الدفاع وشروطه.

فعل الدفاع سلوك يتخذ شكلاً نموذجاً جريمة يكون الغرض منه إيقاف العدوان⁽³⁾، لذلك فهو يتكوّن من عنصرين: أحدهما مادي: يتمثل في صورة الفعل إيجاباً أو سلباً⁽⁴⁾، والآخر معنوي: ينصّوف إلى تحقيق حسن نية المدافع بتوجيهها إلى دفع العدوان، لا الانتقام والتشفي⁽⁵⁾.

ويشترط في فعل الدفاع شرطان : أحدهما: اللزوم، والثاني: التناسب.

(1) إميل جارسون، قانون العقوبات معلقاً عليه، (165). نقلاً عن: عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (408).

(2) فوزية عبد الستار، "خطر الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة"، (207). محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام، (235). محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم العام، (000-201). وانظر: خلاف هذا الرأي عبد الفتاح خضرم، النظام الجنائي، (167-168).

(3) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (315).

(4) الفعل الإيجابي: وهو الغالب، ويتحقق قتلاً أو جرحاً أو إتلافاً.

الفعل السلبي: كترك المعتدى عليه كلبه يؤذي المعتدي.

(5) انظر حول عناصر الدفاع: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (232-233). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (215). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (405).

القسم الأول : لزوم الدفاع.

ويكون الفعل لازماً إذ كان هو الوسيلة الوحيدة لردّ المعتدي⁽¹⁾.

1 - في الشريعة الإسلامية :

صرّح الفقهاء أنّه متى أمكن استعمال أيسر وسائل دفع اعتداء الظالم، وجب المسير إليها، ويمثلون لذلك بالصراخ والإستغاثة والمناشدة، ويتدرّجون في التمثيل لما يمكن أن يستعمله المذافع من وسائل بحسب حال المدافع وظروفه.

جاء في نهاية المحتاج: « ويدفع الصائل... بالأخف، باعتبار غلبة ظن المصول عليه، ويجوز هنا العض، ويتجه أنّه بعد الضرب وقبل قطع العضو، وعليه يحمل قولهم: يجوز العض إن تعين للدفع، فإن أمكن الدفع بكلام يزجره أو استغاثة حرم الضرب»⁽²⁾.

ويقول ابن فرحون: « ولو قدر المصول عليه على الهروب من غير مضرة تلحقه تعين، ولم يجز له الدفع بالجرح، وإلا فله الدفع بما قدر عليه»⁽³⁾.

ويقول ابن قدامة: « فإن خرج بالأمر لم يكن له ضربه»⁽⁴⁾.

وجه الاستشهاد أنّه: لا يدفع إلا بالضروري الآزم، ويتحقق ذلك تدرجاً من الأدنى إلى الأعلى، حالة عدم القدرة على الالتجاء إلى السلطة التي تحميه، وقد يصل به الأمر إلى قتل الصائل.

يقول الكسائي: « وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح له القتل، لأنّه من ضرورات الدفع»⁽⁵⁾.

إن هذا الكلام لا يعني أن يقف المدافع مفضلاً بين الوسائل المتاحة، فإن ذلك من الأمور النادرة، إذ يكون في وضع من الإضطراب، مما يفقده التفكير الصافي السليم، ولكن عليه أن يتحرّى استعمال ما تيسر قدر الإمكان.

(1) عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (175). محمد سيد عبد الفتاح، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (240).

(2) الرّملي، (27/8).

(3) تبصرة الحكام، (258/2).

(4) المغني، (329/8).

(5) بدائع الصنائع، (92/7).

2 - لزوم الدفاع في القانون :

«يتحقق هذا الشرط متى كان فعل الدفاع هو الوسيلة الوحيدة التي لا مفرّ منها لدفع خطر الإعتداء، بحيث لا تكون ثمة وسيلة أخرى بديلة دونها جسامّة، وتحقق ذات الغرض في الردّ، وكان يستحيل على المعتدى عليه الركون إلى السلطة العامة في الوقت المناسب»⁽¹⁾، مع توجيه دفاعه إلى مصدر الخطر نفسه، كحيوان هجم عليه فيقع الدفاع ضده، لا ضدّ صاحبه⁽²⁾.

النتيجة :

تتفق وجهة نظر كل من الشريعة والقانون في ضرورة استعمال الوسيلة اللازمة لدفع خطر الاعتداء بعد تعذر الالتجاء إلى السلطة العامة .

القسم الثاني : التناسب بين القوة والاعتداء.

يبيح الدفاع الشرعي الفعل بالقدر الذي يكون فيه لازماً لرد الخطر ومتناسباً معه، وقد مرّ بنا بيان شرط اللزوم فما المقصود بشرط التناسب؟

1 - في الشريعة الإسلامية :

يقصد به أن يدفع المصنول عليه الاعتداء بالقدر الذي يدفع الصائل، فإن زاد كان متجاوزاً، وهذا الشرط مستفاد بنصوص القرآن والسنة.

يقول ﷺ: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ، وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة 194).

وجه الدلالة أن الله تعالى أباح الدفاع بالمثل، ولما كان شأن النفس البشرية حبّ المبالغة في الانتقام نهى جلّ شأنه عن تجاوز الحدّ بقوله: ﴿واتقوا الله﴾.

وقد نصّ الفقهاء على هذا الشرط من غير استثناء بين المذاهب، ويعتبر كلام الإمام الشافعي

(1) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (318). وانظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (202). رؤوف عبيد النظرية العامة في القانون الجنائي، (392). إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، (112). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (243). محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، (341). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (116).

(2) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (249).

جامعا لوجهة نظرهم إذ يقول: « ولو طعنه عند أول اطلاعه بحديدة تجرح الجرح الذي يقتل مثله كان عليه القود فيما فيه القود، لأنه إنما أذن له أن يناله بالشيء الخفيف الذي يردع بصره ولا يقتل نفسه» (1).

قال ابن عابدين: « ومعنى الوجوب: وجوب دفع الضرر، لا أن يكون عين القتل واجبا » (2). وقال ابن قدامة: « وإذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج، فلم يخرج، فله أن يضربه بأسهل ما يخرج به... » (3).

من ذلك نستنتج أن فقهاءنا يشترطون التدرج من الأدنى إلى الأعلى، ومن الأسهل إلى الأشد بحسب ما تيسر للمدافع: صياحا، أو تخويفا، أو ضربا، بيد أو آلة.

والمستفاد من النصوص: أن معيار تحديد التناسب مختلط: موضوعي وشخصي إذ اعتبروا وسيلة الدفاع مع مراعاة الظروف التي تحيط بالمعتدى عليه، شخصه: رجلا أم امرأة، قويا أم ضعيفا، زمن الاعتداء: ليلا أم نهارا، مكانه: في موضع أهل بالسكان أم خال (4).

ويؤكد ما توصلنا إليه عبارة الكاساني إذ يقول: « ... وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل، يباح له القتل لأنه من ضرورات الدفع، فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل، ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث، إذ السلاح لا يلبث... وكذا إذا شهر عليه العصا ليلا، لأن الغوث لا يلحق بالليل عادة... وإن أشهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله، لأنه يمكنه دفع شره بالإستغاثة بالناس وإن كان في المفازة (5)، يباح قتله، لأنه لا يمكنه الإستغاثة، فلا يندفع شره إلا بالقتل » (6).

فقد راعى طبيعة المكان: من حيث إمكان وصول المساعدة إليه، كما اعتبر الزمان: ليلا أو نهارا، إذ كل ذلك يساهم في توجيه سلوك المدافع إلى الوسيلة المناسبة لوضعه (7).

(1) الأم، (28/6).

(2) حاشية ابن عابدين، (546/8).

(3) المغني، (392/8). وانظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، (586/2). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (414). محمد التواب الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (250-215).

(4) لا نعي بذلك أن يقيم المدافع موازنة بين فعل الصائل ودفاعه، إذ الظروف الحرجة، وحالته النفسية تحولان دون ذلك، وإنما المقصود، اللجوء إلى أسهل ما أتيج له في مثل، ظروفه.

(5) المفازة: المهلكة، واحدة المفاز، سميت بذلك لأنها مهلكة، من فوز: أي هلك، وقيل سميت تفاؤلا من الفوز: أي النجاة، وهي تدل على البرية، القفر، الصحراء. ابن منظور، لسان العرب، (3485/5) مادة: فوز.

(6) بدائع الصنائع، (93).

(7) انظر حول معيار التناسب: محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (251...). وانظر خلاف ما رجحناه: عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (415-416)، حيث رأى أن المعيار شخصي محض.

يتضح إذن بجلاء أن فقهاءنا يقصدون بهذا الشرط مراعاة التدرج من السهولة إلى الشدة، آخذين بعين الاعتبار تقدير الضرر الذي أحدثته المدافع، وما كان بإمكانه أن يحدثه من أضرار في ظروفه هو، فإن اتضح أن ليس له الدفع بما هو أخف مما استعمله، لم يكن متجاوزاً، ويتحقق التناسب في حقه.

(2) - شرط التناسب في القانون :

ضبط القانونيون مصطلح التناسب فقالوا أنه يعني: «أن تكون الوسيلة التي استعمالها المدافع هي ما يمكن الإلتجاء إليه لرد الإعتداء»⁽¹⁾، فهو يتحقق: «بالقدر الضروري لدرء الخطر»⁽²⁾.

والنتيجة المنطقية لما قلنا تجعلنا نؤكد أن الوسيلة المستعملة قد تكون هي الوحيدة التي يلجأ إليها المدافع، وقد تكون أمامه أكثر من واحدة فيدافع بأخفها ما أمكن، ولا يعني ذلك أن لا يعلو ضرره الحادث بالدفاع عما كان يمكن أن يقع من المعتدي أو يتساوى معه، إذ ذلك من الصعوبة بحيث يصعب التنبؤ بحجم الضرر الذي سيقع، فيتحقق ما يوافق دفعاً⁽³⁾.

ويستفاد هذا الشرط بالنص عليه صراحة كما جرى عليه المشرع الجزائري في مادته: (2/39)، «.... يشترط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامته الاعتداء»، وكذا ما يفهم من إلماح بعض التشريعات إلى تجاوز الدفاع الشرعي مما يعني: «أن هناك حدوداً يقترضها التشريع لوجود ذلك الحق»⁽⁴⁾. ولما كان التناسب متعلقاً بالضرر الذي ألحقه المدافع بالمعتدي من حيث الكم فإن ثمة مسألة أساسية تثار وهي تحديد المعيار الذي يتحقق به التناسب.

وقد سبق أن رأينا أن هذا المعيار مختلط موضوعي مع مراعاة الجوانب الشخصية عند أهل الشريعة، غير أن المسألة خلافية عند القانونيين، يتضح ذلك بتعدد الآراء عند الشراح، وهي على عمومها ترجع إلى رأيين :

• الرأي الأول : معيار التناسب شخصي يقوم على الموازنة بين مصلحتين متعارضتين⁽⁵⁾: مصلحة المدافع في أن يدفع خطر الاعتداء عنه حتى لا يقع أصلاً أو يخفف من وقوعه، ومصلحة المعتدي في أن يحقق ضرره غايته، من غير أن يتعرض لأي ضرر مقابل، فيكون منطابقاً للتناسب مقدار

(1) عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، (61).

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (204).

(3) انظر رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (293). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (324). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (161).

(4) حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (162). وانظر على سبيل المثال المواد: (02/70) عقوبات لبي، (246-251) عقوبات مصري. (03/183) عقوبات سوري. (45) عقوبات عراقي.

(5) وهو اختيار: محمد الفاضل، المادئ العامة في التشريع الجزائي، (346).

الخطر الذي يلحق بالمعتدى عليه مقارنة بجسامة الضرر الذي يلحق المعتدي⁽¹⁾.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه :

* جعل الدفاع الشرعي نوعا من القصاص، أي مجازاة للمعتدي، وهذا غير مسلم به.

* تفاوت المصالح المتعارضة من حيث تقدير الأضرار التي تصيب هذه المصالح في الأحوال العادية، فضلا عن ظروف من يواجه خطرا داهما⁽²⁾.

* ليس من السهولة تحديد مدى الضرر الذي سيلحق بالمعتدى عليه، سيما إذا كان الاعتداء متواصلا، إذ منه ما لم يحدث فعلا، والمدافع لا يملك من الصفاء النفسي ما يمكنه من الدفاع بضرر من ذات النوع⁽³⁾.

ويصل الدكتور: رمسيس بهنام إلى نتيجة فيقول: «فالتحقق من وجود التناسب أو على العكس من وجود التجاوز أمر لا تجري فيه المقارنة بين الضرر الذي منع والضرر الذي حدث منعا له»⁽⁴⁾.

• الرأي الثاني : معيار التناسب موضوعي، وإليه مال أغلب الشراح، ويقوم على الموازنة بين الوسائل المتاحة للمدافع، والوسيلة التي استعملها فعلا⁽⁵⁾، فإن كان بوسعه درء الاعتداء بسلوك معين، فليس له أن يدفعه بسلوك أشد، وإلا عدّ متجاوزا⁽⁶⁾.

وهذا المعيار هو المتفق مع نص المادة: (02/39) من قانون العقوبات الجزائري الذي صرح بمطلق تناسب الدفاع مع جسامة الاعتداء، إذ ليس فيه ما يستوجب أن يكون ضرر الدفاع مساويا لضرر المعتدي.

وبذلك نستنتج أن محل المقارنة في تحديد التناسب هو ما أحدثه المدافع من ضرر، وما كان في وسعه أن يحدثه باعتبار ما هو متاح له من وسائل⁽⁷⁾، وذلك بالنظر إلى الرجل العادي⁽⁸⁾، الذي يقدر الأمور ويتصرف إزاءها على وجه مألوف⁽⁹⁾، فهو معيار موضوعي⁽¹⁰⁾.

(1) انظر: محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (245). سامي النصراني، المبادئ العامة في قانون العقوبات، (180). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (223).

(2) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (245). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (223).

(3) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (393) بتصرف.

(4) المصدر نفسه، (394).

(5) المصدر نفسه، (396).

(6) عبد الفتاح الصفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (413).

(7) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (394).

(8) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (113). عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، (274).

(9) محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (261).

(10) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (113). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (274).

ولكن لما كان فعل الدفاع لا يتم مجرداً عن ظروف تحيط بالمدافع⁽¹⁾، هذه الظروف يمكن أن تكون زمانية أو مكانية أو نوعية، من وجود المدافع ليلاً أو نهاراً في مكان منعزل أو عامر، تلحقه فيه النجدة، كونه رجلاً أو امرأة، صغيراً أو كبيراً، قوي البنية أو ضعيفاً...

فهذه الظروف جميعها شخصية تؤثر في جعل وسيلة ما مناسبة في ظرف معين، ولكنها قد لا تعتبر كذلك في ظروف أخرى⁽²⁾، من هنا كان من الواجب أن تراعى هذه النواحي الشخصية مع موضوعية التناسب ليتحقق التكامل بينهما.

إننا لا نعني بذلك أنه ينظر إلى التناسب على أساس شخصي مما مقتضاه أن الفعل قد يعتبر في نفس الظروف متناسباً بالنسبة لشخص دون آخر، فالمعيار موضوعي أيضاً، كما أن تقدير الظروف ليس استثناءً إنما يعني أن للقاضي أن يعتبر فيما إذا كان الرجل المعتاد في مثل ظروف المدافع كان سيلجأ إلى مثل الوسيلة المستعملة أم لا⁽³⁾.

النتيجة :

يتضح من خلال عرض النظرتين الشرعية والقانونية، أن لا خلاف بين المنهجين في اعتبار شرط التناسب، ثم إن الرأي الراجح قانوناً، يتناسب مع ما ذهب إليه فقهاؤنا من الأخذ بالنظرة الموضوعية مراعاة للجوانب الشخصية.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، (204).

(2) رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائي، (166-167). محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (247).

(3) محمود محمود مصطفى، المصدر نفسه، الموضع نفسه. وقريباً منه: حسن صادق المصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية،

(162). محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، (260).

مَهَيِّد :

الألعاب الرياضية : نشاط فكريّ، أو جسديّ، يهدف إلى تنمية المدارك، و تقوية الجسم، يمكن أن نلمس من هذه النشاطات نوعين بارزين، أحدهما: ليس للعنف والقوة فيه مجال، كالجري، القفز، السباحة، فإن حصلت إصابات فاستثناء، كتصادم، يسبب جروحا أو كسورا، أما الثاني: فتفترض ممارسته وجود العنف كالمصارعة، الملاكمة، اللعب بالكرة، رغم ذلك نجد هذه الرياضات لا تدخل في نطاق التجريم، بل وأكثر من ذلك ينص المشرع على إباحتها.

فما مصدر هذه الإباحة؟ وما أساسها؟ وما الشروط التي بنيت عليها؟

هذا ما سوف نعرفه من خلال العناصر التالية :

- الفرع الأول : مصدر الإباحة.
- الفرع الثاني : أساس الإباحة.
- الفرع الثالث : شروط الإباحة.

الفرع الأول : مصدر الإباحة.

أولا : مصدر الإباحة في الشريعة الإسلامية :

الإسلام منهج قويم، ربط بين الدين والدنيا، وبين الروح والجسد، طبع شبابه على حياة الفتوة، والفروسيّة، والتمرس، ذلك أن فيها صفات القوة الجسدية، والصحة النفسية، وشغل الوقت بكل مفيد، وهذه مقاصد كل ممارسة رياضية، يدلنا على ذلك دعوته ﷺ، وترغيبه في إتيان أعمال هي لبّ القوة، والصحة من جهة، وفيها معنى الترفيه والراحة من جهة أخرى، وليس ثمة شك أن أرقى هذه الممارسات هي الصلاة، فهي حصص خمس، لا يمكن أن تصل إلى تحصيلها أرقى المدارس، التي تسعى لغرس حبّ الرياضة في أبنائها، فأقصى ما يمكن أن تصل إليه هو الحصّة أو الحصّتين، فأين ذاك من هذا؟، ولننظر بعد ذلك إلى أعمال الحج، من طواف، وسعي، ووقوف بعرفة، ورمي للجمرات، أليس ذلك رياضة؟، والجهد، أليس إلا حركات كلية تعلم أعظم أسباب القوة⁽¹⁾.

(1) إبراهيم باشا أبو سعده، "الإسلام والرياضة"، مجلة الأزهر، القاهرة: الجزء 03، (السنة 55، ربيع الأول، 1403هـ - ديسمبر 1982م)، (344-345).

كما نقل عنه عليه السلام أنه كان سيدَ الفرسان، وإمامَ الشجعان، قويَ البدن، مفتول العضل جريئاً، مقداماً، فزع أهل المدينة بسبب صياح سمعوه في إحدى الليالي، فإذا برسول الله صلى الله عليه وسلم يسبقهم إلى الصوت، ممتطياً جواد أبي طلحة (تر 44) ويأتيهم بالخبر اليقين⁽¹⁾.

ثم جاءت عناية شريعتنا بالنشاط الرياضي، صريحة عمدتها، فعله وقوله صلى الله عليه وسلم، وتقديره لسلوكات صحابته من حوله.

تروي أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: أنها كانت مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر، فسابقته فسبقته، فلما حملت اللحم سابقته فسبقها، فقال صلى الله عليه وسلم: «هذه بتلك السبقة»⁽²⁾.

وروي أنه صلى الله عليه وسلم صارع رجلاً معروفاً بقوة يعرف «بركانه» (تر 26) فصرعه النبي -عليه السلام- أكثر من مرة⁽³⁾، وكان يمر على أصحابه في حلقات الرمي، فيشجعهم، ويشاركهم الرمي. لذلك وجدناه، يفسر قوله جلّ وعلا: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ، مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ، تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ (الأنفال 61).

بقوله: «ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي»⁽⁴⁾.

فانظر إلى ذلك التفسير الجليل، وهو يرشد صحابته إلى ربط عبادة عظيمة، هي الجهاد بنشاط جسماني، فيه تدريب وتصويب!

وعن ابن عمر (تر 49) قال: «سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخيل، فأرسلت التي تضر منهن، وأمدّها الحفيا إلى ثنية الوداع، والتي لم تضر أمدّها ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق»⁽⁵⁾.

(1) أحمد الشرباصي، موسوعة الفداء في الإسلام، ط 1، (بيروت: دار الجليل، 1402هـ - 1982م)، (617/4).

(2) أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب: في السبق، (28/2). ويلفظ آخر قريب منه، أحمد في مسنده، (39/6).

(3) أخرجه: أبو داود، كتاب اللباس، باب: في العمائم، (376/2) والترمذي، أبواب: اللباس، (158/3). كلاهما عن جعفر بن ركانة عن أبيه، وقال الترمذي: «هذا حديث غريب، إسناده ليس بالقائم، ولا نعرف أبا الحسن العسقلاني ولا ابن ركانة».

(4) أخرجه مسلم، عن عقبة بن عامر، كتاب الإمارة باب: فضل الرمي والحث عليه وذم من علمه ثم نسيه، (1522/3).

(5) أخرجه البخاري، كتاب: الصلاة، باب: هل يقال: مسجد بني فلان، (181/1).

كتاب: الجهاد والسير، باب: إضمار الخيل للسبق، (95/4-96).

كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: ما ذكر النبي -صلى الله عليه وسلم- ومضى على إتفاق أهل العلم... (189/9). مسلم، كتاب: الإملاء،

باب: المسابقة بين الخيل وتضميرها، (1491/3). كلاهما عن عبد الله بن عمر.

قال الشوكاني : « والحديث فيه مشروعية المسابقة، وأنها ليست من العبث، بل من الرياضة المحمودة، الموصلة إلى تحصيل المقاصد في الغزو، والإنقاذ بها عند الحاجة » (1).
فهذه بعض النصوص، التي تتظافر لتؤكد حرص شريعتنا على ممارسة ما فيه تسليية، ونفع عاجل أو أجل.

ولئن كانت هذه الأحاديث تدلّ على إباحة رياضات بعينها، فإن ذلك لا يمنع القول بإباحة غيرها، مادامت توافق أصول شريعتنا ولا تخرج عن القيود التي سنبيتها.
قال ابن عبد البر (تر 48) : « فما كان من هذا، وشبهه، على سبيل الاشتداد، والدربة، في العدّ، والعدّة للعدوّ، أو على وجه اللّهُ، لا على وجه الرّهان فلا بأس به، وما كان على وجه المراهنة، فلا يجوز ولا يحلّ » (2).

أما قوله عليه السلام : « ليس من اللّهُ إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله » (3).

فقد فسّره ابن معين (تر 81) بقوله: « ليس من اللّهُ المستحبّ إلا هذه الثلاث » (4)، أما غيرها فأما أن يقاس عليها فيكون مستحباً مثلها، أو يبقى في درجة الإباحة، بدليل الرخصة في اللعب، ووجه ذكر هذه الأشياء الثلاث من اللّهُ، واللعب، هو ما فيها من تحقق ظاهر لمقاصد الشريعة، مع كونها لهوا، فتعليم الفرس من ضروريات الجهاد، وملاعبة الأهل، ممّا يزيد في الألفة، والمودة بين الزوجين، والرّمي بالقوس فيه مران على أعمال الجهاد في سبيل اللّهِ.
والخلاصة : أن الإسلام خصّ هذا النشاط بعناية، واضحة حتّى على الرماية وركوب الخيل، وتشجيعاً على السباقات عدوا بين الفرسان، وعلى الخيل، والإبل، وكفيّنا فخراً أنّه عليه السلام كان المطبق الأول.

ثانياً : مصدر الإباحة في القانون.

تُعترف الأنظمة القانونية بممارسة الألعاب الرياضية، وتحت عليها، يظهر ذلك خاصة في سنن

(1) الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، نيل الأوطار وشرح منتقى الأخبار، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد ومصطفى محمد الهواري، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية)، (04/10).

(2) ابن عبد البر (يوسف بن عبد الله بن محمد)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: محمد النابيد السعدي، ط2، (1402هـ - 1982م)، (90/14).

(3) أخرجه: أبو داود، كتاب الجهاد، باب الرمي، (13/2). ابن ماجه، كتاب الجهاد، باب: الرمي في سبيل اللّهِ، (940/2). النسائي، كتاب: الخيل، باب: تأديب الرجل فرسه، (223/6). كلهم عن عقبة بن عامر، اللفظ لأبي داود.

(4) آبادي (محمد شمس الحقّ العظيم)، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ضبط وتحقيق: عبد الرحمان محمد عثمان، ط2، (المدنية المنورة: المكتبة السلفية، 1388هـ - 1968م)، (190/7).

القوانين التي تنظم مختلف الرياضات، وتنظيم المسابقات، ومنح الجوائز للفائزين، وقد تعدى الأمر نطاق الدول فأصبح تنظيمًا عالميًا، وذلك ملموس عيانًا للخاص والعام، الصغير والكبير.

وقد دأبت بعض التشريعات العربية على النص صراحة على هذا النشاط، بإدراجه ضمن أسباب الإباحة⁽¹⁾، في حين أغفلت تشريعات أخرى التصريح به، من ذلك قانون العقوبات المصري، كذا الجزائري، لكن هذا الإغفال، لا يمنع من القول بإباحة ممارسة الرياضة، فبالنسبة للمشرع الجزائري، جاء تنظيم هذا النشاط صراحة من خلال الأمر رقم: 09/95، مؤرخ في 25 رمضان 1415 هـ الموافق لـ: 25 فبراير 1995م، والمتضمن، توجيه المنظومة الوطنية للتربية البدنية، والرياضية، وتطويرها⁽²⁾.

ومن أهم النصوص التي تفيدنا هنا، ما يلي: «تشكل ممارسة النشاطات المنظمة في إطار المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية، حقًا معترفًا به لجميع أصناف السكان، دون تمييز في السن والجنس»⁽³⁾.

ونصت المادة: (03) على ما يلي: «تتولى الدولة، والجماعات المحلية، ترقية المنظومة الوطنية للتربية البدنية، والرياضية، بمساهمة هيكل تنظيم، وتنشيط المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية، أو كل شخص طبيعي، أو معنوي، خاضع للقانون العام، أو الخاص».

فقد جاء الاعتراف، صراحة بأن ممارسة النشاط الرياضي يعد حقًا للجميع، بل وأكثر من ذلك تتولى الدولة رعايته، وتسعى إلى تطويره وترقيته، ولا أدل على ذلك من إدراجه كمادة إلزامية في البرامج الدراسية، فقد نصت المادة: (06) من الأمر نفسه على ما يلي: «يعدّ تعليم التربية البدنية، والرياضية مادةً مدرجة، وإلزامية في برامج، وامتحانات التربية، والتكوين».

ومن الجدير بالتنويه، أن أكثر الأنشطة الرياضية، كان مصدرها الأول، العرف العام، وبعد استقرارها، كسلوكات ذات أثر إيجابي، عملت الدول، والأنظمة على الاعتراف بها في قوانينها عملاً على تنظيمها، وترقيتها، وبذلك يكون العرف العام، «مصدراً من مصادر قانون العقوبات، فيما يتعلق بقواعد الإباحة»⁽⁴⁾.

(1) انظر المواد: (185) عقوبات سوري. (03/186) عقوبات لبناني. (41) عقوبات عراقي. (3) عقوبات كويتي. نقلاً عن: حسن صادق المصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (120).

(2) انظر: الجريدة الرسمية، العدد 17، السنة 32، الصادرة بتاريخ: 29 مارس 1995م.

(3) المادة: (6/2).

(4) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (177).

لذلك إذا تعارف الناس على نشاط رياضي، وكان على وفق النظام العام للدولة، كان هذا النشاط مباحا استنادا إلى العرف⁽¹⁾، فإذا تدخلت الدولة بعد ذلك بوضع تشريع، صار التشريع مصدرا للإباحة، وليس العرف⁽²⁾.

النتيجة :

لا خلاف بين الشريعة، والقانون في إباحة النشاط الرياضي، كما أن الشريعة الإسلامية كانت أكثر دقة واهتماما حيث جاءت نصوص السنة، مؤكدة على الجواز، ففي حين أغفلت كثير من التشريعات النصّ عليه، تاركة المجال لما تعارف عليه الناس، بحسب بيئاتهم وأحوالهم.

الفرع الثاني : أساس الإباحة.

تباينت وجهة نظر الشرعيين، عنها عند القانونيين فبينما وجدنا أن لا خلاف عند أهل الشريعة، تعددت آراء القانونيين فكيف ذلك؟

- أولا : أساس الإباحة في الشريعة الإسلامية.

لم أقف في هذا الموضوع على خلاف ظاهر بين فقهاءنا، مما يجعلنا نستنتج أن الأساس الذي تتبني عليه الإباحة، هو ترخيص وإذن الشارع بممارسة كل ما فيه نفع، وتقوية، وإعداد، والذي دلت عليه نصوص السنة النبوية خاصة، وأن ذلك لا يمنع إباحة ما يكن أن يقاس على ما كان موجودا في زمنه ﷺ، مادام يحقق مقصد الشارع من تحصيل المراتب، والدربة، والكفاءة، وتحمل الأعباء بالشروط التي سيأتي بيانها.

- ثانيا : أساس الإباحة في القانون.

اختلف شراح القانون في تحديد الأساس، الذي بنيت عليه إباحة الرياضة، حيث اختلفت آراؤهم إلى ثلاثة :

1 - رضا اللاعب أساس الإباحة :

(1) انظر: رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (506). عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (105/1). عبد القادر

القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (161).

(2) عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، (137).

ويعني به أن اللاعب بموافقته على ممارسة اللعبة، قد تنازل عن حصانة جسمه، رضي ضمناً بأي خطر ينشأ عن اللعب، لمعرفته بما يمكن أن يحدث فيها، علماً أنه يمكن في أثناء اللعب إن اشتدت المنافسة، وتعاطم الخطر أن يطلب توقيفها، دفعا للأذى اللاحق به⁽¹⁾.

* وهذا الرأي معيب، ذلك أن سلامة الجسم يجتمع فيها حقان: حق الفرد، الذي إن رضي بالاعتداء على سلامة جسمه، فإن الحق الآخر، وهو الجانب الاجتماعي، والمتمثل في بقاء الفرد حياً، فاعلاً، يؤدي وظائفه على أكمل صورة، لا يمكن التنازل عنه، ومن ثم فإن الرضا، لا يصلح أساساً للإباحة⁽²⁾.

2 - انتفاء القصد الجنائي أساس الإباحة :

ذلك أن نية، وإرادة اللاعب، لا تنصرف إلى الإيذاء، أو النيل من زميله، وإنما ممارسة اللعبة، ودفع خطر الهزيمة، الذي ينفي قصد العدوان، وإن كان قد يحدث خلالها ما يمكن أن يمس بالحصانة الجسمانية لمن يمارسون اللعبة.

* وهذا الرأي معيب أيضاً، إذ القصد الجنائي في جرائم الجرح والضرب « يتوافر بالعلم بمساس الفعل بسلامة الجسم، واتجاه الإرادة إلى ذلك، وهو ما يتوفر في حالة الألعاب الرياضية، وليس لانتفاء نية الإضرار، أو نية الإنقام من تأثير على القصد »⁽³⁾.

فهذا الرأي يخلط بين القصد الجنائي، وشرف الباعث، فالمصارع إذ تتجه جهوده إلى إعجاز خصمه، والتغلب عليه، يحمل ذلك مساساً واضحاً بسلامة هذا الأخير، فيتوافر بذلك قصد إحداث الضرر بغض النظر عن كون باعته نبيلاً⁽⁴⁾.

3 - الترخيص القانوني أساس الإباحة :

استقر الرأي حديثاً على تأسيس الإباحة، باعتبارها ممارسة لحق أقره القانون، مما يقتضي إجازة كل سلوك، يدخل في نطاق اللعب، بما في ذلك ما ينتج من عنف بسبب ممارسة النشاط، مادام

(1) فريد الزغي، الموسوعة الجزائرية، (4/164). خلود سامي عزارة. النظرية العامة للإباحة، (229).

(2) خلود سامي عزارة. النظرية العامة للإباحة، (229).

محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، (360). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائري، (380).

(3) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (133).

(4) انظر: محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، (361). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائري، (380). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (229).

في حدود القواعد، والأصول التي تقوم عليها اللعبة⁽¹⁾، ذلك أن المشرع بإباحته هذا النشاط، راعى مصلحة أجدر بالحماية من غيرها، فإن كان احتمال تشكيل مساس بسلامة الجسم أمرا واردا، فإنه لا يكاد يثبت أمام مجموع المصالح التي يحققها هذا السلوك على مستويين:

- المستوى الخاص : لما يعود على الممارس نفسه، رفعا لروحه المعنوية، وتعودا له على النظام والشجاعة، والتحمل، وإعمال الفكر، واكتساب الخبرات، والمهارات البدنية، والفنية.

- المستوى العام : من خلال إعداد جيل قادر على تحمل المسؤوليات، بناء، وتشبيها، وفي ذلك إبراز لصفات القيادة، الصالحة لتسود وتسوس في مواقف وظروف الشدة، أو الرخاء.

يقول رمسيس بهنام: « وليس من شأنها حضرها -الرياضة- لكونها تحقق منظورا إليها في مجموع حالاتها مصلحة اجتماعية أعلى من تلك التي اقتضت اعتبار العنف على جسم الغير جريمة، وهذه المصلحة الاجتماعية الأعلى، أن الرياضة وسيلة فعالة في تربية الأجسام بدنيا، وفي صقل النفوس روحانيا، إذ تمتد من يباشرها بخصال يتطلّبها الكفاح في سبيل الحياة، وأهم هذه الخصال: الصبر وطول الأناة، وتلقّي الهزيمة بدون يأس، يثبط الهمة، ومعاودة النضال، سعيا وراء النصر على أن يتهيأ التوفيق، ولا بدّ من ذلك في سبيل النمو والارتقاء»⁽²⁾.

ويعتبر قانون العقوبات اللبناني أسبق القوانين العربية، في تحديد موقفه من حصول العنف أثناء المباريات، يتجلى ذلك من نص المادة: (3/186)، التي حكمت بإجازة أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية، إذا روعيت قواعد اللعب⁽³⁾.

النتيجة :

الشريعة الإسلامية، كانت أكثر دقة، وضبطا في تأسيس الإباحة على إذن الشارع، الذي استقرّ عليه القانونيون كراي راجح، وهذا عين الصواب.

(1) انظر : محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (133). محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، (361). بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، شرعية التحريم، (باتنة: 1992م)، (105/1). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (230).

(2) الجرعة والمجرم والجزاء، (122). النظرية العامة للقانون الجنائي، (363).

(3) نظرها: المادة : (185) عقوبات مصري. انظر: فريد الزغبي، الموسوعة الجزائية، (158/4).

الفرع الثالث : شروط الإباحة.

باعتبار الرياضة تشكّل في بعض الأحيان، مساساً حقيقياً بسلامة الجسم، فلا بدّ من تحديد الشروط التي يجب على الممارس مراعاتها، حتى لا تخرج اللعبة عن الغايات، والأهداف التي رسمت لها، هذه الشروط يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع :

منها: ما يتعلق بالشكل التنظيمي للنشاط، وآخر: يحدّد موضوعه، وثالث: وثيق الصلة بشخص الممارس، ولكلّ من الشرعيين، والقانونيين نظرة خاصة لكل نوع.

أولاً : الشرط الشكلي.

أي التنظيمي، المرتبط بوجود لعبة رياضية معترف بها.

1 - الشرط الشكلي في الشريعة الإسلامية :

يرتبط شرط الاعتراف في الشريعة الإسلامية بإجازة الشارع، تحقيقاً لمقصده جلّ وعلا، في تحضير الفرد وإعداده، لمواجهة العدو، بتمتين البنية، وتقوية الجسد، وتنمية القدرات العقلية، هذا هو المقصد الأسما من الإباحة، وتبعاً لذلك يمكن للفرد أن يحصل مقاصد أخرى تكميلية، من ترويح عن النفس، لهوا ولعباً.

يقول الغزالي: « إنما أبيع اللعب، لما فيه من ترويح للقلب، إذ راحة القلب، معالجة في بعض الأوقات، لأنّ القلوب إذ أكرهت عميت، وترويحها، إعانة لها على الجدّ »⁽¹⁾.

ويخلص ابن عبد البر ما أشرنا إليه بقوله: « فما كان من هذا، وشبهه على سبيل الإشتداد والذّربة في العدو، على وجه اللّهو لا على وجه الرهان، فلا بأس به، وما كان على وجه المراهنة، فلا يجوز، ولا يحلّ »⁽²⁾.

يستفاد ممّا تقدّم أن الاعتراف بالنشاط الرياضي اجتهداً فيما هو جديد من ممارسات، مرتبط أساساً بتحقيق ما يلي :

(1) إحياء علوم الدين، (2/250).

(2) التمهيد، (14/90).

(أ) - كل نشاط، كان سبيلاً لإعداد العدة، مواجهة للعدو فهو مطلوب شرعاً بدليل تفسيره عليه السلام قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ، مَا اسْتَطَعْتُمْ، مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ، تُرْهِبُونَ بِهِ، عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ (الأنفال 61)، بقوله: «ألا إن القوة الرمي» (1).

ولا يخفى علينا ما للرمي من أهمية في الحروب، خاصة في العصر الحديث، فضرب المدفعية رمي، وإطلاق الصواريخ رمي، والقذف بالطائرات رمي، وكل ذلك يتطلب إعداداً، وتدريباً، وتمرساً. جاء في المجموع: «إذا عرفت أن الرمي، مما يلزم المسلمين حذقه، والتمرس عليه، لقهر الأعداء، وجهادهم، لتكون كلمة الله هي العليا، وكلمة الذين كفروا هي السفلى، عرفت أن السهام، والنبال، من أسلحة النضال، قد استحالت في عصورنا، إلى أسلحة نارية... والفرق بين هذه الآلات، والآلات السابقة، لا يختلف في حكمه إلا بمقدار ما يراعى من قوة الرمي، وبعد ما ترميه الآلات الحديثة، ومدى تأثيرها» (2).

إذن يمكن لنا أن نقول: أنه لا ينبغي الاقتصاد على ما كان موجوداً في زمنه عليه السلام، فإن ذلك جمود فيدخل في مسمى الإعداء للجهاد، كل جديد مما كان وسيلة تحصل هذا المقصد.

(ب) - أن لا يكون النشاط الرياضي، سبيلاً لإضاعة واجب، أو تحصيل باطل، كأن يتضمن تأخير صلاة عن وقتها، أو ترك ما يطلب من المراتض فعله، أداء لواجباته اليومية، اتجاه أهله ومجتمعه، ومن الباطل الذي لا يجوز الإرتياض به، التحريش بين البهائم، كما يفعل بين الكباش والديوك، والثيران، لأن في ذلك إيلا لها، بل هو العبث بعينه (3).

ومن الباطل بعينه تلك الممارسات التي عنوانها العنف، والإيذاء، بل الهلاك، حوادث، بل كوارث مستمرة، جرحى، وقتلى وذوي عاهات، تأتي على رأسها: الملاكمة، والمجازفة، وسباق السيارات، ونحوها (4).

وكرة القدم، ذلك الهوس، الذي تسلط عقول الشباب، أصبح في زماننا، وسيلة لنشوب الحروب، وسقوط الضحايا، خاصة يوم أن تقام مباراة بين فريقين لامعين، يكون المشجعون في حالة استنفار قصوى، يهينون الأحجار، والسكاكين، فضلاً عن الطبول، والمزامير، وخلال أكثر من ساعة من اللعب

(1) سبق تخريجه، انظر: ص 493 من الرسالة

(2) النووي، (203/15).

(3) آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، (231/7). الرملی، لهماية المحتاج، (166/8). ابن القيم، الفروسية، تحقيق: ابن الحسن بن محمود بن سلميان، (السعودية: درا الأندلس، 1996م)، (108)، هامش: (01).

(4) فريد الزغي، الموسوعة الجزائرية، (4/158...).

المصحوب بالحنيب، والصراخ، واللطم، والسب، والشتم، تبدد خلالها الجهود، وتضعف القوى، وتبَح الأصوات، لتسفر المباراة أخيرا عن هزيمة أحد الفريقين، فتنتقل المعركة بعد ذلك، من ساحة الملعب، إلى الشارع، تقاذفا، وتشاتما، إن لم نقل ضربا، وجرحا، ومن الشارع إلى البيوت، إلى المدارس، إلى المقاهي، إلى أماكن العمل، وهكذا... معارك حامية في كل مكان.

إننا بكلامنا هذا لا نعترض على كرة القدم كرياضة، لأننا إذا فهمنا روح الإسلام، نجد أن: «كرة القدم من الألعاب التي يزيكها الإسلام، وتركيبها تعاليمه، فهي مدرسة، تعلم دروسا في التجمع، لا في التشتت، وفي الوحدة، لا في التفرق، وفي الود لا في التباغض، والعداوة... اللعبة التي تؤكد، أن الأهداف، لا يمكن أن تتحقق، إلا بالروح الجماعية، وأن الفرد قليل بنفسه، كثير بإخوانه»⁽¹⁾.

تلك بعض أمثلة، ضربناها، لما يمكن أن يغيب من المقاصد، التي شرعت لأجلها الرياضات، وقس غيرها عليها.

(ج) - أن لا يكون النشاط الرياضي أكلا لأموال الناس بالباطل.

قصر فقهاؤنا جواز المسابقة، أي أخذ العوض، فيما يجري من منافسات، على ما حصره

حديث رسول الله ﷺ: «لا سبق إلا في نصل»⁽²⁾ أو خف⁽³⁾ أو حافر⁽⁴⁾»⁽⁵⁾.

لذلك وقع الإجماع، على جواز الرهان في المسابقة، على الخيل، والإبل، والنصل، على خلاف بينهم في البازل للرهن.

- فذهب الجمهور: الشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾، والحنفية⁽⁸⁾، إلى جواز البذل من غير المتباريين، أو من أحدهما، أو من كليهما، بشرط أن يدخل محل في الحالة الأخيرة، بحيث لا يعطى هو شيئا من المال، فإن سبق أخذ الرهان، وإن سبق أحدهما أخذه السابق⁽⁹⁾.

(1) عبد الرحمان واصل، مشكلات الشباب الجنسية والعاطفية تحت أضواء الشريعة الإسلامية، ط3 (القاهرة: مكتبة وهبة، 1989م)، (200-201).

(2) النصل: حديدة السهم والرمح والسكين. محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، (481).

(3) الخف: هو للجمل بمنزلة الحافر للفرس. المرجع نفسه، (197).

(4) الحافر: الخيل. المرجع نفسه، (172).

(5) أخرجه: الترمذي، أبواب: الجهاد، باب: ما جاء في الرهان، (122/3) من غير أن يعلق عليه أبو داود، كتاب: الجهاد، باب: في السبق، (28/2). ابن ماجه، كتاب: الجهاد، باب: السبق والرهان، (960/2). أحمد في مسنده، (358/2). كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه، واللفظ الترمذي.

(6) الشافعي، الأم، (148/4). الرمي، لمائة المحتاج، (166/8).

(7) المرادوي، الإنصاف، (93/6). البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (385/2).

(8) الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، (324/5).

(9) ابن القيم، الفروسيّة (161).

- وذهب الإمام مالك⁽¹⁾، إلى عدم جواز إعطائه من ثالث من غير المتسابقين، حتّى لا يعود المعطي برهنه إليه.

قال ابن تيمية : وإذا كان الشارع قد قال: « لا سبق إلا في خفّ، أو حافر، أو نصل»، فلم يجز بالجعل شيئا، لا يستعان به على الجهاد، وإن كان مباحا⁽²⁾.

وقال تلميذه ابن القيم، معلّلا إعطاء الجعل فيما ذكرنا : «...كالمسابقة على الخيل والإبل والنضال، التي تتضمن الاشتغال بأسباب الجهاد وتعلّم الفروسية، والاستعداد للقاء أعدائه وإعلاء كلمته، ونصر دينه، وكتابه، ورسوله، فهذه المغالبة تطلب من جهة العمل، ومن جهة أكل المال بهذا العمل، الذي يحبه الله تعالى ورسوله، ومن الجهتين معا، وهذا القسم جوّزه الشارع بالرهان، تحريضا للنفوس عليه، فإنّ النفس يصير لها داعيان: داعي الغلبة، وداعي الكسب، فتقوى رغبتها في العمل المحبوب لله تعالى ورسوله، فعلم أنّ أكل المال بهذا النوع له بحق لا بباطل»⁽³⁾.

أمّا ما كان خارجا عما ذكرنا، فيدخل في باب اللّهو، عملا على راحة النفس، فهو جائز من غير عوض، منعا لاتخاذ صناعة، ومكسبا، لأنّ من شأن ذلك أن يؤدي إلى التفريط في مصالح الدين والدنيا⁽⁴⁾، أمّا مراهنه غير المتسابقين فغير جائزة، لأنها نوع من المقامرة، « فالكاسب للمال متحصّل عليه من غير كدّ، ولا تعب ممّا يعود الكسل، والخاسر مضيق لماله، من غير فائدة مرجوة ممّا قد يوقع العداوة، والخصومة بين المناصرين من كل فريق، رغبة من كل واحد في تحصيل الرهان بفوز الجهة التي يشجعها، زيادة على التوتر، و الضغط الدائم، خوفا على ضياع المال، الذي تمّ الرهان عليه »⁽⁵⁾.

2 - الشرط الشكلي في القانون :

قلنا أن الشرط الشكلي يقصد به الاعتراف باللّعبة النظامية، وهذا المدلول يقتضي تعيين النشاط الممارس، وعلى وجه التحديد ممّا يجعل ما عداه غير مباح ولا مبرر، لكنّ هذا المقتضى يصعب تحقيقه، لأنّ واقع النشاطات الممارسة عمليا، يفترض ما لا ينحصر من الرياضات، تبعا للتّقدم الحضاري، والتّطور الفكري الذين ينشئان ممارسات جديدة أصلا، أو تبعا لرياضات قائمة، ولكن

(1) القرافي، الدخيرة، (465/3). محمد عليش، شرح منح الجليل، (771/1). الخطاب، مواهب الجليل، (391/3). ابن جزّي، القوانين الفقهية، (دار الثقافة، 1969م)، (120).

(2) فتاوي ابن تيمية، (49/31).

(3) الفروسية، (171).

(4) المرجع نفسه، (172).

(5) المرجع نفسه، (371). هامش: (01).

بطرق أخرى، وممارسات جديدة، فعلى سبيل المثال الرياضة المائية: الأصل فيها السباحة، ولكنها تجددت لتشمل أصنافا جديدة، قابلة للتطور، كالتزلج المائي، وعلى المراكب الشراعية، وسباق اليخوت... لذلك لا يمكن حصر هذه الرياضيات.

والسباق بدأ على الأقدام، والخيول، ولكنه تطور ليشمل السيارات والزوارق...، وقد نصل إلى مراحل أخرى، تبعا لتطور الحياة وتجدها، هذا فضلا عما للعادات، والتقاليد من دور في ترسيخ بعض اللعب، لذلك يمكن الرجوع إلى الأعراف الرياضية حتى نضمن السيطرة على ما يمكن أن يتحقق من عنف، أو إيذاء في أي ممارسة⁽¹⁾.

إن هذا الطرح، يفرضه واقع ملموس، غير أن ثمة واقعا آخر، لا يمكن إنكاره، وهو أن النشاط الرياضي، صار خاضعا لسياسة الدولة، وتنظيمها، فما كان يحكمه العرف قديما، صار مقننا، منظما، مراقبا، تتولى الدولة رعايته بواسطة هياكل، أنشئت لهذا الغرض، تشرف عليها إتحاديات، وأندية، وجمعيات⁽²⁾.

والخلاصة : أن تحديد الرياضات المباحة، وعلى وجه، الحصر أمر مستبعد، لكنها لا تخرج عن نطاق ما يمكن أن تعترف به الدولة عموما، من خلال وزارتها، يدلنا على هذه النتيجة، أن أي جهة تعنى بالرياضة، كالنادي، أو الجمعية الرياضية مثلا، لا يتسنى لها الممارسة إلا بعد التزامها بقانون أساسي، ونظام داخلي، يعزز بترخيص رسمي من هيئة وصية تسمى الإتحادية، تشرف عليها في المباريات، والدورات المحلية وحتى العالمية.

لذلك فغياب الاعتراف، يفقد الممارسة الحماية القانونية، ويخرجها من سبب التبرير، ويعرض الممارسين للمسؤولية عن كل ضرر ناتج⁽³⁾.

(1) انظر: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (134). فريد الزغي، الموسوعة الجزائرية، (170/4). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (120). محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، (361). عبود سراج، التشريع الجزائري المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السوري، الجزء الأول: المبادئ العامة، (دمشق: المطبعة الجديدة، 1395، 1396 هـ - 1975 م)، (255).

(2) انظر على سبيل المثال المادة: (3) من الأمر: 09/95، المورخ في: 25 رمضان 1415 هـ، الموافق لـ: 25 فبراير 1995 م، والمتعلق بتوجيه المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية، وتطويرها. الجريدة الرسمية، العدد: 17، السنة: 32. الصادرة بتاريخ: 29 مارس 1995 م.

"تتولى الدولة، والجماعات المحلية ترقية المنظومة الوطنية للتربية البدنية، والرياضية، بمساهمة هياكل تنظيم وتنشيط المنظومة الوطنية للتربية البدنية، والرياضية، أو كل شخص طبيعي، أو معنوي، خاضع للقانون العام، أو الخاص". هذا عين ما أوضحه المادتان: (8، 12) من نفس الأمر.

(3) فريد الزغي، الموسوعة الجزائرية، (170/4...).

النتيجة :

كم هي عظيمة شريعتنا الغراء، التي جمعت بين ممارسة حق، وتحمل واجب، سعت إلى تحصيل نفع الفرد، لهوا، ولعبا، وتقوية، وحققت خير الجماعة، في منع الأذى، والظلم الشخصي والجماعي، المادي، والمعنوي، أما القانون فقد جعل الاعتراف مطلقا، بحسب ما يستقر عرفا، أو ما يستجد في دنيا الناس، فالمهم تحصيل القوة، اللهو، الترفيه، ولا يهم بعد ذلك أن تضيع الأوقات سدى، أو تؤكل أموال الناس جورا، وظلما في رهانات مفلسة، بل مدمرة للأفراد، والأسر، أو حتى أن تسقط الأرواح، كل ذلك في سبيل لحظات لهو، في أكثر الأحوال!

ثانيا : الشرط الموضوعي.

إن الرياضات تتمايز في أشكالها، ومضامينها، لذلك كان من المنطقي، أن يكون لكل رياضة نظامها الخاص، ونمط سيرها، وطريقة أدائها، وذلك ما نسميه بقواعد اللعبة، أو أصولها، وهو المقصود بالشرط الموضوعي.

1 - اتباع القواعد والأصول في الشريعة الإسلامية :

تناول فقهاؤنا قديما هذا الموضوع بمناسبة بيان مسابقات كانت موجودة في زمانهم، فحدّوا لها طرقها، ومناهجها، فتحدّثوا عن المناضلة - الرمي - : ما يجوز منها، وما لا يجوز، شروطها: من تعيين للرماة، وتحديد للمسافة، القوس، أو الأقواس المستعملة، ونحو ذلك. وفي سباق الخيل، والإبل اشترطوا تعيين بداية السبق، ونهايته، مع تحديد الفرسين أو الناقتين، كيفية تحديد الفوز، هل يكون بالأكتاف، أم الأقدام؟ وغيرها (1). ومع تطور الزمن، وحدوث الجديد المستمر، فإن هذه القواعد تخضع لما يتعارف عليه الناس، مما يتوافق مع الإجراءات والتنظيمات، التي تحددها قوانين الدولة وفق هيئاتها التي تنصّبها لهذا الغرض.

2 - اتباع القواعد والأصول في القانون :

ونعني بها توافق اللعبة الممارسة مع القواعد، والإجراءات المتعارف عليها لهذه اللعبة. إن هذه القواعد، هي مجموعة من العادات المستقرة ممارسة، تبنّتها الاتحادات الرياضية، ونصّت عليها في قوانين تحدّد نطاق كل لعبة، لذلك وجب على اللاعبين اتباعها، والالتزام بها،

(1) النووي، المجموع، (15/155...). ابن قدامة، المغني، (8/659...). الشافعي، الأم، (4/149...). الدسوقي، حاشية الدسوقي، (2/186). ابن القيم، الفروسية، (358).

والملاحظ أن بعض الرياضات اتفق على قواعدها دوليا لعالميتها، ككرة القدم، فوجب مراعاة قواعدها الدولية، وبعضها الآخر أسسه إقليمية، فلزم مراعاة العرف السائد فيها⁽¹⁾، بحسب الأصول التي تضعها الهيئة الوصية، فإن خرج اللاعب عن هذه القواعد المرسومة، خضع فعله للمساءلة الجنائية⁽²⁾.

النتيجة:

لا خلاف بين الشريعة، والقانون، في الإعتداد بهذا الشرط، وهو خاضع في كل جديد لتنظيم الدولة من خلال هيكلها، التي تنصّبها لتنشيط ممارسة الرياضة، في إطار السياسة الشرعية التي تراعى فيها مصالح الجماعة، وفق قواعد الشريعة العامة.

ثالثا: الشرط الشخصي.

وينصرف إلى نوعين من الشروط : رضا اللاعب بالتباري، وانصراف نيته إلى التنافس لا إلى إيذاء الخصم، فكيف يتحقق ذلك؟.

1 - الشرط الشخصي في الشريعة الإسلامية :

لم أجد فيما وفقت عليه مما كتبه الفقهاء في هذا الموضوع، على تصريح بما يتضمّن هذا الشرط، كون ما يتطلبه من البديهيّات، المستلزمة في كل عمل عادي أو عبادي، فالنية رائد كل عمل، وبحسب حسننها، وسوئها يحاسب المسلم يوم القيامة، والرضا بالإقبال على الفعل اختيارا من غير إجبار، أمر ضروري بل إن الإكراه على الفعل، يترتب عليه مساءلة المكره عن الأضرار الناتجة⁽³⁾.

2 - الشرط الشخصي في القانون :

أ) - رضا المتباري بالاشتراك في المباراة، وهذا شرط ضروري، وأكيد، وتخلفه ينفي وجود الإباحة أصلا، ويخضع مخالفه للمساءلة الجنائية⁽⁴⁾.

(1) عبد الفتاح مصطفى الصفي، الأحكام العامة للنظام الجزائري، (381).

(2) انظر: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (135). رمسيس هنام، الجريمة والجرم والجزاء، (221). النظرية العامة للقانون الجنائي، (362). حسن صادق المرصاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (121). رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، (150). فريد الزغبي، الموسوعة الجزائرية، (177/4-178).

(3) راجع: استعمال الحق وموانع المسؤولية، ص(41) من الرسالة .

(4) بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، (105). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (134). عبد الفتاح مصطفى الصفي، الأحكام العامة للنظام الجزائري، (382).

على أن تخلف الرضا قد لا يتصور، عادة في الرياضات الجماعية، إذ مجرد الانتساب إلى النادي، أو الفريق، يكون رضا ضمنيا بسائر ما يمكن أن يحدث خلال التدريبات، أو المباريات، في حين يشترط الرضا الصريح، قولاً أو فعلاً، في الرياضات الفردية.

(ب) - حسن النية : يتحقق بانصراف غرض المتباري إلى توجيه سلوكه لتحقيق الفوز، لا للإضرار بالخصم أو شفاء للضغائن، والأحقاد⁽¹⁾، فرغم أن الحركة الرياضية، من قذف، أو ضرب، قد تسبب أذى فلا مسؤولية، مادامت بقصد تحقيق الفوز.

إن هذه الغاية النبيلة، تغطي على تلك الأخطاء، والهفوات المسيبة لبعض الإيذاء، أو الجرح المتجاوز، على أن ذلك يخضع لتقدير قاضي الموضوع، إذ باستطاعته استخلاص حسن نية المتباري، من عدمها، بحسب ظروف كل دعوى⁽²⁾.

النتيجة :

- لا اختلاف بين الشريعة والقانون حول ضرورة توفر هذا الشرط.
- كما لمسنا من خلال تحليلنا لهذا الحق، أن ثمة تقارب كبير، بين النظامين: الشرعي والقانوني.
- فكل منهما، يعترف بالرياضة كوسيلة لتحقيق مقاصد سامية: ترفيها، وتقوية، وإعدادا لجيل قادر على تحمل الصعاب.
- لقد تحدث فقهاؤنا عن رياضات سادت في زمانهم، وضعوا لها الشروط وقعدوا لها القواعد، انطلاقاً من نصوص الشريعة، واستنتاجاً من مقاصدها العامة، و على غرار ذلك يمكن أن نقيس حكم كل جديد في دنيا الناس، و في هذا القدر يتفق النظامان أيضاً.
- ثمة تباين كبير بين النظامين، فيما يتعلق بالاعتراف بأنواع من الرياضات، يتجلى فيها العنف، أو تضییع المال، أو تضییع الوقت، أو هي جميعاً.
- فالشريعة الإسلامية قبل أن تبيح أي سلوك، تخضعه أول ما تخضعه إلى موازنة بين ما يمكن أن يحصله من نفع، أو ما يسببه من ضرر، وبحسب ماله، يستتبط حكمه، مثل هذا الطرح لا نجد له مكاناً في القانون الذي أجاز رياضات عنيفة، بل مدمرة وسخر لتشجيعها الرهانات المفلسة، فمتى نشق في صلاحية شريعتنا؟.

(1) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، (177).

(2) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (230).

المبحث الثاني:

تحمل الواجبات المترتبة
عن استعمال الحقوق
شرعا وقانونا

ويشتمل على ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الإله _____ دار

المطلب الثاني: القذف المبرر _____ ام (الطعن)

المطلب الثالث: العمل الطب _____ ي

إنَّ ثمةَ حقوقَ ذاتِ أهميةٍ اجتماعيةٍ خاصةٍ نظراً لخطرِ ممارستها بالنسبة لمجموعِ الأمة، لأجل ذلك أولتها الشرائع والقوانين أهمية أكثر من غيرها، فأخضعتها لرقابة أكبر وأكسبتها صفة الإلزام في الممارسة بالنسبة لصاحب الحق، بحيث لا يجوز التخاذل في إتيانها، ولا الإنابة في تنفيذها، بل وتشددت في تسليط العقوبة على ممارستها إذا لم يحققها على الصورة المطلوبة بحسب طبيعة كل حق ممارس، من هنا تظهر صفة الوجوب سعياً لتحقيق الحق على أكمل صورة، وقد اخترت تمثيلاً لها نماذج أدواتها متنوعة المورد والآخر يظهر ذلك من خلال مطالب ثلاث هي:

المطلب الأول: زوال العصمة (الإهدار).

المطلب الثاني: القذف المباح (الطعن).

المطلب الثالث: العمل الطبي.

تمهيد:

ينفرد النظام الجنائي الإسلامي بهذا التطبيق في مجال استعمال الحق، كونه منهج يسعى إلى تحقيق استقرار المجتمع، واستتباب الأمن، فهو كما يعمل لصالح الفرد، يعمل لصالح المجموع، لأجل ذلك أهدر عصمة أفراد، لاجترائهم، واعتدائهم، وتجاوزهم، سعياً لدفع الفساد، منعاً للشر، والفتنة، وحفظاً للجماعة.

وقد نكون بتعبيرنا هذا أمام مصطلحين متمايزين لفظاً - الإهدار، وزوال العصمة - غير أنهما يؤديان نفس المعنى، فعلى أساس سبب استحقاق الحق، فنحن أمام زوال للعصمة، وباعتبار النتيجة التي يؤول إليها الفاعل، فنحن أمام إهدار.

ولما كان هذا التطبيق شرعي محض، فسوف نقتصر على بيانه شرعاً، محاولين إبراز وجه المقارنة مع القانون إن وجدت عند الخروج بنتيجة مع كل جريمة.

فما مدلول ما نحن بصددده؟ وإلى أي مدى إباحته الشريعة؟ وما الغايات التي يحققها؟.

هذا ما سوف نتناوله في فروع ثلاثة هي:

الفرع الأول: تعريف الإهدار (زوال العصمة).

الفرع الثاني: علة الإهدار.

الفرع الثالث: المهدرون.

الفرع الأول: تعريف الإهدار (زوال العصمة)

أولاً: لغة

1. الإهدار: مصدر هدر، يهدر ويهدر، هدر أي بطل، وأهدر السلطان دم فلان: أبطله وأباحه، وتهادر القوم: أهدروا دماءهم⁽¹⁾. فهو يدل على سقوط الشيء، وإسقاطه⁽²⁾.
 2. الزوال: الذهاب والاستحالة، والاضمحلال، زال الشيء عن مكانه يزول زوالاً، إذا تحول وانتقل⁽³⁾.
 3. العصمة: المنع، وعصم الله عبده يعصمه عصماً: منعه ووقاه وحفظه، واعتصم به، واستعصم: امتنع وأبى⁽⁴⁾.
- فزوال العصمة إذن: امتناع الحفظ والوقاية، وذلك لوجود سببها، المؤدي إلى الإهدار والإباحة والإبطال، وذلك وجه الربط بين المعنيين: الإهدار وزوال العصمة، فالشيء يكون منيعاً، مصاناً، محفوظاً، فإن وجد ما يزيله صار مباحاً ومهدراً.

ثانياً: اصطلاحاً.

- يقصد بإهدار شخص: إباحة نفسه، أو طرفه، لوجود سببه⁽⁵⁾.
- فإباحة النفس، أو الطرف، خرج بذلك إباحة المال، كإباحة مال الحربي، ولكننا في هذا المجال لا نتناول إلا ما يمس الشخص في نفسه أو عضوه.
- والمقصود بوجود سببه، أن ثمة عللاً لا يتحقق الإهدار إلا بوجودها وهذا ما سوف نأتي إلى بيانه في العنصر الموالي.

الفرع الثاني: علّة الإهدار

نعني بعلّة الإهدار: بيان الوصف الضابط الذي لأجله يمتنع حفظ الشخص، ووقايته من إباحة دمه، أو عضوه فيصير بذلك غير معصوم.

(1) ابن منظور، لسان العرب، (6/3632) مادة: هدر، الفيومي، المصباح المنير، (873) مادة: هدر.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (5/39).

(3) ابن منظور، لسان العرب، (3/1891) مادة: زول.

(4) ابن منظور، لسان العرب، (4/2976) مادة: عصم، الفيومي، المصباح المنير، (566) مادة: عصم ابن فارس، معجم

مقاييس اللغة، (4/331).

(5) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/529).

وعلى ذلك فإنَّ العصمة هي الأصل، وزوالها استثناء، فمتى يكون الشخص معصوماً؟ وكيف يتحول إلى مهدر؟.

أولاً: سبب العصمة

يكون الشخص معصوم الدم، بحيث لا يجوز إلحاق الأذى به في نفسه، أو عضوه، أو ماله، بناءً على القاعدة العامة في شريعتنا وهي: الدماء والأموال معصومة، ويرجع ذلك لسببين رئيسيين هما: الإيمان والأمان.

1. الإيمان: أي الإسلام، فمتى آمن الشخص، صار محلّ حماية في نفسه، وعرضه، وماله، لقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه، وماله، وعرضه»⁽¹⁾،

وقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها، وصلّوا صلاتنا، واستقبلوا قبلتنا، وذبحوا ذبيحتنا، فقد حرمت علينا دماؤهم، وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله»⁽²⁾.

2. الأمان: هو العهد الذي يربط المسلمين بغيرهم من غير المسلمين، ممن يجنحون للسلم، كعقد الذمة⁽³⁾، وعقد الهدنة⁽⁴⁾، والموادعة⁽⁵⁾، وما أشبه⁽⁶⁾.

قال جلّ وعلا: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ (الأنفال 61) وقال: ﴿فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾ (التوبة، 07)، وقال ﷺ: «المسلمون على شروطهم»⁽⁷⁾.

(1) أخرجه: مسلم، كتاب: البرّ والصلة، باب: تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، (4/1989) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) أخرجه: البخاري، كتاب: الصلاة، باب: فضل استقبال القبلة بأطراف رجليه، قاله حميد عن النبي ﷺ، (1/174) عن أنس بن مالك رضي الله عنه، وبلغظ >> أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فمن قال: لا إله إلا الله عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله <<. مسلم، كتاب: الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله، وقيموا الصلاة...، (1/51)، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(3) عقد الذمة عهد يعطى لغير المسلمين في دولة الإسلام بالحفاظ على أرواحهم وأموالهم وعدم المساس بأديانهم. محمد رؤاس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، (214).

(4) عقد الهدنة: الاتفاق على وقف القتال بين المتحاربين مدة معينة بعوض، أو غيره، مع استمرار حالة الحرب. المرجع نفسه (493).

(5) عقد الموادعة: عقد المصالحة وترك الحرب. المرجع نفسه (467).

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/530-531). عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي الإسلامي، (243-244).

(244). أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ط1 (القاهرة: عالم الكتب، 1985م) (103).

(7) أخرجه: الترمذي، أبواب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، (2/403).

والأمان على نوعين:

أ. أمان مؤقت: حيث يحدّد بأجل، ويكون سببه معاهدات الإسلام، كالهبة، والإذن بالإقامة. قال جلّ وعلا: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ (النحل 91) وقال سبحانه: ﴿فَأَتِمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ (التوبة 04).

ب. أمان مؤبد: سببه عقد الذمة، الذي يناله غير المسلمين، ممن يقيمون بصورة دائمة في دار الإسلام، فيتمتعون بحقوق المسلمين، وعليهم الالتزام بأحكام الإسلام، فيما لا يتعارض مع معتقداتهم⁽¹⁾.

ثانياً: سبب زوال العصمة (الإهدار)

ويكون ذلك بأحد أمرين: زوال سبب العصمة، ثم ارتكاب جرائم خاصة مهذرة.

1) زوال العصمة بزوال سببها:

تزول عصمة المسلم بارتداده عن دين الله، فبذلك يحلّ دمه، لقوله ﷺ «من بدل دينه فاقتلوه»⁽²⁾، في حين تزول عصمة الذمي أو المعاهد بنقض العهد، أو انتهاء مدّته إن كان مؤقتاً.

2) زوال العصمة بارتكاب جرائم مهذرة:

يقصد بالجرائم المهذرة: تلك التي «توجب عقوبات مقدّرة»⁽³⁾ متلفة للنفس، أو الطرف»⁽⁴⁾ فمحلها جرائم الحدود، والقصاص فقط، أمّا التعازير فهي غير مقدّرة، لأنّ الغرض منها التأديب والزجر، فلم يحدّدها الشارع، بل ترك ولي الأمر أو القاضي يختار العقوبة التي تلائم قدر الجريمة، وشخص من يرتكبها.

الفرع الثالث: المهذرون

يمكن تصنيف من يباح دمهم بحسب من يتولّى هذه المهمة إلى صنفين:

= أبو داود، كتاب: الأقضية، باب: في الصلح، (273/2)، كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه، وقال الترمذي: >> هذا حديث حسن صحيح <<.

(1) عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، (243-244). أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، (103).

(2) أخرجه البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب الله، (147/4).

كتاب: استتابة التمرتدين والمعاندين وقتالهم وإثم من أشرك بالله وعقوبته في الدنيا والآخرة، باب: حكم المرتد، (26/9)، عن ابن عباس رضي الله عنه.

(3) العقوبة المقدّرة: تلك التي حدّدها الشارع وضبطها، فليس لها حدّ أعلى ولا أدنى كالحدود. أحمد فتحي بهنسي،

العقوبة في الفقه الإسلامي، ط6، (1409هـ - 1989م)، (14).

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (531/1).

— الصنف الأول: مهترون أمام ولي الأمر وحده، بحيث تتولى السلطة القضائية إقامة الحد عليهم، وهؤلاء هم: الحربي، المرتد، الباغي، المحارب و السارق.

— الصنف الثاني: مهترون أمام ولي الأمر والناس، بحيث يجوز للأفراد تنفيذ العقوبة، تبعاً لما كان سارياً قديماً من رجم الزاني المحصن، وأخذ القصاص ممن وجب عليه، أمام المساجد.

ويتجلى الفرق بين الصنفين : في أن من يهدر أمام ولي الأمر وحده، لا يمكن أن يتولى ذلك الأفراد بأي حال من الأحوال، فإن فعلوا عوقبوا لا باعتبارهم ارتكبوا جريمة قتل، ولكن باعتبار افتياتهم على السلطة، أي تجاوزهم اختصاصاتها.

ونظراً لكثرة الأحكام المتعلقة بهؤلاء المهترين فلا يسعني في هذا المقام تناولها جميعاً، لذلك أثرت عند بيان الحكم الاكتفاء بما يتعلق بموضوع بحثي.

أولاً: المهترون أمام ولي الأمر وحده.

1. الحربي:

أ. لغة: من يأتي فعل الحرب، أي المقاتلة والمنازلة⁽¹⁾، وكل من عصاك فقد حاربك⁽²⁾.

ب. شرعاً: هو غير المسلم، الذي لا يربطه بدار الإسلام، لا عهد أمان مؤقت، أو مؤبد، إما لعدم وجود سبب العهد أصلاً، أو انتهائه أو نقضه، فيكون في حالة حرب مع دولة الإسلام⁽³⁾.

ج. حكمه:

— لا عقاب على من قتله في ميدان الحرب، أو حالة دفاع عن النفس، بل هو في هذا المقام واجب لا مجرد حق، لقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾ (البقرة 193).

— إذا دخل الحربي دار الإسلام بغير إذن جاز قتله، ولكن تتولى السلطة العامة ذلك، فإن فعله المسلم عوقب باعتباره متجرناً على مهمة السلطة المختصة، لا كقاتل عمد لأن الحربي مباح الدم⁽⁴⁾.

د. موقف القانون من الحربي:

القانون يعتبر الاعتداء على الحربي قتلًا عمداً، ولكن المحاكم تقدّر ظروف الجاني، فتخفف العقوبة.

فالاختلاف بين النظامين في تكيف الفعل، بحيث يجعله القانون جريمة، أما الشريعة فلا⁽⁵⁾.

(1) الفيومي، المصباح المنير، (174) مادة : حرب

(2) أبو البقاء، الكليات، (360).

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (533/1).

(4) المرجع نفسه، (534/1).

(5) المصدر نفسه بنفس الموضوع.

2. المرتد:

أ. لغة: من يرجع عن الدين، مأخوذ من الردّ، وهو صرف الشيء، ورجعه، والارتداد: الرجوع⁽¹⁾.

ب. شرعا: « هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر »⁽²⁾.

ج. حكمه:

اتفق جمهور المذاهب الأربعة أن الردّة من جرائم الحدود، توجب قتل من يأتيها⁽³⁾. قال جلّ وعلا: ﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾ (البقرة 217).

وقال ﷺ: « من بدل دينه فاقتلوه »⁽⁴⁾، وقال ﷺ: « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إسلام، أو زنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس »⁽⁵⁾.

وهذا الحكم متفق عليه بالنسبة للمرتد، أما المرتدة فهل تتساوى معه حكما؟

اختلفوا في ذلك على مذهبين:

— المذهب الأول: وهو قول الجمهور: المالكية⁽⁶⁾، الشافعية⁽⁷⁾، الحنابلة⁽⁸⁾.

قالوا: أن الرجل والمرأة سواء في الحكم، فيجب قتلها، وذلك لعموم الحديث الذي أوردها: «من بدل دينه فاقتلوه»⁽⁹⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، (3/2631-2622)، مادة: ردد . الفيومي، المصباح المنير، (305). أبو البقاء، الكليات، (467).

(2) ابن قدامة، المغني، (8/123).

(3) المصدر نفسه، بنفس الموضع. الكاساني، بدائع الصنائع، (7/134). الدسوقي، حاشية الدسوقي، (4/270). الشيرازي، المهذب، (2/222).

وخالف رأي الجمهور من الكتاب المحدثين: محمد سليم العواء، إذ يرى أن عقوبة الردّة تعزيرية، ويمكن أن يصل بها القاضي إلى الإعدام. أنظر كتابه: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (161...).

(4) سبق تخريجه، (212) من الرسالة.

(5) أخرجه: أبو داود، كتاب: الديات، باب: الإمام يأمر بالعمو في الدم، (2/479)، عن عثمان بن عفان رضي الله عنه.

(6) الدسوقي، حاشية الدسوقي، (4/270).

(7) الشيرازي، المهذب، (2/222).

(8) ابن قدامة، المغني، (8/123-124).

(9) سبق تخريج الحديث، (212) من الرسالة.

— المذهب الثاني: وهو قول الحنفية⁽¹⁾.

لا تقتل المرتدة، بل تحبس، وتستتاب باستمرار، فإن تابت، وإلا استمر حبسها حتى تموت⁽²⁾.
ووفقا للرأي الراجح عند الجمهور من وجوب قتل من بدل دينه رجلا كان أو امرأة، اختلفوا في اشتراط طلب التوبة منه قبل تطبيق الحد على ثلاثة أقوال:

— القول الأول: وجوب أن يستتاب ثلاثا، وهذا مذهب: المالكية⁽³⁾، الشافعية⁽⁴⁾، الحنابلة⁽⁵⁾.

— القول الثاني: استحباب الاستتابة، وهذا مذهب الحنفية⁽⁶⁾، وقول عند الشافعية⁽⁷⁾، ورواية عن الإمام أحمد⁽⁸⁾.

— القول الثالث: لا تشترط الاستتابة أصلا، وإليه ذهب الظاهرية⁽⁹⁾.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، صونا للأرواح، بإعطاء فرصة للتوبة، بتجلية الحقيقة إن كان جاهلا، وإزالة الشبهة إن كانت له شبهة، فإن لم يتب قتل حدا، وتتولى السلطة المختصة ذلك، فإن قتله أحد الأفراد، لا يعاقب على جريمة عمدية، بل لتجاوزه دور السلطة القضائية المنصبة لهذا الغرض⁽¹⁰⁾.

وقد اعتبر الأستاذ: عبد القادر عودة إقامة الحد على المرتدة واجبا عينيا، إن لم تتكفل به السلطة، أقامه الأفراد، وصرح بقوله: «فإذا كانت — السلطة العامة — قد أهملت تنفيذ حكم من الأحكام، فأقامه الأفراد، فليس لها أن تؤاخذهم على إقامته بحال من الأحوال»⁽¹¹⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (135/7).

(2) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط2 (سوريا: مؤسسة الرسالة، 1415هـ-1994م) (135/5). أبو زهرة، العقوبة (القاهرة: دار الفكر العربي) (173-174). فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1 (جدة: شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع، 1402هـ-1982م) (145-146).

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، (270/4).

(4) الشيرازي، المهذب، (222/2).

(5) ابن قدامة، المغني، (125-124/8).

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، (134/7).

(7) الشيرازي، المهذب، (222/2).

(8) ابن قدامة، المغني، (184/8).

(9) ابن حزم، المحلى، (193-192/1).

وانظر لمزيد بيان: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، (320/5...).

(10) هناك رأي آخر عند المالكية، مفاده: أن قاتل المرتدة يعزّر ويدفع دينه لبيت المال. الدردير، الشرح الكبير،

(271/4).

(11) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (535/1).

أقول هذا رأي خطير يؤدي إلى تجرأ الأفراد على بعضهم البعض ، فضلا عن ضياع هيبة الدولة ، وإضعاف سلطانها لدى أبنائها، فإذا كان الشارع الحكيم يعاقب على الردّة بإجراء رادع لمساسها بالدين الذي إذا تززع اختل النظام كليّة ، فإنه لا بد يمنع السبل المؤدية إلى زعزعة هذا النظام، وإن كانت وسيلة تطبيق هذا الحدّ.

د. المرتدّ قانونا:

لا تعاقب القوانين عادة على تغيير الدّين، والمشرّع الجزائري، الذي ينص في أسما قوانينه: الدستور، على أن « الإسلام دين الدولة »⁽¹⁾، يغفل بيان هذه الجريمة منتهجا خطة القوانين العربية على عمومها ، والتي ترى ذلك احتراما للحرية الشخصية، وفي ذلك مخالفة صريحة لأحكام شريعتنا ، في مقابل ذلك نجد القوانين تعتبر الخروج على النظام العام للدولة ، ومحاولة تغيير نظام الحكم ، وزعزعة أمنه خيانة ، وقد تصل بعقوبتها إلى الإعدام⁽²⁾.

فكيف لا تعتبر الخروج على الإسلام خيانة عظمى ، وارتدادا موجبا لأقصى العقوبات التي جاءت بها الشريعة وهي القتل؟.

إن هذا فراغ قانوني لا بد من تداركه صيانة للشريعة السمحة وحملا على احترام أحكامها.

3. المحارب:

- أ. **لغة:** المحارب من يأتي فعل الحاربة، وهي فعل المقاتلة والمنازلة⁽³⁾
 - ب. **شرعا:** الحاربة: وتسمّى أيضا قطع الطريق، لأنها خروج على المارة، وقطع طريقهم لأخذ أموالهم، كما تسمّى السرقة الكبرى ، فهي سرقة مجازا ، لضرب من الخفاء عن عين من نصبه الإمام لحفظ الطريق، ولذلك لا تطلق إلا مقيدة، فيقال: السرقة الكبرى، لأن ضررها يقع على الأمة بعمومها، ولو قيل: السرقة فقط، لم تنصرف إلى قطع الطريق، فلزم التقييد⁽⁴⁾.
- ولفظ الحاربة أولى لاتساقه مع الآية القرآنية التي أثبتت الحدّ، والتي سيأتي بيانها، فضلا عن أن مدلولها يشمل كل ضرر، من سرقة المال، إخافة السبيل، الاعتداء على الأرواح.

(1) المادة: (02) من الدستور.

(2) المادة: (77) عقوبات جزائري، والتي جاء فيها 'يعاقب بالإعدام الاعتداء الذي يكون الغرض منه إما القضاء على نظام الحكم أو تغييره...'

(3) الفيومي، المصباح المنير، (174)، مادة: حرب.

(4) الزيلعي، تبیین الحقائق، (235/3). الشافعي، الأم، (164/6). محمد سليم العواء، في أصول النظام الجنائي

الإسلامي، (189).

وقد اختلف الفقهاء في تعريفها اختلافا كبيرا نشأ عن تباينهم في شروطها⁽¹⁾، ومن أهم ما وقفت عليه: «إشهار السلاح، وقطع السبيل على الناس»⁽²⁾.

وميزة هذا التعريف: شموله لجوانب الحراية التي حاول الفقهاء على اختلاف مذاهبهم جمع شروطها.

— فإشهار السلاح: دلالة على وجود العصيان، والمغالبة، والإرهاب بأي وسيلة.

— هذا الإشهار على إطلاقه، يدل على: إمكان وقوعه من فرد أو جماعة على سبيل المغالبة.

— قطع السبيل على المارة من غير اشتراط مكان، في القفار، أو في الأمصار مع إمكان الغوث أو عدمه، قصد المحارب، أخذ المال، أو الإخافة...، فكل ذلك محاربة لله ورسوله.

فهي من أبشع الجرائم، لأن الناس في دولة الإسلام في أمن الله، فمن أخافهم، وروّعهم فقد حارب الله وحاكمه على أرضه، لأجل ذلك غلظت العقوبات تحقيقاً للردع⁽³⁾.

قال جل وعلا: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدَرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (المائدة 35-36).

ج. حكمه: فمن كان حاله كما وصفته الآية، وجب ردّ اعتدائه، إذ هو من باب الدفاع الشرعي، الذي تتولاه السلطة العامة في الدولة، صونا لكرامة من ترعاهم من المسلمين وغيرهم، بدفع فساد المفسدين، وقد نصّت الآية على أربع عقوبات: القتل، الصلب، قطع الأيدي والأرجل من خلاف، والنفي، وللفقهاء تفصيلات، وخلافات حول ترتيبها، تنفيذها، سلطة الحاكم بشأنها⁽⁴⁾.

(1) للحراية شروط منها: ما يرتبط بالمحارب، من يقع عليه الاعتداء، الفعل، مكان الاعتداء. تجد تفصيلها في كتب الفقه، قديمها وحديثها. أنظر:

بدائع الصنائع، (91/7-92). الشربيني، مغني المحتاج، (4/180). الدسوقي، حاشية الدسوقي، (4/309-310). ابن حزم، المحلى، (11/308). أبو زهرة، العقوبة، (141...). عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، (5/254).

(2) أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، ط4 (القاهرة: دار الشروق، 1409هـ - 1989م) (49).

(3) محمد سليم العواء، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (190) بتصرف.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، (7/93...). ابن قدامة، المغني، (8/298...). مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية محمد بن سحنون، (مصر: مطبعة السعادة، 1323هـ)، (16/98). الشافعي، الأم، (6/140). محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (6/361...). القرطبي، أحكام القرآن، (6/151-152). الجصاص، أحكام القرآن، (4/54...).

والملاحظ أن إهدار المحارب يتحقق في حالات: القتل، القتل مع الصلب، قطع العضو، إمّا النفي بارتكاب جريمة إخافة السبيل، فلا يعتبر إهداراً، هذا فضلاً على إمكان سقوط حقّ الله حال توبة المحارب قبل قدرة السلطة العامة عليه⁽¹⁾.

د. موقف القانون من جريمة الحراية:

سبق أن بينّا أن الحراية هي سرقة كبرى، لضررها العام، والسرقّة في القوانين الوضعيّة، لا تخرج عن نطاق الحبس⁽²⁾ مع محاولة تشديد العقوبة في ظروف خاصة، متى تعدى ضررها نطاق الأشخاص، وصار اعتداء على الصالح العام.

والملاحظ أن أحكام هذه الجناية مستنتجة من نصوص متناثرة في القسم العام من قانون العقوبات الجزائري حيث تتراوح عقوباتها ما بين الخمس سنوات إلى الإعدام في كثير من الأحيان ويمكن أن نلمس ذلك فيما يلي :

— السرقات التي تقع بحمل السلاح أو في ظروف زمنية خاصة، أو حالة تعدد الأشخاص، واستعمالهم العنف⁽³⁾.

— السرقات التي تقع في الطرق العمومية، والمركبات، ووسائل النقل⁽⁴⁾.

— تكوين العصابات التي تهاجم السكان، والأماكن الخاصة⁽⁵⁾.

— الجنايات والجنح ضد الأمن العمومي، ومصالح الوطن العليا⁽⁶⁾.

— الضرر العمدي بمصالح الدولة، كالهدم والتخريب، والأضرار التي تنتج عن تحويل اتجاه وسائل النقل⁽⁷⁾.

فالقانون في هذا القدر يتفق مع الشريعة الغراء، التي تعاقب على مثل هذه الأعمال، مع ما نلمسه من التباين في المعالجة وطريقة الاستئصال، فالقانون يجعل العقوبات متأرجحة بين السجن والإعدام، من غير تكييف دقيق لكل جريمة وما يناسبها، إذ ينبغي التمييز بين فعل من يسرق وينهب أفراداً، وسلوك من يسطو ويخيف ويروع ويخرّب الأماكن العامة، وأنانية من يهدد مصالح أمته العليا، ويضرب بها عرض الحائط، هذا من جهة ومن جهة أخرى ما يمكن أن يستفيد منه الجاني بتخفيض

(1) راجع: تمييز استعمال الحق عن موانع العقاب، (49...) من الرسالة.

(2) سيأتي بيان هذه الجريمة، (222...) من الرسالة.

(3) المادتين: (351-354) عقوبات.

(4) المادة: (352) عقوبات.

(5) المواد: (176-177-178) عقوبات.

(6) المواد: من (84 إلى 97). (119). (122) عقوبات.

(7) أحكام القسم الثامن من الفصل الثالث من الباب الثاني عقوبات خاصة المواد من: (395 إلى 403) عقوبات.

العقوبات، وصدور العفو في مناسبات خاصة، فضلا عما أثبتته الواقع من أن الحبس ليس إجراء نافعا في كل الأحوال، إذ يخرج الجاني قوي البنية، مفتول الساعد، قادرا على بدء حياته الإجرامية من جديد وقد صار بعد زمن طال أو قصر، أستاذًا في الإجرام بعد ما اكتسبه طيلة حبسه نتيجة احتكاكه بنظرائه (1).

أما الشريعة الإسلامية فتري الحراية خروجًا عن نظام وأمن الجماعة، تهديدًا حقيقيا للأنفس، والأعراض، والأموال، أنها إفساد ما بعده إفساد، لذلك جاءت بالعلاج الناشئ عن حركة المجتمع في المواجهة الواقعية الناجعة. قطعًا وقتلًا وصلبًا، كل ذلك حقيقة عقابية لا مناص منها، لأنها تتناسب وكل فعل يأتي به الجاني، فعقاب القاتل فقط يختلف عن عقاب القتل المقتتر بأخذ المال، كما أن عقاب من يخيف السبيل يستحيل أن يضاهي فعل من تعدى الأرواح والأعراض، والأموال، ثم بعد ذلك كله نلمس ذلك الردع والزجر، فالمقطوع لا يتجرأ لأن العاهة تسمه، كما أن من ينظر إلى ما آل إليه، أو إلى نهاية مقتول أو مصلوب لا محالة ينزجر.

إننا نلمس جليا ذلك الاحترام لمصالح مجموع الأمة، وتلك الرغبة في سيادة الطمأنينة، بأقل الأضرار الممكنة، كل ذلك لا ينفصل أبدا عن القواعد الخلقية السامية التي هي جوهر شريعتنا (2)، فالمولي ﷻ يقول مذيلا آية الحراية: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرُبُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (المائدة 36).

4. الباغي:

أ. لغة:

اسم فاعل البغي، ويعني طلب الشيء، ثم اشتهر في عرف الاستعمال لطلب الشيء الضال (3)، نقول: «بغى على الناس بغيا: ظلم واعتدى، فهو باغ والجمع بغاة، وبغى سعى في الفساد، ومنه الفرقة الباغية لأنها عدلت عن القصد» (4).

ب. شرعا:

الباغي: جمعه بغاة، وهم قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام، يرمون خلعه لتأويل

سائق، وفيهم منعة، يحتاج في كفهم إلى جمع الجيش (1).

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/659). الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي،

ط 1 (القاهرة، بيروت: دار الشروق، 1411هـ - 1991م) (164).

(2) الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي، (174-175) بتصرف.

(3) ابن منظور، لسان العرب، (1/321) مادة: بغى.

(4) الفيومي، المصباح المنير، (79) مادة بغى.

والملاحظ أن البغاة من تحققت فيهم الأوصاف التالية:

— وجود الطائفة ذات القوة والمنعة.

— التأويل السائغ: ونعني به ادعاء سبب الخروج، كشبهة تأويل مانعي الزكاة في عهد أبي بكر الصديق، بأنها لا تعطى إلا لمن كانت صلاته سكوناً لهم، وهو الرسول عليه الصلاة والسلام.

— غرض الخروج، والمتمثل في امتناع الطاعة والسعي لعزل الإمام عن طريق الثورة والحرب⁽²⁾.

ج. حكمه:

الباغي شاق لعصا الطاعة، مفارق للجماعة، مسلكه سبب في شيوع الفتنة، ذهاب الأموال، إراقة الدماء، وفي النهاية إضعاف الدولة مما يطمع الأعداء⁽³⁾، لذلك كان حكم فعله التحريم لأنه عصيان لله ورسوله.

قال ﷺ: «من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن أطاع أميري فقد أطاعني، ومن عصى أميري فقد عصاني»⁽⁴⁾.

وقال ﷺ: «من خلع يدا من طاعة لقي الله يوم القيامة لا حجة له، ومن مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية»⁽⁵⁾.

لذلك وجب قتاله، ودفع أذاه حتى يرجع إلى الجماعة، والأصل في هذا قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (الحجرات 09)

وقد أفادت الآية جملة أحكام منها:

(1) ابن قدامة، المغني، (8/107). و الدسوقي، حاشية الدسوقي، (4/265). الكاساني، بدائع الصنائع، (7/141).

الشيرازي، المذهب، (2/217).

(2) محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي (130). أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي

الإسلامي، (93).

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/103). فكري أحمد عكار، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية و

القانون، (137-138).

(4) أخرجه: البخاري، كتاب: الأحكام، باب: قوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾..

(5/111). مسلم، كتاب الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، (3/1466)، كلاهما

عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(5) أخرجه: مسلم، كتاب: الإمارة، باب: وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن، وفي كل حال، بن عمر

وتحريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة، (3/1478)، عن عبد الله بن عمر.

— الباغي ليس كافراً ولا فاسقاً، إنما خالف بتأويل سائغ، غير أنه مخطئ في تأويله، لذلك سمّاه الله مؤمناً.

— وجوب نصحه وإرشاده قبل مقاتلته، فيسأل عن سبب الخروج، إذ قد يكون ذلك لشبهة يمكن كشفها، أو ظلم واقع يستطيع الإمام إزالته، فيرجع الباغي إلى جماعة المسلمين دون إراقة الدماء.

قال ابن قدامة: «ولا يجوز قتالهم — البغاة — حتى يبعث إليهم من يسألهم، ويكشف لهم الصواب، إلا أن يخاف كلبهم، فلا يمكن ذلك في حقهم، فأما إن أمكن تعريفهم عرقهم ذلك، وأزال ما يذكرونه من المظالم، وأزال حججهم، فإن لجّوا، قاتلهم حينئذ»⁽¹⁾.

— سقوط المقاتلة بالرجوع إلى الجماعة، مع العفو عما أتلّف من أرواح وأموال خلال الحرب، لأنّ الغاية من قتالهم كفّ شرهم، ودفع أذاهم، وإعادة وحدة المسلمين من جديد بأقل الأضرار الممكنة⁽²⁾.

د. موقف القانون من جريمة البغي:

يتفق مدلول البغي المستقر شرعاً على ما اصطلح عليه القانونيون بالجرائم الماسة بنظام الحكم، أو جرائم أمن الدولة في سلطتها أو أمنها عموماً، وتتراوح أحكامهما ما بين الحبس سنة كحدّ أدنى إلى الإعدام كأقصى عقوبة، وترجع هذه الشدّة باعتبار هذه الجرائم موجهة لزعزعة نظام الحكم، فتحاول الدولة من خلال خلق هذه العقوبات والتشدد فيها ضمان القدر الكافي من الحماية القانونية للأنظمة المختلفة بصرف النظر عن إذا كان هذا النظام عادلاً أم لا⁽³⁾.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام جرائم أمن الدولة في القسم الثالث من الفصل الأول من الباب الأول، المتعلق بالجنايات والجنح ضد الشيء العمومي والتي جمعت إحكامها المواد من (77) إلى (83) عقوبات.

فنصت المادة: (77) على أقصى عقوبة وهي الإعدام، وجاء فيها: «يعاقب بالإعدام الاعتداء الذي يكون الغرض منه إما القضاء على نظام الحكم أو تغييره، وإما تحريض المواطنين أو السكان على حمل السلاح ضد سلطة الدولة، أو ضد بعضهم البعض، وإما المساس بوحدة التراب الوطني. ويعتبر في حكم الاعتداء تنفيذ الاعتداء أو محاولة تنفيذه».

(1) المغني، (108/8).

(2) المصدر نفسه، (114/8). الكاساني، بدائع الصنائع، (141/7). الدسوقي، حاشية الدسوقي، (266/4). الشيرازي، المهذب، (219/2-220). فكري أحمد عكار، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، (138). محمد سليم العواء، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (130). عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، (290/5...).

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (663/1). محمد سليم العواء، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (133/132).

5. السارق:

أ. لغة:

من يأتي فعل السرقة، من سرق الشيء يسرقه سرقا وسرقا: إذا أخذ الشيء خفية، «والسارق عند العرب من جاء متسترا إلى حرز فأخذ منه ما ليس له، فإن أخذ من ظاهر فهو مختلس»⁽¹⁾.

ب. شرعا:

لا يختلف وصف السارق شرعا، عما استقرّ عليه اللغويون، غير أنه زيد في ضبطه قيودا لأجل بيان حكم القطع الذي لا يجب على مطلق السرقة، وقد جاءت عناية الفقهاء بالفعل في حد ذاته وهو السرقة، ليفهم منه وصف من يأتي الفعل.

فقد قالوا في تعريف السرقة: «أخذ مكلف حرّ لا يعقل لصغره، أو مالا محترما لغيره، نصابا»⁽²⁾ أخرجه من حرز⁽³⁾ بقصد أخذه خفية، لا شبهة له فيه»⁽⁴⁾.

فالسارق إذن: هو المكلف، الحرّ، العاقل، البالغ الذي يأخذ مالا محترما لغيره، بلغ نصابا، لا شبهة له فيه، أخرجه من حرزه، بقصد أخذه خفية.

ولها شروط عدة: منها ما يتعلق بالسارق، المسروق، والمسروق منه، وهي كثيرة ومحل خلاف، ويتشعب عنها فروع كثيرة لا يسع هذا المقام ذكرها⁽⁵⁾.

والمهم بالنسبة لنا بيان الحكم العام، لتتضح صفة الإهدار.

ج. حكم السرقة:

فعل محرم موجب للحدّ وهو القطع، قال جلّ وعلا: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (المائدة 38).

فقد أفادت الآية الكريمة حكما عاما هو وجوب القطع، الذي خصصته السنة النبوية، هذا فضلا عن إجماع الأمة على حكمها.

فعن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان رسول الله ﷺ يقطع السارق في ربع دينار فصاعدا»⁽¹⁾ وفي رواية قال ﷺ: «لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده»⁽²⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب (3/1998) مادة: سرق. الجرجاني، التعريفات (133). المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف (403).

(2) النصاب: المقدار الذي يتعلق به الواجب، وهو بالنسبة للقطع المقدار الذي يجب قطع اليد بسرقة بشرطه، محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، (480).

(3) الحرز: بكسر الحاء: المكان الحصين، وهو ما يحفظ فيه المال عادة، المرجع نفسه، (178).

(4) الحطّاب، مواهب الجليل، (516/4).

(5) القرافي، الذخيرة، (140/12...). الكاساني، بدائع الصنائع، (06/7...). ابن قدامة، المغني، (240/8...). النووي، المجموع، (76/20...).

فالأية و الحديثين واضحي الدلالة على ثبوت القطع، غاية الأمر أن الخلاف في مقدار ما ينطأ به الحد⁽³⁾.

وعلى كل الأحوال إذا ثبتت السرقة أمام القاضي حكم بالحد الشرعي، فيكون السارق مهذرا بالنسبة للعضو الذي يجب قطعه، إما بقية الأعضاء فتبقى على عصمتها.

وقد اتفق الفقهاء أن من سرق أول مرة قطعت يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع⁽⁴⁾ فإن سرق الثانية قطعت رجله اليسرى⁽⁵⁾، فإن سرق الثالثة:

— فذهب أبو حنيفة⁽⁶⁾ (تر19)، وهو المعمول به عند الحنابلة⁽⁷⁾، قالوا: لا قطع بل يحبس السارق حتى يتوب، لأجل أن لا تفوت منفعة الجنس.

— وقال مالك⁽⁸⁾، والشافعي⁽⁹⁾، وأحمد⁽¹⁰⁾ (تر18): تقطع يده اليسرى في المرة الثالثة، فإن عاد الرابعة قطعت رجله اليمنى.

والراجح ما ذهب إليه الأحناف، وجرى عليه العمل عند الحنابلة، حفاظا على منفعة الجنس، حتى لا يترك الجاني عالة على الغير، وإنما يعزر على حسب ما يرى القاضي في إصلاحه، وردعه⁽¹¹⁾.

(1) أخرجه: مسلم، كتاب: الحدود، باب: حد السرقة ونصابها، (1321/3). البخاري، بلفظ: >> تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا <<، كتاب: الحدود، باب: قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ وفي كم تقطع...، (287/8).

(2) أخرجه: البخاري، كتاب: الحدود، باب: لعن الله السارق إذا لم يسم، (285/8). مسلم، كتاب: الحدود، باب: حد السرقة ونصابها، (1314/3). كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(3) القرافي، الذخيرة: (140/12)، الكاساني، بدائع الصنائع، (77/7)، ابن قدامة، المغني، (242/8)، النووي، المجموع، (79/20).

(4) ابن قدامة، المغني، (259/8).

(5) على خلاف في موضع القطع، المصدر نفسه، (260/8). الكاساني، بدائع الصنائع، (86/7).

(6) الكاساني، بدائع الصنائع، (86/7).

(7) ابن قدامة، المغني، (263/8).

(8) القرافي، الذخيرة، (182/12).

(9) النووي، المجموع، (97/20).

(10) ابن قدامة، المصدر السابق (264/8).

(11) أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، (124-125). فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية، (124-125).

والخلاصة: أن السارق مهدر العضو محل القطع، تتولاها السلطة القضائية⁽¹⁾، فإن اعتدى فرد معصوم على العضو المهدر فقطعه، فلا عقاب على القطع لزوال العصمة، ولكن يعاقب باعتباره مفتاتاً على السلطة المختصة⁽²⁾.

د. السرقة بين الشريعة والقانون:

إذا كانت عقوبة الشريعة الإسلامية بالنسبة لهذه الجريمة رادعة تمنع الفعل من أساسه، فتقتل في النفس حب الذات، والرغبة في المكسب السريع، فإن هذه العقوبة قانوناً مخزية، أنها الحبس الذي دل الواقع الذي لا ينكره عاقل على عدم جدواها، فالجاني يسرق، يذهب، ويمتنع عن الرد، يسجن وهو في مأمن داخل سجنه، يأكل ويشرب، حتى إذا خرج بعد زمن بدأ حياته من جديد، متنعماً بما أخذ، غير مبال بماضيه السيئ فليس هناك ما يدل عليه⁽³⁾.

وقد نظم المشرع الجزائي أحكام هذه الجناية في الباب الثاني من قانون العقوبات حيث جاء الفصل الثالث منه، والمعنون بـ « الجنايات والجنح ضد الأموال » جاء هذا الفصل بياناً لأحكام السرقة البسيطة منها، والتي حددت عقوبتها ما بين السنة إلى خمس سنوات كحد أقصى⁽⁴⁾ إضافة إلى جنح سرقات ذات ظروف مشددة، وجنايات سرقات عقوباتها أشد من الأولى، كسطو العصابات، حمل السلاح، السرقة في الطرق العمومية⁽⁵⁾، ومع ما يلقيه الجاني من تخفيف للعقوبات، أو صدور عفو نجد أنفسنا أمام عقوبة لا جدوى منها، بدليل زيادة الجرائم باستمرار، وزيادة المجرمين سطوة وعتوا. ورغم ما قلنا وما نلمس على أرض الواقع، ترتفع عقيرة من ليس لهم حظ في الفهم، فيقولون أن عقوبة القطع لا تتفق مع المدنية، ويتهمون الإسلام بالقسوة، إما السجون التي تورد أساتذة في الإجرام فتلك هي الحضارة ! .

أجابهم أستاذنا عبد القادر عودة قائلاً: « إذا كانت العقوبة الصالحة حقاً هي التي تتفق مع المدنية والإنسانية، فإن عقوبة الحبس قد حق عليها الإلغاء، وعقوبة القطع قد كتب لها البقاء، لأن الأخيرة تقوم على أساس متين من علم النفس، وطبائع البشر، وتجارب الأمم، ومنطق العقول والأشياء، وهي نفس الأسس التي تقوم عليها المدنية والإنسانية، إما عقوبة الحبس فلا تقوم على أساس من العلم، ولا التجربة، ولا تتفق مع منطق العقول، وطبائع الأشياء »⁽⁶⁾.

(1) يرى الأستاذ عبد القادر عودة: أنه واجب يتولاها الأفراد كذلك. التشريع الجنائي الإسلامي، (1/556).

(2) المرجع نفسه بنفس الموضوع.

(3) المرجع نفسه، (653) بتصرف.

(4) نصت المادة (1/350) عقوبات على ما يلي: كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً، ويعاقب بالحبس من سنة

على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر، وبغرامة من 500 إلى 20000 دينار.

(5) راجع أحكام جريمة الحراقة في القانون (216...) من هذه الرسالة.

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/654).

ثم إن القياس الصحيح لكل عقوبة هو أثرها في القضاء على الجريمة أو الحد منها، فإذا لم نصل إلى هذا الهدف فهي إجراء فاشل ينبغي استبداله ⁽¹⁾ حتى بما تسمونه قسوة ووحشية لأن غاية القطع: ترويع وفزع السارقين، ولو في أيدي محدودة، إذ العبرة بالأثر، ولذلك وجدنا فقهاءنا ضيقوا في دائرة السرقات التي تقطع بها الأيدي، صيانة لجسم الإنسان ما أمكن، لذلك فإن أكثر صور السرقة تحققاً هو ما يعاقب عليه تعزيراً نظراً لعدم اكتمال شروط القطع في الغالب.

لذلك وجدنا أستاذنا أبو زهرة يقول كلاماً واقعياً، مفاده: «أننا لو أردنا التوفيق والجمع بين أقوال الفقهاء ممن لهم وزن فإننا لن نجد إلا أحوالاً نادرة جداً من القطع محل اتفاق، فعلى الذين يذهب بهم فرط شفقتهم بالمجرمين أن يعلموا أن الأيدي التي ستقطع قليلة جداً، حاسمة وراعدة للأشرار» ⁽²⁾. ثم إن القوانين الوضعية تبيح الإعدام في بعض الجرائم ⁽³⁾ ما دامت تحقق الغاية فلماذا نحاد ربنا في قطع السارق وحكمه المصلحة نفسها؟.

(1) الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي، (174) بتصرف.

(2) العقوبة، (138).

(3) جريمة الخيانة العظمى، الجنايات ضد الأمن العمومي، الضرر العمدي بمصالح الدولة...

ثانياً: المهترون أمام ولي الأمر والناس .

وهما صنفان: الزاني المحصن، ومن عليه قصاص.

1. الزاني المحصن:

أ. لغة:

الزاني: اسم فاعل لمن يأتي فعل الزنا، والذي يعني الرقي على الشيء⁽¹⁾.

المحصن: هو من دخل الحصن، والإحصان: المنع، الحفظ، وسمي المكان المرتفع الذي لا يقدر على اقتحامه حصناً، لامتناعه على المحاربين، ولذلك أطلق على من اجتمعت فيه هذه الصفات محصناً، لأنه يتمتع على شهواته أن تؤدي به إلى الوقوع في الزنا⁽²⁾.

ب. شرعاً:

الزاني المحصن هو: «من يأتي فعل الزنى، وقد اجتمعت فيه صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم»، والملاحظ على التعريف الذي اجتهدنا في صياغته أنه يتناول ثلاثة جوانب: الأول: حصول فعل الزنى الذي يتحقق بوجود الوطء من مسلم مكلف، في فرج آدمي في غير ملك ولا شبهة ملك⁽³⁾.

الثاني: وجود صفات اعتبرها الشارع الحكيم فيمن يأتي الفاحشة، وهي ما يمكن تسميته بشروط الإحصان⁽⁴⁾.

الثالث: أنه متى وجد العنصران السابقان وجبت العقوبة المقدرة شرعاً وهي الرجم.

ج. حكم الزاني المحصن:

الزنى حرام، وتحريمه معلوم من الدين بالضرورة، يعتبر من أكبر الكبائر.

قال جل وعلا: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (الإسراء 32). لأن فيه انتهاك لحرمة الشارع، ولما كانت الشريعة الإسلامية تقوم على الفضيلة، وتحرص بكل الوسائل على

(1) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، (389).

(2) ابن منظور، لسان العرب، (1/902)، مادة: حصن. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (2/69). الفيومي، المصباح المنير، (1/191).

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، (4/313). الكاساني، بدائع الصنائع، (7/33). الشربيني، مغني المحتاج، (4/144).

(4) هذه الشروط ليست محل اتفاق، وهي على عمومها ترجع إلى: الإسلام، البلوغ، العقل، الحرية، الوطء في القبل، أن يكون الوطء في نكاح صحيح.

القرافي، الذخيرة، (12/69). ابن قدامة، المغني، (8/161...). الشيرازي، المهذب، (2/266). الكاساني، بدائع الصنائع، (7/37-38). فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية و القانون، (85...). عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، (5/126).

الأخلاق، والأعراض، والأنساب، فهي تيسر السبل إلى تحصيل الشهوة، ولكن بالطريق الحلال، متمثلاً في الزواج، لأنه غرض للبصر، وإحصان للفرج، فيمنع المسلم نفسه الفتنة، فإن حصل له ذلك، فقد زال كل عذر للوقوع في الحرام⁽¹⁾ فإن حاد عن الجادة مع ما تيسر له، فقد خالف الفطرة، وشذّ عن الصواب، وأذى غيره قبل أن يؤذي نفسه، لذلك وجب أن تكون العقوبة رادعة للفرد والمجموع على حدّ سواء.

وقد نصّ القرآن الكريم على عقوبة الزاني على وجه العموم وحدّده بالجلد ثم جاءت السنة فخصصت عقوبة المحصن بالرجم.

قال جلّ وعلا: ﴿الزَّانِيَةُ الزَّانِيَ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (النور 02) وقال ﷺ: «خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»⁽²⁾.

وقال ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إسلام، أو زنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس»⁽³⁾.

وبناء على النصوص المتقدمة، اتفق الفقهاء على وجوب رجم الزاني المحصن بالحجارة حتى يهلك من غير اختلاف بين الرجل والمرأة⁽⁴⁾، ولم يخالف في ذلك إلا الخوارج، ولا معنى لإنكلرهم، إلاّ المكابرة والعناد، لأنّ مسلكهم نفي لقطعي، ثابت بالقول إخباراً وأمرًا، مع التقرير على فعله بما لا يدع مجالاً لمنكر⁽⁵⁾.

قال ابن قدامة: «وجوب الرجم على الزاني المحصن، رجلاً كان أو امرأة، وهذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار في جميع الأعصار، ولا نعلم فيه مخالفاً إلاّ الخوارج، فإنهم قالوا: الجلد للبكر والثيب»⁽⁶⁾.

فالزاني المحصن مهدد النفس تتولى السلطة العامة تنفيذ حكمه، ولكن إذا تولى أي فرد قتله فهل عليه قصاص؟

(1) فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية (79-80).

(2) أخرجه: مسلم، كتاب: الحدود، باب: حد الزنى، (1316/3)، عن عبادة بن الصامت.

(3) سبق تخريجه أيضاً في (214) من الرسالة.

(4) الحطاب، مواهب الجليل، (6/295). ابن قدامة، المغني، (8/157). الكاساني، بدائع الصنائع، (7/38). النووي،

المجموع، (20/7-8).

(5) محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (73) بتصرف.

(6) ابن قدامة، المغني، (8/157).

— فذهب الجمهور: المالكية⁽¹⁾، الحنابلة⁽²⁾، الحنفية⁽³⁾، وهو الرأي الراجح عند الشافعية⁽⁴⁾، إلى سقوط القصاص والدية، لأنّ الزاني بفعلته صار مباح النفس أمام الجميع.

— وذهب الشافعية⁽⁵⁾ في رأي مرجوح إلى وجوب القصاص على القاتل، لأنّه لم يفعل ذلك لنفس الفعل، وهو تطبيق الحدّ، تماماً كما لو اعتدى رجل على آخر، فقتله، غير ولي الدم.

ورأي الجمهور أولى وأرجح، لأنّ الزاني صار بفعله مباح الدم لا لشخص بعينه فينفذ الحدّ أياً كان، ولكن تتولاه السلطة القضائية لتنظيماً، ولكن ذلك لا يعني أن يتساوى الزاني مع معصوم فيقتل به.

د. الزنا بين الشريعة والقانون:

إذا كانت الشريعة الإسلامية تعتبر الوطء المحرمّ زناً، وتعاقب عليه من متزوج أو غيره، ولا تأثير لرضا الزانيين في إلغاء العقوبة أو تخفيفها، لأنّ مسلكهما رذيلة وانحطاط، ثمّ إنّ التمييز بين المحصن وغير المحصن قائم على أساس خلقي عال هو احترام الأسرة، الزاوية الأساسية في تكوين المجتمع الفاضل، زيادة على أنّ المحصن في غير حاجة إلى ارتكاب الفاحشة، فقد أغناه الزواج، فإنّ أتاها كان مسلكه خروجاً عن الطبيعة، فلزم أن تكون العقوبة قاسية، رادعة، فهي إن لم تمنع حدوثه تماماً، تجعله في أضيق نطاق⁽⁶⁾.

أما التشريعات الوضعية فمنها من لا يعاقب على الزنا أصلاً، كالقانون الإنجليزي، والغالبية التي تعاقب عليه لا باعتباره رذيلة، لأنّها ترى في ذلك حرية شخصية، ولكنها تقصر العقاب على الفعل الذي يحصل من المتزوج باعتباره اعتداء على الحرمة الزوجية، ثمّ هي في ذلك تفرّق بين عقوبة الزوجين⁽⁷⁾، وتلك تفرقة لا تقوم على منطق، ثمّ هي بعد ذلك تشترط رضی الزوجين في رفع الدعوى الجنائية⁽⁸⁾، وأخيراً نأتي إلى مهزلة تميع الأحكام، وتجردها من قيمتها، بل وتعمل على شيوع الانحلال

(1) الخطاب، مواهب الجليل، (231/6-233).

(2) ابن قدامة، المغني، (657/7).

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، (238/7).

(4) الشيرازي، المذهب، (174/2).

(5) المصدر نفسه بنفس الموضوع.

(6) محمد سليم العواء، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (225...). فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية⁽⁸⁹⁾.

(7) فالمادة (1/239) عقوبات جزائري تقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كلّ امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، والفقرة الثالثة من نفس المادة تجعل عقوبة الزوج من ستة أشهر إلى سنة واحدة.

(8) فالمادة (04/339) عقوبات جزائري جاء فيها: "ولا تتخذ الإجراءات إلاّ بناء على شكوى الزوج المضرور".

والفواحش، إذ يحكم المشرع بسقوط المتابعة بناء على رضى الزوج وتنازله، إمّا الزوجة فلا حق لها إلا في التنازل الذي يسبق الحكم النهائي⁽¹⁾.

أمّا إذا صادفنا زوجاً نخوا، لا يرضى مهانة، إذا ما فاجأ زوجته متلبسة بالزنا، فيقتل أو يجرح، فإنه لا يستفيد إلا من عذر مخفف⁽²⁾، إمّا الجاني الحقيقي فيغدو في حالة دفاع عن النفس!. لكل ما سبق نؤكد جازمين أن ما يحدث في بلاد العالم بأسره، غربي أو عربي من فساد وانحلال، وتصعد أسري، إنما سببه شيوع الإباحية، وفتح المجال لهتك الأعراض، وإتيان الفواحش ما ظهر منها وما بطن، وعلى رأسها الزنا.

إنه لم يعد هناك مجال للشك أن شريعتنا في هذه الجريمة بالذات، من خلال طريقة معالجتها بالقضاء عليها في المهد تؤكد سمو الأخلاق، ومثانة البناء الأسري والاجتماعي، فمتى نعود إلى لأحكام شريعتنا؟⁽³⁾.

2. من عليه قصاص:

أ. القصاص لغة:

من القص، وهو تتبع الشيء، من ذلك قولهم: اقتصصت الأثر: إذا تتبعته، ومنه القاص لأنه يتبع الخبر بعد الخبر، ويسوف الكلام سوقاً⁽⁴⁾، ثم غلب استعمال القصاص، وهو الاسم في قتل القاتل وجرح الجارح، وقطع القاطع⁽⁵⁾ وذلك أنه يفعل بالجاني مثل فعله، فكأنه اقتص أثره⁽⁶⁾.

ب. شرعاً:

«العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد»⁽⁷⁾

(1) تنص المادة: (340) عقوبات جزائري على: "إن صفح الزوج المضرور يضع حدّ للمتابعة المتخذة ضد زوجته، وأن الصفح الذي يمنح بعد صدور الحكم غير قابل للطعن بوقف آثار ذلك الحكم بالنسبة للزوج الذي صدر الصفح لصالحه".
(2) فالمادة (279) عقوبات جزائري جاء فيها: "يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار، إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر، أو على شريكه، في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا".
وانظر: لمزيد مقارنة بين أحكام القوانين: بركاني فرحات "الدفاع الشرعي ودفع الصائل، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية" رسالة ماجستير، إعداد بركاني فرحات، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة. (1419 هـ - 1998 م) (131...).

(3) محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، (225...). فكري أحمد عكار، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية، (91-90).

(4) ابن منظور، لسان العرب، (3650/5-3651) مادة: قصص،

(5) الفيومي، المصباح المنير، (694/2)، مادة: قصص

(6) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (11/5)

(7) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (546/1).

— فالعقوبة الأصلية: إشارة إلى وجود عقوبة تبعية هي الدية.

— أن هذه العقوبة تجب بناء على وجود قتل أو جرح عمديين.

إذن، فمن عليه قصاص هو الشخص الذي يقتل أو يجرح عمداً، فيستحق عقوبة مماثلة لفعله بحيث يفعل بالقاتل مثلما فعله بالمجني عليه فيقتل، أو يفعل بالجرح مثلما فعل بالمجروح أو المقطوع، وبذلك يتلاقى مع المعنى اللغوي الذي يعني المساواة بإطلاق تماماً كما تتساوى العقوبة مع الجريمة المرتكبة، ثم إن ولي الدم يتبع الجاني كما يتبع القاص الآثار⁽¹⁾.

ج. الحكمة من تشريع القصاص:

القصاص ليس إقراراً لعادات همجية، ولا إنفاء للأرواح البشرية، إنما هو الحق والمنطق والعرف السليم، بل هو الحياة المستقرة المطمئنة.

قال جل وعلا: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (البقرة 179).

— فهو حياة بطريق الزجر، لأن من تسول له نفسه الاعتداء، إذا علم أنه إذا قتل قُتل، وإذا جرح جُرح، وإذا قطع قُطع، ففكر آلاف المرات في عواقب اعتدائه فإن اهتدى إلى الطريق الأسلم ففي ذلك إحياء لنفسه وللجماعة كلها.

— وهو حياة بطريق دفع سبب الهلاك، فالقاتل يخشى أولياء القتيل، وقد يقصد إنفاءهم دفعا لخوفه، وهم يسعون لقتله شفاء لصدورهم⁽²⁾، فمكّنهم الشارع منه إحياء لنفوس المجموع.

— هو حياة بطريق تحصيل السلام، والأمن والاستقرار النفسي، بإزالة الضغائن والأحقاد وإحلال المحبة والوئام بدل الخصام، فلا أحد ينكر ما في نفوس الأولياء من حقد وغل اتجاه القاتل أو القاطع، ومهما تهذبت النفوس، وتتقفت الطبائع، يبقى في هذا الكائن روح الرغبة في الانتقام بيده، فإن مكّن من ذلك هدأت روحه وسكنت كوامن الشر والاعتداء داخله، وحلت الرحمة، بل إن ذلك قد يغريه في العفو تحصيلاً للتوبة العظيمة التي وعد الله بها العافين.

قال ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى، الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ، وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى، فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ، فَمَنْ اعْتَدَى بِغَدٍّ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (البقرة 178).

فالقصاص تشريع لو لم يقره الشارع لاستدعاه المنطق السليم، ولتوصل إليه العقل القويم، لأنه عنوان النظام، بالحمل على احترام الأحكام، صيانة للدماء والأرواح، وإقراراً للعدل، الطمأنينة، والسلام.

(1) أبو زهرة، العقوبة، (335).

(2) المرجع نفسه، (339 ...). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (549/1).

د. حالات وجوب القصاص:

يجب القصاص فيما تمكن فيه المماثلة في المحلين في المنافع والفعلين، ويتحقق ذلك في صورتين: الجناية عمدا على النفس ثم الجناية عمدا على ما دون النفس.

الصورة الأولى: الجناية على النفس، وهو ما اصطلح عليه بالقتل العمد.

والقتل العمد: «فعل من العباد تزول به الحياة» (1).

قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ (الأنعام

151) وقال ﷺ: «أكبر الكبائر الإشراف بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، وقول الزور، أو قال: وشهادة الزور» (2).

وكونه محرما أوجب فيه الشارع إزهاق روح الجاني، قال جل شأنه: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ أَنَّهُ كَانَ مَنصُورًا﴾ (الإسراء 33) وقال عز وجل: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ، وَالْأُذْنَ بِالْأُذُنِ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (المائدة 45)

وقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ (البقرة 178) وقال ﷺ: «من قتل عمدا دفع إلى أولياء القتيل إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية» (3) وقال ﷺ: «من قتل له قتيلا فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد» (4).

ويعتبر القصاص في القتل العمد إهدارا نسبيا لأنه من حق ولي الدم وحده (5)، فيكون القاتل معصوما بالنسبة لغيره، الذين إن اعتدوا عليه، كانوا جناة مستحقين القصاص، هذا فضلا عن أنه بالنسبة لاستيفائه يستثنى من الأصل العام في إقامة الحدود، التي يتولاها ولي الأمر، فهو بالنسبة للقتل العمد من تنفيذ ولي الدم إن كان قادرا على استيفائه، محسنا له، كل ذلك على عين من السلطة

(1) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط4، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، (6/02).

(2) أخرجه: البخاري، كتاب: الديات، باب: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا﴾، قال ابن عباس: من حرّم قتلها إلا بالحق، (9/05)، عن أنس بن مالك.

(3) أخرجه: ابن ماجه، كتاب: الديات، باب: من قتل عمدا فرفضوا الدية، (2/877). وبلغظ قريب، أبو داود، كتاب الديات، باب ولي الحمد يرضى بالدية، (2/481)، كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(4) الحديث عن أبي هريرة. أخرجه البخاري، في كتاب: الديات، باب من قتل له قتيلا فهو بخير النظرين، (9/8).

(5) ابن قدامة، المغني، (8/690). الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، (6/7). الشيرازي، المهذب، (2/183). القرافي، الذخيرة، (12/346).

المختصة، فهي القائمة على احترامه، الناهضة بإقامته، وليس لأحد أن يقتص من أحد دون السلطان من خلال الهيئة المنفذة للأحكام⁽¹⁾.

الصورة الثانية: الحناية على ما دون النفس

وهي الاعتداء على بدن الإنسان من غير إزهاق روحه، وهي أربعة أنواع:

- (1) قطع الأطراف وما جرى مجراها، كاليد، الرجل، الأنف، اللسان، الأسنان، الأذن ...
 - (2) إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها، كذهاب البصر، أو السمع، أو الشم، أو الكلام أو المشي ... ويلحق بها إذهاب العقل، وفي كل ذلك لا يجب القصاص لتعذر المماثلة.
 - (3) الشجاج: وهي الجراحات في الرأس والوجه وهي أنواع⁽²⁾
 - (4) الجراح: ما يقع في سائر البدن وهي نوعان:
جائفة: وهي التي تصل إلى الجوف، كالصدر، والظهر، البطن، الجنب.
غير جائفة: وهي خلاف ما ذكر.
- والجراح بنوعيه لا قصاص فيها، لانعدام المماثلة، أما إن مات المجروح بسبب جراحه، وجب القصاص لأن جراحه بعد موته أصبحت كالنفس⁽³⁾.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (245/2). أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، ط5 (القاهرة: دار الشروق، 1409هـ - 1989م) (162).

(2) هذه الأنواع يمكن تلخيصها فيما يلي:

- الخارصة: وهي التي تخرص الجلد، أي تشقه، ولكنها لا تدميه.
 - الدامعة: تظهر الدم ولا تسيله، كالدمع في المقلة.
 - الدامية: وهي التي تسيل الدم.
 - الباضعة: وهي التي تبضع الجلد، أي تقطعه وتشقه.
 - المتلاحمة: وهي التي تقطع اللحم، وسميت باعتبار ما تؤول إليه، لأن اللحم إذا تلاعم وتلاصق التحم.
 - السمحاق: وهي التي تقطع الجلد واللحم، حتى تصل إلى الجلدة الرقيقة بين اللحم وعظم الرأس.
 - الموضحة: وهي التي توضح اللحم حتى يبدو ويظهر.
 - الهاشمة: وهي التي تهشم العظم أي تكسره.
 - المنقلة: هي التي تنقل العظم بعد كسره فتحوّله عن موضعه.
 - الأمة: هي التي تصل إلى أم الدماغ، أي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ.
 - الدامغة: وهي التي تخرق غشاء الدماغ، فتخرجه ولا يبقى الشخص حيا بعدها في الغالب.
- أنظر: أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، (133 ...). عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، (415/5-416).

(3) المصدران نفسهما: (137)، (416/5).

ويجب في جرائم الاعتداء على ما دون النفس: القصاص أو الدية⁽¹⁾ أو الأرش⁽²⁾ وما يعيننا هنا هو بيان العقوبة الأصلية وهي القصاص، والتي دلّ عليها: الكتاب، السنة، الإجماع، القياس.

● أما من القرآن فقوله جلّ وعلا: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ، وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ (المائدة 45) وقال: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ (النحل 126) وقال: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ (البقرة 194) فهذه الآيات توجب المماثلة في ردّ العدوان من غير زيادة.

● وأما السنة: فقد كسرت الرُّبُيع (تر 23)، وهي عمة أنس بن مالك (تر 5) تشبة جارية من الأنصار، فطلب القوم القصاص، فأتوا النبي ﷺ فأمر به، فقال أنس بن النضير (تر 6)، عم أنس بن مالك: لا والله لا تكسر ثيبتها يا رسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام: «يا أنس، كتاب الله القصاص» فرضي القوم، وعفوا، فقال عليه ﷺ: «إِنْ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللَّهِ لِأَبْرَةٍ»⁽³⁾.

● أما الإجماع: قال ابن قدامة: «أجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن»⁽⁴⁾ وقال: «أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الأطراف»⁽⁵⁾.

والخلاصة: أن من أتى فعلاً يوجب قصاصاً يعتبر مهتراً فيما وجب عليه، فإن ارتكب جناية دونها فهو مباح بالنسبة لما أحدثه مما يماثله، وهو في ذلك كله مهتر بالنسبة للمجني عليه أو وليه. ولئن كان استيفاء القصاص في القتل ممكناً من وليّ الدم بالاتفاق، فإن تولّيه بالنسبة للمجني عليه أو وليه محل خلاف.

— فقال المالكية⁽⁶⁾، والشافعية على الأرجح⁽⁷⁾ ووجه عند الحنابلة⁽⁸⁾، أن ليس لهم استيفاء خوفاً من التشفي الذي قد يدفع إلى المبالغة.

(1) الدية: المال الواجب في إتلاف نفوس الأدميين، محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، (212).

المنأوي، التوقيف على مهمات التعاريف، (345).

(2) الأرش: راجع في تعريفه هامش (4) من هذه الرسالة.

(3) أخرجه: البخاري، كتاب: الصلح، باب: الصلح في الدية، (23/4)، عن أنس بن مالك.

(4) ابن قدامة، المغني، (703/7).

(5) المصدر نفسه، (707/7).

(6) الحطاب، مواهب الجليل، (253/6).

(7) أنظر: الرملي، نهاية المحتاج، (302/7). الشربيني، مغني المحتاج، (42/4). الشيرازي، المذهب، (183/2).

(8) ابن قدامة، المغني، (704/7).

— وقال الأحناف⁽¹⁾، وهو وجه آخر عند الحنابلة⁽²⁾: له أن يستوفيه كسائر الحقوق إن كان يحسنه، وإلاّ وكلّ إلى غيره.

والرأي الأول أولى بالاتباع لعدم إمكانه في زماننا، إذ تتولى السلطة القضائية تنفيذ الأحكام الجزائية فلم يعد هناك مجال لتنفيذ الأفراد، والممكن أن يكون على أعين المجني عليهم.

هـ. القصاص بين الشريعة والقانون:

شرع المولى عزّ وجلّ القصاص لتكون العقوبة من جنس الفعل الآثم: قتلا أو قطعا، أو جرحا وليتوقع المجرم عند اعتدائه أنه مأخوذ بذات فعله، فيرتدع، فكانت بذلك المساواة هي عنوان العقوبة. ولقد أجمع الفقهاء على القصاص فيما دون النفس، ولكنه يكون في دائرة الإمكان والمماثلة، وفي ذلك تضيق في التطبيق إلى أبعد الحدود.

والقصاص ليس خروجاً عن المدنية والحضارة، ولا هو قسوة وشدة في غير موضعها، ولا إكثار من المشوّهين، ولا تضيقاً لقوى المجتمع، إنما هو العدالة بعينها، والردّع الذي يمنع الإقدام⁽³⁾. أما المشرّع الجزائي، فقد جافى الواقع، وطبائع النفوس، فهو لا يأخذ بالقصاص منهجا، بل يجعل العقوبة الأصلية بالنسبة للقتل العمد هي السجن، ولكنه يحاول التشديد في أحوال خاصة، نعني بذلك: القتل العمد، المقترن بظروف مشدّدة، فتكون العقوبة هي الإعدام، ليقارب بذلك منهج شريعتنا. والمقصود بالظروف المشدّدة: اقتران واقعة القتل بوقائع تجعل الجريمة أشدّ جساماً، وأبلغ ترويعاً، وهي في التشريع الجزائي:

— إما أن تكون متعلّقة بالركن المادي: كالترصد⁽⁴⁾، القتل بالتسميم⁽⁵⁾، استخدام وسائل التعذيب الوحشية⁽⁶⁾، والاقتران بجناية أخرى⁽⁷⁾.

— وإما أن تكون متعلّقة بالركن المعنوي: كسبق الإصرار⁽⁸⁾، وارتباط القتل بجنحة⁽⁹⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، (246/7).

(2) ابن قدامة، المغني، (704/7).

(3) أبو زهرة، العقوبة، (380 ...) بتصرف.

راجع: السرقة بين الشريعة والقانون: ص من الرسالة.

(4) تنص المادة: (01/261) عقوبات على: 'يعاقب بالإعدام كلّ من ارتكب جريمة القتل، أو قتل الأصول، أو التسميم'. ثمّ

إنّ المادة: (255) خاصّة في نصّها الفرنسي الذي جاء أضبط من النصّ العربي تصف القتل المقترن بسبق الإصرار أو

الترصد: اغتياًلاً، فقد جاء فيها: 'ارتكاب القتل مقترنا بسبق الإصرار أو الترصد، يعتبر اغتياًلاً'.

(5) راجع المادة السابقة: (01/261).

(6) المادة: (262) خاصّة في نصّها الفرنسي، فقد جاءت أضبط.

(7) المادة: (01/263).

(8) المادتين السابقتين: (01/261)، (255).

(9) المادة: (02/263).

— وإما أن ترتبط بمحل الجريمة، وهو المجني عليه: كأن يكون من أصول الجاني⁽¹⁾ أو فروعه⁽²⁾.
أما في الأحوال العادية للقتل، أو ما يسمّى بالصورة البسيطة، فيجعل العقوبة هي السجن المؤبد⁽³⁾ مع ما يمكن أن يستفيد به الجاني من أعمار مخففة، فتنضّاء هذه العقوبة⁽⁴⁾.
— وإذا عدنا إلى الاعتداء الذي يقع على ما دون النفس، نجد المشرع الجزائي خصّه بعقوبات متفاوتة حسب خطورة الجرم عملاً بما جرّم عليه التشريعات من تصنيف جرائم الإيذاء العمدي إلى ثلاثة أصناف:

1. إيذاء عمدي يعاقب عليه بعقوبة المخالفة، بحيث لا تتعدّى العقوبة الحبس شهرين، وذلك كلّما كانت نتيجة الجرم بسيطة، ويتحقّق ذلك متى أدّى الاعتداء إلى عجز دون الخمسة عشر يوماً⁽⁵⁾، وبشرط أن لا يتوافر ظرف مشدّد⁽⁶⁾.
2. إيذاء عمدي يعاقب عليه بعقوبة الجنحة، كلّما كانت النتيجة متوسطة الجسامّة، فتتراوح عقوباتها ما بين السجن شهراً إلى عشر سنوات. يتحقّق ذلك متى أدّى الإيذاء إلى عجز عن العمل لمدة لا تتجاوز الخمسة عشر يوماً، ولكن مع وجود ظرف مشدّد متمثلاً في سبق الإصرار والترصدّ، أو حمل سلاح⁽⁷⁾، أو أدّى الإيذاء إلى مرض أو عجز كلّ من العمل لمدة تتجاوز الخمسة عشر يوماً⁽⁸⁾.
3. إيذاء يعاقب عليه بعقوبة الجنائية، متى وجد ظرف مشدّد، كإيذاء لأحد الأبوين، أو الأصول أو وجد سبق الإصرار أو الترصد، أو كانت نتيجة الإيذاء جسيمة، كعاهة مستديمة، أو كسر عضو، أو ذهاب منفعة... أو إفضاء إلى موت، وتتراوح العقوبة من السجن خمس سنوات كحد أدنى إلى السجن المؤبد⁽⁹⁾.

(1) المادة: (02/261).

(2) المادة: (04/272).

وانظر لمزيد بيان: إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائي جنائي خاص، في الجرائم ضد الأشخاص، والأخلاق، والأموال، وأمن الدولة (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1983م) (29...).

(3) المادة: (263) عقوبات.

(4) على سبيل المثال، المادة: (02/261).

وانظر لمزيد بيان: إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائي جنائي خاص، (28...). ص 44 ما بعدها.

(5) أنظر المادتين: (01/442، 447).

(6) والذي نصّت عليه المادة: (266).

(7) المادة: (266).

(8) المواد: (264-1، 268، 269، 270، 01/172، 01/275، 276).

(9) المواد: (264-3، 265، 267، 271، 272-2، 273-4، 275-5، 276-2، 277-3، 278-4).

والخلاصة: مهما تكن هذه العقوبات فإنها لن تصل إلى تحقيق المساواة، والعدل الذين جاء بهما الإسلام، كما أنها لن تحقق الردع، والزجر، ما دام السجن ملاذا لكلّ جان!.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ملهيذا :

قد يبدو ومن الوهلة الأولى أن ما يشملهُ العنوان جمع بين متناقضين، إذ كيف يمكن أن نقول بإباحة ما يمكن أن يشكّل مساساً بشرف الإنسان؟.

إن حلّ هذا التناقض يتضح لنا من خلال ما سوف نتناوله من عناصر في هذا المطلب، والتي تظهر في فرعين اثنين هما :

الفرع الأول : ويتعلق بتحديد مدلول القذف الذي يكون محل إباحة.

الفرع الثاني : ونتناول من خلاله نموذجين هامّين من القذف المباح.

الفرع الأول : مفهوم القذف المباح (الطعن).

بيانه من خلال بندين : أحدهما: في تعريف القذف المباح، والثاني: في مجال الإباحة أو نطاقها.

البند الأول : تعريف القذف المباح (الطعن).

أولاً : لغة.

القذف: مصدر قذف، يقال: "قذف بالشّيء، قذفاً، فانقذف: رمى، والقذف بالحجارة الرمي بها، وقذفه به: أصابه⁽¹⁾، واستعير القذف للسب والشتّم بالعيب، فقذف المحصنة سبها⁽²⁾.

الطعن: الوخز، طعنه بلسانه: وخزه، وطعن فيه أو عليه بالكلام: عابه، ومنه الطعن في العرض أو الحكم، والتطاعن من التفاعل والافتعال الذي لا يكاد يكون بالاشتراك من فاعلين مثل التخاصم والاختصاص⁽³⁾.

ثانياً : القذف اصطلاحاً.

1 - شرعاً :

عرفه ابن عرفة (تر52) بقوله: «القذف الأعم، نسبة آدمي غيره لزناء، أو قطع نسب مسلم، والأخص لإيجاب الحد: نسبة آدمي، مكلف غيره، حرّاً عفيفاً مسلماً بالغاً، أو صغيرة تطبق الوطء لزناء، أو قطع نسب مسلم»⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، (5/3560)، مادة: قذف، الفيومي، المصباح المنير، (678).

(2) أبو البقاء، الكليات، (481). المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، (577).

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (288). وانظر: الزيلعي، تبين الحقائق، (199). الرملي، نهاية المحتاج، (7/435). ابن قدامة، المغني، (215/8).

(4) انظر: ابن منظور، لسان العرب، (4/2696)، مادة: طعن. محمد رواس قلعة جي وحامد صادق فتشبيبي، معجم لغة الفقهاء، (291).

والملاحظ من التعريف الذي سقناه، أن الفقهاء يقصرون القذف الموجب للحد⁽¹⁾، على ما كان رميا بزنا أو نفي نسب، فإن كان الرمي بخلاف ذلك، أوجب التعزير⁽²⁾.

2 - القذف قانونا :

- هو: « إسناد علني عمدي أو ادعاء بواقعه محدّدة تستوجب عقاب أو احتقار من أسندت إليه »⁽³⁾.
لذلك: « يعدّ قاذفا: كل من أسند إلى غيره واقعة محدّدة ماسة بالشرف أو الاعتبار »⁽⁴⁾.
• فالإسناد: نسبة أمر أو واقعة إلى شخص معيّن قولاً أو كتابة أو حتّى إشارة أو توكيدا أو على سبيل التشكيك.
• الشرف: مجموعة الصفات الأدبية للفرد من استقامة وصدق وأمانة... والتي تحدّد مدى تقديره في بيئته.
• الاعتبار: الصفات العقلية والمعنوية، وهي فكرة نسبية تتباين بين الأفراد، طبقاً لمراكزهم الاجتماعية، فما يمسّ وزيراً يختلف عمّا يمسّ إنساناً بسيطاً⁽⁵⁾.
وقد اهتمت مختلف التشريعات بالنص صراحة على هذه الجريمة، نظراً لما لها من أثر في حياة الفرد والمجتمع، وقد نظم المشرّع الجزائري أحكامها في القسم الخامس من قانون العقوبات، تحت عنوان: "الإعتداء على شرف واعتبار الأشخاص وإفشاء الأسرار"⁽⁶⁾.
هذا فضلاً عن أنه نص عليه في أسما قوانينه وذلك في المادة: (39) من الدستور والتي جاء فيها: « لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون ».

(1) هذا الحدّ مقدّر بثمانين جلدة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ (النور: 04).

(2) فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية، (93).

(3) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ط2، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1990)، (98). وانظر المادة: (296) عقوبات جزائي.

(4) أمال عبد الرحيم عثمان "جريمة القذف دراسة مقارنة في القانون المصري المقارن بالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي"، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة: العدد الثالث، (السنة: 38 سبتمبر 1968م)، (739).

(5) المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(6) انظر المواد: (296-300) عقوبات جزائي. (302) عقوبات مصري. (346) عقوبات سوداني. (438-439) عقوبات ليبي. (387) عقوبات لبناني. (377) عقوبات سوري. نقلاً عن محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (136).

(الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1996)، (766...). محمد نوري كاظم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (بغداد: دار الحرية للطباعة، 1397هـ - 1977م)، (173).

كذلك المادة: (63) منه ونصها « يمارس كل واحد جميع حرياته في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور لاسيما، احترام الحق في الشرف وستر الحياة الخاصة وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة ».

فهذا الفعل إذن محل تجريم، فيكون الأصل العام أن جريمة القذف تتحقق بتوافر أركانها⁽¹⁾. ومع ذلك فإن هذه القوانين نفسها تخرج عن أصلها المقرر وتستثني حالات معينة تتوفر فيها جريمة القذف، فتخرجها عن نطاق التجريم، وهذا عين ما اصطلح على تسميته بالقذف المباح، كتطبيق لاستعمال الحق في حالات تتباين التشريعات نفسها في تحديد نطاقها.

النتيجة :

- القذف في الاصطلاح القانوني أعم من مصطلح القذف في الفقه الإسلامي، فالأخير يقصره على الرمي بالزنا ونفي النسب فينشدد في عقوبة القاذف، ردعا، وزجرا، فإن رمى غيره بخلاف الزنا، سبا، أو شتما، أو إيذاء وجب تعزيره بما يناسب مقالته.

أما القانونيون فيتوسعون في مدلول القذف ويجعلونه شاملا لكل عبارة تنسب من خلالها واقعة تعتبر جريمة لو ثبتت في حق من نسبت له، أو توجب احتقاره، ثم يخصّون العقوبة بالحبس والغرامة.

- لا مجال للقول بإباحة القذف وفق الاصطلاح الشرعي الدقيق، فهو جريمة موجبة للحد، أما ما كان دون القذف: ذما، شتما، وتجريحا، فهي وإن كانت منهي عنها، إلا أنها قد تباح استثناء متى ترجح جانب نفعها عن ضررها، وهذا ما سوف نلاحظه من خلال تحديد مجال الإباحة. لذلك يكون المصطلح الأضبط شرعا هو الطعن بدل القذف.

(1) وهي: الإسناد: بنسبة واقعة أو أمر من شأنه لو صحّ أن يوجب عقاب من أسند إليه أو احتقاره.

- العلانية: إذ يتحقق حينئذ التشهير الذي يهبط بالمكانة الاجتماعية للشخص. انظر على سبيل المثال المادة: (296) عقوبات جزائري التي حدّدت بعض صور العلانية: القول، الصباح، الفعل، الإيحاء، الكتابة...

- القصد الجنائي: بعلم القاذف بعناصر الجريمة وانصراف إرادته إليها تنفيذا للفعل ونتيجته. انظر: محمد صبحي نغم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، (99...). فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1996م)، (766...). محمد نوري كاظم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (بغداد دار الحرية للطباعة، 1397هـ - 11997م)، (173).

ثالثاً : تعريف الطعن.

وهو ما اصطلح عليه القانونيون بالقذف المباح. من خلال ما تقدم، يمكن أن نستنتج تعريفاً بسيطاً يجمع بين النظريتين، الشرعية، والقانونية فهو: الظرف الذي نصّ عليه المشرع نافياً الصفة الإجرامية عن واقعة اشتملت إسناداً علنياً بأمر يوجب عقاب، أو احتقار من أسندت إليه. وينبغي الإشارة، أن ثمة بعض المصطلحات، تتقارب مع الطعن مدلولاً، ولكنها تختلف عنه فمن ذلك:

- السبّ : إسناد أمر يتضمّن، خدشاً للشرف، أو الاعتبار، دون تحديد لواقعة معيّنة فالفرق بينهما يكمن في تحديد الواقعة.
- الإهانة : لفظ عام يشمل كل ما من شأنه المساس بالشرف أو الكرامة، وهي كلّ قول، أو فعل يحكم العرف بأن فيه ازدراء أو خطأ من الكرامة، في أعين الناس، وإن لم يشمل سباً أو قذفاً⁽¹⁾.
- النقد المباح: « إبداء الرأي في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر، أو العمل، بغية التشهير، أو الحط من كرامته»⁽²⁾.
- إذن فالفرقة تظهر في أنّ القذف يتضمّن مساساً بشرف الإنسان، أو اعتباره، في حين أن النقد يتناول واقعة دون المساس بالشخص⁽³⁾.

البند الثاني : مجال الإباحة (نطاقها).**أولاً : في الشريعة الإسلامية.**

أوضحنا فيما سبق أنّ الشريعة الإسلامية تمنع هتك عرض المسلم، بما يعود على شرفه وسمعته بالضرر، قذفاً، أو سباً، أو خطأ من شأنه، ولكن فقهاءنا استثنوا حالات خاصّة، يجوز فيها تناول عرض المسلم وذلك لما يحقّقه من نفع وصلاح على الفرد نفسه، أو مجموع الأمة، وقد ضبطوها ضبطاً دقيقاً، فيما اصطلحوا عليه بالغيبة المباحة، أو مستثنيات الغيبة.

(1) حسن عماد مكاوي، أخلاقيات العمل الإعلامي، دراسة مقارنة، (القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، 1994م)، (251).

(2) محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1992م)، (41). محسن فؤاد فرج، جرائم الفكر والرأي والنشر، ط2، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1993م)، (407).

(3) انظر: المصدران نفسهما بنفس الموضعين. آمال عبد الرحيم عثمان، "جريمة القذف دراسة مقارنة"، (833...).

(1) - تعريف الغيبة.

أ - لغة : الغيبة بكسر الغين، أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يغمّه لو سمعه، فإن كان صدق اسمي غيبة، وإن كان كذبا سمّي بهتاناً⁽¹⁾.

ب - شرعا: أن تذكر أخاك بما يكره لو بلغه⁽²⁾، وهذا الكلام مأخوذ من سنّته ﷺ، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « أتدرون ما الغيبة؟ » ، قالوا: الله ورسوله أعلم، قال: « ذكرك أخاك بما يكره »، قيل: أفرأيت إن كان في أخي ما أقول، قال: « إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته، وإن لم يكن، فقد بهته »⁽³⁾.

(2) - مستثنياتها :

يعتبر تحريم الغيبة من أعظم وسائل المحافظة على شرف الإنسان واعتباره، تضافرت الأدلة من الكتاب والسنة على تحريمها⁽⁴⁾، وقد استثنى الفقهاء مما يدخل في مسمّاها حالات ست هي: التظلم، الاستعانة على تغيير منكر، طلب الفتيا، التحذير ممّن يظنّ صلاحه، ذكر الرجل بما يعرفه للغير، المجاهر بفسقه.

- فالتظلم، عند من له قدرة على رفع الظلم أو تخفيفه، دليله: قول هند زوج أبي سفيان للرسول

ﷺ شكاية بزواجها: إن أبا سفيان رجل شحيح ليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلّا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال رسول ﷺ « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »⁽⁵⁾.
وهذا النوع يمكن أن ينصرف في زماننا إلى ما يعرف بمخاطبة السلطات العامة، أو الحق في الشكوى، ورفع الظلامة إلى القضاء استيفاء للحقوق.

(1) ابن منظور، لسان العرب، 3323/5، مادة: غيب.

(2) الغزالي، إحياء علوم الدين، 143/3.

(3) أخرجه: مسلم، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تحريم الغيبة، (2001/4).

(4) الغزالي، إحياء علوم الدين، (141/3...). الصنعاني (محمد بن إسماعيل)، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام

لابن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد الدالي بلطة، (بيروت: المكتبة العصرية، 1412هـ - 1992م)، (337/4).

(5) أخرجه: البخاري، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، (117/7). مسلم،

كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، (1338/3). كلاهما عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها واللفظ للبخاري.

قال سيد قطب: « إن الإسلام يحمي سمعة الناس ما لم يظلموا، فإذا ظلموا لم يستحقوا هذه الحماية، و أذن للمظلوم أن يجهر بكلمة السوء في ظالمه »⁽¹⁾.

- الاستعانة على تغيير منكر واقع ممن لم يجاهر بمعصية، بشرط أن ينقذ في ذهن المستعين، قدرة من يستعان به على إزالة المنكر.

إن هذا المسلك يمكن أن يقع بين العوام فيما بينهم، أو بياناً لمنكر واقع من ذوي الشأن والسلطان، كما هو الحال في زماننا بالنسبة لنواب البرلمان، وأصحاب الوظائف العامة، فيستعان على بيان ما يرتكبونه من تجاوزات، تجاه وظائفهم.

- التحذير ممن يظن صلاحه، إذا كان مستورا، خشية الإغترار به، وتنبهها إلى عواقب التعلم

معه.

قال ﷺ لما استؤذن عنده لعبيبة بن حصين (تر 59): « بنس أخو العشيرة »⁽²⁾.

قال صاحب التحرير والتنوير: «.. ليحذره من سمعه إذا كان عبيبة يومئذ منحرفا عن الإسلام»⁽³⁾.

وقد يتعلق ذلك بذوي الشأن من أهل الجاه، أو ممن يتقلدون مسؤوليات، ومناصب ذات أثر على مصالح الغير، كالأطباء، والمهندسين، والقضاة، والولاة، والوزراء...

قال النووي: «... ومنها أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها، لعدم أهليته أو لفسقه، فيذكره لمن له عليه ولاية، ليتسدل به على حاله، فلا يغتر به، ويلزم الإستقامة»⁽⁴⁾.

أو كشاهد يتعلق بشهادته حقوق الناس، أو خاطب قد لا يكون كفوا لمن تقدم لها.

- طلب الفتيا إذا تعينت سبيلا إلى التوصل لمعرفة الحلال، والحرام، وكان من اللازم ذكر ما وقع، وإن كان في ذلك ما يسيء إلى المذكور، كما حدث في قصة هند زوج أبي سفيان التي وصفته بالشحيح.

(1) سيد قطب، في ظلال القرآن، ط3، (بيروت: دار التراث العربي، 1961م)، (11-10/2). القسم: 06.

(2) أخرجه: البخاري، كتاب: الأدب، باب: ما يجوز من اغتيال أهل الفساد والريب، (30/8) وباب: المداراة مع الناس، (57/8) وباب: لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم. فاحشا ولا متفحشا، (33/8). مسلم، كتاب: البر الصلة، باب: مداراة من يتقي فحشه، (2002/4). كلاهما عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، واللفظ للبخاري.

(3) محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، (تونس: الدار التونسية للكتاب، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984م)، (256/26). وانظر: ابن حنبل، (أحمد بن علي)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (بيروت: دار المعرفة)، (52/10). (472/10).

(4) ابن حجر، فتح الباري، (472/10). النووي (عبي الدين يحيى بن شرف)، شرح النووي على صحيح مسلم، تحقيق عصام الصباطي وآخرون، ط1، (القاهرة: دار الحديث، 1415هـ - 1994م)، (143/10). العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، (1/97). الغزالي، إحياء علوم الدين، (152/3).

- ذكر الرجل بما يعرفه للغير إذا كان ذلك من لوازم التعريف به، كأن ينطوي على عيب، كالأعرج، والأفعر، والأحدب، شريطة أن لا يقصد اغتيابه وأن لا يؤذيه في نفسه.

وقد بين القرطبي أن ضابط ذلك كله أن: «كل ما يكرهه الإنسان إذا نودي به فلا يجوز، لأجل الأذية»⁽¹⁾.

- المجاهر بفسقه، وفجوره، يهتك عرضه، ليحذره الناس⁽²⁾. فعن أنس بن مالك قال:

قال ﷺ: «من ألقى جلباب الحياء فلا غيبة له»⁽³⁾.

قال ابن العربي: «إذا كان الرجل مجاهرا بالظلم، دعي عليه جهرا، ولم يكن له عرض محترم»⁽⁴⁾. وفي زماننا قد يكون الإعلام عموما، والصحافة خصوصا، مجالا هاما، ومفيدا لكشف واقع هؤلاء.

وخلاصة لما ذكرنا من حالات للغيبة المباحة يمكن تصنيفها إلى صنفين رئيسيين:

- أحدهما: ما لم يصاحبه قصد الاغتياب، ويشمل التعريف بالشخص.
- الثاني: ما كان في أصله غيبة، ولكن روعي فيه مقصد الشارع في رفع ضرر أكبر من الضرر الواقع على المغتاب، حيث يكون شعاره: الاستعانة على تغيير المنكر، ويأخذ ذلك صورة: التظلم لذوي السلطان دفعا للظلم، كالوقوف أمام المحاكم، العمل على تغيير منكر واقع، بكشف غير المجاهرين بفسقهم، أو مستوري الحال، هتك عرض الفاجرين بما يمكن أن يتاح من وسائل بحسب الحال والزمان، وأخيرا طلب الحكم الشرعي متى تعينت الغيبة سيلا.

ثانيا : مجال الإباحة في القانون.

تتباين التشريعات في تحديد نطاق إباحة القذف بين موسع ومضيق، تبعا لسياسة كل دولة في إضفاء حرية القول والتعبير، سعيا للوصول إلى الحق ومن ثم تترك سجلا لبعض الجرائم بحسب الأصل، فتستثنيها من أصلها العام من ذلك:

(1) أحكام القرآن، (16/326...)، وانظر: الصنعاني، سبل السلام، (4/338). النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، (16/143). الغزالي، إحياء، (3/153).

(2) الصنعاني، سبل السلام، (4/338). النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، (16/143). ابن حجر، فتح الباري، (10/472).

(3) أخرجه: البيهقي (أحمد بن الحسين بن علي)، السنن الكبرى، (دار الفكر). كتاب: الشهادات، باب: الرجل من أهل الفقه نسأل عن الرجل من أهل البدع، فيقول: كفوا عن حديثه لأنه يغلط أو يحدث بما لا يسمع، أو أنه لا يبصر الفتيا. وقال معلقا عليه: "وهذا أيضا ليس بالقوي"، (10/210).

(4) أحكام القرآن، (1/213).

* الطعن في حق من يتولى عملاً عاماً، ويشمل: الموظف العام، المكلف بخدمة عامة، ذو الصفة النيابية⁽¹⁾.

* ساحات المحاكم، وما يقع فيها من سب وقذف بين الخصوم⁽²⁾.

* التعامل مع السلطات، تبليغا عن الجرائم وتقديما للشكاوي⁽³⁾، فرغم أن الإخبار قد ينطوي على قذف، لكن المشرع راعى مصلحة المجتمع في تعقب المجرمين إنزالاً للعقوبة بهم عملاً على ردعهم، ومنع كل من تسول له نفسه انتهاج خط سيرهم، وفي ذلك إحقاق للحق، وتمكين للطمأنينة والأمان.

* أداء الشهادة أمام المحاكم⁽⁴⁾، بما تنطوي عليه من وقائع، قد تعتبر من قبيل القذف ولكنها تحقق مصلحة القضاء، في حسن سير المحاكمة سعياً لتحصيل الحقوق، فهي أداء لواجب قانوني⁽⁵⁾.

النتيجة :

في الوقت الذي حددت فيه الشريعة الإباحة، وضبطتها في نطاق الحالات الضرورية، اللازمة، صيانة واحتراماً للأعراض قبل كل شيء، نجد هذا التطبيق عبارة عن نصوص عدة في نظام قانوني لم يجمع شتاته، مما يجعل التشريعات تتباين في إباحة تضيقاً وتوسيعاً.

الفرع الثاني : نموذجان تطبيقيان.

تبيننا عند تحديد مجال القذف، أنه يتناول صور عدة، لذلك أرتأينا اختيار نموذجين يكونان أكثر أهمية اجتماعياً وواقعياً، محاولين ضبط ممارستهما تحصيلاً لأحسن الأداءات، وقد وقع الاختيار على مايلي :

- الطعن في حق صفة العامة.

- الدفاع أمام المحاكم.

(1) على اختلاف بين القوانين في مدلول لفظ من يتولى عملاً عاماً. انظر (216-217) من الرسالة.

(2) انظر : البند الثاني من الفرع الثاني من هذا المطلب (258...) من الرسالة.

(3) انظر المادة: (91) عقوبات جزائري. المادة: (304) عقوبات مصري.

(4) انظر المادة: (89) إجراءات جزائية جزائري. (301) عقوبات جزائري.

(5) انظر: عماد عبد الحميد التجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية، 1985م). (420...). فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (787...). رمسيس بهنام، الجرائم المضرة بأحد الناس، (الإسكندرية: دار المعارف). (367...). حسن صادق المرصافي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (424...).

البند الأول : الطعن في حق ذي الصفة العامة.

يعتبر الطعن في حق من توافرت فيه صفة خاصة متمثلة في ممارسة نشاط مهني له ارتباط بخدمه مرفق عام تديره الدولة، خدمة لمصالح المواطنين -يعتبر- من أهم التطبيقات، وذلك لشيوعه، واتفق النظم على اختلافها في الأخذ به، ولكنه مع ذلك يثير خلافا في جملة مسائل، خاصة في تحديد من يشملهم الوصف، وفي بعض شروط الإباحة، وفيما يلي بيان ذلك.

أولا : المقصود بذي الصفة العامة.

تجدر الإشارة منذ البداية أن تحديد المقصود بذي الصفة، مرتبط بعنصر لاحق، دأبنا على بيانه عند تناول شروط الإباحة، مع كل تطبيق من تطبيقات استعمال الحق، وهو الشرط الشكلي الذي يتعلّق بتحدّد صاحب الحق، ولكن لما كان الوصول إلى ضبط الشروط يستدعي منا أولا بيان المقصود بالحق الذي نتناوله، كان لزاما أن نحدّد من يشمل الوصف في هذا العنصر.

1 - ذو الصفة العامة في الشريعة الإسلامية :

يمتاز نظامنا الإسلامي في هذا التطبيق بالواقعية التوسّع، عملا على تحصيل مصلحة الأمة خيرا ونفعا، فكل فرد فيها مسؤول مسؤولية عينية عن مصالح المسلمين، كل بحسب موقعه، وقد يكون ذلك ضربا على يد الظالم زجرا له عن الإيذاء، خاصة إذا كان ظلمه مما يمسّ بمصالح الجماعة عملا على إحلال مبدأين هامّين في واقعنا العملي هما:

• واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

قال جلّ وعلا : ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾ (آل

عمران 110).

واجب إبداء النصيحة مصدقا لقوله ﷺ : «الدين النصيحة»، قلنا لمن؟ قال: «لله ولكتابه، ولرسوله، ولأئمة المسلمين وعامتهم» (1).

وتطبيقا لذلك يكون الأخذ على يد الظالم دفعا لفساده، بالتنبيه والتحذير، مطلباً أساسياً للاستثناء فيه لأحد، بل هو بالنسبة للحكام، وأصحاب الولايات، والمناصب العليا مما تستدعيه مطالب الحياة فيكونون في هذا الأمر «كأفراد الرعية لا قداسة لهم ولا امتياز» (2).

(1) أخرجه: مسلم عن ميم الداري، كتاب: الإيمان، باب: بيان أن الدين النصيحة، (74/1).

(2) أحمد هبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التحريم والعقاب، (56). وانظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (214/1...).

ويأتي القرآن الكريم مؤكدا هذه النظرة فيجعل السكوت، والتخاذل والرضا بالهوان ذنباً مستوجبا العقوبة في الدنيا والآخرة.

قال جل وعلا: ﴿إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ، قَالُوا فِيْمْ كُنْتُمْ، قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ، قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا، فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ (النساء 97).

ويؤكد الرسول ﷺ ذلك بقوله: «إِنَّ النَّاسَ إِذَا رَأَوْا الظَّالِمَ فَلَمْ يَأْخُذُوا عَلَى يَدِهِ أَوْشَكَ أَنْ يَعْمَهُمُ اللَّهُ بِعِقَابٍ» (1). وأول خطوات الأخذ على يد الظالم كشفه ليتقى ويتجنب.

قال النووي في معرض الحديث عن الغيبة المباحة: «ومنها أن يكون له ولاية لا يقوم بها عن وجهها، لعدم أهليته أو لفسقه، فيذكره لمن له عليه ولاية ليستدل به على حاله فلا يغتر به ويلزم الإستقامة» (2).

وقال ابن حجر: «... ويدخل فيه -الإغتياب المباح- تجريح الرواة والشهود، وإعلام من له ولاية عامة بسيره من هو تحت يده» (3).

وبذلك يكون كل من يتولى منصبا يرعى من خلاله شؤون ومصالح الجماعة أولى الناس بأن يذكر بما فيه من عيوب جبرا له على الاستقامة، وحسن إدارة شؤون الرعية وذلك المقصود بذي الصفة العامة.

2 - ذر الصفة العامة في القانون :

أجمعت القوانين العربية التي صرحت بإباحة الطعن في حق ذي الصفة العامة على أن الوصف يشمل الموظف العام، ولكنها اختلفت بعد ذلك فيمن يمثلون وظيفته من حيث أهميتها الاجتماعية⁽⁴⁾، فهل يكفي بالموظف العام أم يتعدى إلى غيره؟.

(1) أخرجه: أبو داود، كتاب: الملاحم، باب: الأمر والنهي، (436/2). الترمذي، أبواب: الفتن، باب: ما جاء في نزول العذاب إذا لم يغير المنكر، (316/3). ابن ماجه، كتاب: الفتن، باب: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، (1327/2)، كلهم عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه. واللفظ لأبي داود، وقال فيه الترمذي: «هذا حديث حسن».

(2) شرح النووي على صحيح مسلم، (143/10).

(3) فتح الباي، (472/10).

(4) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (143).

جوابا على هذا التساؤل أقول: إن الشراح لم يجدوا في تعبير الموظف العام كفاية لتحقيق الغاية التي أبيض القذف لأجلها، هذا عين ما استخلصه الدكتور محمود نجيب حسني، باستقراء نصوص القوانين المبيحة القذف، فرأى أن الإباحة تشمل كل من يؤدي عملا ذا أهمية اجتماعية ⁽¹⁾، ولذلك فإن مدلوله يشمل:

- الموظف العام: وهو « كل شخص يعهد إليه على وجه قانوني بأداء عمل في صورة من الاعتياد، والانتظام في مرفق عام، تديره الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إدارة مباشرة » ⁽²⁾.
- المكلف بخدمة عامة: « كل من يكلف بالقيام بعمل يخرج عن نطاق الوظيفة العامة، متى كان له صفة العمومية » ⁽³⁾، مثاله المترجم، المستخدم في عملية إحصاء السكان، فمثل هؤلاء تعهد لهم السلطات المختصة بأداء عمل مؤقت بمقابل أو دونه ⁽⁴⁾.
- فالمكلف بخدمة عامة يختلف عن الموظف العام في أن الأول علاقته بالدولة مؤقتة، ولكنهما يتفقان في مباشرة أعمال ذات أهمية اجتماعية خاصة للدولة، وقابلة لأن تكون محل نقد من طرف الأفراد ⁽⁵⁾.

- ذو الصفة النيابية: وهو عضو في مجلس ذو صفة تمثيلية منتخب، أو معين، يعبر عن إرادة مجموع المواطنين، أو جماعة منهم يناط بمهمة سياسية أو تشريعية أو تنفيذية ⁽⁶⁾، مثاله: عضو البرلمان الجزائري الذي يتكون من غرفتين هما: المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة، يتولى السلطة التشريعية في البلاد ⁽⁷⁾.

(1) المصدر السابق، (145-146).

(2) محمود نجيب حسني «القذف والسب في حق الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في قانون العقوبات الاتحادي للدولة الإمارات العربية المتحدة»، مجلة: الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة: العدد الثاني (السنة الأولى، يوليو 1993م)، (114). عماد عبد الحميد التجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (426). أمال عبد الرحيم عثمان "جريمة القذف دراسة مقارنة"، (796).

(3) محمود نجيب حسني "القذف والسب في حق الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة" (121-122).

(4) معوض عبد التواب، القذف والسب والبلاغ الكاذب وإفشاء الأسرار وشهادة الزور (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية)، (80).

(5) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (149-150).

(6) معوض عبد التواب، القذف والسب والبلاغ الكاذب وإفشاء الأسرار وشهادة الزور، (80). عبد الخالق النوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط2، (بيروت: دار الثقافة، 1974م). (153). عماد عبد الحميد التجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (426). محمد نوري كاظم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (176).

(7) انظر: أحكام الفصل الثاني من الدستور الجزائري والخاص بالسلطة التشريعية، ابتداء من المادة: (98).

النتيجة :

النظام الإسلامي، يعطي مدلولاً عاماً، وواسعاً لذي الصفة في ربطه بمن يتولى، رعاية شؤون الأمة، انطلاقاً من مسؤولها الأول، وهو الحاكم العام إلى أدنى موظف، يمكن أن يرتبط عمله برعاية مصالحها،

تاركاً مجال تحديد أفرادها إلى مجموع الأمة من خلال سلطاتها المنصبة لهذا الشأن، تعمل في إطار السياسة الشرعية، وذلك ما يجعل نظامنا الإسلامي مرناً، قابلاً للتطبيق، في كل زمان ومكان، متى بذلت عناية أكبر، تقنياً، وضبطاً، وفي هذا القدر تتفق مع القانون الوضعي، الذي أحسن، بتحديد من يشملهم الوصف، مع ما يؤخذ عليه من قلة الضبط، لعدم شموله، صاحب أعلى صفة تشريعية في البلاد، وهو رئيسها.

ثانياً : أساس إباحة الطعن في حق ذي الصفة.

1 - في الشريعة الإسلامية :

يعتبر الطعن في حق الموظف العام تطبيقاً عملياً لتحمل المسؤوليات، ومراعاة مصلحة الأمة إلى أبعد الحدود، فحق إبداء الرأي، والنقد موفور للجميع، بل إن شريعتنا تراه واجباً وأمانة لا مجرد حق، استناداً إلى مبدئين هامين هما عنوان الشخصية الإسلامية، إنهما: مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ثم النصيحة الواجبة.

* واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فيقول فيه عَلَّ، أمراً عباده بالتزام الدعوة إلى الله، توجيهها نصحاً وإرشاداً تحقيقاً للخير والنفع: ﴿ وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ (آل عمران 104).

إن هذا المبدأ يعتبر من أكثر الموضوعات ثراءً حول مضمونه وتطبيقه، وهو مظهر هام لحرية الرأي، توجيهها للمجتمع نحو الفضائل، وتجنباً للردائل، ويأتي على رأس ذلك كله النقد الموجه لأجهزة الدولة وعمالها، هؤلاء الذين نصبوا أنفسهم لخدمتها، فكانوا مطالبين بأحسن الأداءات، فإن زاغوا أو حادوا، كان من اللازم الإسراع إلى تلافي النقائص، بكشف ما وقع من خلل، سعياً إلى إصلاح الممكن، وإنزال الجزاء بالمسؤول عملاً على زجر الباقين، ثم إن في ذلك توجيه لتربية الفرد المسلم على قوة الشخصية، ونبذ الخوف من ولادة الأمور⁽¹⁾.

(1) عاصم عجيلة، حرية الفكر وترشيد الواقع الإسلامي، (الدوحة: دار الثقافة، 1991م)، (28). عبد الحميد التجار، دور حرية الرأي في الوحدة الفكرية بين المسلمين (الولايات المتحدة الأمريكية: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1992م)، (23).

* أما واجب النصيحة الموكلة للجميع، كل في موقعه، فقد قال ﷺ: «الدِّينُ النَّصِيحَةُ» قلنا لمن؟ قال: «لله ولكتابه، ولرسوله، ولأئمة المسلمين وعامتهم»⁽¹⁾.

ويعتبر هذا المبدأ فضاء واسعاً لحسن استغلال الكلمة، وتحمل مسؤولياتها، بمبادرات التوجيه والإرشاد، تنبيهها إلى موطن الزيف، وتوجيهها إلى مواقع البذل والعطاء.

وإذا كنا قد قررنا هاذين المبدأين العامين، نجد هذا التوجيه معارضاً لمقصد هام هو الحفاظ على

عرض المسلم، والذي يقول فيه ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه»⁽²⁾.

ثم تأتي مسالك النصوص الشرعية مجرمة كل أنواع التعدي على شرف المسلم، انطلاقاً من تحريم القذف بالزنا، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً، وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (النور 04)، إلى النهي عن الغيبة، والتجسس، والغمز، واللمز والتنايز بالألقاب، الذي فصله، قوله تعالى: ﴿وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ، وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْإِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ، وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ، يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ، وَلَا تَجَسَّسُوا، وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا، أُجِيبْ أَحَدَكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾ (الحجرات 11-12).

إننا لنجد أنفسنا حائزين في الموازنة بين هذه الواجبات، إذ قد يترتب على واجب النصيحة، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، تناول عرض المسلم، تصريحاً أو تلميحاً مباشرة أو بوسائل الإعلام: جرائد أو إذاعات... فهل يسقط هذا الواجب، وإن كان المقصد منه إبداء النصيحة، أو كشفاً لسلوكات غير مشروعة سعيًا إلى أحسن الأداءات؟.

فها هنا تعارضت مفسدتان :

- مفسدة السكوت عن الظلم الذي هو مدعاة لفسوّه والتمادي فيه، مما يؤدي إلى هلاك الأمة، وخراب أجهزتها⁽³⁾، لأن القائم على خدمة مصالحها، يقوم بأعمال ذات أهمية كبيرة، وانحرافه ينعكس بالضرر الكبير، فكان من اللازم صيانة الوظيفة من القصور، سعيًا للحصول على أحسن الأداءات، أن يكون ذو الصفة محاطاً بسياج من الرقابة الدائمة، التي تردعه عن الانحراف متى أحس أن أي خلل من جانبه يعرضه للوم والتقريع.

(1) سبق تخريجه. انظر (245) من الرسالة

(2) أخرجه: مسلم، عن أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب: البر والصلة والأدب، باب: تعزيم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، (1989/4).

(3) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (05/6). أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، (05/6).

- إن هذا ليقابل بمفسدة أخرى متمثلة في: أن كل ما تقدم يتناول عرض، وشرف، واعتبار القائم بعمل عام مما يشينه ويحط من قيمته.

يقول سيد قطب: « إن الإسلام يحمي سمعة الناس ما لم يظلموا، فإذا ظلموا لم يستحقوا هذه الحماية »⁽¹⁾.

لذلك كانت المفسدة الثانية هي أخف الضررين، فأجيزت للضرورة التي تقدّر بقدرها⁽²⁾، إذ المستقرّ فقها أنه يتحمل الضرر الخاصّ دفعا للضرر العام⁽³⁾، وإذ تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب أخفها⁽⁴⁾.

تلك إذن نظرة الإسلام الواقعية، توفيقا بين المفسد، والصالح المتضاربة، تغليباً للرّاجح منها، من غير إهدار للمرجوح كلّية، ولذلك قيّدنا هذا المسلك بالضروري من الأقوال.

2 - أساس إباحة الطعن في القانون :

إن الأساس الذي تبنى عليه إباحة الجرائم الاعتبارية على اختلافها، ترجع إلى الموازنة بين المصالح وترجيح الغالبة منها، ألا وهي مصلحة المجتمع، يتجلى ذلك بوضوح في تلك الغاية السامية التي يحققها الطعن، فهو صورة واضحة لتمكين المواطنين من الإطلاع على أعمال القائمين على خدمتهم، ومتابعة حسن سيرها⁽⁵⁾، إذ الموظف العام يقوم بأعمال ذات أهمية اجتماعية كبيرة، والمجتمع يرغب في أن تؤدي هذه الأعمال على أكمل وجه، تفاديا للأضرار المحتملة ومسارة إلى تلافي الأخطاء الواقعة⁽⁶⁾.

والموظف، خاصة الذي يحتلّ مسؤولية كبرى، ومكانة مرموقة، إن وجد نفسه من غير رقيب قد تغرّه نفسه فتزيّن له الخروج في وظيفة عما وكلّ له أصلا. حينها سيكون أثر ما يسببه من أضرار وخيما على المجتمع، لأجل ذلك كان من اللازم الكشف عن تلك الأعمال المخالفة للقانون⁽⁷⁾، صيانة

(1) في ظلال القرآن، (10/2-11)، القسم: 06.

(2) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (05/6). أحمد مصطفى المراغي، (05/6).

(3) المادة: (26) من مجلة الأحكام العدلية، (40/1). ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (87).

(4) المادة: (28) من مجلة الأحكام العدلية، (41/1). ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (89).

(5) عماد عبد الحميد التجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (23).

(6) محمود نجيب حسني "القذف والسب في حق الموظفين العام أو المكلف بخدمة عامة"، (122).

(7) حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (124). رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي،

(512).

للوّظيفّة لعامة من القصور الذي قد يعرقل مسيرتها، سعيًا للحصول على أفضل الأداءات وأحسن النتائج، وتلك مصلحة عامة تعلو مصلحة الحفاظ على شرف واعتبار الموظف الذي كان يجب أن يكون أكثر الناس حرصًا على أداء ما كلف به حتّى يكون محل ثقة المواطنين فيطمئنون على مصالحهم⁽¹⁾.

لأجل ذلك تنتهج أغلب القوانين العربية خطة الاعتراف به كحق في قانون العقوبات⁽²⁾، وهذه التي تسير على هذا النهج تتفق فيما بينها على الإباحة فيما يتعلّق بالموظف العام، ثم تختلف بعد ذلك في أشخاص آخرين في مكانة الموظف العام من الأهمية بحيث يمكن أن يكونوا عرضة للنقد.

ف نجد أن كلاً من المشرّع، اللبناني، السوري، الأردني، السوداني، قصروا الإباحة على الموظف العام دون غيره، أمّا المشرعان: المصري، العراقي فقد أضافا ذا الصفة النيابية والمكلف بخدمة عامة⁽³⁾، أمّا المشرع الجزائري فقد أغفل النص على هذا الحق، ذلك أن نص المادة: (39) عقوبات، والتي تعتبر مصدراً أساسياً للأفعال المباحة، لم تشمل هذا الحق، ولكن مع ذلك يحق لنا أن نقول أن ما ورد في المادة السابقة ليس على سبيل الحصر، سيما وأن الفقرة الأولى منها جاءت عامة وتحيل إلى القانون إذ جاء فيها: « لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون»، ممّا يفيد أن الإباحة يمكن أن تستنتج من فروع أخرى، خاصّة أنه يصعب حصر جميع تطبيقات استعمال الحق، كون الحقوق موزعة على فروع القانون الذي يعتبر نظاماً متكاملًا لا تتناقض فيما بينه.

لذلك يمكن لنا أن نستنتج الإباحة من نص المادة: (109) من الدستور الجزائري التي أشارت إلى عدم ترتب المسؤولية على نائب البرلمان، أو عضو مجلس الأمة فيما يتلفظان به من كلام، ومعلوم أن جلسات الغرفتين تتسم بالنقاش الحاد الذي قد يصل إلى درجة التقاذف، ونص المادة كما يلي: «الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب ولأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية، لا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا، وعلى العموم، لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية أو جزائية، أو يسلك عليهم أي ضغط بسبب ما عبّروا عنه من آراء، أو ما تلفظوا به من كلام، أو بسبب تصويتهم خلال ممارسة مهامهم البرلمانية».

(1) فتوح بعد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخامس، (787). معوض عبد النواب، القذف والسب والبلاغ الكاذب، وإفشاء الأسرار وشهادة الزور، (78). عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (70).

(2) انظر على سبيل المثال المواد: (02/302) عقوبات مصري. (252) عقوبات عراقي. (440) عقوبات ليبي. (01/77)، عقوبات سوري. (387) عقوبات لبناني. (436) عقوبات سوداني. (104) عقوبات أردني.

نقلا عن محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (135...).

(3) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (138-139). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (125-126).

النتيجة :

يتفق النظامان، في تغليب مصلحة الأمة على مصلحة الفرد الخاصة، فينصّان على هذا الحق في أسمى قواعدهما: قرآنا وسنة في شريعتنا الغراء، ودستورا أو في قانون العقوبات في الأنظمة البشرية.

ثالثا : شروط استعمال الحق :

وهي ثلاثة أنواع: أحدها: شكلي والثاني: موضوعي، والأخير: شخصي.

1 - الشرط الشكلي :

ويتنوع بدوره إلى نوعين: الأول: يرتبط بصفة من يقع عليه الطعن، والثاني: الإثبات.

* أما القيد الأول: فقد سبق أن أوضحناه عند تحديد مدلول ذي الصفة باعتبار هذا التطبيق يحتاج قبل أي شيء إلى تحديد من يقع عليه الطعن ⁽¹⁾.

* أما القيد الثاني، وهو الإثبات، فسوف نأتي إلى بيانه تفصيلا.

أ - إثبات الوقائع محل الطعن في الشريعة الإسلامية : لم يغفل فقهاء الشريعة الإسلامية عن بيان الضمانات التي تحول دون الخروج عن الغاية من رسم هذا الحق فقيّدوه بالتحري في تقصّي الحقائق، والمعطيات، والتثبت منها، اجتنابا للوقوع في إيذاء المسلمين، مصدقا لقوله جلّ وعلا: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ﴾ (الحجرات 12).

قال القرطبي : «والذي يميّز الظنون التي يجب اجتنابها عما سواها، أن كل ما لم تعرف له أمانة صحيحة، وسبب ظاهر، كان حراما واجب الاجتناب» ⁽²⁾.

إن كلّ اتهام لم يكن ناشئا عن أدلة وإثباتات، كان معصية وجب مقابلتها بالتحري، والتقصي قبل بناء الأحكام، تغاديا لتناول أعراض الآخرين بما يسيء إليهم ويحط من قيمتهم.

قال جلّ وعلا: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ فَاسِقٌ فَبَيِّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ، فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾ (الحجرات 06).

إن التبيين والتحري، وإقامة الأدلة بشتى طرق الإثبات، برهان على الحكمة النبيلة من إباحة القذف، فإذا كنّا قد رجّحنا، مصلحة المجتمع بانتقاد ذوي المناصب، والولايات، فإن مصلحة هؤلاء لازالت قائمة، في صيانة شرفهم واعتبارهم من الإتهامات غير المؤسسة.

(1) راجع في مدلول هذا الشرط، (245...) من الرسالة.

(2) أحكام القرآن، (332/16).

إن الإسلام يوازن بين المصالح والمفاسد، فيغلب مصلحة على أخرى من غير إهدار للمصلحة الأخيرة تماماً، فإذا كنا قد رجحنا مصلحة المجتمع، فإن ذلك لا يعني أن تجعل الأعراض مطية للوصول إلى غايات غير مشروعة.

ب - إثبات الوقائع محل الطعن في القانون : إن هذا القيد يعتبر ضبطاً عملياً لتحقيق الغاية من إباحة الطعن، عملاً على عدم الإخلال بمصالح من يتعرضون للإنتقاد، حتى لا يكون شرفهم واعتبارهم عرضة للإتهامات، والتشهير من غير دليل⁽¹⁾، مما ينتج آثار عكسية بالنسبة لقيام هؤلاء بواجباتهم على أكمل صورة، ما دام القانون لا يحميهم⁽²⁾.

إن هذا الشرط ينصرف في جوهره إلى استناد الطاعن إلى دليل صحة ما طعن به، وتقديمه للمحكمة في حينه⁽³⁾، وإلا كان عرضة للإدانة، ولم ينفعه حينئذ التمسك بحسن النية⁽⁴⁾، ومعلوم أن ثبوت الواقعة محل القذف هي مسألة موضوعية يمكن تحصيلها بثبوت طرق الإثبات من قرائن، وشهادة شهود، فضلاً عن أن هذا الإثبات لا بد أن يكون شاملاً لكل الواقعة، فإن كان جزئياً، كان الطاعن عرضة للعقاب⁽⁵⁾.

النتيجة:

توافق النظامين في اشتراط الإثبات، باعتباره الضمان الأكيد لحسن استعمال هذا الحق.

2 - الشرط الموضوعي :

وينصرف إلى ما ينسب لذي الصفة بحيث يرتبط بوظيفته من جهة، وبتخيّر الوسيلة الملائمة من جهة أخرى.

1 محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (157...).

(2) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (791). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (235).

(3) أمال عبد الرحيم عثمان "جريمة القذف دراسة مقارنة"، (805). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (235).

(4) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (158). فتوح عبد الله الشاذلي، شرح القسم الخاص، (793).

(5) أمال عبد الرحيم عثمان "جريمة القذف دراسة مقارنة"، (806...). عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (434). عبيد الخالق النواوي، جرائم القذف والسب العلني وشرب الخمر بين الشريعة والقانون، ط2 (بيروت: المكتبة العصرية، 1973م)، (74-75). التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (165).

(أ) - الشرط الموضوعي في الشريعة الإسلامية : إن لغة الواجب في شريعتنا تسمو دائما على كل حديث صونا للمصالح العامة، وتأكيدا على حسن أداء الأعمال مهما كانت، من هنا، فمادام القائم بعمل عام يمارس واجبا، ومهمة اجتماعية كان عليه أن يحسن أداءها، فإن خرج عن ذلك، كان المجتمع كلفة قائما على حسن توجيهه وإرجاعه إلى جادة الطريق في المسلك الذي حاد عنه. إننا إذا فقهنا لغة الواجب استطعنا أن نتدارك كل نقص يعتري أداء ما يناط بكل مسلم حاكما أو محكوما، وتطبيقا لذلك، فإن التزام القيود الموضوعية لممارسة هذا الحق يستلزم:

• أن يتعلق الطعن بوظيفة ذي الصفة: يعتبر هذا القيد تطبيقا عمليا آخر على تحصيل الأساس الذي لأجله أبيض هذا المسلك، والشواهد في التاريخ الإسلامي على توجيه النقد هذه الوجهة كثيرة، فقد تعرض الرسول ﷺ إلى ذلك، كما تعرض الخلفاء الراشدون إلى الانتقاد المر، فكانوا يتحملون، ولا يجدون غضاضة في الاستماع، مادام ذلك عملا على إصلاح الحاكم وإسداء للنصح له وفي ذلك تربية للمجتمع الإسلامي على القيام بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

- جاءه ﷺ رجل بعد توزيع غنائم غزوة حنين، فقال له: اتق الله يا محمد، فقال ﷺ «فمن يطع الله إذا عصيته، أيؤمّني، أهل الأرض ولا تؤمنونني»⁽¹⁾، ثم أدير الرجل فستاذن أحد الصحابة في قتله فلم يأذن الرسول عليه الصلاة والسلام. هذا موقف الرسول الكريم وهو يعلم صحابته الصبر على نقد الناقدين، ولوم اللاتمين، مادام يظن فيه حقا ضائعا.

- روي أن عمر بن الخطاب قسم ثيابا بين المهاجرين، والأنصار، وكان بينها واحد ذا جودة، وحسن صناعة أثر الفاروق أن يعطيه فتى نشأ نشأة حسنة تجنبا لغضب الصحابة، فسلمه لـ : مسور بن مخرمة (تر 79)، فلما رآه عليه سعد بن أبي وقاص (تر 32) اغتاظ وقدم على عمر فقال له: تكسوني هذا البرد⁽²⁾، وتكسوا ابن أخي مسورا أفضل منه فأخبره الفاروق بمقصده، فقال سعد: فإنني قد حلفت لأضربن بالبرد الذي أعطيتني، رأسك، فخضع له عمر برأسه، وقال: رأسي عندك يا أبا إسحاق، وليرفق الشيخ بالشيخ، فضرب رأسه بالبرد⁽³⁾.

هذا فيض من قيض على نهج سلكه من تربي على يد رسول الله ﷺ⁽⁴⁾، وحتى تؤدي هذه الوسيلة غايتها، لابد من مراعاة بعض الضوابط.

(1) أخرجه: البخاري عن أبي سعيد الخدري، كتاب: التوحيد، باب: قول الله تعالى: ﴿ تعرج الملائكة والروح إليه ﴾، وقوله جل ذكره: ﴿ إليه يصعد الكلم الطيب ﴾، (9/227).

(2) البرد: كساء يلحف به. ابن منظور، لسان العرب، (1/250)، مادة: برد.

(3) أبو زهرة، الجرعة، (150).

(4) انظر لمزيد أمثلة: أبو زهرة، الجرعة، (149...). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/316-317).

* احترام خصوصيات الناس: فالإسلام يسمو إلى بناء الشخصية الإسلامية، والمجتمع الفاضل عنوانه، العفة والطهر، أما الإسهاب بذكر مثالب الناس، إطلاعا على عوراتهم، وكشفا لخصوصياتهم، فالإسلام منه براء، ولذلك نهى عن التجسس، وهتك الستر، ما لم تظهر علامات التجاوز.

قال جلّ وعلا: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ (الحجرات 12)، أما إذا ظهر التعدي، وهتك جلاباب الحياء، كان ذلك سببا للكشف بل العقاب⁽¹⁾.

* استعمال العبارات اللازمة، والضرورية من غير تجاوز، إذ هذا المسالك جائز للحاجة، والحاجة تقدر بقدرها⁽²⁾، فما كان الحد الأدنى مؤديا للغرض وجب المسير إليه.

قال جلّ وعلا: ﴿وَقُلْ لِعِبَادِي يَقُولُوا الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ (الإسراء 53).

وقال: ﴿وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾ (فصلت 34).

(ب) - الشرط الموضوعي في القانون : هذا القيد ذو طبيعة موضوعية، لتعلقه بما ينسب إلى ذي الصفة⁽³⁾، ويعتبر تطبيقا فعليا لعلة الإباحة، المرتبطة بتحقيق مصلحة المجتمع، في الكشف عما يشوب أداءه، من خلل أو قصور⁽⁴⁾، من هنا كان لزاما أن تتعلّق وقائع الطعن «بأعمال الوظيفة، أو النيابة، أو الخدمة العامة»⁽⁵⁾، ومعلوم أن ذا الصفة تتميز حياته بشقين: أحدهما: عام يتناول وظيفته، والآخر: خاص، يتعلق به كفرد عادي، يرتبط بحياته في أسرته وبين أهله لذلك كان مجال الإباحة مقتصرًا على ما تعلق بالشق الأول فقط أما الثاني فلا يسوغ تناوله⁽⁶⁾، لكن لو ارتبطت شؤون الحياة

(1) القرطبي، أحكام القرآن، (134-133/16).

(2) النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، (142/16). محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، (256/26).

(3) أمال عبد الرحيم عثمان "جرمة القذف دراسة المقارنة"، (801). عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (72).

(4) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (788). محمود نجيب حسن "القذف والسب في حق الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة..."، (127). أسباب الإباحة، (115).

(5) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (234). عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 154. جرائم القذف السب العلني وشرب الخمر بين الشريعة والقانون، (72).

(6) معوض عبد التواب، القذف والسب البالغ الكاذب وإفشاء الأسرار وشهادة الزور، (81). عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، ص 430. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (115). وقد نصت المادة: 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو أسرته، أو مسكنه، أو مراسلاته، أو لحملات على شرفه، أو سمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات".

ونصت المادة: (39) من الدستور الجزائري على: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ونجيمها القانون، سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة".

الخاصة لذى الصفة وظيفته، أو كان لها تأثير على أدائه، ترك الأمر لقاضي الموضوع يحكم على أساس الغلبة لأحد الإعتبارين، العام، أو الخاص، فيباح الطعن المتعلق بالحياة الخاصة بما يستلزمه توضيح الوقائع ذات الصلة بأعمال الوظيفة، كإثبات أن زوجته توجه أعمال وظيفته بما يخدم مصالحها⁽¹⁾، فإن انتفى الارتباط، امتنعت الإباحة⁽²⁾، هذا فضلا عن تخير العبارات اللازمة، والملائمة لعرض الوقائع⁽³⁾.

النتيجة :

توافق النظامين في مضمون القيد الموضوعي، مع توسع النظام الإسلامي في ممارسته عمليا تجاوزا عن زلات من ينتقدون أشخاص ولآة الأمور تسامحا ممن يقع الطعن في حقهم.

3 - الشرط الشخصي :

إن الحقوق جميعها غائية، تستهدف أغراضا معينة، فكان من اللازم أن تحسن هذه الأغراض، وتتوجه وجهتها السليمة، استهدافا للصالح العام.

أ - الشرط الشخصي في الشريعة الإسلامية : يكتسي هذا القيد أهمية كبرى، وذلك لخطورة سلوك الطاعن، فهو يستهدف أعراض الناس واعتباراتهم، وأي ناس، إنهم الصقوة، فلا مجال لأن نتسامح مع من يسعون لخراب المجتمع، فكما يشجع الإسلام على انتقاد هؤلاء فيجعلهم عرضة للوم والتقريع يحمي أعراضهم، ويشدد العقوبة على من يتجاوزهم، وفي ذلك صيانة الدين والدنيا⁽⁴⁾.

قال ابن فرحون: « ومن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين، لزمته العقوبة الشديدة، ويسجن شهرا »⁽⁵⁾، لأن الاستخفاف بهؤلاء، استخفاف بمن يتولى رعاية الأمة، فإذا زالت الهيبة، سادت الفوضى، لذلك لم يعاقب الرسول ﷺ ولا صحابته لمجرد القول أو التهجّم، وإنما المنع، لتجاوز الحد إلى الفساد، أو الفتنة، أو التشهير الذي لا يراى منه سوى جلب الفضائح⁽⁶⁾.

(1) عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (431). فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (789-790).

(2) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (156). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (235).

(3) محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، (45).

(4) النورى، شرح النووي على صحيح مسلم، (142/16-143).

(5) تبصرة الحكام، (227/2).

(6) صبحي عبده السعيد، السلطة والحرية في النظام الإسلامي دراسة مقارنة، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1982م)، (152). بتصرف.

ولما كانت النية الحسنة، والمقصد النبيل، من الأمور التي يصعب ضبطها، والتي يكثر فيها الخداع، والمخالطة، فليس أمامنا إلا الأخذ بظواهر الأشياء، فيحكم القاضي على وفق ما يظهر له من قرائن ودلالات.

ب - الشرط الشخصي في القانون : نعني به الاعتقاد بصحة وقائع الطعن، مع استهداف تحقيق المصلحة العامة، لا مجرد التشهير، أو التجريح، أو شفاء الضغائن، والأحقاد⁽¹⁾.
 لم تسر القوانين العربية جميعها على نسق واحد في اشتراط حسن النية، فانقسمت إلى اتجاهين:
 - النص عليه صراحة، كقانون العقوبات المصري، السوداني، الكويتي⁽²⁾.
 - إغفاله تماماً، كقانون العقوبات السوري، الأردني، اللبناني، الإماراتي، الجزائري⁽³⁾.
 وقد علّل من لم يشترطوه، بأن حسن النية، لا مكان له إلا بعد إثبات الوقائع المسندة، مما يفقد حسن النية استقلاله كشرط قائم بذاته، فالعبرة بثبوت ما طعن به⁽⁴⁾.
 وهذا الرأي يحدد عن الصواب، فقد تحسن نية القاذف، ولكنه يعجز عن إثبات ما أسنده، كما قد تسوء نيته، ولكنه يوفق في إقامة أدلة الإثبات، ممّا يؤكد استقلال الشرطين وتمايزهما، كما أننا لا نسلّم بأن العبرة بثبوت الواقعة، لا بحسن نية القاذف، وذلك لخطورة سلوك الطاعن، فهو يستهدف أعراض الناس وشرفهم، واعتبارهم، فلم يكن من الممكن أن نتسامح مع مضلل، مضرّ بالأفراد، والمجتمع، ممّا يؤكد أن التشريعات التي أغفلت اشتراطه قد حادت عن الصواب، ومن المنطق أن تتدارك هذا الخلل في نصوصها⁽⁵⁾.

النتيجة :

يتفق الرأي الراجح قانوناً، مع المستقرّ شرعاً كمبدأ عام في كل نشاط، من استهداف المقصد الحسن، والغاية النبيلة، مع ما يكتسبه هذا القيد من أهمية بالغة، في هذا التطبيق بالذات فلا مجال للتغاضي عنه، صيانة للأعراض.

(1) انظر: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (164). "القذف والسب في حق الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة"، (135). آمال عبد الرحيم عثمان "جرمة القذف دراسة مقارنة"، (208). محمد نوري كاظم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (176). عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (433). علي حسن عبد الله الشري، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، (225-226).

(2) انظر المواد: (302) عقوبات مصري. (37) عقوبات سوداني. (215) عقوبات كويتي. نقلاً عن: محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (161-162). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (126).

(3) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (161).

(4) عرض هذا النقذ: محمود نجيب حسني، المصدر نفسه، (163-164).

(5) المصدر نفسه بنفس الموضع علي حسن عبد الله الشري، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، (127-128).

البند الثاني : الدفاع أمام المحاكم.

من غير المتصور أن تحقق محاكمة عادلة دون تمكين دفاع حرّ، ذلك الذي يقوم على الجدل، ومقارعة الحجج بمنطق سليم، ودليل دامغ، مقنع، وصولاً إلى العدل المنشود، والحقيقة أن هذا المسلك -الدفاع- هو حق أصيل سبق الشرائع، والقوانين، فالإنسان قديماً كان يحمي مصالحه بالدفاع عنها عن طريق القوة ثم اتجه في مرحلة لاحقة إلى استعمال الحجة بالركون إلى السلطة لحسم منازعات المتخاصمين بفضل هيئة نصبت لها هذا الغرض هي القضاء.

إن في تقرير هذا الحق جمع بين مبدئين، أحدهما: إعطاء مجال لحرية الدفاع، عملاً على تحقيق محاكمة عادلة، والآخر: سدا لباب الكيد، والإقتراء بين الخصوم، بإعطاء الفرصة لكل واحد، يدلي بكلمته، ويقارع بحجته، حتى وإن كان في ذلك إيذاء لفظي من أحدهما للآخر. ولكن إلى أي مدى يمكن أن يحقق الجمع بين المبدئين من غير إفراط، ولا تفريط؟ هذا ما سنحاول بيانه من خلال العناصر التالية:

أولاً: تعريف هذا الحق.

ثانياً: أساسه.

ثالثاً: شروطه.

أولاً : تعريف الدفاع أمام المحاكم.**1 - لغة :**

* **الدّفاع**: من الدّفع وهو الإزالة بقوة⁽¹⁾.

* **المحاكم**: جمع محكمة: إسم لمكان الذي يقع فيه التحاكم بين شخصين وهي أنواع: محكمة استئناف، جنایات، نقص، أو تمييز...⁽²⁾.

2 - اصطلاحاً :

أ - **شرعاً** : تناول فقهاؤنا موضوع التدافع في ساحات المحاكم، بمناسبة الحديث عن وقوع الخصومة بين اثنين.

(1) سبق بيان مدلوله، انظر: (158) من الرسالة.

(2) أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية: فرنسي، إنجليزي، عربي، ط1، (القاهرة: دار الكتاب المصري، بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1410هـ-1989م)، (73).

والخصومة : مصدر خصم وتعني النزاع، والجدل، وخاصمه، خصاما، ومخاصمة، فخصمه، غلبه بالحجة⁽¹⁾.

جاء في درر الحكام: « تصرف كلمة الخصومة إلى ما استعملت فيه شرعا، وهو المرافعة، والمدافعة عنه - المدعي - في دعوى أقيمت عليه، أو أقامها على غيره، دون المعنى الحقيقي لها، وهو أن يقوم ذلك الرجل الموكل بمنازعة، ومضاربة من يناوئ الموكل، أو من يريد الموكل مناوئته⁽²⁾. وقال أيضا: « الخصومة لغة: الجدل، والمنازعة، وشرعا: جواب الخصم بالإقرار، والإنكار⁽³⁾. وجاء في المبسوط: « الخصومة: اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة، والمشاحة، والإقرار⁽⁴⁾ ».

إذن: فمقارعة الطرف الآخر، بالحجة، أو بدفع الحجة يعتبر خصومه، وهذا عين ما استقرّ على تسميته حديثا بالدفاع في ساحات المحاكم.

ب - الدفاع في القانون : لم يعن القانونيون - فيما وقفت عله من مصادر - ببيان مدلول الدفاع أمام المحاكم، وقد يرجع ذلك إلى وضوحه في نظرهم، ومما وقفت عليه مايلي: «ذلك الحق المخول للإنسان لحماية مصالحه»⁽⁵⁾.

وهذا التعريف يتميز بالعموم، لأن الإنسان يحمي مصالح شتى، وبوسائل مختلفة، ثم إنه غير جامع، لإمكان تولي الدفاع غير صاحب المصلحة بالذات، كالمحامي مثلا.

«الدفاع: الحجج التي يدحض بها الخصم مزاعم خصمه، على أن هذا التعبير عام، يراد به غالبا دحض موضوع الدعوى، بإقامة البينة على أن مطالب الخصم مردودة عدلا، وفعلا»⁽⁶⁾. والملاحظ أن هذا التعريف أضبط من سابقه، وإن كان يعيبه:

- الإطناب: بإدراج الاعتراض في معرض التعريف.
- جاء التركيز على الشق المتعلق بإبطال حجج الخصم من غير اهتمام بما ينشئه الخصم من حجج.

ج - التعريف المختار : بعد أن وقفنا على مدلول هذا التطبيق شرعا وقانونا، أقول:

- لم يرد في محاولات القانونيين كفاية لبيان مصطلح التدافع، وذلك لوضوحه بالنسبة لهم.

(1) ابن منظور، لسان العرب، (1/772). مادة خصم.

(2) علي حيدر، درر الحكماء، شرح مجلة الأحكام، (1/60).

(3) المصدر، نفسه، (3/632).

(4) السرخسي، (19/05).

(5) عماد عبد الحليم النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (339).

(6) أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، (80).

- مصطلح التخاصم، أو الخصومة أضبط وأدق فقد استعاره الفقهاء من معناه اللغوي الذي يعني المغالبة، والنزاع، والمجادلة بالحجة، وضبطوه بما يناسب ما يقع في ساحات المحاكم، ومجالس التخاصم، من إبطال الدعاوى، إقرارا، وإنكارا.

وتوفيقا بين النظريتين يمكن أن نقول أن التدافع في ساحات المحاكم، أو التخاصم هو: «حق أصيل ينشأ من اللحظة التي يواجه فيها الشخص بالإتهام تمكينا له من درء الإتهام عن نفسه، إما بإثبات فساد دليل الخصم، أو بإقامة الدليل على نقيضه» (1).

ثانيا : أساس الدفاع أمام المحاكم.

1 - في الشريعة الإسلامية :

يستفاد حق الدفاع أمام المحاكم من جملة نصوص يأتي على رأسها قوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ، وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا﴾ (النساء 148). وقوله جل وعلا: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ، وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾ (الشوري 42).

قال سيد قطب: «إن الإسلام يحمي سمعة الناس، ما لم يظلموا فإذا ظلموا لم يستحقوا هذه الحماية، وأذن للمظلوم أن يجهر بكلمة السوء في ظالمه، وكان هذا هو الاستثناء الوحيد في كف الألسنة عن كلمة السوء» (2).

وقال صاحب التحرير والتؤوير في تفسير قوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ﴾ (النساء 148)

قال: «فهذا الاستثناء مفيد إباحة الجهر بالسوء من القول من جانب المظلوم في جانب ظالمه» (3).

وقال رحمه الله: «إن لصاحب الحق مقالا» (4).

إذن فإباحة الجهر بكلمة السوء، هو استثناء من الأصل العام الذي يمنع تناول أعراض الناس ذمًا، وشتما، وتجريحا، وذلك لتعلقه برفع مظلمة لا تبيسر إلا بهذا السبيل فتعينت كوسيلة.

(1) عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، 1989)، (168).

(2) في ظلال القرآن، (10/2-11)، القسم: 06.

(3) محمد الطاهر بن عاشور، (6/06-07).

(4) أخرجه: البخاري، كتاب: الوكالة، باب: في قضاء الديون، (201/3). مسلم، كتاب: المساقلة، باب: من استلف شيئا فقضى خيرا منه. و«خيركم أحسنكم قضاء»، (1225/3). كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وقد يقال: إن النطق بكلمة السوء، وإقامة الخصومات هو سبب لحصول العداوة، والشحناء والبغضاء، وذلك لما يحدثه من أثر في نفوس العامة، مما يروونه من التجاهر، ثم إن تأثيره على الصغار لما جبلوا عليه من الميل لتقليد الكبار، بل إن أقل هذه الأضرار أنه يضعف في النفس استقباحه واستشناعه خصوصاً إذا تكرر السماع، والنظر⁽¹⁾.

«فها هنا تعارضت مفسدتان: مفسدة الجهر بالشكوى من الظلم بقول السوء، ومفسدة السكوت على الظلم، وهو مدعاة فشوة، والتمادي فيه، وذلك مما يؤدي إلى هلاك الأمم، وخراب العمران، وكانت ثانيها أخف الضررين فأجيزت للضرورة التي تقدر بقدرها»⁽²⁾.

والخلاصة: أن أساس الدفاع في شريعتنا قائم على الموازنة بين المصالح، والمفاسد المتضاربة بتحصيل المصالح الغالبة، ودفع المفاسد المرجوحة.

2 - أساس الدفاع في القانون :

إن التخاصم ظاهرة اجتماعية، مرتبطة بوجود الإنسان نظراً لحصول الاحتكاك بين الأفراد، وسعيًا للسلم الاجتماعي، كان لزاماً حل هذه الخصومات بطرق سليمة، قد يكون أجداها الوقوف أمام المحكمة دفعا للمظلمة، واستجلاباً للحق، وهذا المسلك إن كان يبدى ظاهرياً تضارباً بين مصلحتين فرديتين للمتخاصمين في عدم التعرض لإبداء المساوىء، والتقاذف بكلمات تمس الشرف والاعتبار، إلا أنه في جوهره يحقق التوازن بين مصلحة المجتمع في إظهار الحقائق، وتحصيل الحقوق إقراراً للعدالة، والمساواة، استنباباً للأمن، والاستقرار كل ذلك لا سبيل له إلا المساس بشرف واعتبار الخصم، لأجل ذلك يضحى بهذه المصلحة الفردية تحصيلاً للمصلحة العامة⁽³⁾.

من أجل تحقيق هذه الغاية السامية صار هذا المبدأ حقاً عالمياً معترفاً به، فقد نصت المادة: (11)، من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه».

كما صرحت به الدول في أسسها قوانينها وهو الدستور.

نصت المادة: (140) من الدستور الجزائري على المساواة أمام القضاء حيث جاء فيها: «الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون».

(1) أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، (05/6). محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (03/6). بتصرف.

(2) أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، (05/6).

(3) عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (422).

وجاء التصريح بالدفاع كحق دستوري في المادة: (151) ونصها: «الحق في الدفاع معترف به، الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية».

ونصت المادة: (01) من قانون المحاماة على إمكان الإنابة في تحصيل الحقوق وصولاً إلى العدالة، وجاء فيها: «المحاماة مهنة حرة، ومستقلة، تعمل على احترام، حفظ حقوق الدفاع، وتساهم في تحقيق العدالة، وتعمل على احترام مبدأ سيادة القانون، وضمان الدفاع عن حقوق المواطن وحرياته»⁽¹⁾.

ومن البديهي أن الاعتراف بالدفاع كحق يستلزم الاعتراف بما يقع خلال التدافع من تطاعن أو تشائم.

النتيجة :

إن النظرة الواقعية، شرعاً وقانونياً تتكاتف لتؤكد، أن لا سبيل إلا للتضحية بالمصلحة الخاصة تحصيلاً للمصلحة العامة، إحقاقاً للحق وتمكيناً للعدالة.

ثالثاً : شروط الدفاع على الخصوم.

وتتنوع هذه الشروط إلى ثلاثة أنواع:

أولها: شكلي يتعلق بصفة من يتولاه، والآخر: موضوعي يتحقق بضرورة ما يحدث خلال المدافعة، والآخر: شخصي يرتبط بنية المدافع.

1 - الشرط الشكلي :

أ - في الشريعة الإسلامية : ونعني به تحديد من يتولى مهمة الدفاع، وحتى يتحقق ذلك ينبغي أن تفرق منذ البداية، وكما جرى عليه فقهاؤنا على التمييز بين ما يدخل في السياسة الشرعية، وما يدخل في الشرع، ولابن خلدون في ذلك كلاماً يدل على عمق فهم لما هو ثابت من أحكام، وما هو متغير فيقول: «التهم التي تعرض في الجرائم، لا نظر للشرع في استيفاء حدودها، وللسياسة النظر في استيفاء موجبها»⁽²⁾.

(1) قانون رقم: 04/91، مؤرخ في 22 جمادى الثانية 1411هـ، الموافق لـ 08 يناير 1991م، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة. الجريدة الرسمية، العدد: 02، السنة 28.

وانظر: المصفاوي قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، (127-128). رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (512-513).

(2) ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، (196).

وفهم من كلامه أن الشارع يوجب إيقاع العقاب فيما يحدث من جرائم، ولكنه يترك تحديد وسائل تحصيلها لولي الأمر من خلال السلطات التي ينصّبها لذلك، تحقيقاً للمصالح العامة. وعلى ذلك فإن مجلس القضاء، مكان انعقاده، تخصصات القضاة، سير المحاكمة، طريقة رفع الدعوى، سير الخصومة، كل ذلك من السياسة الشرعية المعتمدة⁽¹⁾.

لذلك فإن جريان الخصومة يمكن أن يتم بحسب الأصل بتولى صاحب الحق نفسه -الخصم- مهمة الدفاع عن نفسه إذا كان قادراً على تحصيله، وإلا وكلّ غيره من أقاربه أو غيرهم .

قال السرخسي: « وإذا وكلّ رجل بالخصومة في شيء فهو جائز لأنه يملك المباشرة بنفسه، فيملك هو صكّه إلى غيره، ليقوم فيه مقامة، وقد يحتاج لذلك، إمّا لقلة هدايته، أو لصيانة نفسه عن الابتذال في مجلس الخصومة، وقد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبر منكر ولا زجر زاجر »⁽²⁾.

وقد أصبح الوكيل بالخصومة أو من يسمّى محامياً⁽³⁾، في زماننا جزءاً من المحاكمة، لا يتم فكّ النزاع في أكثر الخصومات إلا بحضوره، فصارت المحاماة صناعة قائمة بذاتها، ومهنة تحصل رزق المحامي، فضلاً عن حق من يتوكّل عنه، أمّا في النظام الإسلامي فهي أصلاً تطوعية، قائمة على المروءة، ولكن الأخذ بالسياسة الشرعية كما يتّنا يتطلّب تنظيم هذه المهنة كما هو معمول به في النظم الوضعية، وتلك مسألة يفرضها الواقع المعاش كما يمكن أن يتولّى هذه المهمة، النيابة العامة، وهي مهنة مستحدثة من النظم الأجنبية.

يتكفل النائب العام بإجراءات الدعوى والمراقبة عملاً على إنزال العقاب بالمجرمين وهي لا تخرج عن نطاق نظرة الإسلام إلى وظيفة القضاء التي تتولّى إحلال العدل والطمأنينة في المجتمع، دفعا لكل ضرر وفساد بكل الوسائل المتاحة، فيكون تتصيب هيئة تمثّل المجتمع، وتدافع عنه ضد كل من يرتكب جرماً في حقه تماماً كما يفعل المتهم الذي ينبغي من يدافع عنه، يكون ذلك أمراً راجعاً إلى السياسة الشرعية التي قلنا باعتبارها⁽⁴⁾.

(1) عبد الفتاح مراد، التحقيق الجنائي العملي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (24-25).

(2) المبسوط، (04/19). الماوردي، الحاوي الكبير، (185/8). علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (633/3). (668/4).

(3) المحامي: "هو من يمارس مهنة المحاماة، ويكون مقيداً لدى نقابة المحامين، يقوم بتمثيل موكله أمام الهيئات القضائية، وغير القضائية للدفاع عن حقوق موكله، وفقاً لأنظمة مهنية معينة".

انظر: أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، (38).

(4) أحمد حمد، نظرية النيابة في الشريعة والقانون، ط1، (الكويت: دار القلم، 1401هـ-1981م)، (22). عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط3، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1418هـ-1997). (112).

ب - الشرط الشكلي في القانون: يتولى الدفاع عن مصالحه:

* الخصم : «هو كل من يطلب حكما قضائيا في مواجهة شخص آخر، أو هو كل من يطلب في مواجهته إصدار حكم قضائي»⁽¹⁾.

لذلك فإن الخصومة في الدعوى، مركز قانوني يتوافر في حق الشخص كلما كان مدّعيًا في حق ينشئ من القضاء الإقرار له به والحكم بموجبه على خصمه، ويكون المحكوم عليه بالحق هو الخصم المقابل وهو المدّعي عليه⁽²⁾.

* من خول له القانون مصلحة في الانضمام إلى أحد طرفي الخصومة، كالمحاميين بمقتضى الإنابة التي تمنح لهم من طرف الخصوم⁽³⁾، بعض الأقارب بحسب الدرجة التي يمنحها لهم القانون⁽⁴⁾، النيابة العامة⁽⁵⁾، والمدّعي بالحق المدني⁽⁶⁾.

وعلى ذلك لا يعتبر خصما: الشاهد، والخبير، بل هما مساعدان للسلطة القضائية في إثبات الحقيقة⁽⁷⁾.

ويتمّ التخاصم أمام محكمة أيا كان نوعها، مدنية، جنائية، إدارية، أو خاصة بالأحوال الشخصية، يطرح الخصم ظلامته شفاهة، أو كتابة أمام السلطة القضائية، أو خلال جلسات التحقيق وفي محاضر الشرطة، ونحوها⁽⁸⁾.

(1) عبد الخالق النوري، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (159). جرائم القذف والسب العلني وشرب الخمر بين الشريعة والقانون، (78).

(2) عماد عبد الحميد النجار، والوسيط في تشريعات الصحافة، (449).

(3) انظر: قانون رقم: (04/91) مؤرخ في: 22 جمادى الثانية عام 1411 هـ الموافق لـ 8 يناير 1991م. الجريدة الرسمية العدد 02، السنة 28. يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، خاصة المادتين: (01/4، 01) منه.

(4) انظر المادة: (680) إجراءات جزائية جزائري.

(5) انظر المادة: (29) إجراءات جزائية جزائري.

(6) تنص المادة: (72) إجراءات جزائية جزائري على ما يلي: "يجوز لكل شخص يدّعي بأنه مضرّ بجرمة أن يدّعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص". وانظر المادة: (73) أيضا.

فالمدّعي بالحق المدني هو: من يرفع دعوى مدنية على المجرم مطالبا بإزالة الضرر الذي أحدثته له الجريمة، وبغية الوصول إلى هذا الهدف يتوجّب اتخاذ صفة الادعاء الشخصي.

انظر: أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، (180).

(7) عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (158-159). جرائم القذف والسب العلني وشرب الخمر بين الشريعة والقانون، (78). عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (449-450).

(8) عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (452). رمسيس بھنام، الجرائم المضرة بأحاد الناس، (378).

النتيجة :

توافق النظامين في تحديد، وضبط من يتولى الدفاع تقنياً، أو بمقتضى السياسة الشرعية استحداثاً لما يحقق مصالح الأمة عبر العصور شرعاً.

2 - الشرط الموضوعي :

ونعني به، أن يكون ما يقع خلال التدافع من مستلزمات تحصيل الحق.

أ - في الشريعة الإسلامية : يقول فتحي الدريني: « إن الفعل الذي يتخذ وسيلة لاستعمال الحق ينبغي أن يكون لازماً، وملائماً، حتى إذا لم يكن كذلك بأن كان ثمة ندحة عنه، كان تعسفياً إذا لحق بالغير مضرة » (1).

فلزوم الفعل المستعمل كحق شرط أساسي وأكيد، لأن ما نتحدث عنه من إباحة قائم على خلاف الأصل، وحرمة الشرف من الإيذاء، قذفاً، وسباً تأتي على رأس ما يمكن أن يعصم من الإنسان.

قال عليه السلام: « المستبان ما قالاً، فعلى البادئ ما لم يعتد المظلوم » (2).

قال الصنعاني (تر42): «...لأنه أذن له في مثل ما عوقب به، قال تعالى: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾ (الشوري 40) وقال: ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ (البقرة 194) (3).

وقال في موضع آخر عند الحديث عن الغيبة المباحة: "ولكنه لا يجوز أن يتعدى" (4).

وجاء في تفسير المنار: « وقد علم مما قدمناه أن إباحة الجهر بالسوء للمظلوم، أو مشروعيته له، هو من باب الضرورات لأنه ارتكاب أخف الضررين، والضرورات تقدر بقدرها - كما قال أهل الأصول - فلا يجوز للمظلوم أن يتبع هواه في الإسترسال، والتمادي في الجهر بالسوء بما لا دخل له في منع الظلم » (5).

« لذلك كله كره الله للجماعة المسلمة أن تشيع فيها حالة السوء يصف بها الظالم وأن يقصر حق الجهر بها على من وقع عليه ظلم يدفعه بكلمة السوء يصف بها الظالم في حدود ما وقع عليه منه من الظلم » (6).

فمتى التزمنا هذه الحدود، وانضبطنا بها حقق الفعل مقصده الذي لأجله شرع.

(1) نظرية التعسف في استعمال الحق، (268).

(2) أخرجه: مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب: البر والصلة، باب: النهي عن السباب، (2000/4).

(3) سبل السلام، (344/4).

(4) المصدر نفسه، (329/4).

(5) محمد رشيد رضا، (05/6).

(6) سيد قطب، في ظلال القرآن، (10/2-11). القسم: 06.

ب - الشرط الموضوعي في القانون: إن إباحة الدفاع قائمة على خلاف الأصل، الذي يقتضي حرمة شرف الإنسان، واعتباره من كل إيذاء لتلك كان من اللازم أن تصان مجالس القضاء من أن تصير مسرحاً للتقاذف، والتشاتم من غير ضرورة، فكان لا بد أن تحاط الإباحة بسياسات حصين يمنع الحيلولة دون تحقيق الغاية المرسومة، وهي رفع المظلمة بأقل الأضرار الممكنة، فكان هذا هو الحصن المانع، ومقتضاه أن تكون العبارات الموجهة للخصم لازمة لإبداء الحجة، أو تدعيم وجهة النظر أو تفنيد حجج الغير⁽¹⁾.

لأجل ذلك يطالب الطاعن بإثبات رابطة السببية بين عباراته، وموضوع الدعوى⁽²⁾، وتحديد مدى لزوم هذه العبارات متروك لقاضي الموضوع بحسب سير كل قضية⁽³⁾.

النتيجة :

التوافق التام بين الشريعة، والقانون في تقييد العبارة باللزوم وقوفا عند حد الضرورة حماية للأعراض.

3 - الشرط الشخصي :

ونعني به توافر النية الحسنة لدى المدافع عن حقه، لا أن ينصرف قصده إلى الإيذاء. ويثير هذا الشرط خلافا عند القانونيين - على وجه الخصوص - سيأتي بيانه.

أ - حسن النية في الشريعة الإسلامية: إننا نكرر دائما أن النية الحسنة هي رائد كل عمل: عادي، أو عبادي، وبحسب توافرها يجازى المؤمن، فكان من اللازم أن تكون غاية المدافع، تحصيل الحق، لا مجرد التشهير.

قال سيد قطب: «... عندئذ يكون الخير الذي يتحقق بهذا الجهر مبررا له، ويكون تحقيق العدل، والنصفة هو الهدف، لا مطلق التشهير»⁽⁴⁾.

(1) عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (454). فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، (799).

(2) عبد الخالق النوي، جرائم القذف والسب العلني وشرب الخمر بين الشريعة والقانون، (81). رمسيس هنام، الجرائم المضرة بأحاديث الناس، (379).

(3) فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (800). عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (455).

(4) في ظلال القرآن، (10/2). القسم: 06.

ومعلوم أن شريعتنا الغراء، تعتبر في ذلك ظواهر الأمور، فإن ساءت نية المدافع، وقصد الإيذاء، والتعدي، ولكن عباراته جاءت لازمة، وملائمة لسير القضية، اعتبر في حالة دفاع، وتحقق الإباحة، فإن ظهر للقاضي خلاف ذلك كان له تعزيزه على سوء نيته.

قال ابن فرحون: « ومن أذى مسلماً بلسانه بلفظ يضره، ويقصد أذاه، فعليه في ذلك الأدب البالغ، الرادع له ولمثله، ويقنع رأسه بالسوط، ويضرب رأسه، أو ظهره بالدرّة، وذلك على قدر القائل وسفاهته، وعلى قدر المقول فيه » (1).

ب- حسن النية في القانون: إن هذا القيد، وإن لم يقع الإتفاق على اعتباره صراحة في نصوص تشريعية، فقد جرى كثير من الشراح على عدم اشتراطه، وتلك مسألة غريبة ينبغي التنبيه إلى خطورتها، سيما وأن الدفاع لا ينفك عن تناول شرف، واعتبار الخصم.

لذلك يكون القيد الشخصي، ضرورياً وأكيدا بل هو مدار كل حق، فيكون مستقداً ضمناً من حكمة إباحة هذا الحق (2)، ومقتضاه أن يكون ما نسبته الخصم، ذا صلة بالواقع، كاشفاً للحقائق، مستهدفاً إبطال دعوى خصمه، بسطاً للحقائق بصدق، وتفسيراً لها بواقعية من غير غلو ولا تشهير، متجافياً التحدي، أو التشفي، أو النيل من الأعراض. فإن ثبت خلاف ذلك لم يستفد الخصم من الإباحة (3).

النتيجة :

يعتبر حسن النية شرطاً ضرورياً وأكيداً خاصة في هذا التطبيق الذي بين أيدينا، لذلك نناشد المشرع الوضعي سدّ هذا الفراغ القانوني لحوقاً بنهج الشريعة، حماية، وصيانة للأعراض.

(1) تبصرة الحكام، (227/2).

(2) عماد عبد الحميد النجار، الوسيط في تشريعات الصحافة، (457).

(3) المصدر نفسه بنفس الموضع. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، (800). وانظر خلافه: رمسيس مهنم، الجريمة والمجرم والجزاء، (215). الجرائم المضرة بأحاد الناس، (374...).

ملخص:

يكتسي جسم الإنسان حرمة حال حياته، أو وفاته، قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾ (الإسراء 70).

من هنا تجلت عناية شريعتنا الغراء، بمنع المساس به، كتحريم قتل النفس، قال جل وعلا: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ (الإسراء 33)، وتقرير العقوبة الشديدة على ذلك، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ (البقرة 178)، بل وقررت مسؤولية المخطئ فأوجبت عليه الدية، والكفارة، قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ، فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ، وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ (النساء 92).

هذا قيض من فيض، لا يسع المقام ذكره، إنما هو تلميح إلى أن سلامة جسد المرء، مقصد عظيم، أحاطته الشريعة بسياج حصين، إذ هو حق مشترك بين العبد وربّه، وحق الله فيه غالب⁽¹⁾، تمكينا له من القيام بالتكاليف الشرعية، وهو ما يعبر عنه القانونيون، بأن الحماية متعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

و مع ذلك فإن المساس بالجسم له صور يجوز بعضها ويمنع الآخر.

- فقد يكون اعتداء وإجراما، فيسأل المعتدي عن فعله.
 - وقد يكون تنفيذا لواجب كحدّ، أو قصاص⁽³⁾، وتعزير فلا مسؤولية.
 - وقد يكون تنفيذا لأمر جائز شرعا وقانونا، كعلاج مرض فلا مسؤولية ما لم يتعد.
- فما سر هذا الإعفاء والإجارة في هذه الصورة الأخيرة؟

هذا ما سنتناوله في هذا المطلب، محاولين بيان ماهية هذا النشاط، ثم معرجين على تجلية حكمه، فالحكمة منه، موضّحين بعد ذلك الأساس الذي بني عليه هذا النشاط، وأخيرا مقيدين هذا التطبيق بشروط لازمة لحسن تطبيقه، وذلك وفق العناصر التالية:

(1) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ص 34. الشاطي، المرافقات، (101/3...).

(2) عبد الحليم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، (القاهرة: دار الفكر الجامعي، 1996 م)، (52).

(3) في الشريعة الإسلامية خلافا للقانون الذي لا يبيح بعض هذه الأعمال، راجع: (231... من الرسالة في بيان الجرائم المهددة).

الفرع الأول : تعريف العمل الطبي.

الفرع الثاني : حكم العمل الطبي.

الفرع الثالث : حكمة إباحته.

الفرع الرابع : أساس إباحته.

الفرع الخامس : شروط الإباحة.

الفرع الأول : تعريف العمل الطبي.

ونتناول ذلك في اللغة والاصطلاح.

البند الأول : لغة.

- الطب لغة :الإصلاح، والعلاج. يقال: طبّه طبّا، إذا عالجه، و أصله: الرفق⁽¹⁾، والحنق⁽²⁾، والعلم بالشّيئ⁽³⁾، والعادة⁽⁴⁾، والسحر⁽⁵⁾ والشهوة، والإرادة⁽⁶⁾.

البند الثاني : اصطلاحا.

أولا: شرعا : « علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة، ما يصحّ و يزول عن الصّحة، ليحفظ الصّحة حاصلة، ويستردّها زائلة »⁽⁷⁾.

فهذا التعريف يتناول جملة من نشاطات الطبيب إذ :

- يحيط بحال الجسم لمعرفته.
- يعمل على الوقاية من الأمراض، باتخاذ الأسباب التي تقي الجسم الأسقام، حفاظا على الصّحة الموجودة⁽⁸⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، (2631/4) مادة: طب. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (104/1).

(2) أبو البقاء، الكليات، (580). ابن منظور، لسان العرب، (2631/4). مادة: طب .

(3) الفيومي، المصباح المنير، (502). ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (407/3).

(4) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (104/1).

(5) ابن منظور لسان العرب، (2631/4). مادة: طب .

(6) المصدر نفسه الموضوع نفسه .

(7) الشنقيطي (محمد بن أحمد مزيد)، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، ط2، (جدة : مكتبة الصحابة، 1415هـ - 1994م). (33).

(8) بكر بن عبد الله أبوزيد، فقه النوازل، ط1، (جزائر: دار القلم، 1413هـ - 1993م)، ج(16/2).

• اتخاذ العلاجات اللازمة حال وقوع الأدواء، « إعادة للصحة المفقودة قدر الإمكان »⁽¹⁾.

وهناك اتجاه آخر في تعريف هذا الفن، أبرز تأثر الشرعيين بالنزعة القانونية، من ذلك تعريف الدكتور: عبد الفتاح الصيفي حيث قال أنه: « نشاط يباشره طبيب، وفقا للأصول العلمية والفنية السائدة في مجال الوقاية من الأمراض و تشخيصها، والمداواة منها »⁽²⁾.

* فهذا التعريف تجلّى فيه بيان أحد شروط النشاط الطبي، ألا وهو اتباع الأصول، في حين أغفل بقية الشروط.

* أبرز مجال هذا النشاط، إذ هو عمل وقائي، علاجي.

وبذلك يكون التعريف الأول الذي سقناه أشمل وأضبط.

ثانيا: تعريف العمل الطبي في القانون.

لم يعن القانونيون ببيان مدلول هذا النشاط⁽³⁾، وأبرز ما وفقت عليه ذلك الذي أوضحه الدكتور: محمود نجيب حسني حيث يقول: « نشاط يتفق، في كفاءته، و ظروف مباشرته، مع القواعد المقررة في علم الطب، و يتجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض »⁽⁴⁾.

إذن فنشاط الطبيب، قد يكون علاجيا: بمقاومة الأدواء، أو استقصائيا: بمعرفة أحول البدن، كشفا لأسباب سوء الصحة، أو وقائيا: اتخاذا للاحتياطات اللازمة لمنع، الأمراض⁽⁵⁾.

النتيجة :

كل من النظامين، الشرعي والقانوني، قد حاول ضبط هذا النشاط، من غير اختلاف بينهما، لأن جوهر عمل الطبيب في كليهما لا يخرج عن الوقاية والعلاج.

(1) ابن القيم: زاد المعاد، (111/3).

(2) الأحكام العامة للنظام الجزائي، (370).

(3) وذلك بسبب شيوعه كعلم، و ممارسته كمهنة.

(4) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (114). شرح قانون العقوبات قمع العام، (182). وانظر: مرسوم جزائري، رقم: 321، مادة: 02، بتاريخ: 1968/05/30. وقد جاء فقرتها الأولى بيانا لمجالات النشاط الطبي.

(5) أسباب الإباحة، (114). وانظر: المادتين: (3، 8) من قانون حماية الصحة وترقيتها، مؤرخ في: 27 جمادى الأولى، 1405هـ الموافق لـ : 17 فبراير 1985م. الجريدة الرسمية، العدد: 8، السنة 22.

الفرع الثاني : حكم العمل الطبي.

البند الأول : في الشريعة الإسلامية.

يكتسي النشاط الطبي أهمية بالغة، لارتباطه بحفظ الصحة، و دفع الأضرار، والأسقام، ولمّا كانت شريعتنا، مبنية على الرحمة، ودفع المشقة والحرّج، قال تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (الحج 78). وقال: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ (الأنبياء 107)، فإنّها راعت سدّ هذه الحاجة الماسّة إلى الاستشفاء، والوقاية.

قال النووي: « وأما ما ليس علما شرعيا ويحتاج إليه في قوام الدنيا، كالطب والحساب، ففروض كفاية أيضا » (1).

فقد صرّح بفرضيته على الكفاية، و أن ذلك مبني على الحاجة، « ولا شك في أن هذه الحاجة موجودة في كل زمان، ومكان، ولكنها تتفاوت في قدرها، على حسب تفاوت الظروف والأحوال » (2). ويؤكد ذلك عبد السلام التونسي، فيقول: « ولئن كان تعلّمه فرض كفاية، لا يسقط عن الشخص إلا إذا قام به غيره، في المناطق والبلدان الموجود فيها أكثر من طبيب، بيد أنه يكون فرض عين غير قابل للسقوط، في المناطق والأماكن التي لا يوجد فيها طبيب » (3).

وتتظافر كلمة أعلامنا، في تأييد فرضيته على الكفاية، ويدلنا، على ذلك جملة نصوص منها:

(1) - من القرآن الكريم : قوله سبحانه وتعالى:

﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ، فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا، وَمَنْ أَحْيَاهَا، فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة 34).

فقد مدح سبحانه، و عظم شأن من أحيا نفسا، أو أنقذها من الهلاك، والطبيب، يقوم عمله، أوّل ما يقوم على إنقاذ حياة المريض، و تخفيف ألمه (4).

(1) المجموع، (26/1).

(2) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، (79).

(3) عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، (لبنان: دار المعارف)، (58).

(4) عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب، (85). و قد استدّل ابن حزم بهذه الآية في شأن امرأة حامل، ماتت و الجنين لازال يتحرّك، فلقي

بشق بطنها، حيث قال: «(ومن تركه عمدا، حتى يموت، فهو قاتل نفس)». المحلى، (166/5).

فقد اعتبر تدخل الجراح واجبا، موجبا للقصاص حالة امتناعه.

(2) - من السنة النبوية : ترخر سنتنا، بنصوص تدعو إلى التداوي و ترغب فيه، من ذلك :

• عن جابر بن عبد الله (تر13) - رضي الله عنه - قال: « بعث رسول الله ﷺ إلى أبي كعب (تر101) طبيباً، فقطع منه عرقاً، ثم كواه عليه » (1).

• عن الربيع بنت معوذ (تر22) - رضي الله عنها - قالت: « كنا مع النبي ﷺ نسقي وندوي الجرحى » (2).

وجه الدلالة: توجيهه ﷺ صحابته إلى التداوي، بيانا لرغبة الشريعة في تحصيل الصحة، حفاظا على النوع الإنساني، ولا سبيل إلى ذلك إلا بوجود من يتولى الطب.

• عن ابن عمر، أن النبي ﷺ قال: « الحمى، من فيح جهنم، فأطفئوها بالماء » (3).

• وعن أسامة بن شريك (تر102) أن الأعراب جاءت إلى رسول الله ﷺ، [فقالوا: يا رسول الله، انتدأوى؟ قال: « نعم يا عباد الله، تداووا، فإن الله لم يضع داء، إلا وضع له شفاء - أو دواء - إلا داء واحد » قالوا: يا رسول الله ما هو؟ قال: « الهرم »] (4).

وجه الاستدلال، أن أمره ﷺ بالتداوي، إيجاب من الشارع، والشارع إذا أوجب شيئا تضمن ذلك، إيجاب ما يتوقف عليه (5)، والتداوي متوقف على الطبيب، فكما أن التداوي واجب، فالتطبيب واجب (6).

هذا عن الطب وتعلمه، أما بالنسبة للمعالج - المريض -، فالملاحظ أن مدار النصوص بين الإباحة والاستحباب.

• قال ابن معين، شارحا الحديث السابق: « الظاهر أن الأمر للإباحة، والرخصة، وهو الذي يقتضيه المقام، فإن السؤال كان عن الإباحة قطعا، فالمتبادر في جوابه أنه بيان للإباحة، ويفهم من كلام بعضهم أن الأمر للندب، وهو بعيد، فقد ورد مدح من ترك الدواء، والاسترقاء، توكل على الله.

(1) أخرجه: مسلم، كتاب: السلام، باب: لكل داء دواء واستحباب التداوي، (1730/4).

(2) أخرجه: البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: مداواة النساء الجرحى في الغزو، (99/4).

(3) أخرجه: البخاري، كتاب: الطب، باب: الحمى من فيح جهنم، (236/7). مسلم، كتاب: السلام، باب: لكل داء دواء واستحباب التداوي، (1731-1732/4). واللفظ للبخاري.

(4) أخرجه: الترمذي، أبواب: الطب، باب: ما جاء الدواء والحث عليه، (258/3). أبو داود، كتاب: الطب، باب: في الرجل يتداوى، (331/2). ابن ماجه، كتاب: الطب، باب: ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، (113/2). واللفظ للترمذي الذي قال: "هذا حديث حسن صحيح".

(5) إذ القاعدة أن: «ما لا يتم الواجب به إلا فهو واجب»

(6) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (81).

نعم قد تداوى رسول الله ﷺ بيانا للجواز، فمن نوى موافقته ﷺ يؤجر على ذلك» (1).
وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ﴾ (النحل 69) «دليل على ذلك جواز
التعالج بشرب الدواء وغير ذلك» (2).

وقال: «وعلى إباحة التداوي والإسترقاء، جمهور العلماء» (3).
• أختار بعضهم القول بالاستحباب (4).
• وقال آخرون بالوجوب.

يقول ابن تيمية: «أما التداوي فليس بواجب عند جماهير الأئمة، وإنما أوجبه طائفة قليلة، كما
قاله بعض أصحاب الشافعي وأحمد» (5).

البند الثاني: حكم العمل الطبي في القانون .

تعد ممارسة الأعمال الطبية استعمالاً لحق (6)، تدل على ذلك نصوص القوانين، التي تصفه،
بالجواز تارة، (7) و بكونه استعمالاً لحق أخرى (8).

أما المشرع الجزائري، فلم ينص على إباحته ضمن أسباب الإباحة، تاركا المجال لفراغ قانوني، قد
يكون العزاء في سده، أنه قد نص عليه في أسما قوانينه ألا وهو الدستور، جاء ذلك في المادتين :
(34 و 54)، اللتين اعتبرتا ممارسة هذا النشاط حقا للمواطنين، وواجبا تتكفل به الدولة، مع مراعاة عدم
انتهاك حرمة الإنسان.

* فالمادة : (34) تنص على: «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحضر أي عتف بدني، أو
معنوي، أو أي مساس بالكرامة» .

* أما المادة : (54) فتتص على: «الرعاية الصحية حق للمواطنين، تتكفل الدولة بالوقاية من
الأمراض الوبائية والمعدية ومكافحتها»

(1) آباي عون المعبود شرح سنن أبي داود، (335/10).

(2) الجامع لأحكام القرآن، (338/10).

(3) المصدر نفسه، (139/10). وانظر: الشوكاني، نيل الأوطار، (131/10). الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، (355/5).

(4) انظر: النووي، مسلم بشرح النووي، (191/14). ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، (264/24).

(5) فتاوى ابن تيمية، (264/24). كذا اختاره الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية. (256).

(6) عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، (121).

(7) انظر المواد: (62) عقوبات أردني. (185) عقوبات سوري. (186) عقوبات لبناني.

(8) انظر المادة: (41) عقوبات غراقي. و انظر لمزيد بيان: حسن صادق الموصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية، (115).

أضف إلى ما تقدم المراسيم التشريعية، التي أبانت هذا النشاط وحددت معالمه، وشروطه⁽¹⁾.

النتيجة :

تعتبر القوانين الوضعيّة، التطبيب حقاً، في حين يراه أهل الشريعة واجباً، « ولا شك في أن نظرية الشريعة أفضل، لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة، كما أنها أكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية، القائمة على التعاون والتكاليف، وتسخير القوى لخدمة الجماعة »⁽²⁾.

الفرع الثالث : حكمة الإباحة.

رغم الحماية التي تكفلها التشريعات للإنسان، لحظر المساس به⁽³⁾، إلا أننا نلاحظ أفعال الأطباء، تشكل جرائم ماسة بالسلامة الجسدية، ومع ذلك لا يعاقب مرتكبها، بل وأكثر من ذلك يتقاضى أجراً على ممارستها، فما السر في ذلك؟.

جواباً نقول: إن الرغبة في أن يحيا الأفراد، سالمين من الأسقام، موفوري الصحة، فاعلين في المجتمع، بناء وتشبيهاً⁽⁴⁾، مقصد كل مشرع، لذلك قدر أن عمل الطبيب، وإن كان يمس مادة الجسم⁽⁵⁾، إلا أنه يحفظ مصلحة المريض في صيانة منافعه، واستمرار حياته⁽⁶⁾، فهو يثق في قدرة الطبيب، فيمكنه من مزاوله واجبه، لأن عمله يصون حياة المريض، ويحافظ عليها⁽⁷⁾.

(1) انظر على سبيل المثال: قانون رقم: 05/85، مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ، الموافق لـ 16/02/1985م، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية العدد: 8، سنة 1985م.

* قانون رقم: 17/90 مؤرخ في: 09 محرم 1411 هـ الموافق لـ: 31 يوليو 1990 م، يعدل ويتمم قانون حماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية العدد: 35 سنة 1990م.

* الرسوم التنفيذي رقم: 276/92، مؤرخ في: 05 محرم 1413 هـ الموافق لـ: 06/07/1992م، يتضمن أخلاقيات المهنة الطبية. الجريدة الرسمية العدد: 52، سنة 1992م.

(2) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (70). وانظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (524/1).

(3) راجع: تمهيد هذا المطلب (268) من الرسالة. وانظر: المواد: من (260-275) عقوبات جزائري.

(4) أحمد محمد إبراهيم «مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن»، مجلة: الأزهر، القاهرة، المجلد: 19، (ذو القعدة، 1367 هـ—). (20).

(5) إن ما يصيب الجسد من أفعال على نوعين: أحدهما يصيب مادته، والآخر يمس مصلحته في صيانة منافعه.

انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (296/7). ابن جزري، القوانين الفقهية، (380). ابن قدامة، المغني، (7/833...).

(6) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (44...). محمد سلام مذكور، الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، (458). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (168).

(7) فنشاط الطبيب، وإن كان يمس مادة الجسم، إلا أنه لا يشكل اعتداءً، لأن هذا الأخير، يمس بكيان المعتدى عليه، هدار أو إضعاف، في حين يرتكز نشاط الطبيب على استرداد قوته، وفاعليته.

وقد يظهر أن نشاطه، يعارض مصلحة الفرد، بإحداث الألم، أو الجرح، إلا أن ذلك لا محل له، إذ سلوك الطبيب، يقوم على الحفاظ على مصلحة راجحة للفرد نفسه، والمجتمع كذلك، فرغم ظهورها بمظهر التصادم مع مصلحة المريض في شكل إيذاء بدني، إلا أن هذه المصلحة لا تثبت أمام مصلحة أقوى للفرد نفسه، وهي دفع المرض، وكذا مصلحة المجتمع في الإبقاء على فرد نافع. يؤكد لنا ذلك قاعدة جليلة من قواعد الشرع وهي: «إذا تعارضت مصلحتان، قدمت أقوىهما، وإذا تعارضت مفسدتان، أرتكب أخفهما، تفاديا لأشدّهما» (1).

وجه الدلالة أن التداوي مصلحة عامة، راجحة، كونها تحفظ الصحة، وتدفع السقم، وتصون المجتمع، أما مصلحة المريض في منع الاعتداء على جسده، فهي مصلحة خاصة جزئية، تهون أمام ما يتحقق للفرد نفسه، في دفع ألمه، فضلا عما يحصل للمجتمع من سلامته، واستقراره، ولا بد أن المصلحة العامة أجدر بالرعاية لرجحانها.

كما أن مفسدة المرض باقية، وقد تتزايد، لتنتهي بصاحبها إلى الهلاك (2)، أما مفسدة آلام العلاج فمؤقتة، بل إن التطور العلمي في هذا المجال، ليطلعنا يوميا، بما يخفف من هذه الآلام، وقد تعدد في يوم ما.

وقد لخص الشاطبي هذا المعنى في كلام جامع إذ يقول: «ولا يمنع قصد الطبيب، لسقي الدواء المر، وقطع الأعضاء المتأكلة، وقلع الأضراس الموجعة، وبطّ الجراحات، وأن يحمي المريض ما يشتهي، وإن كان يلزم منه إيذاء المريض، لأن المقصود إنما هو المصلحة، التي هي أعظم، وأشدّ في المراعاة من مفسدة الإيذاء التي هي بطريق اللزوم، وهذا شأن الشريعة أبدا» (3).

ويقول العزّ: «وأما ما لا يمكن تحصيل مصلحته إلا بإفساد بعضه، فمقطوع اليد المتأكلة، حفظا للروح، إذ كان الغالب السلامة فإنه يجوز قطعها، وإن كان إفسادا لها، لما فيه من تحصيل المصلحة الراجحة، وهو حفظ الروح» (4).

ويقول في موضع آخر: «وكذلك الأطباء يدفعون أعظم المرضين، بالتزام بقاء أدناهما، ويجلبون أعلى السلامتين والصحتين، ولا يبالون بفوات أدناهما، ويتوقفون عند الحيرة في التساوي، والتفاوت، فإن الطب كالشرع، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرء مفسدات المعاطب والأسقام،

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، (87). ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (89).

(2) الشنقيطي أحكام الجراحة الطبية، (100).

(3) الموافقات، (218/2-219).

(4) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، (78/1-79).

ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك، ولجلب ما أمكن جلبه من ذلك... والذي وضع الشرع، هو الذي وضع الطب، فإن كل واحد منهما، موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفسدهم» (1).

الفرع الرابع: أساس الإباحة

شهدت هذه المسألة، خلافا شرعيا وقانونيا، تجلّى في تعدّد الآراء في كلا النظامين، يمكن بيانه فيما يلي:

البند الأول: في الشريعة الإسلامية.

تباينت وجهات نظر الفقهاء، في تأسيس الإباحة، إلى ثلاثة آراء، تجتمع في فكرة مشتركة، هي تحقّق الإذن (2)، ثم اختلفوا في أسس أخرى، تتوافر مع هذا الوصف، على النحو التالي:

• **الرأي الأول:** وإليه ذهب الشافعية (3)، والحنابلة (4)، حيث قالوا: أن ذلك يعود إلى الإذن الخاص من المريض، إن كان أهلا، أو وليه إن كان قاصرا، إضافة إلى استهداف العلاج، أي أن يكون مقصد الطبيب، صلاح المريض وذلك بصيانة صحته (5).

* وهذا الرأي محل انتقاد، كونه لا يحيط بتبرير سلوك الطبيب إذا رضي المريض بجراحة غير لازمة، فهو يسقط ويبرر حق الفرد وحده، ويبقى حق الله (6).

(1) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، (04/1).

(2) على اختلاف بينهم في تحديد هذا الإذن، هل هو خاص؟ أي أن يكون مصدره المريض، أم هو عام؟ من قبل الشارع

(3) الرملي، لمهجة المحتاج، (35/8).

(4) ابن قدامة، المغني، (327/8).

(5) لعل إضافة هذا الضابط حتى لا يدعى عدم مساءلة الطبيب، إن انتفى لديه قصد العلاج، وهذا فعلا ما جعل الأستاذ: أحمد إبراهيم يقول أن لا قصاص على من جرح أو قتل غيره بطلب منه.

انظر في عرض هذا الانتقاد: أحمد محمد إبراهيم، "مسؤولية الأطباء"، (820).

(6) ذلك أن سلامة الفرد في جسده حق مشترك بين العبد وربّه، فإن جاز تنازل الأول، بقي حق الله، الذي لا يباح إلا بإباحة جلّ وعلا، وهذا ما يعبر عنه القانونيون بالحق الاجتماعي.

• **الرأي الثاني :** وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة⁽¹⁾، إذ يؤسس الإباحة على الضرورة الاجتماعية⁽²⁾، المتمثلة في حاجة المجتمع إلى هذا النشاط، زيادة على رضا المريض أو من يمثله⁽³⁾. وهذا الرأي محل انتقاد أيضاً، إذ الحاجة غير كافية للتبرير، فلو كانت كل حاجة تبيح نشاطاً إجرامياً، لآدى ذلك إلى الفوضى، إلا إذا قلنا بأن يخضع ذلك إلى تقرير الشارع وهذا هو المقصود فعلاً من تقرير الأحفاف، ولكننا نفضل أن ينص صراحة على إذن الشارع منعاً للبس.

• **الرأي الثالث :** وإليه ذهب المالكية⁽⁴⁾، حيث أسسوا الإباحة على الإذن العام متمثلاً في الترخيص من ولي الأمر، أو الحاكم⁽⁵⁾، وكذا الإذن الخاص من صاحب الشأن، والذي يعتبر -الإذن- العامل المباشر لانطلاق نشاط الطبيب⁽⁶⁾.
والخلاصة : أن مدار الأساس عند أهل الشريعة على توافر الإذن، لأهميته رفعا لمسؤولية الطبيب، الذي تدعو الحاجة إلى ممارسة نشاطه، سعياً لمصلحة المريض .

البند الثاني : أساس الإباحة في القانون.

تعددت آراء القانونيين، شأنهم في ذلك شأن الشرعيين:

(1) الكسائي، بدائع الصانع، (305/7).

(2) ليس المقصود بالضرورة ما استقر عليه أهل القانون من ألها مانع للعقاب، إذ يفسرها ما بعدها، وهو حاجة المجتمع.

(3) أبو زهرة، «مسؤولية الأطباء في الفقه الإسلامي»، مجلة: لواء الإسلام، القاهرة : العدد الثاني، السنة الثانية، (شعبان 1368 هـ - مايو 1949م)، (53).

(4) الخطاب، مواهب الجليل، (321/6). القراقي، الدخيرة، (257/12).

(5) وهو ما يقابل ترخيص وزارة الصحة في عصرنا.

(6) انظر في عرض هذه الآراء: أبو زهرة، الجريمة، (458-459). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (521/1). أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (41...). عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، (60...).

الرأي الأول : رضا المريض أساس الإباحة.

يقصد بالرضا : أن يتنازل المريض عن حصانة جسمه، فتتفني بذلك صفة الاعتداء⁽¹⁾، وإليه مال الفقه والقضاء الإنجليزي، وبعض الشراح في ألمانيا⁽²⁾.

* وهذا الرأي منتفد من حيث :

- 1 - أن سلامة الجسم يجتمع فيها حقان: فردي وجماعي، فالفرد وإن رضي بالاعتداء على سلامته، فإنه لا يحق له أن يتنازل عن الحق الاجتماعي، في أن يعيش عنصرا فاعلا، قائما بوظائفه⁽³⁾.
- 2 - يؤدي إلى القول بإباحة بعض الأعمال، التي لا يمكن التسليم بها، كالإجهاض غير الشرعي، وإقامة التجارب الطبية، وبيع لبن الأدميات ونحو ذلك، مما هو محل جدل شرعا وقانونا⁽⁴⁾.
- 3 - أنه يعدم مسؤولية الطبيب، وإن لم يكن ماهرا، مادام المريض قد رضي بأن يعالجه.

الرأي الثاني : انتفاء القصد الجنائي أساس الإباحة.

ذلك أن إرادة الطبيب لم تنصرف إلى النيل من المريض، إيذاء، أو إضرارا وإنما قصد شفاؤه، أو على الأقل التخفيف من آلامه⁽⁵⁾.

* وهذا الأساس محمل نقد لأن أصحابه يخلطون بين القصد الجنائي، وشرف الباعث⁽⁶⁾، حيث يجعلون نبل الباعث، سببا لانتفاء القصد، والطبيب عندما يتصدى لمعالجة المريض، لاشك يتوافر لديه قصد إحداث الجرح أو الألم بصرف النظر عن نبل باعثه⁽⁷⁾.

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (115). رياض الخاني، «المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب بأعضاء الجسم البشري»، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، المجلد الرابع عشر، (مارس 1971م) (10). مروك نصر الدين، «زراعة الأعضاء البشرية، في القانون الجزائري والشرعة الإسلامية دراسة مقارنة»، (رسالة ماجستير، قسم: القانون الجنائي، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ابن عكون الجزائر، سنة 1992 - 1993م)، (30).

(2) انظر: أحمد محمد إبراهيم، "مسؤولية الأطباء"، (818). عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، (71). وانظر خلاف هذا الرأي: حسن صادق المرصفاوي، 4444، قواعد المسؤولية الجنائية، (114). رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام ومن التشريع العقابي، (503).

(3) محمود نجيب حسني، "الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكلفها له قانون العقوبات"، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة: العدد: الثالث السنة 29 (1959م)، (574). أسباب الإباحة، (116). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (220). رياض الخاني، «المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب بأعضاء الجسم البشري»، (10).

(4) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (220).

(5) رياض الخاني، "المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب بأعضاء الجسم البشري"، (10).

(6) أحمد محمد إبراهيم، "مسؤولية الأطباء"، (818).

(7) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (219). محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (117). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية، (114).

ومن نتائج هذا الخلط:

- إباحة القتل بدافع الرحمة، وإجراء التجارب العلمية على إطلاقها، مادام الباعث دفع المعاناة، وخدمة الإنسانية⁽¹⁾.
- انتفاء مسؤولية من يباشر الطب بغير ترخيص، مادام يقصد شفاء المريض⁽²⁾.

الرأي الثالث : الترخيص القانوني أساس الإباحة.

هذا هو الرأي السائد فقها وقضاء، وإليه مال المشرع الجزائري⁽³⁾، ذلك أن الشارع، يثق في سلوك الطبيب، فيجيز له مباشرة ما يلائم عمله، وفقا للشروط، والقواعد، التي يحددها لهذه الطائفة، مما يسمح لهم بإتيان ما هو ضروري لمباشرتها، بعد حصولهم على الشهادة الدراسية اللازمة⁽⁴⁾. وبذلك يتضح أن الدرجة العلمية، التي يحصل عليها الطبيب، والتي تتأكد بالإجازة أو الترخيص، الممنوح من الجهة المختصة، أساس مباشرة العمل الطبي⁽⁵⁾، ومن لا يحصل على ذلك الترخيص يسأل عما يحدثه بالغير باعتباره معتديا، ولا يعفى من العقوبة إلا إذا قامت حالة الضرورة⁽⁶⁾.

النتيجة :

— أن كلا من النظامين، قد وسع أكثر من رأي، وقد كان التركيز عند الشرعيين على الإذن من المريض، رغبة في بيان أهميته، في حين نجد القانونيين قد تناولوه كشرط لازم وأكد⁽⁷⁾، مما يجعل النتيجة العملية واحدة، وهي أن الممارسة لا تعتبر إلا بوجود الإذن.

(1) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (219).

(2) أحمد محمد إبراهيم، "مسؤولية الأطباء"، (819).

(3) إذ ذلك مستنتج من نص المادة: (197) من قانون حماية الصحة وترقيتها، مؤرخ في: 27 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ: 17 فبراير 1985 م. الجريدة الرسمية، العدد: 08 السنة 22، تنص على ما يلي: «تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة...».

(4) تؤكد المادة السابقة على ضرورة توفر هذا الشرط ونصها: «...أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية، دكتور في الطب، أو جراح أسنان، أو صيدي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها».

(5) انظر: حندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، (831/5). محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، (356). حسن صادق المرصفاوي قواعد المسؤولية الجنائية، (114). محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (280).

(6) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، (311).

(7) انظر بيانه في الفرع الموالي بم (282...) من الرسالة.

- أن الرأي الراجح عند أهل الشريعة، هو نفسه الذي استقرّ عند القانونيين، ألا وهو وجود الترخيص بالعلاج من الجهة المختصة، ويضيف أهل الشريعة ترخيص المعنى بالأمر، وهو المريض، وفي ذلك ما يحمد للشريعة رغبة منها في صيانة أجساد الناس، كي لا تكون عرضة لانتهاك من لا يحسنون الصنعة.

الفرع الخامس : شروط الإباحة.

إذا كانت التشريعات قد استقرت على اعتبار ترخيص، أو إجازة القانون أساسا للإباحة فإن هذا الحق لا يمكن أن ينتج أثره إلا إذا تمّ النشاط وفق شروط محددة، لا يملك مزاول هذه المهنة أن يحدد عنها فما هي هذه الشروط ؟
جوابا عن ذلك أقول أن هذه الشروط يمكن أن تصنفها إلى ثلاثة أنواع:
أحدها : شكلي، أو تنظيمي، والآخر : موضوعي، والآخر : شخصي، وفيما يلي بيان لكل نوع منها .

البند الأول : الشرط الشكلي أو التنظيمي.

ويتنوع بدوره إلى نوعين :

- الأول : يتعلّق بصفة المعالج، وهو الطبيب، والآخر : يرتبط بصفة المعالج، وهو المريض. وسوف نتناول كل واحد منهما بادئين بالشريعة الإسلامية معرجين بعد ذلك على القانون.

أولا : صفة المعالج :

1 - في الشريعة الإسلامية :

يعبر الفقهاء عن هذا الشرط، بأن يكون الطبيب ذا حق في صناعته، بصيرا عارفا بها⁽¹⁾.
والطبيب الحاذق: « من أعطى الصناعة حقها، وبذل غاية جهده، ولم يحصل منه تقصير في الاجتهاد، والبحث »⁽²⁾.
يقول ابن القيم : « وإن كان الخائن عارفا بالصناعة، وختن المولود في الزمن الذي يختن فيه مثله، وأعطى الصناعة حقها، لم يضمن سراية الجرح اتفاقا »⁽³⁾.

(1) ابن قدامة، المغني، (5/538). ابن القيم، الطب النبوي، (135...).

(2) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (56).

(3) تحفة المودود بأحكام المولود، (153). الطب النبوي، (135).

ويحصل ذلك بتعلم هذا الفن، إحاطة بالأمراض، وعللها، والأدوية، وطريقة الحصول عليها، ثم سعيًا لأخذ الخبرة بالممارسة، والتطبيق المستمر.

وقد أصبح المعمول به حالياً، عدم إجازة عمل الطبيب، إلا بعد تدريبه وتمرسه تحت إشراف متخصصين من ذوي الخبرة⁽¹⁾، فهل سار فقهاؤنا على هذا النسق؟.

استنكر هذا الفرض بعضهم⁽²⁾، غير أن التاريخ يؤكد لنا خلاف هذا المزعم، إذ استدل قديماً على حذق الطبيب، باستفاضة إصابته، أو أن يشهد له طبيبان من أهل الصناعة وذوي الحذق بتمكنه من فنه⁽³⁾، بل وأكثر من ذلك، فقد كان بعض الخلفاء يوقعون إجازة الطبيب، على موافقة كبير الأطباء، حيث يذكر التاريخ، أن الخليفة العباسي: "المقتدر" (تر 85) أمر طبيبه: "سنان بن ثابت" (تر 35) وقد كان كبير الأطباء في عهده - أمره أن يمتحن أطباء بغداد، ويمنح الأكفاء منهم إجازة المزاولة⁽⁴⁾.

وقد بلغ اهتمامهم بشأن الطبيب أن اشترطوا فيه أوصافاً، لا يقدر عليها غير عالم متمرّس من ذلك: علمه بالنفوس وأحوالها، وعلل الأرواح وطريقة علاجها⁽⁵⁾.

ولا أدلّ على معرفة المسلمين بالطب، علماء، وتمرساً، من تشعب نشاطاتهم، فقد عرفوا الجراح، والحجّام⁽⁶⁾، والفاصد⁽⁷⁾، والمجير⁽⁸⁾، كما عرفو طبيب الناس وطبيب الحيوان. ففي أي نظام يمكن أن نجد مثل هذا الاهتمام، وهذه العناية؟.

(1) الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، (114...). عبد الفتاح مصطفى الصيّفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (374).

(2) أحمد محمد إبراهيم: "مسؤولية الأطباء"، (818).

(3) محمد علي النجّار، "مسؤولية الأطباء"، مجلة: الأزهر، القاهرة: (المجلد 20، محرّم 1368هـ)، (50). بتصرف.

(4) محمد علي النجّار، "مسؤولية الأطباء"، (50-51). وانظر: عبد العزيز المراغي، "مسؤولية الأطباء"، مجلة: الأزهر، القاهرة: (السنة 20، 1368هـ)، (207).

(5) ابن القيم، زاد المعاد، (110/3). الطب النبوي. (139). إذ يقول: «أن يكون له خبرة، باعتلال القلوب، والأرواح، وأدويتها، وذلك أصل عظيم في علاج الأبدان، فإن انفعال البدن، وطبيعته عن النفس والقلب أمر مشهود، والطبيب إذ كان عارفاً بأمراض القلوب، والروح وعلاجهما كان هو الطبيب الكامل».

(6) الحجّام: من يمتحن الحمامة، وهي مص الدم الزائد من مؤخرة الرأس. ابن منظور، لسان العرب، (790/2) مادة: حجم.

(7) الفاصد: من يأتي فعل الفصد، وهو شق العرق لإخراج الدم. المصدر نفسه، (3420/5)، مادة: فصد.

(8) المجير: الذي يجير العظام المكسورة. المصدر نفسه، (536/1)، مادة: جبر.

2 - صفة المعالج في القانون :

إن من يتصدى للعمل الطبي، يجب أن يكون حاصلاً على الدرجة العلمية في تخصصه⁽¹⁾، إضافة إلى الترخيص الذي تكون الغاية منه، التثبت من استيفاء المعالج الشروط التنظيمية اللازمة لذلك⁽²⁾، « حيث أن القانون لا يثق في غير من رخص لهم بالعلاج، إذ هم في تقديره، الذين يستطيعون القيام بعمل طبي يطابق الأصول العلمية، ويتجه في ذاتة إلى شفاء المريض»⁽³⁾.
والترخيص من حيث مجاله، قد يكون عاماً لممارسة جميع الأعمال الطبية، وقد يكون خاصاً ببعض التخصصات، كجراحة، أو توليد، أو إجراء أشعة، وهنا لا تشمل الممارسة إلا حدود الترخيص⁽⁴⁾.

النتيجة :

يتمثل النظامان: الشرعي والقانوني في اشتراط علم الطبيب، وإجازته، غير أن القوانين لا تستند في إباحة عمل الطبيب على شهادته بقدر ما تستند إلى الترخيص⁽⁵⁾، زيادة في الحرص وانتقاء لأحسن العناصر، نظراً لتضاحم عدد الأطباء، الذين لو فتح لهم المجال من غير تنظيم لعمت الفوضى.

ثانياً : إذن المريض (رضاه)

1 - في الشريعة الإسلامية :

(أ) مدلوله :

ويتمثل في: إيجاب صادر من المريض، أو من ينوب عنه في بعض الحالات، وقد اصطلح القانونيون على تسميته بالرضا، في حين يعبر عنه أهل الشريعة بالإذن⁽⁶⁾، وهو من أهم الشروط

(1) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، (309).

(2) خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (222). عبد الفتاح خضر النظام الجنائي، (224).

وشروط الترخيص مستفاد صراحة من نص المادة: (197) من قانون حماية الصحة وترقيتها، (مورخ في: 27 جمادى الأولى 1405 هـ، الموافق لـ: 17 فبراير 1985 م) الصادر بالجريدة الرسمية، العدد: 08 السنة 22 حيث جاء فيها: «توقف ممارسة مهنة الطبيب، والصيلى، وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة...».

(3) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (119-120). شرح قانون العقوبات القسم العام، (174).

(4) عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، (225). تحمين درويش، "استعمال الحق كسب للثبرير" في القانون الجنائي، (أطروحة لنيل: دكتوراه دولة في القانون الجنائي، معهد: العلوم القانونية والإدارة، جامعة الجزائر، سنة: 1985 م)، (272).

(5) محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، مجلة: القانون والإقتصاد، مصر: العدد الأول، (السنة: 18، مارس 1948 م)، (282).

(6) وهو أولى وأجدر، إذ يعتبر الصورة الواضحة، بالقول، أو الفعل، أو الإقرار لذلك الرضا الضمني للمريض.

وأوكدها⁽¹⁾، إذ يعتبر تطبيقاً عملياً لمبدأ الحصانة، المقررة لجسم الإنسان، إذ من غير المتصور أن يرغم شخص على الخضوع للعلاج دون إذن معتبر⁽²⁾، ذلك أن العلاقة بين الطبيب، والمريض تقوم في جوهرها على الثقة المتبادلة، وهي من أهم العوامل المساعدة على الشفاء⁽³⁾، وقد تضافرت عباراتهم لتحمل صورة الإجماع في وجوب تحقق هذا الشرط⁽⁴⁾.

ب) جهة صدوره :

« إن العبرة بإذن المريض لا يشخصه بالذات »⁽⁵⁾، فقد يصدر من المريض مباشرة⁽⁶⁾، إذا كان حراً، بالغاً، عاقلاً⁽⁷⁾، أو من ينوب عنه إذا كان قاصراً، كعبد، أو سفيه، أو صبي، أو مجنون.
قال ابن قدامة: « إن ختن صبيًا بغير إذن وليه، أو قطع سلعة⁽⁸⁾ من إنسان بغير إذنه، أو من صبي بغير إذن وليه، فسرت جناية، ضمن، لأنه قطع غير مأذون فيه »⁽⁹⁾.
ويبرر البهوتي (تر11) ذلك بقوله: « لأن إتلاف جزء من الأدمي، محرّم في الأصل، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرراً، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك »⁽¹⁰⁾.

ج) حالات لا يشترط فيها الإذن :

إن التزام الطبيب، بالحصول على الإذن من المريض، أو وليه مطلوب في الحالات العادية، أما في الظروف الاستعجالية، كإسعاف مصاب، أو حدوث وباء، فالإذن قد يسقط⁽¹¹⁾، إن تعذر الحصول عليه،

(1) وقد لمسنا ذلك جلياً في تأسيس فقهاتنا عمل الطبيب على الرضا العام، أو الخاص . انظر: ص من الرسالة .

(2) عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، (231).

(3) أحمد محمد إبراهيم، "مسؤولية الأطباء"، مجلة: الأزهر، القاهرة: (السنة 19، محرم 1368هـ). (47).

وانظر قريبا منه: عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، (369).

(4) انظر: الشريبي، معني المحتاج، (202). الشافعي، الأم، (171/6). ابن القيم، الطب النبوي (135). زاد المعاد، (110/3-111). الخطاب،

مواهب الجليل، (321/6). الكاسي، بدائع الصنائع، (305/7).

(5) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (63).

(6) أبو زهرة، الجريمة، (458).

(7) محمد علي النجار، "مسؤولية الأطباء"، (51). الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، (244...).

(8) السلعة: "بكر السين، غدة بين اللحم و الجلد، تظهر في البدن كالجوزة وتكون في الرأس والبدن". ابن قدامة، المغني، (327/8).

(9) المغني، (538/5). وانظر مثلاً: الشيخ نظام وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، (357/5).

(10) كشاف القناع، (14/4).

(11) أحمد الخليلي، "المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي" مجلة: الملحق القضائي، المملكة المغربية (العدد: 25، أكتوبر 1992م)، (83).

لاقتضاء العرف ذلك⁽¹⁾، أو لإن الضرورات تبيح المحظورات⁽²⁾، أو عملاً بالمصلحة⁽³⁾، تحقيقاً لمقصد عظيم، بدفع هلاك، أو صيانة عضو من عاهة أو تشوه، أو حماية مجتمع مما قد يهدد صحته حال انتشار وباء، وقد ثبت عنه عليه السلام قوله: «فرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد»⁽⁴⁾.

وقوله عليه السلام: «من القرف التلف»⁽⁵⁾.

فقد أثبت عليه السلام إنتقال العدوى، وتأثيرها، ومادام الأمر كذلك وجب الاحتراز منها، دفعاً للضرر، فكان لزاماً أن تُحمى مصلحة المجتمع، بحمل الفرد على التطعيم، والتداوي تحملاً للضرر الخاص، دفعاً للضرر العام⁽⁶⁾.
من ثم نخلص إلى أن الإذن مطلوب في الأحوال العادية، غير أنه يسقط عند الضرورة، متمثلة في الحالات الإستثنائية.

(د) تخلف شرط الإذن :

يثور تساؤل كبير حول تحديد مسؤولية الطبيب إذا ما أغفل الحصول على رضا المريض أو من يمثله في الأحوال العادية، فكيف تكون مسؤولية ؟
اعتنى فقهاؤنا بهذه المسألة، فتحدثوا عن ضمان الطبيب⁽⁷⁾، وفي ذلك اهتمام ملموس بحرمة الأجساد، ردعا للمعتدين وأدعياء المهنة⁽⁸⁾.
وقد اختلف الفقهاء في تضمين الطبيب على ثلاثة مذاهب:

(1) إلى هذا التعليل مال ابن القيم إذ يقول في مبحث حريان العرف بحرى النطق: «ومنها لو استأجر غلاماً فوقعت الأكلة في طرفه، فتيقن أنه إن لم يقطعه سرت في نفسه فمات، جاز له قطعه، ولا ضمان» . إعلام الموقعين، (2/122).

(2) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (374). عبد العزيز الراغي، "مسؤولية الأطباء"، مجلة: الأزهر، القاهرة، (السنة 20، 1368هـ —)، (217).

(3) ابن حزم، المحلى، (444/10). وانظر في عرض الآراء السابقة: أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (50). الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، (262...). عبد العزيز الراغي، "مسؤولية الأطباء"، (690...).

(4) أخرجه البخاري، عن أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب: الطب، باب: الجذام، (231/7).

(5) أخرجه: أبوداود، كتاب: الطب، باب: في الطيرة، (345/2). أحمد في مسنده، 451/3. كلاهما عن: فروة بن مسيك.

(6) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (87).

(7) ابن فرحون، تبصرة الحكام، (244/2). ابن قدامة، المغني، (538/5). ابن حزم، المحلى، (444/10).

(8) انظر خلاف هذا الرأي: أحمد محمد إبراهيم، "مسؤولية الأطباء"، (48). إذ يقول: «ولم نجد في غير مذهب الشافعي تحديداً واضحاً لمعنى الضمان الواجب على الطبيب، إذا أجرى جراحة بغير رضا المريض أو وليه».

المذهب الأول : لا مسؤولية على الطبيب، ومن ثم فلا ضمان عليه.

وهذا الرأي انفرد به ابن القيم من الحنابلة، إذ يرى في صنيع الطبيب إحساناً، وما على المحسن من سبيل، مادام حاذقاً، وقد بذل عنايته، إذ يقول: «طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها، فقطع سلعته، من رجل أو صبي، أو مجنون بغير إذنه، أو إذن وليه، أو ختن صبياً بغير إذن وليه، فتلف قتل أصحابنا : يضمن لأنه تولد عن فعل غير مأذون فيه، وإن أذن له البالغ، أو ولي الصبي، أو المجنون، لم يضمن ويحتمل أن لا يضمن مطلقاً، لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل» (1).

فمناط الضمان عنده : «كون الفعل جاء على وجهه، أو لم يجر على وجهه، أو بذل غاية جهده، وهو ليس جهد المقل، بل جهد العالم الحاذق، فلا ضمان عليه، ولا على عاقلته» (2).

المذهب الثاني : وبه قال ابن حزم حيث، فرق بين حالتين:

- الحالة الأولى : فيما لو حقق الفعل مصلحة للمريض، بحيث وافق المطلوب فلا ضمان.

يقول : «فيمن قطع يداً فيها أكلة، أو قلع ضرساً وجعة، أو متأكلة... فينظر : فإن قامت بيته، أو علم الحاكم أن تلك اليد لا يرجى لها برؤ، فلا شيء على القاطع، وقد أحسن لأنه دواء» (3).

- الحالة الثانية : إذ لم يتبصر، فتسبب في أذى أكبر، وجب الضمان، متمثلاً في القود.

يقول : «وأما إذا كان يرجى للأكلة برئ، أو توقف، وكان الضرر يتوقف أحياناً، ولا يقطع شغله عن صلاته، ومصالح أموره، فعلى القاطع، والقالع القود، لأنه حينئذ معتد، وقد أمر الله تعالى بالقصاص في القود» (4).

المذهب الثالث : يعتبر الطبيب مسؤولاً فيضمن.

هذا رأي الجمهور، من أصحاب المذاهب الأربعة، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك حول المقصود بالضمان، هل هو القصاص، أم الدية ؟.

(1) ابن القيم، زاد المعاد، (128/3)، الطب النبوي، (137).

(2) أبو زهرة، "مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي"، مجلة لواء الإسلام، القاهرة، (السنة: 2، العدد: 12، شعبان 1368 هـ - مايو 1949 م)، (56-57).

والعاقل: من يحملون دية الخطأ، وهم عصابة الرجل، وقيل أهل نصرته. محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قني، معجم لغة الفقهاء، (301).

(3) ابن حزم، المحلى، (444/10).

(4) المصدر نفسه، الموضع نفسه.

فذهب الحنابلة⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، إلى أنه يقتصر منه.

ورأى الأحناف⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، وجوب الدية، لئلا يمتنع الأطباء عن ممارسة المهنة، خوفاً مما يلحقهم. والحققة أن الرأي الأخير يراعي الحاجة لعمل الطبيب، ويسعى لخدمة الإنسانية، تشجيعاً للأطباء على البذل والمثابرة، بعدم تحسيسهم بوجود سيف القصاص على رؤوسهم، وحفاظاً على حياة الإنسان وسلامته من الاعتداءات بإنجاب الدية، ضماناً للحقوق حتى لا تضيع هباء منثوراً، ومن ثم كان هو الرأي الراجح.

(2) - إذن المريض في القانون :

(أ) - مدلوله :

لا نزاع في لزوم هذا الشرط فقهاً، وقضاءً، إذ يكفل حماية الحصانة المقررة لجسم الإنسان وتتجلى أهمية الحصول عليه، كلما كان العلاج ينطوي على كثير من المخاطر⁽⁵⁾، من هنا كان له مدلول خاص، ينصرف مظهرها إلى: «الإيجاب الصادر من المريض للطبيب»⁽⁶⁾، والذي ينشأ عن حسن تبصر المريض بحالته.

(ب) - جهة صدوره:

تنص المادة: (44) من المرسوم التنفيذي رقم: 276/92⁽⁷⁾:

« يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي، على المريض، لموافقة المريض، موافقة حرة، ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص، المخولين منه، أو من القانون، وعلى الطبيب، أو جراح الأسنان، أن يقدم العلاج الضروري، إذا كان المريض في خطر، أو غير قادر على الإدلاء بموافقة ».

(1) ابن قدامة، المغني، (327/8).

(2) الشافعي، الأم، (117/6).

(3) أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، (بيروت: دار المعرفة، 1395هـ - 1975م)، (37/4).

(4) ابن رشد بداية المجتهد، (264/2).

وانظر لمزيد بيان في عرض هذه الآراء: أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (55-56). عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (50) عبد العزيز الراغي: "مسؤولية الأطباء"، (114...).

(5) محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية (القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر)، (33). منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1989م)، (89). وديع فرج، "مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية"، مجلة: القانون والاقتصاد، القاهرة: (السنة 12، العدد: 01، محرم 1362هـ - يناير 1942م)، (427).

(6) المرجع نفسه، بنفس الموضوع. ولعله يقصد بخصوصية الإيجاب ما لأهمية نشاط الطبيب، لارتباطه بجسم الإنسان، من هنا كان لزاماً أن يبصر المريض ويحيطه بمجانب مرضه، من غير إطلاعه على دقائق الفن، مع مراعاة حالة المريض النفسية.

وانظر: محمود نجيب حسني أسباب الإباحة، (121). رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، (503).

(7) مؤرخ في 05 محرم 1413هـ، الموافق لـ: 06 جويلية 1992م، يتضمن أخلاقيات المهنة الطبية. الجريدة الرسمية، العدد: 52.

وحسب هذه الفقرة فإن الرضا، قد يصدر عن المريض في الحالات العادية، إن كان بالغاً، عاقلاً، أو من ينوب عنه قانوناً، كولي النفس، أو الأقرب فالأقرب، ممن يتولون رعايته كزوج، أو أب، أو أخ، إن كان حاله لا يسمح بالتعبير عن إرادته، وهو ما يعرف بالحالات الاستثنائية⁽¹⁾.

ج - حالات لا يشترط فيها الإذن :

يتحقق ذلك، متى كان على الفرد الالتزام بالخضوع لعمل طبي، كالتطعيم، أو مكافحة وباء، أو فحوصات عسكرية⁽²⁾. كما قد تستدعي حالة الضرورة ذلك، وهذا محل إجماع فقها وقضاء، كأن كان المريض، في حالة غيبوبة، أو كانت الجراحة عاجلة⁽³⁾، وتعدّر الحصول على رضا من يمثله، أو طرأت أثناء عملية جراحية، ظروف تستدعي تغييراً في العلاج، أو أحداثاً لجراحة أخرى، كل ذلك يبيح الخروج عن الأصل العام في اشتراط الرضا، ذلك أن المريض لو كان في حالته العادية، لدفعته غريزة حبّ البقاء إلى الرضا بسلوك الطبيب⁽⁴⁾.

د - تخلف شرط الإذن (الرضا) :

ثار الخلاف بين القانونيين، حول تحمل الطبيب مسؤولية إهماله الحصول على إذن المريض، شأنهم في ذلك شأن الفقهاء، وقد انقسموا إلى رأيين:

• **الرأي الأول :** يرى أصحابه أن تخلف شرط من شروط الإباحة يعني انعدامها، مما يخضع الفعل إلى نصّ التجريم⁽⁵⁾، وتطبيقاً لذلك إذا باشر الطبيب علاجه دون الرضا التام للمريض، كان مسؤولاً مسؤولية عمدية، وإن كان مصحوباً بباعث نبيل، وحقّق فائدة المريض⁽⁶⁾.

(1) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (369). الجريمة والمجرم والجزاء، (224). معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط 4 (القاهرة: دار المشرق العربي، 1998م)، (292). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (222). محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (283). محمد حسنين المنصور، المسؤولية الطبية، (34).

(2) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، (370). الجريمة والمجرم والجزاء، (225). منير رياض حناء المسؤولية الجنائية للأطباء، (91).

(3) رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، (505). محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، (34).

(4) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (372....). معوض عبد التواب. الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، (298). ودبيع فرج، "مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية"، (228). سامي النصرأوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، (198). وانظر: المवाद: (44، 52، 154/2). من المرسوم التنفيذي رقم: 276/92 مؤرخ في: 05 محرم 1413هـ الموافق لـ: 06 جويلية 1992م، يتضمن أخلاقيات المهنة الطبية. الجريدة الرسمية، العدد: 52.

(5) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (223).

(6) وهذا الرأي مال إليه: محمود نجيب حسني، انظر المصدر نفسه الموضع نفسه. محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (286). منير رياض حناء، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدال، (92). معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل وإصابة الخطأ، (291).

وحجة أصحابه أن الطبيب، قد أخطأ في عدم الحصول على رضا المريض، مما يجعل عمله غير مشروع، بحسب الأصل، وهذا ما يعرضه للمساءلة عن جميع الأضرار، الناتجة عن هذا العمل، حتى وإن لم يخطئ في العلاج ذاته⁽¹⁾.

- النقد : وقد انتقد هذا الرأي، بأن فيه مغالاة في قيمة الرضا، خصوصا في إيجاب العلم التلم، بالحالة، وأخطار العلاج، وملابساته⁽²⁾.

• **الرأي الثاني :** وهو مستنتج من أحكام بعض المحاكم الفرنسية⁽³⁾، حيث رأت أن عدم الحصول على الرضا، إهمال⁽⁴⁾، وعدم احتياط⁽⁵⁾، وهذا غير كاف لتحمل الطبيب مسؤولية غير عمدية.

- النقد : وقد انتقده أصحاب الرأي الأول من حيث أنه: يستعبد رضا المريض كشرط أساسي لإباحة عمل الطبيب، مما يفتح المجال أمام أدعياء الطب، وحتى الأطباء، لإجراء مشرطهم في أجسام المرضى، من غير تحرّج، ومن ثم لا يمكن التساهل معهم، والإفما قيمة رضا المريض بالعلاج؟⁽⁶⁾.

والحقيقة أن الرأي الثاني، وإن كان لم يلق قبولا، وإقبالا كما لقيه الرأي الأول، فهو أولى وأجدر بالإتباع دفعا للأطباء إلى ممارسة المهنة، من غير خوف، أو تردد، ولا شك أن تحملهم تبعات أخرى، بعيدة عن المسؤولية العمدية تحسّسهم بأهمية الرضا، وضرورته، وهي كفيّله بردع أدعياء المهنة، وإشعار الأطباء الأكفاء، بأهمية الإذن، كل ما في الأمر، أننا نراعي خصوصية المهنة، والمخاطر، المحدقة بها، فنحاول تحقيق التناسب بين مصلحة المريض وطيبه.

النتيجة :

يتوافق النظامان في اعتبار شرط الرضا، عدا ما لمسته من اختلاف في تحديد مسؤولية الطبيب، عند تخلف هذا الشرط، ولا شك أن نظرية الشريعة أولى بالإتباع، تشجيعا للنشاط الطبي، لحاجة الناس إليه، وحفاظا على حقوق الأفراد، من أن تصبح أجسادهم عرضة للتجاوزات والإعتداءات.

(1) ودیع فرج، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (428). عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (377).

(2) انظر المرجعان نفساهما بنفس الموضعين.

(3) انظر : استئناف باريس، 12 مارس 1931 م، سري 1931 - 2 - 129. نقلا عن: محمود محمود مصطفى. "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، هامش: 1، (286).

(4) الإهمال : ترك الشيء بغير عناية، وعدم بذل ما يستحقه الشيء، من الاهتمام. محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنيي، معجم لغة الفقهاء، (96).

(5) الاحتياط : فعل ما يتمكن به من إزالة الشك، الأخذ بالأوثق من جميع الجهات. أبو البقاء، الكليات، (56).

(6) ودیع فرج، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (428). بتصرف.

البند الثاني : الشرط الموضوعي.

لكل مهنة أصول وقواعد، يلتزم بها أصحابها، ويخضعون لقواعدها إذ تعتبر طريقاً يسلكونه لحسن أداء وظائفهم، والطب علم قائم على أصول⁽¹⁾، لا يملك الطبيب الخروج عنها، وإلاّ عرض حياة المريض للخطر، لذلك كان النص عليها كشرط أساسي، وأكد، يعرض مخالفه للمساءلة، فما موفّق كل من الشريعة والقانون من هذا الشرط ٢.

- أولاً : مدلوله.**1 - في الشريعة الإسلامية :**

ونعني به « أن تكون أعمال الطبيب، أو الجراح، على وفق الرسم المعتاد »⁽²⁾، واقعة على نحو ما يفعله غيره من أهل الصنعة⁽³⁾، ويمثل الفقهاء لذلك بصيغة، سقطت من السطح، فانتفخ رأسها، فقال كثير من الجراحين: إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم: إن لم تشقوه اليوم تموت، وأنا أشقه وأبرئها فشقا فماتت بعد يوم أو يومين، فأفتى الفقيه محمد بن نجم الدين (تر 78)، بعدم ضمان الطبيب ما دام الشق بإذن، وكان معتاداً، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال قوله: « وكان معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم ، إذ سيّره وفق ما اعتاده الأطباء، وعدم خروجه عن المتعارف عليه يعدّ اتباعاً للأصول، كما يدلّ أيضاً على أنّه لا يخرج عن تحقيق هذا الشرط، أن يكون للطبيب، الحرية في اختيار نوع العلاج، مع إمكانية اجتهاده فيما يحتمل النقاش، وتختلف فيه الأفهام والأنظار »⁽⁵⁾.

وعلى ذلك فالقواعد: نظرية كانت أم عملية، ينبغي أن يلمّ بها الطبيب، وهي على نوعين:

- قواعد ثابتة، أقرت وتداولت في الجامعات، والمعاهد الطبية، ومراكز الاستطباب.

- نتائج طبية مستجدة، يتوصل إليها الباحثون، متى تحقّق فيها شرطان:

(1) كما لا تنكر، أنه علم دائم التطور، والتغير، فما يعتبر اليوم قاعدة، قد يكون غداً خطأ، ولكن مادام معترفاً به في حينه فهو من الأصول.

(2) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (49).

(3) بدلنا على ذلك قول الشافعي: « وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يخنن غلامه، أو يبيطر دابته، فتلّفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله، مما فيه الصلاح للمفعول به، عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله ممن أراد الصلاح، وكان عالماً به فهو ضامن ». الأم، (166/6).

(4) انظر المثال عند أحمد الخمرشي، "المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي"، (86). عبد العزيز الراعي، "مسؤولية الأطباء"، (212).

(5) انظر: أحمد محمد إبراهيم، "مسؤولية الأطباء"، (46). منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، (12). عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 55. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (49).

- أحدهما : أن تصدر من جهة طبية مختصة بالأبحاث و الدراسات.
- الثاني : شهادة أهل الخبرة بصلاحياتها للتطبيق⁽¹⁾.

وبذلك نخلص إلى نتيجة هي: أن الأصول لا تنحصر فيما هو ثابت مشتهر في حقبة معينة، بل تتناول الجديد مما أقره أهل الاختصاص⁽²⁾.

(2) - اتباع الأصول في القانون :

يقصد بهذا الشرط، أن الطبيب في عمله لا بد أن يسلك سائر القواعد، التي تفرضها أصول الخبرة⁽³⁾، وأحسن ما وفقت عليه في تعريفها أنها: «تلك القواعد العلمية، والفنية المستقرة، المتعارف عليها من قبل أهل هذا الفن من الأطباء، والتي يتعين على الطبيب الالتزام بها، وعدم الخروج عليها حين مزاوله عمله الطبي»⁽⁴⁾.

- فهي إذن أصول مستقرة، لا تقبل الجدل، ليست محلا للمناقشة⁽⁵⁾، كون الطب علم له قواعده التي يعرفها أهل الاختصاص، ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها⁽⁶⁾.

وقد يعترض بأن قواعد الطب دائمة التطور، فما هو حقيقة الآن قد يصبح خطأ بعد ذلك ؟. غير أن هذا الاعتراض لا أساس له، إذ ما من علم إلا ويكون له أصول ثابتة في فترة ما، لا يمكن الخروج عنها، وبعد حقبة، أو حقبات، يمكن أن يظهر من الجديد ما يلغي أو يضيف لما هو ثابت⁽⁷⁾، كما أنه لا ينافي القول باتباع الأصول والقواعد أن للطبيب: - حرية اختيار نوع العلاج المناسب للمريض، حسب استعداداته النفسية، والبيولوجية، وحسب قدره الطبيب ومهارته⁽⁸⁾.

(1) هاذان الشرطان أشار إليهما، أسامة عبد الله قايد في: المسؤولية الجنائية للأطباء، (160). نقلا عن الشنقيطي، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (473-474).

(2) الشنقيطي المرجع نفسه، (475-476).

(3) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، (311). عبود سراج، التشريع الجزائري المقارن، (253).

(4) موسى مسعود رحومة، "مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه في العلاج في القانون الليبي"، مجلة: الملحق القضائي، الرباط: العدد: 25 (أكتوبر 1992م). (109).

(5) السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (824/1).

(6) وديع فرج، "مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية"، (418). محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (301).

(7) وديع فرج، "مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية"، (419).

(8) معوض عبد التواب، الوسيط في جرائم القتل والإصابة الخطأ، (297). محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (301).

- إمكانية اتباعه علاجاً مستحدثاً، معترفاً به، أو طريقة هي محل نقاش، مادام ما ترجّح لديه لم يثبت علمياً خطؤه⁽¹⁾، إذ طبيعة هذا العلم تستدعي أن يكون للطبيب قدراً من الاستقلال في التقدير، لم يظهر جهلاً بما استقر من أصول، وقواعد هذا العلم⁽²⁾.

ثانياً : خطأ الطبيب وعلاقته باتباع الأصول.

استقر عرفاً، بل وفقها وقضاء أن الطبيب يلتزم ببذل العناية في عمله، لا بتحقيق غاية، إذ هو غير مقيد بشرط السلامة⁽³⁾، يظهر ذلك إذا ما بذل وسعه، واحتاط، وتبصر. فما موقف الشريعة، والقانون من الطبيب حالة عدم احتياطه، أو جهله بالقواعد المستقرة وتقصيره، في بذل العناية المطلوبة، بل الأولى أن نقول حال وقوعه في أخطاء؟.

1 - في الشريعة الإسلامية :

قرّر فقهاؤنا منع الطبيب الجاهل من مزاوله المهنة، دفعاً للضرر العام، فإن فعل، وقع فعله محرماً، ووجب عليه الضمان⁽⁴⁾، أمّا إذا كان حاذقاً، قائماً بعمله على أصوله، وحدثت سراية⁽⁵⁾، أو هلاك، فلا مسؤولية، إذ لا يتقيد عمله بشرط السلامة، هذا ما لم يقع منه خطأ، فإن حدث منه ذلك فهل يسأل؟.

رتب الفقهاء مسؤولية الطبيب عن خطئه، ولكنهم اختلفوا في نوع الخطأ الموجب للمسؤولية :

(أ) - تعريف الخطأ :

- لغة : ضدّ الصواب، قال الحرجاني: « هو ما ليس للإنسان فيه قصد »⁽⁶⁾.

- شرعاً : « وقوع الشيء على خلاف ما أريد »⁽⁷⁾.

(1) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، (312). محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، (23).

(2) محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، (359). عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (160).

(3) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (52-53). السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (522/1). والأصل هو ما أشرنا إليه، غير أنه ملزم بتحقيق الغاية، ولكنه في بعض الحالات يكون ملزماً بذلك كما في الأعمال المخيرية.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، (245/2). ابن القيم، الطب النبوي، (134).

(5) السراية: تجاوز العطب عما هو مقرر في الحد. محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، (243).

(6) التعريفات، (111).

(7) المصدر نفسه، الموضع نفسه.

وعلى ذلك فخطأ الطبيب أن تقع نتائج فعله خلاف ما أراد، بسبب قلّة احتياطاته، وتقصيره في بذل العناية المطلوبة.

(ب) - مسؤولية الطبيب عن أخطائه :

انقسم الفقهاء في ذلك إلى رأيين :

• الرأي الأول : لا يسأل الطبيب إلا عن خطئه الفاحش⁽¹⁾، وهو الذي لا تقرّه أصول الطب ولا يجوزّه أهل الاختصاص.

وقيل في تعريفه: «الخطأ الذي يقع عن إهمال كان يمكن الاحتياط منه، والحذر من النتائج ولم يفعل»⁽²⁾.

فسمة الخطأ الفاحش إذن، أن يشتمل الفعل على تقصير، وعدم احتياط، والذي يظهر من خلال تعبيرهم أنهم يقصدون الخطأ الظاهر الذي لا خلاف فيه.

وتعليل اعتبار الخطأ الفاحش على ما يظهر، مراعاة لمهنة الطب، وخصوصيتها، لقيامها على الاحتمال، و المخاطرة⁽³⁾، وخشية إقبال كاهل الأطباء بالضمانات فيمتنعون عن أداء مهنة لا غنى للمجتمع عنها⁽⁴⁾، أمّا القول بمساءلته، أي ضمانه، فإن المقصود بها الدية⁽⁵⁾.

• الرأي الثاني : لا ضمان أصلاً على الطبيب، وذلك لتولّد الخطأ عن فعل مباح وهو رواية ثانية عن الإمام مالك نقلها ابن رشد⁽⁶⁾.

(1) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (52). أبو زهرة، الجريمة، (460).

هذا تعبير فقهائنا المحدثين، استنتاجاً من نصوص الأقدمين الذين عبّروا عنه في نصوصهم بالتجاوز. انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، (244). الطحطاوي، حاشية الطحطاوي، (37/4). ابن قدامة، المغني، (538/8). الرملي، نهاية المحتاج، (35/8).

(2) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (54). عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (522/1). وقريباً منه: أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (54).

(3) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، (54).

(4) أبو زهرة، "مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي"، (54). الجريمة، (455).

(5) محمد علي النجار، "مسؤولية الأطباء"، (51).

وانظر خلاف هذا الرأي -اعتبار الخطأ الفاحش-: أحمد الخليلي، "المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي"، (85)، حيث يرى أن عبارات الفقهاء لا تحتل هذا التخييج، بل هم يقصدون مطلق الخطأ.

(6) بداية المجتهد، (264/2). وانظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، (243/2). القرافي، الذميرة، (257/12).

والخلاصة: أن الرأي الرَّاجح في الشريعة الإسلامية، مساءلة الطبيب عن خطئه الذي اصطُـلح عليه بالفاحش، وهو للظاهر الذي لا يحتمل نقاشاً فنياً، تختلف فيه الآراء، فسحا للمجال أمام المعالج، ليؤدي مهنته على أكمل صورة.

(2) - خطأ الطبيب في القانون :

لا خلاف عند القانونيين بشأن مساءلة الطبيب عن خطئه مسؤولية جنائية، ولكن الخلاف واقع، حول نوع الخطأ الذي يسأل عنه، فما موقفهم من ذلك ؟.

(أ) - تعريف الخطأ الطبي :

لم تعن التشريعات، ومنها الجزائرية بتعريف الخطأ الطبي، تاركة الفرصة للفقهاء، للإدلاء بدلوهم ومما وقفت عليه قولهم: « تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول »⁽¹⁾، أو هو « الإخلال، أو الخروج على القواعد، والأصول الثابتة، المعترف بها في مهنة الطب »⁽²⁾.

فالخطأ إذن يتحقق: بوجود التقصير في أداء الواجب، بالخروج عن القواعد المستقرة فإن وقع ذلك فكيف تكون مساءلة الطبيب.

هذا ما سنعرفه في العنصر الموالي.

(ب) - مسؤولية الطبيب عن أخطائه :

تعددت آراء القانونيين إلى ثلاثة هي:

● الرأي الأول : إعفاء الطبيب تماماً من أي مسؤولية.

ونحن إن أوردنا هذا الرأي فمن باب إحقاق الحق تاريخياً، ذلك أن الفقه، والقضاء قد استقرا على نبذه فلم يعد هناك مجال للأخذ به.

* وقد تمثلت حجة أصحابه في:

- كفاءة الطبيب: يتضح ذلك من خلال الشهادة التي يتحصل عليها، والتي أكدها الترخيص الذي منحه له.

- تحمّل المريض تبعات سوء اختياره للطبيب غير الماهر.

(1) محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (3000). وديع فرج، "مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية"، (397).

وانظر: محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، (15).

(2) موسى مسعود رحومة، "مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه في العلاج في القانون الليبي"، (109).

- حصول الخطأ الطبي أمر طبيعي، واقع بسبب التطور المستمر، لعلم الطب، لذلك لزم أن يترك للطبيب الحرية في مباشرة العلاج الأصلح، دفعا للجمود، وتشجيعا على تطور المهنة⁽¹⁾.

النقد : وهذا الرأي يدحض من أساسه.

- بتخلي الفقه، والقضاء عنه، مما يؤكد عدم صلاحيته.

- إن الشهادة والترخيص، إنما جعلاً لتمكين الطبيب من مباشرة عمله بصفة قانونية، ولم يكونا أبداً سيفا على رقاب المرضى، ليفعل بهم الأطباء ما شاءوا.

- إن القول بتحمل المريض تبعات اختياره تعسف، وظلم، إذ يؤدي إلى تمادي المسيئين في التصرف بأجساد المرضى، مما يضر بالفرد والمجتمع.

- لا نسلم أن الطب علم غير ثابت، صحيح أنه قابل للتطور، إلا أنه لا تخلو حقبة من قواعد، وأصول تتداول، ولفترات طويلة من غير تفسير، فخلالها لا يملك الطبيب الخروج عنها وإلا عدّ مخطئاً، فإن ثبت عدم صلاحيتها بعد ذلك، استقر غيرها من القواعد التي يجب التزامها.

• الرأي الثاني : يسأل الطبيب عن أخطائه، غير أن أصحابه انقسموا إلى فريقين:

- الفريق الأول : مايز أصحاب هذا الرأي بين الخطأ بنوعيه: المادي -العادي- والذي يصدر عن الطبيب بصفته رجلاً عادياً، والخطأ الفني -المهني-، والذي يصدر عنه في مباشرة المهنة كطبيب⁽²⁾.

ويعرّف الخطأ المادي بأنه: « الخارج عن الطب، أي الذي لا يخضع للخلافات الفنية، ولا يتصل بسبب بالأصول العلاجية المعترف بها »⁽³⁾.

فهو إذن ما أخلّ بالقواعد، والواجبات العامة، التي يلزمها الناس كافة، ومنهم أهل الاختصاص، كامتناع الطبيب في مركز المحتكر -المستشفى الحكومي- عن علاج مريض دون مبرر، أو أن يجري عملية جراحية وهو سكران، أو عاجزاً صحياً⁽⁴⁾.

(1) معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، (285-286). منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدال، (38).

(2) محمود محمود مصطفى، « مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية »، (292-293). محمد هشام القاسم، «الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية»، مجلة: الحقوق و الشريعة، الكويت: العدد الأول، (السنة: 03)، ربيع الآخر 1399 هـ - مارس 1979م، (08).

(3) يرجع هذا التقسيم إلى الفقيه: "دمولومب"، حيث أراد التوفيق بين دعاة عدم المسؤولية ومعارضهم. انظر: محمد حسين منصور المسؤولية الطبية، (16). منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدال، (40). سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول: الأحكام العامة، أركان المسؤولية، الضرر والخطأ والسببية، (1971م، 373).

(4) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدال، (41). رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، (180).

(4) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (127).

أما الخطأ الفني -المهني-، فهو الرّاجع إلى أصول الفن، حيث يتمثّل في: «إخلال بواجب خاصّ، مفروض على فئة محدودة من النّاس، ينتسبون إلى مهنة معيّنة كالأطباء والمهندسين، والمحامين، والقضاة، وغيرهم» (1).

ومن ثمّ فإنّ الطبيب يسأل عن خطئته المادي دون الفني.

* حجة هذا الرأي تتقارب مع الحجج التي ساقها نفاة مسؤولية الطبيب، من حيث أن:

- علم الطبيب يجعله محلّ ثقة، مع إمكانية رقابة الرأي العام.
- أهميّة فتح المجال أمام الطبيب لمواكبه النظريّات الحديثة إذا صحّت، وإلا أدّى إخضاعهم للمساءلة إلى قتل روح المبادرة (2).

النقد : والجواب عن هذه الحجج يحملها الكلام، الذي ساقوه.

- فرقابة الرأي العام فكرة خيالية، لا يمكن أن تجد تطبيقها على أرض الواقع.
- إن الثقة الممنوحة للطبيب هي أساس التعامل، ولكنها غير كافية، فكان لزاما اتخاذ التدابير، الكفيلة بردع من يسيئون استعمال هذه الثقة، إذ لا أحد ينكر وجود من لا يحسنون، بل ويسيّئون إلى مهنتهم في كل تخصص، فعلى أي أساس نمايز بين الطبيب وغيره؟
- لا أحد ينكر أهميّة فتح المجال أمام الطبيب للإبداع والاجتهاد، لكن ليس بهذه الصورة، لما في ذلك من إهدار حياة الأفراد، وتضييع لحقوقهم، فهل يتصور أن ينقلب ما هو وسيلة بناء، وإصلاح إلى وسيلة هدم وإفساد (3).
- إن التفرقة المطروحة ليس لها ما يبررها، أو يساندها قانونا (4).

الفريق الثاني : وأصحابه قالوا أن: الخطأ المطلق أساس مسؤولية الطبيب.

عرفنا من خلال الرأي السابق، أن الخطأ المادي لا يثير خلافا في مساءلة الطبيب، بقي الخطأ الفني -المهني- يسيل حبرا كثيرا، حيث رأى هذا الفريق، أن الطبيب يسأل عن الخطأ الفني، تماما كما يسأل عن خطئته المادي، غير أنهم اختلفوا بعد ذلك في تحديد نوع الخطأ الفني الذي يسأل عنه، فانقسموا إلى قسمين:

(1) محمد عوض، جرائم الأشخاص، (60). نقلا عن منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية الأطباء والصيادلة، (44).

(2) محمود نجيب حسني، (127).

(3) عبد الفتاح حضر، النظام الجنائي، (223-224).

(4) محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (297). السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (823/1). سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، (374). موسى مسعود رحومة، "مسؤولية الطبيب حيالة الناشئة عن خطئته في العلاج"، (104-105).

* القسم الأول : قال بمساءلة الطبيب عن الخطأ الجسيم دون اليسير⁽¹⁾.

والخطأ الجسيم هو: «الناشئ عن جهل فاضح بالمبادئ الأساسية في علم الطب، أو عن غش، أو عن مخالفة القواعد السليمة المنفق عليها، أو عن إغفال أكيد لواجبات المهنة»⁽²⁾.

أما الخطأ اليسير⁽³⁾، فهو الذي لا يتوقع فيه المخطئ نتيجة نشاطه، مع قدرة الطبيب العادي في نفس ظروفه من توقعها وتفاديها⁽⁴⁾.

* وحجتهم ترجع في بعضها إلى ما ذكرناه سابقا من:

• وجوب وضع الثقة في الطبيب وتمكينه من مساندة الجديد، فلو تتبعنا كل هفوة، أثر الطبيب الإحجام ساعة الخطر، جزعا من العقاب⁽⁵⁾.

• إن الأخذ بغير هذا المعيار، يؤدي إلى إقحام القاضي في مناقشات طبية دقيقة، يصعب على القاضي الوقوف على رأى سليم فيها⁽⁶⁾.

* الرد: أما الحجة الأولى: فقد سبق الرد عليها⁽⁷⁾، وأما الثانية: فمن الواضح أن أصحاب هذا الرأي لم يقصدوا من إقحام القضاء، سوى منع القاضي من تقدير النظريات الطبية، إذ لا أساس لهذه المخاوف، فليس الطب وحده مجالا لوقوع الأخطاء، فهناك فنون أخرى تضارعه تعقيدا، ودقة، كالهندسة مثلا، يعرض أمرها على القضاء ليفصل فيها، وقد وفق في ذلك أيما توفيق بفضل انتداب خبراء يتولون ذلك، فعلى أي أساس يكون التمييز بين الأطباء وغيرهم؟⁽⁸⁾.

(1) ومن أنصاره: رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، (187-188). السيّة في القانون الجنائي، (280-281). عمود إبراهيم إسماعيل، القسم العام من القانون العقابي، (48). مصطفى القللي، المسؤولية الجنائية، (227-228). نقلا عن: منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، (46). هامش: (03).

(2) المرجع نفسه، (46). هامش: (01).

(3) ويسمى أيضا بالسيط، أو غير الواعي، أو دون تبصر.

(4) منير رصاص حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، (26).

(5) محمد هشام القاسم، "الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية"، (10).

(6) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (128). منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، (45).

(7) راجع (294) من الرسالة.

(8) محمود محمود مصطفى "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية". (297). موسى مسعود رحومة، "مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه".

(106).

* القسم الثاني : قال بعدم التفرقة بين الخطأ الجسيم، واليسير .

وبهذا الرأي أخذ الجانب الأكبر من شراح القانون، ومالت إليه أحكام المحاكم، وبالأخص الحديث منها⁽¹⁾، فترجّح العمل به.

* وحجتهم في ذلك ما يلي:

- صعوبة التفرقة بين الخطئين: الجسيم واليسير، إذ « ليس ثمة ضابط واضح يعتمد عليه ممّا يخشى أن ينتهي بها الأمر إلى تحكم لا تضبطه قواعد القانون»⁽²⁾.
- أن هذه التفرقة ليس لها أي سند قانوني، بل هو يعتقّ وحدة الخطأ.
- إنّ مؤاخذة الطبيب عن خطئه اليسير، ليس معناها الحكم عليه بمجرد الشك، بل لابد أن يثبت الخطأ بصورة قاطعة، حاسمة، فلا يدخل في نطاقه ما يختلف فيه الأطباء وكذا الطرق الفنية الحديثة، والنظريات المبتكرة⁽³⁾.
- علينا أن نأخذ بعين الاعتبار مصلحة حماية المرضى، من مشرط المهلين، والمتهاونين، عوض الاعتداد بمصلحة الطبيب في إعطائه حرية المبادرة خوفا من الإحجام.

النتيجة :

لقد كان الخلاف على أشده عند القانونيين، حيث تعددت الآراء، وتباينت الحجج، إلى أن استقرت عمليا على اعتبار الخطأ المطلق، تجنبا للمناقشات في المحاكم، وأخذا بمصلحة المريض، في الحفاظ على حياته، تحقيقا لمصلحة الجماعة، في حين استقرّ الرأي عند أهل الشريعة على اعتبار الخطأ الفاحش، أي الجسيم، ترجيحاً لمصلحة الطبيب، ولعل ذلك راجع لحاجة الناس إلى مهنته خوفا من امتناع الأطباء عن مزاولة واجب كفائي، اعتباراً منهم أن مصلحة المريض تصان بحسن اختيار الطبيب الحاذق.

1 - محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (129). محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (296-297). موسى مسعود رحومة، "مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه"، (107). سليمان مرقس، المسؤولية الجنائية للطبيب، (274-175). السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (548/1). محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، (20). وهذا الذي سار عليه المشرع الجزائري. يدلّ على ذلك، نص المادة: (239) من القانون رقم: 17/90، المؤرخ في: 09 محرم 1411هـ، الموافق لـ: 31 مايو 1990، المعدّل والمتعم للقانون رقم: 85-05، المؤرخ في: 16 فبراير 1985 م، والمتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، ونصّها: "إذا لم يتسبّب الخطأ المهني في أيّ ضرر يكفي بتطبيق العقوبات التأديبية".

2 - محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (128).

3 - محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية"، (297). موسى مسعود رحومة، "مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه"، (106-107). رؤوف عبيد جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، (183).

البند الثالث : الشرط الشخصي.

إنّ هذا الشرط هو تطبيق عملي للشرط الأساسي لاستعمال أي حق ألا وهو حسن النية، ونعني به انصراف المعالج إلى شفاء المريض، وهو ما اصطلح عليه بـ: قصد العلاج.

- أولا : في الشريعة الإسلامية.

يفترض أن الطبيب يؤدي عمله حفاظا على مصلحة المريض⁽¹⁾، بغرض شفائه، أو تخفيف ألمه، أي بحسن نية⁽²⁾، نلمس ذلك جليا من تأسيس الشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، إباحة عمل الطبيب على استهداف قصد العلاج، وصيانة صحة المريض، وقد عبّر الشافعي عنه، بقصد الصلاح، حيث قال: «وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يبيطر دابته، فتلقوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة، فلا ضمان عليه»⁽⁵⁾. وقال أيضا «...أو يأمر أبو الصبي، وسيّد المملوك الحجام أن يختنه، فيموت من شيء من هذا، فلا عقل، ولا مأخوذ به - لا مسؤولية-، إن حسنت نيّته إن شاء الله تعالى»⁽⁶⁾. فإن قصد خلاف ذلك كإجراء تجربة، أو قطع عضو تهرّباً من الجهاد، حقّت عليه المساءلة الجنائية والمدنية⁽⁷⁾.

(1) يقول العزّ بن عبد السلام: «وأما مالا يمكن تحصيل مصلحته إلا بإفساد بعضه، كقطع اليد المتأكلة، حفظاً للروح، إذا كان الغالب السلامة فإنّه يجوز قطعها». قواعد الأحكام، (1/78-79). وانظر: الشاطبي، الوافقات، (2/49). (218/2-219).

(2) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، (63).

(3) الرملي، لمّية المحتاج، (8/35).

(4) ابن قدامة المغني، (8/327).

(5) الأم، (6/1336).

(6) الأم، (6/171).

(7) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (1/522). عبد السلام التونجي المسؤولية المدنية للطبيب، (63). عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، (376).

ثانياً : الشرط الشخصي في القانون.

ويقصد به، اتجاه إرادة الطبيب إلى الغاية التي وضع هذا النشاط لأجلها، ألا وهي الشفاء، أو تخفيف الألم، أو الوقاية من وباء...⁽¹⁾.

وبناء على ذلك يكون الطبيب متعدياً، إذا استهدف إزهاق روح المريض، مهما كان الدافع، انتقاماً، أو شفقة، أو إجراء تجارب، فلا عبرة هنا بنبل الباعث، أو شرف الغاية، أو رضا المريض، وإن كان لهما الأثر لدى القاضي في تقدير العقاب⁽²⁾.

النتيجة :

يتوافق كل من الشريعة والقانون في اشتراط حسن النية، وفي مساءلة الطبيب جنائياً ومدنياً عند عدم توافر هذا الشرط.

(1) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، (122-123). محمد حسنين منصور المسؤولية الطبية، (53). يؤكد لنا هذه الوجهة نص المادة: (3) من قانون حماية الصحة وترقيتها. مؤرخ في: 27 جمادى الأولى، 1405هـ، الموافق لـ 17 فبراير 1985م الجريدة الرسمية، العدد: 08، السنة: 22، حيث نصت على ما يلي: "ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة، إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والأخطار، وتحسين طرق المعيشة والعمل...".

وتنص المادة: (7)، من مدونة أخلاقيات الطب على: "تتضمن رسالة الطبيب، والجراح في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد، وكرامته الإنسانية، دون تمييز من حيث الجنس، والسن، والعرف، والدين".

(2) انظر في بيان هذا الشرط: محمود محمود مصطفى، "مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية"، (287). شرح قانون العقوبات القسم العام، (181). محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، (55...). خلود سامي عزارة، النظرية العامة للإباحة، (223-224). عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، (227-228). محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائي، (357-358). عبد القادر التهجوي، قانون العقوبات القسم العام، (160). حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية، (118). عبود سراج، التشريع الجزائي المقارن، (253).

وانظر خلاف هذا الرأي، أي في عدم لزوم هذا الشرط: رمسيس بهنام، الجريمة والجرح والجزاء، (229). النظرية العامة للقانون الجنائي، (376...).

الخاتمة:

بعد هذه المسيرة من البحث التي جال فيها النظر وتقل في ساحات منهج الشارع، أصل إلى جمع النتائج الجزئية التي أوجزها فيما يلي:

1. النظام الإسلامي إلهي المصدر، بشري التطبيق، فهو لا يدعو إلى مبادئ مثالية، لأنه اليسر في التطبيق من غير مشقة ولا عنت، وقد أظهرت المقارنات البسيطة التي أجريتها سبق النظام وتفوقه في تناول شتى المسائل التي نظمها التشريعات الوضعية، ثم إن كليهما يتقارب في كثير من المسائل الأساسية التي تؤكد أصالة المنهج الإسلامي الذي يرتقي به المشرع الوضعي كلما سار إلى تطبيق أحكام الشريعة واستمد نصوصه منها، كما أن التعارض الحاصل بين النظامين ليس تعارضا كاملا يقتضي قلب النظام القانوني بحذايره، فهو تعارض محدود النطاق فقد لمست كثيرا من الأحكام لا تخالف نصوص شريعتنا وإن لم تكن مستمدة منها مباشرة.
2. أسباب الإباحة وإن لم تبحث كنظرية مستقلة قائمة بذاتها في الفقه الجنائي الإسلامي إلا أنها قد عولجت كمسائل وجزئيات متفرقة، ومن هذه الفروع والجزئيات يمكن صياغة أحكامها في موضوع متماسك يحكمه منطق قانوني منظم، وهذا ما حاول هذا البحث الوصول إليه علما أن النظريات أسلوب حديث، وإذا كان المشرع الوضعي له فضل السبق في نهج أسلوب النظريات، فإن الفقه الإسلامي غني بالحلول العملية لصياغة نظريات تماثل بل تفوق اجتهاداته، ولذلك كانت هذه الدراسة لبنة لصياغة نظرية أسباب الإباحة.
3. الإباحة في القانون المدني أوسع منها في الفقه الإسلامي، ثم إن فقهاءنا لم يفرقوا بين الإباحين الأصلية والطارئة وإن كانوا يستعملون الأولى لما لم يرد فيه حكم شرعي، في حين لم يوقفوا على مصطلح الإباحة الطارئة وإن عرفوا مدلوله إذ يذكرونه فيما يقابل الإباحة الأصلية.
4. اتحدت نظرة الشرعيين والقانونيين في التعبير عن الإباحة الأصلية إذ يصرفونها إلى ما يكون فيه تخيير بين الفعل والترك.
5. جاءت نظرة الفقهاء للإباحة الطارئة عامة شاملة لموانع العقاب والمسؤولية، وذلك بالنظر إلى الحكم الذي يجمعهما وهو عدم ترتب الثواب والعقاب، في حين جاء مسلك القانونيين أضبط وأدق، فهم يفرقون بين أسباب الإباحة وموانع العقاب وموانع المسؤولية فيجعلون كل علاقة قسما مستقلا بالنظر إلى المسؤوليات المادية المترتبة على الفعل.
6. حصر المقتن الجزائري موانع المسؤولية في صغر السن، الجنون والإكراه، مما أوقع المشرع في قصور وتناقض بين بعض فروعها، لا يرفعه إلا إعادة النظر في أحكام موانع المسؤولية مع انتهاج خط الشريعة التي أنتت إلى بيانها عدا وحكما.

7. الإكراه وحالة الضرورة في الشريعة الإسلامية لا يأخذان حكما واحداً، فيكفيان بحسب متعلقهما فقد يكونان سببا لإباحة الفعل المحظور، أو مانعان للمسؤولية، وقد يشكلان جريمة معاقبا عليها، وذلك خلافاً للقانون الذي يخضعهما لمبدأ واحد وهو محل خلاف بين الأنظمة القانونية، مما يؤكد دقة الشريعة وضبطها.

8. رجحت استبعاد كل من حالتي الضرورة ورضا المجني عليه كسببين عامين للإباحة وأوضحت أن أسباب الإباحة ترجع إلى سببين رئيسيين هما: استعمال الحق وأداء الواجب، وأن الدفاع الشرعي يرجع إلى النوع الأول وليس قسماً ثالثاً مستقلاً.

9. رجحت شرعاً وقانوناً أصالة أسباب الإباحة عن قواعد التجريم، وفي ذلك ما يسمح بالتوسع في تفسيرها وجواز القياس عليها عند ورود حالات جديدة غير منصوص عليها مما يسمح بسد الفراغ التشريعي باستمرار.

10. الشريعة الإسلامية ليس فيها حصر لأسباب الإباحة أكثر من أن ما لم ينص على إباحته فهو مرتبط بالموازنة بين المصلحة والمفسدة، ولكن ذلك لا يمنع حصرها اجتهداً على مستوى التقنين والتنظير، إذ المتنبع للمنهج العام في تقرير الإباحة شرعاً يمكن أن يلمس حالات الإباحة من الوجهة الجنائية، نستطيع جمع شتاتها في نظام مقنن ممنهج يعتمد أسلوب الحصر العددي، مع الأخذ بالمعيار المرن الذي يحول سلطة الإباحة — كلما استدعى الأمر تشريعاً جديداً — من الجهة التي تتولى هذه المهمة وفق قواعد تشريعية مضبوطة.

11. إن الذي يعوزنا بالرغم من غزارة وعمق فقهننا إنما هو التنظير والتفعيد وفق منظور فني يواكب واقع المجتمعات الإسلامية، وهذا ليس بالأمر الهين، إذ يحتاج إلى عمل كبير لإحياء التراث الفقهي وتجديده على شاکلة القوانين دون مسخ للنصوص ولا خروج عن روح الشريعة ومقاصدها.

12. ثمة تقارب واضح بين الشريعة والقانون من حيث حصر مصادر الإباحة استعمالاً لحق جملة، ولكنهما يختلفان تفصيلاً في:

- الشريعة مصدر الحق تقرر بحكم شرعي وخطاب نصي أو اجتهادي يتضمن اندراج الحق في التكاليف الشرعية، لذلك فالحق مقيد دائماً بما قيده الشارع الحكيم، وذلك ما يمنع الإساءة أو الإعتداء، أما القانونيون فيحاولون استبعاد الشريعة كمصدر للحق، فيجعلون القانون المكتوب مصدر الحقوق جميعاً.
- أعطت الشريعة ولي الأمر — الحاكم إن كان أهلاً لذلك — سلطة التجريم والإباحة في حدود ما سكت عنه الشارع وفق قواعد وضوابط لم نلمسها عند المشرع الوضعي.

13. تقارب النظامان في ضبط الشروط العامة لاستعمال الحق، فلمست توافقاً تاماً من حيث الشرط الشكلي والموضوعي خاصة بالنسبة لصاحب الحق، مشروعية الفعل المستعمل، لزومه وتناسبه، أما

الشرط الشخصي — حسن النية — فعلى الرغم من النزعة الموضوعية للشرعية في عموم أحكامها إلا أن ذلك لم يمنع من الأخذ بحسن النية كشرط عام وأكد في كل ممارسة، أما المشرع الوضعي فقد جاء منهجه مضطربا بين النص على المقصد الحسن كشرط ضروري في بعض الممارسات وإغفاله في أخرى رغم أن أكثر الشراح على الاعتداد به كشرط.

14. لا وجود لحق تأديب الزوجة في قانون العقوبات الجزائي، إذ لا يدخل في مضمون المادتين: (39-40) منه ثم إن واقع ساحات القضاء ينفي أي استنتاج بإمكان الإباحة لكن استنادا إلى قانون الأسرة خاصة في مادته: (222) التي تحيل إلى الشرعية الإسلامية حال عدم وجود قانون يمكن أن نجد مخرجا لبيان حقوق الزوج التي سكت عنها المشرع والتي ينبغي تداركها بنصوص تشريعية واضحة.
15. لمست بمقارنة نصوص المواد: (40-42/02-43-135) مدني جزائري ذلك الاضطراب في تحديد سن انتهاء الرقابة على الصبي، إذ يرى المشرع أن الشخص يبقى غير مميز من الولادة إلى السادس عشرة سنة طبقا للمادة: (02/42) فتكون تصرفاته باطلة، ومن السادس عشرة إلى التاسع عشرة سنة يصبح مميزا طبقا للمادتين: (42-43) فتكون تصرفاته موقوفة على إجازة الولي أو الوصي. فهل يعقل أن يبقى الشخص طفلا إلى السادس عشرة وتبقى تصرفاته موقوفة إلى التاسع عشرة سنة، إن ذلك مناقض لواقع الأطفال الذين تنهى شريعتنا سن صباهم عند السابعة وقد يدخلون مرحلة البلوغ قبل السادس عشرة سنة فمتى يرفع هذا التناقض؟
16. تميزت الشرعية الإسلامية بالدقة المتناهية في تحديد حكم الدفاع الشرعي فوسعت بذلك نظريات القانونيين التي رغم تعددها وتباينها أغفل بعضها — خاصة المشرع الجزائري — حكم الدفاع عن العرض.
17. خلصت بعد المقارنة بين الشريعة والقانون حول أساس الدفاع الشرعي وشروطه، أنه رغم تعدد النظريات وتباينها فإن الرأي الراجح شرعا وقانونا تأسيس الإباحة على الموازنة بين المصالح المتعارضة، أما بالنسبة لشروط الإباحة فرغم الاختلافات داخل كل نظام فإن ما ترجح شرعا يتقارب مع ما ترجح قانونا.
18. لمست بالنسبة للنشاط الرياضي تقاربا بين النظامين من حيث الاعتراف به كوسيلة لتحصيل مقاصد سامية ترفيها وتقوية، ولكن الشريعة كانت أكثر اهتماما بحيث جاءت نصوص السنة مؤكدة على الإباحة، في حين أغفلت كثير من التشريعات ذلك، تاركة المجال لما تعارف عليه الناس.
19. ثمة تباين كبير بين النظامين فيما يتعلق بالاعتراف بأنواع من الرياضات يتجلى فيها العنف وتضييع الأموال والوقت، فالشريعة قبل أن تبيح أي سلوك تخضعه إلى موازنة يظهر من خلالها ما يمكن أن يحصله النشاط من نفع وما يسببه من ضرر، وبحسب مآله يستتبط حكمه، مثل هذا النهج لم

نجد له اهتماما في القانون الذي أباح رياضات عنيفة وسخر لها الرهانات المفلسة.

20. انفرد النظام الجنائي الإسلامي بإهدار عصمة أفراد في أنفسهم أو أعضائهم لاعتدائهم وتهديدهم مصالح الجماعة، وإنما كان هذا الإجراء سعيا لدفع الفساد والفتنة من جذورها، ومهما تكن أضرار من يرفضون هذا المسلك قطعا ليد السارق، أو رجما للزاني المحصن، أو قتلا للباغي أو المحارب، أو أخذا للقصاص من قاطع أو قاتل، فهي عقوبات فيها الردع والزجر، تمنع الفعل من أساسه، فتقتل في النفوس حب الذات والرغبة في العدوان وشيوع الفاحشة والفساد.

لقد لمست جليا ذلك الاحترام لمصالح الأمة، تلك الرغبة القوية في سيادة الطمأنينة بأقل الأضرار، ثم إن ذلك لم ينفصل أبد عن القواعد الخلقية السامية - العفو عن المحارب حال توبته، سقوط القصاص إذا عفا ولي الدم - ، ومهما تكن الحكم التي نحاول بيانها، فإن هذه العقوبات ليست خروجا عن المدنية، ولا هي قسوة وشدة في غير موضعها، ولا إكثارا من المشوهين، إنما هي الردع الذي يمنع الإقدام، هذا الردع الذي لم يستطع السجن الذي تنتهجه القوانين الوضعية كعقوبة أصلية - لم تستطع - تحقيقه إذ أصبح السجن ملاذا لأساتذة الإجرام، وبذلك ثبت أن هذه العقوبة لا جدوى منها، بدليل زيادة الجرائم باستمرار، وزيادة المجرمين سطوة وعتوا.

21. القذف في المصطلح القانوني أعم منه في الفقه الإسلامي، فالأول يصرفه إلى كل عبارة تتسبب من خلالها واقعة تعتبر جريمة لو ثبتت في حق من نسبت إليه، أو توجب احتقاره، أما الثاني فيقتصره على الرمي بالزنى أو نفي النسب، لذلك فلا مجال للقول بإباحة القذف وفق المصطلح الشرعي الدقيق، إذ هو جريمة موجبة للحد، ولذلك أثرت استعمال مصطلح الطعن باعتباره ينصرف إلى ما يمكن أن يحصل، دما أو تجريحا، فيباح استثناء متى ترجح جانب النفع وفق القواعد التي بيّنتها.

22. النظام الإسلامي يعطي مجالا واسعا في طعن ذي الصفة، فيربطه بمن يتولى رعاية شؤون الأمة من أدناها إلى أعلاها في إطار من السياسة الشرعية، مما يجعل نظامنا مرنا، أما القانون فقد ضبط من يشملهم الوصف وهي ميزة يعيبها عدم شموله صاحب أعلى صفة تشريعية وهو الرئيس.

23. تعتبر القوانين الوضعية التطبيب حقا في حين يراه أهل الشريعة واجبا، ولا شك أن نهج الشريعة أسلم لأنها تلزم الطبيب أن يضع مواهبه في خدمة الجماعة.

أخيرا أقول: إن ما بسطته في هذا البحث لا يعدو أن يكون محاولة متواضعة، وأن ما بذلته من جهد ليس إلا جهد المقل، ولا أدعي أن عملي بمنأى عن هفوات وعثرات، غير أنني حرصت على تفادي ذلك ما استطعت، فإن أصبت الغرض فإلى ذلك سعيت، وإن قصرت عن بلوغ الهدف، فحسبي أنني اجتهدت وعسى أن لا أحرم أجر الاجتهاد.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفهارس

1. فهرس الآيات القرآنية
2. فهرس الأحاديث والآثار
3. فهرس ملحق للأعلام
4. فهرس القواعد الفقهية والأصولية
5. فهرس التعريفات والمصطلحات
6. فهرس المصادر والمراجع
7. فهرس المحتويات

فهرس الآيات القرآنية

مرتب حسب السور القرآنية.

الآية	السورة ورقم الآية	الصفحة
﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾	البقرة 28	21
﴿وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾	البقرة 42	24
﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾	البقرة 173	41
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾	البقرة 178	231، 230 268
﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾	البقرة 179	230
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	البقرة 185	81
﴿أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفْتَ إِلَى نِسَائِكُمْ، هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ، فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ، فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ، وَكُلُوا، وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾	البقرة 186	57
﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾	البقرة 190	169
﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ﴾	البقرة 193	213
﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ، وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾	البقرة 194	233، 187 265
﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فِيمَتَ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾	البقرة 217	214
﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾	البقرة 228	132
﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾	البقرة 238	63
﴿وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾	آل عمران 104	248
﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾	آل عمران 110	245
﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِهِمَا مِنْكُمْ فَادُّوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا﴾	النساء 16	51
﴿وَلَا تَغْضَبُوهُمْ لَعَلَّكُمْ تَهْتَبُونَ مَا آتَيْتُمُوهُمْ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ﴾	النساء 19	140

		مُبَيَّنَةٌ
129، 85 134، 133 141	النساء 34	﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ، وَاضْرِبُوهُنَّ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا. ﴾
132	النساء 34	﴿ الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾
268	النساء 92	﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ، فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، وَ إِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾
246	النساء 97	﴿ إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ، قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ، قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ، قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا، فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾
	النساء 148	﴿ لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ ﴾
260، 63	النساء 148	﴿ لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ، وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا ﴾
21	النساء 164	﴿ لئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾
47، 162	المائدة 02	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾
43	المائدة 3	﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾
271	المائدة 34	﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ، فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا، وَمَنْ أَحْيَاهَا، فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾
217، 49 220	المائدة 35-36	﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾
50، 51 ، 222	المائدة 38-39	﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ، فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾

233، 231	المائدة 45	﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ، وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾
65	المائدة 98	﴿ أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلْسَيَّارَةِ، وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرَمًا، وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ ﴾
24	الأنعام 62	﴿ ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقُّ ﴾
43، 41	الأنعام 119	﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾
231، 41	الأنعام 151	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾
21	الأعراف 30	﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾
193	الأثفال 61	﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ، مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ، تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾
211	الأثفال 62	﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا ﴾
212	التوبة 04	﴿ فَأَتِمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ ﴾
211	التوبة 07	﴿ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ ﴾
49	هود 3	﴿ وَأَنْ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ ثُمَّ تَوْبُوا إِلَيْهِ يُمَتِّعْكُمْ مَتَاعًا حَسَنًا إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى وَيُؤْتِ كُلَّ ذِي فَضْلٍ فَضْلَهُ ﴾
273	النحل 69	﴿ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ ﴾
212	النحل 91	﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ ﴾
233	النحل 126	﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾
21	الإسراء 15	﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾
226	الإسراء 32	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ أَنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾
231، 41 269	الإسراء 33	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾
232، 85	الإسراء 33	﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ أَنَّهُ كَانَ مَنصُورًا ﴾
255	الإسراء 53	﴿ وَقُلْ لِعِبَادِي يَقُولُوا الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾
268	الإسراء 70	﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾
4	الكهف 83-84	﴿ وَآتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا فَاتَّبَعْ سَبَبًا ﴾
271	الأنبياء 107	﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾

4	الحج 15	﴿ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ﴾
56	الحج 50	﴿ فَيَنْسَخُ اللَّهُ مَا يُلْقِي الشَّيْطَانُ ﴾
271	الحج 78	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾
24	المؤمنون 71	﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾
227	النور 02	﴿ الزَّانِيَةُ، الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾
250، 238	النور 04	﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ، ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً، وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾
59	النور 31	﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾
21	القصص 59	﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا ﴾
24	القصص 63	﴿ قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ ﴾
41	الأحزاب 58	﴿ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بَغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدْ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا ﴾
24	يس 7	﴿ لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾
4	غافر 36-37	﴿ لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْنَابَ، أَسْنَابَ السَّمَاوَاتِ ﴾
255	فصلت 34	﴿ وَلَا تَسْتَوِي الْحَسَنَةُ وَلَا السَّيِّئَةُ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ﴾
265	الشورى 40	﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾
260	الشورى 42	﴿ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ، وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ ﴾
21	الجاثية 12	﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ ﴾
220	الحجرات 09	﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾
252	الحجرات 06	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ، فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾
255، 249	الحجرات 11-12	﴿ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ، وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الإِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الإِيمَانِ، وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ، يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ، وَلَا تَجَسَّسُوا، وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا، أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ ﴾

17	النجم 37-40	﴿ أَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ، وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ، وَأَن سَعِيهِ سَوْفَ يَرَىٰ، ثُمَّ يَجْزَاهُ الْجَزَاءُ الْأَوْفَىٰ ﴾
57	المجادلة 12	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةٌ ذَٰلِكَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَأَظْهَرُ فَإِن لَّمْ تَجِدُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾
143	التحریم 06	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ ﴾
254	المعارج 4	﴿ تَعْرَجُ الْمَلَائِكَةُ وَالرُّوحُ إِلَيْهِ ﴾
254	فاطر 10	﴿ إِلَيْهِ يَصْعَدُ الْكَلِمُ الطَّيِّبُ ﴾

فهرس الأحاديث والآثار:

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
241	« أتدرون ما الغيبة؟... »
93	« إذا ضاع للرجل متاع... »
129	« استوصوا بالنساء خيرا... »
200-193	« ألا إن القوة الرمي... »
211	« أمرت أن أقاتل الناس... »
140	« أن تطعمهما إذا طعمت... »
231	« أكبر الكبائر الإشراك بالله... »
21	« إن أعظم المسلمين جرما... »
169	« إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم... »
154	« إن الله يحب الرفق... »
260	« إن لصاحب الحق مقالا... »
116	« إنما الأعمال بالنيات... »
246	« إن الناس إذا رأوا الظالم... »
87	« إنه إذا شرب سكر... »
193	« أنه ﷺ صارع رجلا... »
242	« بئس أخو العشيرة... »
272	« بعث رسول الله ﷺ إلى أبي بن كعب... »
51	« التائب من الذنب كمن لا ذنب له... »
21	« الحلال ما أحله الله في كتابه... »
272	« الحمى من فيح جهنم... »
227	« خذوا عني خذوا عني قد جعل... »
93-241	« خذي ما يكفيك وولداك. »
245-249	« الدين النصيحة... »
241	« ذكرك أخاك بما يكره... »
93	« الرجل أحق بعين ماله... »
39	« رفع القلم عن ثلاث... »

193	« سابق رسول الله ... »
130-86	« فاتقوا الله في النساء... »
284	« فر من المجذوم فرارك من الأسد... »
254	« فمن يطع الله... »
87	« الفهم الفهم فيما يختلج... »
222	« كان رسول الله ﷺ يقطع السارق... »
249	« كل المسلم على المسلم حرام... »
272	« كنا مع النبي ﷺ نسقي ونداوي الجرحى... »
87	« كيف تقضي... »
132	« لا تضربوا النساء... »
201	« لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر... »
167	« لا ضرر ولا ضرار... »
143	« لأن يؤدب الرجل ولده... »
214-227	« لا يحل دم امرئ مسلم... »
222	« لعن الله السارق... »
50	« لقد تابت توبة لو قسمت ... »
194	« ليس من اللهو إلا ثلاث... »
143	« ما نحل والد ولدا من نحل... »
-151-143 153	« مروا أولادكم بالصلاة... »
265	« المستبان ما قال... »
63	« المسلمون شركاء في ثلاث... »
211	« المسلمون على شروطهم... »
220	« من أطاعني فقد أطاع الله... »
243	« من ألقى جلباب الحياء... »
212	« من بدل دينه فاقتلوه... »
220	« من خلع يدا من طاعة... »
231	« من قتل عمدا دفع إلي ولي القتل... »
85-231	« من قتل له قتل فهو بخير النظرين... »

284	« من القرء التلء... »
272	« نعم يا عباد الله تءاوا... »
193	« هءه بءلك السبقة... »
233	« يا أنس كءاب الله... »
149	« يا بني قء ءءء أمر... »
152	« يا غلام سمّ الله... »

مكتبة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس ملحق للأعلام

مرتب على حروف المعجم دون اعتبار لـ "ال" التعريفية و"ابن" و"أبو"

الرقم	العلم	الترجمة	الصفحة
- أ -			
1	أبي بن كعب (22هـ)	هو أبو المنذر وأبو طفيل، أبي بن كعب بن قيس الأنصاري، سيد القراء، أول من كتب للنبي ﷺ، من أصحاب الفتيا، حضر العقبة الثانية، شهد بدرًا وغيرها من المواقع، توفي سنة (22هـ) الإستيعاب، (5/1). أسد الغابة، (49/1) - الإصابة، (32-31/1).	272
2	أسامة بن شريك	هو أسامة بن شريك الذبياني، الثعلبي كوفي له صحبة ورواية، روى عن أبي موسى الأشعري، وروى عنه أصحاب السنن وأحمد. الإستيعاب، (78/1). أسد الغابة، (67-66/1). الإصابة، (47-46/1).	272
3	الأمدي (631هـ)	هو علي بن محمد بن سالم، الملقب بسيف الدين الأمدي، نسبة إلى آمد، بلدة من ديار بكر، فقيه شافعي، أصولي، متكلم، من مصنفاته: الإحكام في أصول الأحكام، منتهى السؤال، دقائق الحقائق، توفي سنة (631هـ). وفيات الأعيان، (294-293/3). طبقات الشافعية للأسنوي، (73/1). شذرات الذهب، (145-144/5).	7-112
4	الأمين (198هـ)	هو أبو عبد الله محمد الأمين بن هارون الرشيد، سادس الخلفاء العباسيين، ولد سنة (170هـ)، حكم ما بين: (194-198هـ)، كان عهده مليئًا بالإضطرابات والفتن، نشب صراع بينه وبين أخيه المأمون، كتبت فيه الغلبة للمأمون، توفي سنة (198هـ). الطبري، (63/6). شذرات الذهب (350/1).	154
5	أنس بن مالك (93هـ)	هو أبو حمزة أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم الأنصاري الخزرجي النجاري، خادم رسول الله ﷺ، كناه أبا حمزة، غزا ثمانين غزوات، من المكثرين للرواية، رحل إلى دمشق،	233

	ثم قطن البصرة إلى أن مات عام (93هـ) وقيل غير ذلك. الإستيعاب، (109/1). أسد الغابة، (127/1). الإصابة، (85-84/1).		
233	هو أنس بن النضر بن ضمضم، الأنصاري، الخزرجي، عمّ أنس بن مالك، لم يشهد بدرا، قتل يوم أحد (3هـ). الإستيعاب، (108/1). أسد الغابة، (131-132/1). الإصابة، (86/1).	أنس بن النضر (3هـ)	6
- ب -			
168	هو محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين البابرتي، الفقيه الحنفي الأصولي، اللغوي، له مصنفات منها: العناية شرح الهداية، التقرير، الأنوار في الأصول، توفي سنة (786هـ). النجوم الزاهرة، (302/11). بغية الوعاة، (103). الأعلام، (271/7).	البابرتي (786هـ)	7
4	هو عبد العزيز أحمد بن محمد، يلقب بعلاء الدين البخاري، الفقيه الحنفي، الأصولي، من تصانيفه: كشف الأسرار شرح به أصول البزدوي، فكان من أعظم الكتب نفعا، وله كتاب: غاية التحقيق، شرح أصول الأخسكني، توفي سنة (730هـ). الجواهر المضيئة، (428/2). هدية العارفين، (581/1). الأعلام، (137/4).	البخاري (730هـ)	8
4	هو أبو البقاء، أيوب بن موسى، الحسيني، الكفوي، نسبة إلى كفا، البلدة التي ولد ونشأ بها، حنفي المذهب، استدعي إلى اسطنبول، وعين قاضيتها، ثم عاد إلى كفا، فولي قضاءها، ثم بغداد والقدس، توفي بإسطنبول سنة 1094هـ وقيل غير ذلك. من مصنفاته: الكليات، شرح بردة البوصيري. معجم المؤلفين، (31/3). الأعلام، (383/2).	أبو البقاء (1094هـ)	9
61	هو عبد الله بن عثمان بن أبي قحافة، القرشي، التيمي، الصديق، أول من آمن برسول الله ﷺ من الرجال، صحب رسول الله ﷺ من البعثة إلى الوفاة، أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأول الخلفاء الراشدين، روى نه 142 حديثا، توفي عام (13هـ). الإستيعاب، (...963/3). أسد الغابة، (501/5). الإصابة،	أبو بكر الصديق (13هـ)	10

		(...333/2).	
283	هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي نسبة إلى بهوت بمصر، حنبلي المذهب، بلغ المشيخة بمصر في عصره، من مؤلفاته: الروض المربع شرح زاد المستتقع المختصر من المقنع، كشاف القناع عن متن الإقناع. هدية العارفين، (476/2). الأعلام، (249/8).	البهوتي (1051هـ)	11
- ت -			
80-51 114 118 202 273	هو تقي الدين أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، الشهير بابن تيمية، الحراني، الدمشقي، ولد بحران سنة (661هـ) ثم رحل مع أبيه إلى دمشق، برع في التفسير، الحديث، الفقه، الأصول، العربية، يعدّ من أبرز علماء الحنابلة ومجتهديهم. من مصنفاته: مجموع الفتاوى، مقدمة في أصول التفسير، رفع الملام عن الأئمة الأعلام، الإستقامة: كتاب في الإيمان، توفي بدمشق عام (728هـ). ذيل طبقات الحنابلة، (387/4). شذرات الذهب (80/6...). فوات الوفيات، (...34/1). هدية العارفين، (105/1).	ابن تيمية (728هـ)	12
- ج -			
272	هو أبو محمد جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام، الخزرجي، الأنصاري، مفتي المدينة في زمانه من المكثرين للرواية، لم يحضر بدر، ولا أحد، ثم لم يتخلف بعد ذلك عن أي غزوة، رحل إلى مصر، كان آخر الصحابة موتاً بالمدينة سنة (78هـ). الإستیاعاب، (220-219/1). أسد الغابة، (257-256/1). الإصابية، (214/1).	جابر بن عبد الله (78هـ)	13
8	هو علي بن محمد بن علي الجرجاني، الحسيني، الحنفي، المعروف بالسيد الشريف، ولد بجرجان، وإليها ينسب، متبحر في العلوم العقلية العربية والأصول، أجادها حتى قيل إنه علامة دهره، من مصنفاته: شرح السراجية في الفرائض، توفي بشيراز سنة (816هـ). البدر الطالع، (489-488/1). بغية الوعاة، (351). الأعلام، (160-159/5).	الجرجاني (816هـ)	14

15	ابن حزم (456هـ)	هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، فقيه ظاهري أصولي، مجتهد، محدث، مفسر، منطقي، طبيب، شاعر، أديب، مؤرخ، ولد بقرطبة سنة (384هـ)، نشأ على المذهب الشافعي ثم تحول إلى المذهب الظاهري، وثبت عليه إلى أن مات، تميز بحدة لسانه على العلماء، حتى قيل: لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان. من مصنفاته: المحلى، الإحكام في أصول الأحكام، الفصل في الملل والأهواء والنحل، طوق الحمامة، توفي سنة (456هـ). العبر، (306/2). نفح الطيب، (77/2-79). لسان الميزان، (198/4-202). معجم الأدباء، (546/2-548).
16	الحصكفي (1088هـ)	هو محمد بن علي بن عبد الرحمان الحصكفي، المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي المذهب، مفتي دمشق، تولى التدريس بها. من مؤلفاته: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، تعليقه على صحيح البخاري، شرح القطر في النحو، توفي سنة (1088هـ). هدية العارفين، (295/2). الأعلام، (188/7). أصول الفقه تاريخه ورجاله، (495).
17	الخطاب (954هـ)	هو أبو عبد الله محمد بن محمد، المعروف بالخطاب، الملقب بشمس الدين مغربي الأصل، ولد بمكة ومات بطرابلس، من أعلام المالكية في الفقه والأصول، له تصانيف منها: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، قرّة العين بشرح ورقات إمام الحرمين، توفي سنة (954هـ). نيل الإبتهاج، (339-338). شجرة النور الزكية، (296). هدية العارفين، (242/2). معجم المؤلفين، (230/11-231).
18	أحمد بن حنبل (241هـ)	هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، الشيباني، البغدادي، إليه ينسب المذهب الحنبلي، إمام السنة والحديث ولد ببغداد سنة 146هـ، وبها تعلّم، تنقل بين عدة بلدان: مكة، المدينة، البصرة، الكوفة، اليمن، من مصنفاته: علل الحديث، المسند، الجرح والتعديل، فضائل الصحابة، توفي سنة (241هـ).
223		

	طبقات الحنابلة، (1/04...). شذرات الذهب (2/96...).		
277، 223	هو النعمان بن ثابت الكوفي، التيمي، إمام أصحاب الرأي إليه ينسب المذهب الحنفي، ولد بالكوفة سنة (80هـ)، وبها تعلم حتى صار بالغ الحجة، متضلعا في الفقه، أراده المنصور قاضيا على بغداد فامتنع، فسجن إلى أن مات بحبسه سنة (150هـ)، من مؤلفاته: المسند، الفقه الأكبر. طبقات بن سعد، (6/348). الجواهر المضيئة، (1/149). تاريخ بغداد، (13/323...). الفهرست، (284-285)، شذرات الذهب (1/350).	أبو حنيفة (150هـ)	19
- خ -			
262، 153	هو أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، ولي الدين الحضرمي، الإشبيلي، ولد بتونس سنة 732هـ، فيلسوف، مؤرخ، عالم اجتماع، من مصنفاته: العبر وديوان المبتدأ والخبر، يقع في سبع مجلدات، أشهرها: الكتاب الأول المسمى بالمقدمة، شرح البردة، المنطق، توفي بالقاهرة سنة (808هـ). شذرات الذهب (7/76-77). هدية العارفين، (1/529). الأعلام، (4/107-108).	ابن خلدون (808هـ)	20
- د -			
52	هو أحمد شاه بن عبد الرحيم العمري الدهلوي، المكنى بأبي عبد العزيز، الملقب بولي الله، الفقيه الحنفي، الأصولي، المحدث، المفسر، ولد بدهلي، ونشأ في الهند، من مصنفاته: الإنصاف في بيان أسباب الخلاف، تنوير العينين في رفع اليدين، حجة الله البالغة، توفي سنة (1176هـ). هدية العارفين، (1/177). الأعلام، (1/144-145).	الدهلوي (1176هـ)	21
- ر -			
272	هي: الربيع بنت معوذ بن عقبة بن غفراء، الأنصارية، النجارية، معدودة من صغار الصحابة، بايعت بيعة الرضوان،	الربيع بنت معوذ	22

	غزت مع النبي ﷺ فكانت تداوي الجرحى، وترد القتلى إلى المدينة، روى عنها من التابعين: سلمان بن يسار، ونافع، وعباد بن الوليد. الإستيعاب، (4/1837). أسد الغابة، (5/451-452). الإصابة، (4/293).		
233	هي الربيع بنت النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام الأنصارية، أخت أنس بن النضر وعمّة أنس بن مالك خادم رسول الله ﷺ. الإستيعاب، (4/1838). أسد الغابة، (5/452-453). الإصابة، (4/294).	الربيع بنت النضر	23
292، 49	هو محمد بن أحمد بن أحمد، أبو الوليد، الشهير بابن رشد الحفيد، مالكي المذهب، أصولي، فيلسوف، أديب، طبيب، ولي قضاء قرطبة، كانت الناس تفرع إليه في الفتوى، كما تفرع إليه في الطب، من آثاره: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مختصر المستصفي، تهافت التهافت، توفي بمراكش سنة (595هـ). الديباج المذهب، (284-285). شجرة النور الزكية، (146-147). شذرات الذهب (4/320).	ابن رشد (الحفيد) (595هـ)	24
154	هو هارون الرشيد بن محمد المهدي، وحفيد المنصور، خامس الخلفاء العباسيين، ولد سنة (145هـ) بمدينة الري لما كان والده أميراً عليها، نشأ في دار الخلافة ببغداد، بويع بالخلافة بعد وفاة أخيه الهادي سنة (170هـ)، ازدهرت الدولة في أيامه، عرف بالعلم والفصاحة، له دراية بأخبار العرب، والحديث والفقه، كثير الغزوات، كان حازماً كريماً، له وقائع كثيرة مع ملوك الروم، دامت ولايته (23هـ)، توفي سنة (193هـ). النجوم الزاهرة، (2/142-143). الطبري، (5/193). شذرات الذهب (.../334).	الرشيد (193هـ)	25
193	هو ركانة بن يزيد بن هاشم بن المطلّب بن عبد مناف، القرشي، المطلبي، كان من أشد الناس، سأل الرسول ﷺ أن	ركانة (42هـ)	26

	يصارعه، وذلك قبل إسلامه، فصرعه النبي ﷺ أكثر من مرة، توفي في أول خلافة معاوية، سنة (42هـ) وقيل غير ذلك. الإستيعاب، (507/2). أسد الغابة، (187/2-188). الإصابة، (521/1).		
27	جان جاك روسو (1778م) " Jean Jacque Rousseau " كاتب، فيلسوف وعالم اجتماع فرنسي، مؤلف أعمال فنية ذات قيمة عالمية، أحد منظري علم التربية، عرف بتمجيده للطبيعة البشرية، شديد النقد للطبقة والإقطاعية والنظام الإستبدادي، من أشهر آثاره: في العقد الإجتماعي، إميل، توفي سنة (1778هـ). الموسوعة الفلسفية المختصرة، (227...). الموسوعة الفلسفية للجنة من العلماء السوفييتيين، (232).	171	
- ز -			
28	الزمخشري (538هـ) هو أبو القاسم محمود بن محمد بن عمر الزمخشري، الخوارزمي، النحوي، اللغوي، المتكلم، المفسر، المعتزلي، يلقب بجار الله، لأنه جاور بمكة زمانا، له مصنفات منها: الكشف، الفائق في غريب الحديث، أساس البلاغة، توفي سنة (538هـ). وفيات الأعيان، (168/5...). شذرات الذهب (4/118...).	4	
29	الزرقاني (1099هـ) هو عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، فقيه مالكي، ولد بمصر ونشأ بها، كان رقيق الطبع، حسن المحاضرة، من مصنفاته: شرحه على مختصر خليل، شرح مقدمة العزبة للجماعة الأزهرية، رسالة في الكلام على "إذا" في النحو، توفي سنة (1099هـ). هدية العارفين، (496/1). معجم المؤلفين، (76/5).	137	
30	أبو زهرة (1394هـ) هو محمد بن أحمد أبو زهرة ولد بمدينة المحلة بمصر، تربى بالجامع الأحمدى، كثير التأليف من مؤلفاته: أصول الفقه، كما أفرد الأئمة الأربعة كل واحد بكتاب، الجريمة، العقوبة، أحكام التركات والموارث، الأحوال الشخصية، توفي سنة (1394هـ). الأعلام للزركلي ط5، دار العلم للملايين، (25/6).	17	

31	السرخسي (483هـ)	هو أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، السرخسي، نسبة إلى سرخس بخراسان، شمس الأئمة، الفقيه الأصولي، الحنفي المجتهد، المتكلم، النظارة، سجن مدة طويلة فالف أكثر كتبه في السجن، من مصنفاته: المبسوط، أصول السرخسي، توفي سنة (483هـ). الجواهر المضيئة، (78/3...)، هدية العارفين، (76/2). أصول الفقه تاريخه ورجاله، (183-184)، الأعلام، (208/6).	59، 90، 263
32	سعد بن أبي وقاص (55هـ)	هو أبو إسحاق سعد بن مالك بن أهيت، ويقال له ابن وهيب بن عبد مناف، أحد المبشرين بالجنة وأخهم موتا، أول من رمى بسهم في سبيل الله، معروف بإجابة دعوته، من المكثرين لرواية الحديث، توفي سنة (55هـ) وقيل غير ذلك. الاستيعاب، (606/2...). أسد الغابة، (390/2...). الإصابة، (34-33/2). حلية الأولياء، (92/1...).	254
33	أبو سفيان (31هـ)	هو صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن مناف، يكنى بأبي حنظلة، من رماة العرب، وأهل الرأي والشرف فيهم، رأس قریش، وقائدهم يوم أحد والخندق، أسلم يوم فتح مكة، شهد حنين، فقتل عينه يوم الطائف، ثم فقتل الأخرى يوم اليرموك، توفي سنة (31هـ) وقيل غير ذلك. الاستيعاب، (715-714/2). أسد الغابة، (13-12/3). الإصابة، (173-172/2).	93، 241، 242
34	ابن السمعاني (489هـ)	هو منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد التميمي، السمعاني، المروزي، المشهور بابن السمعاني، مفتي خراسان، كان حنفيا ثم تحول إلى المذهب الشافعي، فبلغ المشيخة، عرف بالزهد، والورع، كان حجة لأهل السنة، توفي سنة (489هـ). طبقات الشافعية للأسنوي، (321/1). شذرات الذهب (393/3). النجوم الزاهرة، (160/5).	88
35	سنان بن ثابت (331هـ)	هو سنان بن ثابت بن قرّة الحراني، طبيب عالم، حراني المولد، بغدادي المنشأ، ذو مكانة عند الخليفة العباسي المقتدر،	281

	جعله رأساً للأطباء، فلا يؤذن لأحد منهم إلا بعد أن يمتحنه سنان، من مصنفاته: رسالة في شرح مذهب الصابئين، رسالة في أخبار آبائه وأجداده، توفي ببغداد سنة (331هـ). الأعلام، (206/3).		
89، 40	هو أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، الخضيرى، السيوطى، ولد بالقاهرة سنة (849هـ) نشأ وتعلّم بها، كان فقيهاً، مفسراً، محدثاً، نحوياً، أدبياً، مؤرخاً، من مؤلفاته: الأشباه والنظائر في فروع الشافعية، الأشباه والنظائر النحوية، الإتيقان في علوم القرآن، المزهري في اللغة، تاريخ الخلفاء، توفي بالقاهرة سنة (911هـ). شذرات الذهب (51/8...). البدر الطالع، (328/1...). هدية العارفين، (534/1...). معجم المؤلفين، (128/5).	السيوطي (911هـ)	36
- ش -			
79، 26، 108، 114، 116، 119، 275، 120	هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي، الفقيه الأصولي، المحقق، مالكي المذهب، عرف بالاستنباط الدقيق، كان مجدداً في التأليف والتصنيف، له قدم راسخة في التفسير، الحديث، اللغة، من مصنفاته: الإفادات والإشادات، الإتفاق في علم الاشتقاق، الموافقات في أصول الشريعة، الاعتصام، توفي سنة (790هـ). نيل الابتهاج، (46/1). شجرة النور الزكية، (231). معجم المؤلفين، (118/1).	الشاطبي (790هـ)	37
181، 39، 183	هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن عثمان، بن شافع، القرشي المطلبي، مؤسس المذهب، ولد بغزة سنة (150هـ) نشأ بمكة، تصدى للإفتاء وهو ابن خمس عشرة سنة، لازم الإمام مالك بالمدينة، وأخذ فقه الرأي عن محمد بن الحسن الشيباني، كان شديد الذكاء، متقد الفكر، من مؤلفاته: الرسالة، الأم، أحكام القرآن، اختلاف الحديث، توفي بمصر سنة (204هـ). طبقات الفقهاء للشيرازي، (71-73). وفيات الأعيان، (163/4...). طبقات الشافعية، (18/1-19). شذرات الذهب (10-9/2). حلية الأولياء، (63/9...). الفهرست، (294-)	الشافعي (204هـ)	38

		(296).	
39	الشربيني (977هـ)	هو شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، فقيه شافعي مفسر، له تصانيف منها: مغني المحتاج، نور السجدة في حل ألفاظ الأجرومية، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، توفي سنة (977هـ). شذرات الذهب (384/8). هدية العارفين، (250/2). الأعلام، (234/6).	159
40	الشوكاني (1250هـ)	هو محمد بن عبد الله الشوكاني، ولد سنة 1172هـ، نشأ بصنعاء، مفسر، محدث، فقيه، أصولي، مؤرخ، أديب، نحوي، كان على المذهب الزيدي ثم خرج عنه، من مصنفاته: إرشاد الفحول، فتح القدير، نيل الأوطار، توفي سنة (1250هـ) بصنعاء. البدر الطالع، (214/2). هدية العارفين، (365/2). معجم المؤلفين، (53/11).	11، 194
41	الشيرازي (476هـ)	هو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، الفيروز آبادي، الشافعي، أصولي، نظار، يلقب بجمال الدين، ولد بفيروز آباد - بلاد فارس - نشأ بها ثم رحل إلى شیراز، فنسب إليها، ثم استقر ببغداد، اشتهر بالفصاحة وقوة الحجة في المناظرة، من مؤلفاته: التنبيه، المذهب، التبصرة، اللمع، توفي سنة (476هـ). طبقات الشافعية للأسنوي، (7/2). وفيات الأعيان، (29/4). معجم المؤلفين، (68/1).	39
- ص -			
42	الصنعاني (1182هـ)	هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني، الكحلاني، الصنعاني، أبو إبراهيم المعروف بالأمير، مجتهد من بيت الإمامة باليمن، كثير التأليف، من ذلك سبل السلام شرح بلوغ المرام، توضيح الأفكار شرح تنقيح الأبصار، توفي سنة (1182هـ). البدر الطالع، (...133/2). الأعلام، (263/6).	265
- ط -			
43	الطبري (310هـ)	هو أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن غالب الطبري، ولد	135

	سنة (224هـ) بطرابلس، شافعي المذهب، فقيه، عارف بالقراءات وعلوم القرآن، والتاريخ، والحديث، اعتبر أبا للتفسير والتاريخ الإسلامي، من مصنفاته: جامع البيان في تفسير القرآن، تاريخ الأمم والملوك، تهذيب الآثار، توفي ببغداد سنة (310هـ). طبقات المفسرين للسيوطي، (82-84). معجم المؤلفين، (508/2). وفيات الأعيان، (191/4-192). تاريخ بغداد، (162/2...).		
44	أبو طلحة (31هـ) هو زيد بن سهل بن الأسود بن حرام، الأنصاري، النجاري، الخزرجي، مشهور بكنيته، من فضلاء الصحابة، شهد العقبة، كان من الرماة المذكورين، توفي سنة (31هـ). الإستيعاب، (1697/4-1698)، (553/2-554). أسد الغابة، (234/5-235). الإصابة، (920/1).	193	
- ع -			
45	ابن عباس (68هـ) هو عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم، بن عبد مناف، القرشي، الهاشمي، ابن عم رسول الله ﷺ، يكنى أبا العباس، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، لازم كبار الصحابة فأخذ عنهم، يسمى بحبر الأمة، إليه انتهت الرئاسة في الفتوى والتفسير، توفي بالطائف سنة (68هـ) وقيل غير ذلك. الإستيعاب، (933/3). أسد الغابة، (192/3...). الإصابة، (322/2). حلية الأولياء، (314/1...).	135	
46	ابن عابدين هو محمد أمين عابدين، بن السيد عمر عابدين بن عبد العزيز، الدمشقي، الحنفي، المفتي، الشهير بابن عابدين، ولد سنة: (1198هـ)، له من التصانيف: الإبانة على أخذ الأجرة على الحضانة، تحرير النقول في فقه الفروع والأصول رد المختار على الدر المختار، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، توفي سنة (1252هـ). هدية العارفين، (367/2-368). معجم المؤلفين، (77/9). أصول الفقه تاريخه ورجاله، (534).	10، 59، 188	
47	عائشة (58هـ) هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق، التيمية القرشية، أحب نساء النبي ﷺ إلى قلبه، المبرأة من فوق سبع	154، 223، 193	

	سموات، تكنى بأم عبد الله، أسلمت صغيرة، كانت تعرف الشعر وحديث العرب والأنساب، كان الصحابة يسألونها عن الفقه والفرائض فتجيبهم، روى عنها (2210) حديثاً، توفيت بالمدينة سنة (58هـ). أسد الغابة، (501/5...). الإصابة، (348/4...).		
199، 194	هو موسى بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، النمري، القرطبي، من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، تولى قضاء لشبونة، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها في وقته، له مصنفات منها: التمهيد، الاستذكار، الاستيعاب، توفي سنة (463هـ). ترتيب المدارك، (808/2). الديباج، (357). شجرة النور الزكية، (119). وفيات الأعيان، (66/7).	ابن عبد البر (463هـ)	48
272، 193	هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب، القرشي، العدوي، الصحابي الورع، الزاهد، الكثير الإتياع لآثار رسول الله ﷺ، أسلم مع أبيه صغيراً، لم يشهد بدرأ ولا أحد لصغره، ثم لم يتخلف بعد ذلك عن أي غزوة، كان أعلم الصحابة بالمناسك، شديد الإحتياط في الفتوى، من المكثرين للرواية، توفي سنة (73هـ) وقيل غير ذلك. الإستيعاب، (950/3...). أسد الغابة، (227/3...). الإصابة، (338/2...).	عبد الله بن عمر (73هـ)	49
91	هو ذو النورين، أبو عمرو، عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي، ثالث الخلفاء الراشدين، جامع الأمة على المصحف الإمام، قتل سنة (35هـ). الإستيعاب، (1037/3). أسد الغابة، (376/3...). الإصابة، (456-455/2).	عثمان بن عفان (35هـ)	50
243، 59 131	هو أبو بكر، محمد بن عبد الله بن محمد المحافري، الإشبيلي، المالكي، القاضي، من حفاظ الحديث، بلغ درجة الاجتهاد، خاتم علماء الأندلس، وآخر أئمتها وحفاظها، جمع بين التفنن في العلوم والاستبحار فيها، من مصنفاته: أحكام القرآن، عارضة الأحوذى، شرح سنن الترمذي، توفي سنة (543هـ).	ابن العربي (543هـ)	51

	الديباج، (281). وشجرة النور الزكية، (136-137). وفيات الأعيان، (296/4-297).		
237	هو شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، نسبة إلى دسوق بمصر، محقق عصره، جامع شتات العلوم، تصدى للتدريس بالأزهر، من مؤلفاته: حاشية على مغني، حاشية على سعد التفتازاني، حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، توفي سنة (1230هـ). شجرة النور الزكية، (361-362). الأعلام، (241/6).	ابن عرفة (1230هـ)	52
156، 154	هو أبو محمد عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن، السلمي، الدمشقي، الملقب بعز الدين، وسلطان العلماء، ولد سنة (577هـ) بدمشق، من أعيان الشافعية، بلغ درجة الاجتهاد، برع في الفقه والأصول والخطابة، رحل إلى مصر ودرس بها، إليه انتهت رئاسة الشافعية، توفي سنة (660هـ). من مؤلفاته: قواعد الأحكام في مصالح الإمام، الفوائد، الإمام في أدلة الأحكام، طبقات الشافعية للأسنوي، (84/2). فوات الوفيات، (350/2-352). شذرات الذهب (...301/5).	العز بن عبد السلام (660هـ)	53
131	هو عطاء بن أبي رباح، القرشي، من كبار التابعين، عالم، ثقة، فقيه، كثير الحديث، سمع عن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن الزبير، عاش بمكة، وفاق أهلها في الفتوى، توفي سنة (114هـ). شذرات الذهب (147/1-148). وفيات الأعيان، (261/3). حلية الأولياء، (...310/3).	عطاء (114هـ)	54
139	هو عباس بن محمود بن إبراهيم بن مصطفى، صحافي وشاعر وناقد مصري، دعا إلى التجديد في الأدب والحياة، متأثرا بمطالعته الواسعة في الأدب الإنجليزي، من أغزر الكتاب العرب المعاصرين إنجازا وأكثرهم جرأة، من آثاره: العبقريات: محمد ﷺ، الصديق، عمر، الإمام، الصديقة بنت الصديق، ابن الرومي، حياته واثاره، توفي سنة (1383هـ). موسوعة أعلام المورد، (287). القاموس الإسلامي، (537/2).	العقاد (1383هـ)	55
87	هو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب، بن هاشم	علي بن أبي طالب	56

	ابن عبد مناف، ابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته فاطمة الزهراء، رابع الخلفاء الراشدين، قاضي الأمة، وفارس الإسلام، قتل سنة (40هـ).	(40هـ)	
65، 61، 87، 86، 132، 91، 254	هو أبو حفص، عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزي، العدوي القرشي، أسلم بعد أربعين رجلا، كان في الجاهلية من أشرف قریش فأعز الله به الإسلام والمسلمين، من المبشرين بالجنة، أول من لقب بأمير المؤمنين هو ثاني الخلفاء الراشدين، لقب بالفاروق لعدله، قتل بالمدينة سنة (23هـ). الإستيعاب، (3/1089...). أسد الغابة، (4/16...). الإصابة، (2/501-502). حلية الأولياء، (1/61...).	عمر بن الخطاب (23هـ)	57
152	هو أبو حفص عمر بن عبد الله بن عبد الأسد القرشي، المخزومي، ربيب رسول الله ﷺ، تزوج أمه بعد وفاة أبي سلمة، فترعرع في كنف الرسول ﷺ، استعمله علي بن أبي طالب على البحرين وفارس، توفي سنة (83هـ). الإستيعاب، (3/1159-1160). أسد الغابة، (4/79). الإصابة، (2/512-513).	عمر بن سلمة (83هـ)	58
242	هو عيينة بن حصين بن حذيفة، بن بدر الفزاري، يكنى أبا مالك، أسلم بعد الفتح، وقيل شهد حنيناً والطائف، هو من المؤلفة قلوبهم، كان من الأعراب الجفاة. الإستيعاب، (3/1249-1250).	عيينة بن حصين	59
- غ -			
50	هي المرجومة في الزنى، أنت الرسول ﷺ فقالت: يا رسول الله طهرني، ولما أخبرته بحملها قال لها: ارجعي حتى تلدي، فلما ولدت جاءت بالصبي تحمله، فقال لها ﷺ: اذهبي فأرضعيه حتى تفطمي، فلما فطمته جاءت تطلب إقامة الحد، فرجمت. أسد الغابة، (5/642).	الغامدية	60
78، 62، 112، 199، 162	هو حجة الإسلام، أبو حامد محمد بن أحمد الغزالي - نسبة إلى صناعة الغزل - ولد بطوس سنة (450هـ)، فيلسوف،	الغزالي (505هـ)	61

	متصوّف، أصوليّ، فقيه، شافعي المذهب، برع في علم الأخلاق، والجدل والمنطق، فلم يكن للشافعية في آخر عصره مثله، من مصنفاته: الوسيط، البسيط، الوجيز، المستصفي، المنحول شفاء الغليل، إحياء علوم الدين، تهافت الفلاسفة، توفي سنة (505هـ). وفيات الأعيان، (216/4-218). طبقات الشافعية للأسنوي، (111/2). شذرات الذهب (79/2...). هدية العارفين، (295/2).		
- ف -			
5	هو أبو الحسين أحمد بن قارس بن زكريا القرويني، إمام في علوم اللغة، من مؤلفاته: معجم مقاييس اللغة، الصاحبي، الفصيح وتمام الفصيح، توفي سنة (395هـ) وقيل غير ذلك. معجم الأدباء، (533/1...). وفيات الأعيان، (153). معجم المؤلفين، (40/3).	ابن فارس (395هـ)	62
180، 186، 163 267، 256	هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المشهور بابن فرحون اليعمرى، فقيه مالكي، أصولي، نحوي، عالم بالفرائض، والرجال وطبقاتهم، ولد ونشأ وتعلّم بالمدينة المنورة، رحل إلى مصر، دمشق، القدس، من مصنفاته: تبصرة الحكام، تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، توفي سنة (799هـ). نيل الإبتهاج، (30). شجرة النور الزكية، (222).	ابن فرحون (799هـ)	63
- ق -			
184	هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي، المصري، يعرف بابن القاسم، تلميذ الإمام مالك، روى عنه المدوّنة، جمع بين الزهد والعلم، توفي بمصر سنة (191هـ). وفيات الأعيان، (362/3-363). الديباج المذهب، (146-147). شجرة النور الزكية، (58).	ابن القاسم (191هـ)	64
94، 49، 186، 188، 221، 233، 227	هو موفق الدين، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، ولد سنة (541هـ)، عرف بالزهد والتقوى، قوي الحجة، يجيد المناظرة، إليه انتهى العلم بأصول المذهب وفروعه في	ابن قدامة (620هـ)	65

	زمانه، من مصنفاته: المغني، روضة الناظر، الكافي، المقنع، البرهان في مسألة القران، توفي سنة (620هـ). ذيل طبقات الحنابلة، (4/133...). فوات الوفيات، (2/158-159). شذرات الذهب، (5/88...). هدية العارفين، (1/459).		
6، 26، 61، 62، 74، 91، 118، 178	هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الصنهاجي، الملقب بشهاب الدين، الشهير بالقرافي، نسبة إلى القرافة، المحلة المجاورة لقبر الشافعي، ولد بمصر وبها تعلم، تتلمذ على سلطان العلماء العزّ بن عبد السلام مدة طويلة، برع في الفقه والأصول والتفسير، له مصنفات نافعة منها: أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بالفروق، شرح تنقيح الفصول، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، توفي سنة (684هـ). الديباج المذهب، (62...). شجرة النور الزكية، (188-189). هدية العارفين، (1/99). معجم المؤلفين، (1/157).	القرافي (684هـ)	66
135، 243، 273، 252	هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح، الأنصاري الخزرجي، القرطبي، مفسر، محدث، حسن التصنيف، جيد النقل، من مصنفاته: الجامع لأحكام القرآن، التذكار في أفضل الأذكار، التذكرة بأمور الآخرة، توفي سنة (671هـ). الديباج المذهب، (317). معجم المفسرين، (2/479). شذرات الذهب (5/335).	القرطبي (671هـ)	67
51، 59، 202، 285، 280	هو شمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز، الزرعي الدمشقي، فقيه حنبلي، مفسر، نحوي، أصولي، متكلم، ولد سنة (691هـ)، جيد التأليف، دقيق الاستنباط، من مصنفاته: بدائع الفوائد، الصواعق المرسلة على الجهمية المعطلة، زاد المعاد في هدي خير العباد، إعلام الموقعين عن رب العالمين، توفي سنة (751هـ). ذيل طبقات الحنابلة، (4/447...). بغية الوعاة، (1/25). البدر الطالع، (2/143-145). النجوم الزاهرة، (10/249). شذرات الذهب، (6/168-171).	ابن قيم الجوزية (751هـ)	68

- ك -

69	الكاساني (520هـ)	هو أبو بكر مسعود بن أحمد، علاء الدين الكاساني، نسبة إلى بلدة بتركستان، تفقه على يد علاء الدين السمرقندي، من مصنفاته: بدائع الصنائع، السلطان المبين في أصول الدين، توفي سنة (520هـ). الجواهر المضيئة، (25/4...). معجم المؤلفين، (75/3).	137، 188، 183
70	كانت (1804م)	هو إيمانويل كانت "Emmanuel Kant" أحد أعظم فلاسفة العالم، ولد بمدينة كينجسبرج بروسيا يوم 22 أبريل 1727م وبها درس إلى أن وصل مرحلة الجامعة، ثم حصل على الماجستير ودرس بنفس الجامعة، ظل طيلة حياته مهتما بالطبيعة والفلسفة، قال بأن العقل البشري عاجز عن إدراك حقائق الأشياء في ذاتها، من أشهر كتبه: نقد العقل الخالص، نقد العقل العلمي، توفي في 12 فبراير 1804م. الموسوعة الفلسفية لبدوي، (269/2...). الموسوعة الفلسفية المختصرة، (329...).	174
71	الكندي (677هـ)	هو أحمد بن عبد الرحمن الكندي الدشناوي، جلال الدين، فقيه أصولي، ولد بدمشق وتوفي بقوص، من مؤلفاته: شرح التنبيه للشيرازي في فروع الفقه الشافعي، مناسك الحج، كتاب في الأصول. معجم المؤلفين، (268/1).	26

- م -

72	ماعرز	هو ماعرز بن مالك الأسلمي، معدود في المدنيين، كتب الرسول ﷺ بإسلام قومه، قال ابن حبان: "له صحبة وهو الذي رجم على عهد النبي ﷺ". الإستيعاب، (1345/3). أسد الغابة، (270-271/4). الإصابة، (317/3).	50
73	مالك بن أنس (179هـ)	هو أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، إمام دار الهجرة، إليه ينسب المذهب المالكي، ولد سنة (93هـ) وقيل غير ذلك، جمع بين الفقه والحديث، تصدى للإفتاء والتعليم بالمدينة حتى قيل: لا يفتى ومالك في المدينة، من مصنفاته: الموطأ، إجماع أهل المدينة، الرد على القدرية، توفي بالمدينة	184، 202، 223، 292

	سنة (179هـ). الفهرست، (280-281). ترتيب المدارك، (1/102...). وفيات الأعيان، (4/278). الديباج المذهب، (17...).		
54	هو علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسن الماوردي، أقضى قضاة عصره، من كبار علماء الشافعية، ولد بالبصرة وبها تعلم، انتقل إلى بغداد فكان ذو مكانة عند الخلفاء، من مصنفاته: أدب الدنيا والدين، الحاوي في فقه الشافعية، الأحكام السلطانية، توفي سنة (450هـ). وفيات الأعيان، (3/282...). طبقات الشافعية للأسنوي، (2/206). شذرات الذهب، (3/285-286).	الماوردي (450هـ)	74
153	هو عبد الله بن أبي زيد بن عبد الرحمن النفزي القيرواني، المالكي، أبو محمد، فقيه، مفسر، مشارك في بعض العلوم، ولد بالقيروان سنة (310هـ)، من مصنفاته: النوادر والزيادات، كتاب الرسالة، مختصر المدونة، إعجاز القرآن، توفي سنة (386هـ) وقيل غير ذلك. معجم المؤلفين، (6/73).	أبو محمد بن أبي زيد (386هـ)	75
149	هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام، سحنون بن سعيد بن حبيب التتوخي، فقيه مالكي مناظر من القيروان، جمع فنون العلم في عصره، كان وجيهاً عند الملوك، من مصنفاته: آداب المعلمين، أجوبة محمد بن سحنون، الرسالة السحنونية، آداب المتناظرين، الحجة على القدرية، توفي سنة (256هـ). الأعلام، (7/76).	محمد بن سحنون (256هـ)	76
140	هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عlish، فقيه مالكي، متكلم، منطقي، نحوي، بياني، فرضي، مغربي الأصل، مصري المولد والتعلم، جمع بين العلم والعمل، ولي مشيخة المالكية بمصر، اتهم بموالاتة ثورة عرابي فسجن إلى أن توفي سنة (1299هـ) من مصنفاته: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، منح الجليل على مختصر خليل، هداية السالك. شجرة النور الزكية، (385). هدية العارفين، (2/382). معجم المؤلفين، (9/12-13).	محمد عlish (1299هـ)	77
289	هو محمد بن نجم الدين بن محمد الهلالي الدمشقي، المعروف	محمد بن نجم الدين	78

	بالصالح، أديب، شاعر، ولد بدمشق، وتوفي بها سنة (1012هـ) من آثاره: الآيات البيّنات في قصة الإسراء بسيد أهل الأرض والسموات، ديوان شعر سماه سجع الحمام. معجم المؤلفين، (74/12). الأعلام، (345/7).	(1012هـ)	
254	هو أبو عبد الله المسور بن مخزّمة بن نوفل القرشي، ولد بمكة بعد الهجرة بسنتين، كان فقيها من ذوي الفضل والرأي والدهاء، أقام بالمدينة ثم انتقل إلى مكة بعد مقتل عثمان، قتل في حصار ابن الزبير سنة (64هـ). الإستيعاب، (1399/3). أسد الغابة، (396-395/4). الإصابة، (399/3).	مسور ابن مخزّمة (64هـ)	79
88	هو أبو عبد الرحمن، معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي، الإمام في علم الحلال والحرام، أسلم صغيراً، شهد بيعة العقبة الثانية، أرسله النبي ﷺ إلى اليمن قاضياً، رجع إلى المدينة في خلافة أبي بكر، توفي سنة (18هـ). الإستيعاب، (...1402/3). أسد الغابة، (378-376/4). الإصابة، (407-406/3).	معاذ بن جبل (18هـ)	80
272، 194	هو أبو زكرياء يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام بن عبد الرحمن المرّي، الغطفاني، سيّد الحفاظ، إمام الجرح والتعديل، كان بينه وبين الإمام أحمد بن حنبل صحبة وألفة، إليه تنسب مقولة: "كتب بيدي هذه الستمائة حديث"، من آثاره: الجرح والتعديل، معرفة الرجال، التاريخ والعلل، طبقات الحنابلة، (403-402/1). تهذيب الأسماء واللغات، (...156/2). وفيات الأعيان، (...139/6).	ابن معين (233هـ)	81
88	هو عبد الله بن قيس بن سليم، التميمي الأشعري، أسلم بمكة، هاجر زمن فتح خيبر، استعمله الرسول ﷺ مع معاذ على اليمن، ثم ولي الكوفة والبصرة، عرف بحسن الصوت في قراءة القرآن، توفي سنة (44هـ). الإستيعاب، (979/3). أسد الغابة، (246-245/3). الإصابة، (352-351/2).	أبو موسى الأشعري (44هـ)	82
8	هو أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي،	الموصلي (683هـ)	83

	الملقب بمجد الدين، من كبار فقهاء الشافعية، ولد سنة 599هـ بالموصل، رحل إلى دمشق، ولي قضاء الكوفة مدة، ثم استقر ببغداد مدرسا، وبها توفي سنة (683هـ) من مصنفاته: الإختيار لتعليل المختار. الجواهر المضيئة، (350/2). الأعلام، (279/4).		
8	هو عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي، الشهير بالميداني، فقيه، أصولي، حنفي، له شرح على القدوري سمّاه اللّباب في شرح الكتاب، شروح ورسائل في الصرف، والتوحيد، توفي بدمشق سنة (1298هـ). معجم المؤلفين، (274/5). الأعلام، (159).	الميداني (1298هـ)	84
281	هو جعفر بن أحمد بن طلحة، أبو الفضل المقتدر بالله بن المعتضد، الخليفة العباسي الثامن عشر، بويح بالخلافة بعد وفاة أخيه المكتفي سنة (295هـ)، كان مستضعفا مبذرا فاستبدّ بالأمر خدمه ونساؤه، تمرّد عليه خادمه مؤنس فأطاح به سنة (320هـ). النجوم الزاهرة، (233-234/3). شذرات الذهب (284/2).	المقتدر بالله (320هـ)	85
5	هو أبو الفضل محمد بن محرم بن علي بن أحمد بن منظور، الأنصاري الرويفعي، أديب لغوي، ناظم، ناثر، ولد سنة (630هـ) من مصنفاته: لسان العرب، مختار الأغاني في الأخبار والتهاني، مختصر مفردات أبي البيطار، توفي سنة (711هـ). بغية الوعاة، (106). شذرات الذهب (26/6-27). فوات الوفيات، (39/4). معجم المؤلفين، (46/12-47).	ابن منظور (711هـ)	86
- ن -			
167	هو زين العابدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم، فقيه وأصولي حنفي، ممن برزوا خلال القرن العاشر الهجري، من من مصنفاته: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، شرح المنار، الأشباه والنظائر، توفي سنة (970هـ). شذرات الذهب (358/8). هدية العارفين، (378/1). الأعلام، (104/3).	ابن نجيم (970هـ)	87
137، 163	هو أبو زكريا يحيى بن شرق بن مرّي بن حسن، الملقّب	النووي (676هـ)	88

242، 271، 246	بمحي الدين النووي، من أعلام الشافعية، ولد سنة (631هـ) بالشام، تعلم بدمشق كان شديد الذكاء، ورعا، برع في الفقه والحديث واللغة، من مصنفاته: روضة الطالبين، رياض الصالحين، تهذيب الأسماء واللغات المجموع في شرح المهذب، توفي سنة (676هـ). طبقات الشافعية للأسنوي، (266/2-267). النجوم الزاهرة، (278/7). شذرات الذهب (354/5-356).		
- ه -			
93، 241، 242	هي هند بنت عتبة بن ربيعة، القرشية، زوج أبي سفيان عرفت بعداوتها للإسلام، بقرت صدر حمزة يوم أحد، شرح الله صدرها للإيمان يوم فتح مكة، توفيت في خلافة عثمان. الإشتياع، (4/1922-1923). أسد الغابة، (562-563). الإصابة، (4/409-410).	هند بنت عتبة	89
174	هو جورج فلهلم فردريك هيغل "George Wilhem Friedrich Hegel" ولد بألمانيا سنة (1770م)، واحد من أعظم الفلاسفة تأثيرا في جميع العصور، ألف حوالي عشرين مجلدا بالألمانية إلا أنه لم ينشر سوى أربعة، ترجمت جميعها إلى الإنجليزية، له محاضرات عن فلسفة التاريخ، فلسفة الفن، الدين، تاريخ الفلسفة، وله رسائل صغيرة ومقالات في المجلات، قام تلاميذه بعد وفاته بإعداد نشرة كاملة لمؤلفاته. الموسوعة الفلسفية لبدوي، (2/570...). الموسوعة الفلسفية المختصرة، (512...).	هيغل (1831م)	90
- ي -			
93، 178، 180	هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس الأنصاري، الكوفي البغدادي، تلميذ أبي حنيفة وصاحبه، فقيه، مجتهد، حافظ للحديث خالف شيخه في كثير من المسائل، غالب عليه الرأي، ولي قضاء بغداد إلى أن توفي، من مصنفاته: أدب القاضي، الرد على الإمام مالك، توفي ببغداد سنة (182هـ). الفهرست، (385). وفيات الأعيان، (681). العبر، (220-219/1). الجواهر المضيئة، (613-611/3).	أبو يوسف (182هـ)	91

فهرس القواعد الفقهية والأصولية:

الصفحة	القاعدة
275	إذا تعارضت مصلحتان قدمت أقوىهما
110	إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما
21، 12	الأصل في الأشياء الإباحة
116	الأمور بمقاصدها
113، 110، 92	درء المفسد مقدم على جلب المصالح
110	الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف
167	الضرر يزال
284، 167	الضرورات تبيح المحظورات
110	الضرورة تقدر بقدرها
20	لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع
272	ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب
116	المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات
110، 92، 80 284، 250، 146	يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام
110، 92	يختار أهون الشرين

فهرس التعريفات والمصطلحات

يشمل كل ما تمّ شرحه في الرسالة، وقد رمزت لما ورد في المتن بالحرف "م" ولما ورد في الهامش بالحرف "هـ".

اللفظ	موضع وروده	الصفحة
اتباع الأصول	م	290 ، 289
الإجماع	م	86
الإحتياط	هـ	288
الإختيار	هـ	17
إذن المريض	م	283 ، 282 ، 286
الأرش	هـ	233 - 94
الأساس	هـ	77
أسباب الإباحة	م	11
الإستحسان	م	59
الإستعمال	م	24
أصول الفقه	هـ	25
الإعتداء	م	176 ، 174
الإغماء	هـ	39
الإكراه	م	40
الأمان	م	211
الآمة	هـ	232
الأنجلوسكسون	هـ	69
الإهانة	م	240
الإهدار	م	210
الإيلاء	هـ	139
الباضعة	هـ	232
الباغي	م	219
البرد	هـ	254
التجاوز	هـ	109

14	م	التعزير
49	م	التوبة
232	م	الجراح
14	م	الجريمة
39	هـ	الجنون
38	هـ	الجهل
201	هـ	الحافر
281	هـ	الحجام
14 ، 7	هـ	الحد
216 ، 49	هـ	الحرابة
169	هـ م	الحربي
222	هـ	الحرز
24	م	الحق
76	هـ	الحكمة
7	هـ	الحكم الشرعي
232	هـ	الخاصة
264	م	الخصم
259	م	الخصومة
291	هـ م	الخطأ
201	هـ	الخف
232	هـ	الدامغة
232	هـ	الدامية
158	م	الدفع
158	م	الدفاع
232	هـ	الدية
132	هـ	ذئ
61 ، 60	م	الذرائع
246 ، 245	م	ذو الصفة
57	م	الرخصة

7	هـ	الرسم
40 ، 278	هـ م	الرضا
226	م	الزاني
210	م	الزوال
222	م	السارق
240	م	السب
5	م	السبب
84	هـ	السبر والتقسيم
291	هـ	السراية
38	هـ	السكر الإختياري
283	هـ	السلعة
232	هـ	السمحاق
65	هـ	السياسة الشرعية
232	م	الشجاج
158	م	الصائل
42	م	الضرورة
269	م	الطب
239	هـ	الطعن
89	هـ	العادة
285	هـ	العاقلة
39	هـ	العتة
58	م	العرف
210	م	العصمة
211	هـ	عقد الذمة
211	هـ	عقد المودعة
211	هـ	عقد الهدنة
212	هـ	العقوبة المقدرة
77	م	العلة
38	هـ	عوارض الأهلية

38	هـ	العوارض السماوية
38	هـ	العوارض المكتسبة
241	م	الغيبة
281	هـ	الفاصد
104	م	الفضولي
25	هـ	الفقه
231	م	القتل العمد
237	م	القذف
85	م	القصاص
86	م	القياس
112	هـ	مأل الفعل
37	م	المانع
232	هـ	المتلاحمة
281	هـ	المجبر
216	م	المحارب
263	هـ	المحامي
226	م	المحصن
14	م	المحضورات
258	م	المحكمة
264	هـ	المدعي بالحق المدني
214	م	المرتد
38	م	المسؤولية
78	هـ	المصالح التحسينية
78	هـ	المصالح الحاجية
232	هـ	الموضحة
247	م	الموظف العام
188	هـ	المفازة
247	م	المكلف بخدمة عامة
232	هـ	المنقلة

52	م	موانع العقاب
38	م	موانع المسؤولية
97 ، 56	م	النسخ
38	هـ	النسيان
135	م	النشوز
201	هـ	التصل
240	م	النقد المباح
38	هـ	النوم
232	هـ	الهاشمة
4	هـ	الودج
104	م	الوكيل
147	هـ	الولاية على النفس

فهرس المصادر والمراجع:

أولاً: كتب التفسير

1	الجصاص	أحمد بن علي الرازي، (ت370هـ)، أحكام القرآن، ط2، دار المصحف
2	الرازي	محمد فخر الدين، (ت606هـ)، مفاتيح الغيب المشتهر بالتفسير الكبير، القاهرة: المطبعة الحسينية.
3	سيد قطب	في ظلال القرآن، بيروت: دار التراث العربي، 1961م
4	الطبري	محمد بن جرير، (ت310هـ)، جامع البيان في تفسير القرآن، دار إحياء الكتب العربية.
5	ابن عاشور	محمد الطاهر، (ت1284هـ)، التحرير والتنوير، تونس: الدار التونسية للكتاب، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1984م.
6	ابن العربي	محمد بن عبد الله بن أحمد، (ت543هـ)، أحكام القرآن، ط1، القاهرة: مطبعة السعادة، 1331هـ..
7	القرطبي	محمد بن أحمد، (ت671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، ط3، القاهرة: دار الكتب المصرية، 1387هـ-1967م.
8	ابن كثير	عماد الدين إسماعيل، (ت774هـ)، تفسير القرآن العظيم، بيروت: دار الأندلس.
9	محمد رشيد رضا	(ت1355هـ)، تفسير القرآن الحكيم، المشتهر بتفسير المنار، ط3، القاهرة: دار المنار، 1367هـ.
10	المراغي	أحمد مصطفى، تفسير المراغي، ط1، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، 1365هـ-1946م.

ثانياً: علوم الحديث وشروحه

11	آبادي	محمد بن شمس الحق العظيم، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط2، ضبط وتحقيق: عبد الرحمان محمد عثمان، المدينة المنورة: المكتبة السلفية، 1388هـ-1965م.
12	البخاري	محمد بن إسماعيل بن برزیه، (ت256هـ)، صحيح البخاري، مصر: إدارة الطباعة المنيرية.
13	البيهقي	أحمد بن الحسين بن علي، (ت458هـ)، السنن الكبرى، الدار الفكر.
14	الترمذي	محمد بن عيسى بن سورة، (ت279هـ)، الجامع الصحيح، ط2، تحقيق: عبد

		الوهاب عبد اللطيف، بيروت: دار الفكر، 1403هـ-1983م.
15	ابن حنبل	أحمد بن محمد، (ت241هـ) مسند الإمام أحمد بن حنبل، بيروت: دار الفكر.
16	الدارقطني	علي بن عمر، (ت385هـ) سنن الدارقطني، ط4، بيروت: عالم الكتب، 1406هـ-1986م.
17	أبو داود	سليمان بن الأشعث السجستاني، (ت275هـ) سنن أبي داود، ط1، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، 1371هـ-1952م.
18	الصنعاني	محمد بن إسماعيل، (ت1182هـ) سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق محمد الدالي بلطة، (بيروت: المكتبة العصرية، 1412هـ-1992م).
19	ابن عبد البر	يوسف بن عبد الله بن محمد، (ت463هـ) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ط2، تحقيق: محمد التائب السعدي، 1402هـ-1982م.
20	العسقلاني	أحمد بن علي بن حجر (ت852هـ) فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت: دار المعرفة.
21	ابن ماجه	محمد بن يزيد القزويني، (ت270هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر.
22	مالك	بن أنس، (ت179هـ)، الموطأ رواية يحيى بن يحيى الليثي، ط1، بيروت: دار النفائس، 1410هـ-1990م.
23	مسلم	ابن الحجاج القشيري (ت261هـ)، صحيح مسلم، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
24	النسائي	أحمد بن شعيب بن علي، (ت303هـ) سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي، بيروت: دار الكتاب العربي.
25	النووي	محي الدين يحيى بن شرف، (ت676) شرح النووي على صحيح مسلم، تحقيق عصام الصبابطي وآخرون، ط1، القاهرة: دار الحديث، 1415هـ-1994م.

ثالثاً: أصول الفقه والقواعد الفقهية

1. أصول الفقه

26	الأمدي	سيف الدين بن محمد، (ت631) الإحكام في أصول الأحكام، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ-1985م.
27	الأنصاري	عبد العلي محمد بن نظام الدين، (ت1225هـ) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت في أصول الفقه لمحبه الدين بن عبد الشكور، مطبوع بهامش

		المستشفى للغزالي، ط1، مصر: المطبعة الأميرية، 1322هـ - 1902م.
28	البخاري	علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (ت730هـ) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.
29	ابن بدران	عبد القادر (ت1346هـ) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، تحقيق: عبد الله بن المحسن، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1401هـ - 1981م.
30	التفتازاني	سعد الدين مسعود بن عمر، (ت712هـ) التلويح على التوضيح، بيروت: دار الكتب العلمية.
31	الدهلوي	شاه ولي الدين عبد الرحيم، (ت1176هـ)، حجة الله البالغة، تحقيقك السيد سابق، القاهرة: دار الكتب الحديثة.
32	الزركشي	بدر الدين محمد بن بهادر، (ت794هـ) البحر المحيط، ط1، تحقيق: لجنة من علماء الأزهر، القاهرة: دار الكتب، 1414هـ - 1994م.
33	أبو زهرة	محمد بن أحمد، (ت1394هـ) أصول الفقه، القاهرة: دار الفكر العربي.
34	ابن الشاط	محمد علي بن حسين، (ت723هـ)، أدرار البروق على أنواء الفروق، مطبوع بهامش الفروق للقرافي، بيروت: عالم الكتب.
35	الشاطبي	إبراهيم بن موسى (ت790هـ) الاعتصام، الجزائر: دار شريفة.
36		إبراهيم بن موسى (ت790هـ) الموافقات في أصول الشريعة، ط1، ضبطه وخرّج أحاديثه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، المملكة العربية السعودية: دار ابن عفان، 1417هـ - 1997م.
37	شلبي	محمد مصطفى، تعليل الأحكام، بيروت: دار النهضة، 1981م.
38	الشوكاني	محمد بن علي بن محمد (ت1250هـ) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول.
39	ابن عاشور	محمد الطاهر، (ت1393هـ) مقاصد الشريعة الإسلامية، تونس: الشركة التونسية للتوزيع، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب.
40	الزركشي	تشنيف المسامع، بجمع الجوامع، ط3، تحقيق: عبد الله ربيع وسيد عبد العزيز، مكة المكرمة: مؤسسة قرطبة، المكتبة المكية، 1419هـ - 1999م.
41	العز بن عبد السلام	عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، (ت660هـ) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، بيروت: دار المعرفة.
42	العزياني	الصادق عبد الرحمان، الحكم الشرعي بين النقل والعقل، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1409هـ - 1989م.

43	الغزالي	أبو حامد محمد بن أحمد، (ت505هـ) المستصفى من علم الأصول، ط1، مصر: المطبعة الأميرية، 1322هـ - 1902م.
44	ابن قدامة	موفق الدين عبد الله بن أحمد (ت620هـ) روضة الناظر وجنة المناظر (دون معلومات).
45	القرافي	شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت684هـ) أنوار البروق في أنواء الفروق، المعروف بالفروق، بيروت: عالم الكتب.
46		شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، ط1، تحقيق: طه عبد الرؤوف، القاهرة: دار الفكر، 1393هـ - 1973م.
47	محمد الخضري بك	(ت1345هـ) أصول الفقه، ط1، القاهرة: مطبعة الاستقامة 1358هـ - 1938م.
48	ابن النجار	محمد بن أحمد الفتوحى (ت972هـ) شرح الكوكب المنير المسمى مختصر التحرير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حمّاد، الرياض: مكتبة العبيكان، 1413هـ - 1993م.
49	النسفي	أبو البركات عبد الله بن أحمد (ت710هـ) كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م.
50	ابن الهمام	كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت861هـ) فتح القدير، ط2، بيروت: دار الفكر.
51	وهبة الزحيلي	أصول الفقه الإسلامي، ط1، دمشق: دار الفكر، 1406هـ - 1986م.

2. القواعد الفقهية

52	ابن رجب	أبو الفرج عبد الرحمن (ت795هـ) القواعد في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1413هـ.
53	الزرقا	الشيخ أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، ط5، دمشق: دار القلم، 1419هـ - 1998م.
54	السدلان	صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، الرياض: دار بلنسية للنشر والتوزيع، 1417هـ.
55	السيوطي	جلال الدين عبد الرحمن، (ت911هـ) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م.
56	علي حيدر	درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، ط1، بيروت: دار

		الجيل، 1411هـ - 1991م.
57	ابن نجيم	زين العابدين بن إبراهيم، (ت970هـ) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1413هـ - 1993م.

رابعاً: الفقه الإسلامي.

1. الفقه الحنفي

58	داماد أفندي	عبد الله بن الشيخ محمد سلمان (ت1078 م) مجمع الأنهار شرح ملتقى الأبحر، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
59	الزليعي	فخر الدين عثمان بن علي، (ت743هـ) تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي.
60	السرخسي	شمس الدين (ت490هـ) المبسوط، بيروت: دار المعرفة، 1406هـ - 1986م.
61	الطحطاوي	أحمد (ت1331هـ) حاشية الطحطاوي على الدر المختار، بيروت: دار المعرفة، 1395هـ - 1975م.
62	ابن عابدين	محمد أمين (ت1252هـ) حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الإمام أبي حنيفة، الشهيرة بحاشية ابن عابدين، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
63		رسائل ابن عابدين، (دون معلومات).
64	قاضي زاده	شمس الدين أحمد بن قودر (ت988هـ) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ط2، بيروت: دار الفكر.
65	الكاساني	علاء الدين بن مسعود (ت587هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، مصر: شركة المطبوعات العلمية، 1327هـ.
66	الموصللي	عبد الله بن مودود (ت683هـ) الإختيار لتعليل المختار، بيروت: دار الكتب العلمية.
67	الميداني	عبد الغني الغنيمي (ت1298هـ) اللباب في شرح الكتاب، بيروت: دار الكتاب العربي، 1399هـ - 1984م.
68	الشيخ نظام	وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط4، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

69	ابن جزري	محمد بن أحمد (ت741هـ) القوانين الفقهية، دار الثقافة، 1969م.
70	الحطاب	محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت954هـ) مواهب الجليل، شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1412هـ - 1992م.
71	الخرشي	محمد بن عبد الله بن علي (ت1101هـ) الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر
72	السوقي	شمس الدين عرفة (ت1230هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ط3، مصر: المطبعة الأميرية، 1319هـ.
73	ابن رشد	محمد بن أحمد (ت596هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مراجعة وتصحيح عبد الحليم محمد بن عبد الحليم وعبد الرحمن حسن محمود، القاهرة: دار الكتب العلمية.
74	الزرقاني	عبد الباقي (ت1099هـ) الزرقاني على خليل، (دون معلومات).
75	ابن فرحون	شمس الدين أبو عبد الله محمد (ت799هـ) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1416هـ - 1995م.
76	القرافي	شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت684هـ) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، سوريا: مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1387هـ - 1967م.
77		الذخيرة، ط1، بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م

2. الفقه الشافعي

78	الرملي	شمس الدين محمد بن شهاب الدين (ت1004هـ) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، بيروت: دار الفكر، 1404هـ - 1984م.
79	الشافعي	محمد بن إدريس (ت204هـ) الأم، دار الشعب.
80	الشربيني	محمد الخطيب (ت977هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر.
81	الشيرازي	إبراهيم بن علي بن يوسف (ت476هـ) المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر.
82	الماوردي	علي بن محمد بن حبيب (ت450هـ) الأحكام السلطانية والولايات الدينية،

ط1، خرّج أحاديثه وعلّق عليه: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، بيروت: دار الكتاب العربي، 1410هـ - 1990م.		
الحاوي الكبير، تحقيق محمود مطرجي وآخرون، بيروت: دار الفكر، 1414هـ - 1994م.	83	
محي الدين بن شرف (ت676هـ) روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد بن عبد الموجود وعلى محمد معوض، بيروت: دار الكتب العلمية.	84	النووي
المجموع شرح المذهب، دار الفكر.	85	

3. الفقه الحنبلي

منصور بن يونس بن إدريس (ت1051هـ) شرح منتهى الإرادات: المملكة العربية السعودية، رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد.	86	البهوتي
تقي الدين أحمد (ت728هـ) مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن محمد بن القاسم، المغرب: مكتبة المعارف.	87	ابن تيمية
علاء الدين علي بن سليمان (ت885هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، تحقيق: محمد الفقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1406هـ - 1986م.	88	المرداوي
عبد الله بن محمد (ت620هـ) المغني، القاهرة: مكتبة الجمهورية العربية.	89	ابن قدامة
شمس الدين محمد بن أبي بكر (ت751هـ) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت: دار الكتب العلمية.	90	ابن القيم

4. الفقه الظاهري

علي بن أحمد (ت456هـ) المحلّى بالآثار، تحقيق: محمد منير الدمشقي، مصر: إدارة الطباعة المنيرية، 1352هـ.	91	ابن حزم
--	----	---------

5. الفقه العام

نظرية النيابة في الشريعة والقانون، ط1، الكويت: دار القلم، 1401هـ - 1981م.	92	أحمد حمد
الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، 1407هـ - 1987م.	93	أحمد شرف الدين

94	أحمد فتحي بهنسي	العقوبة في الفقه الإسلامي، ط6، القاهرة: دار الشروق، 1409هـ - 1989م.
95		القصاص في الفقه الإسلامي، ط5، القاهرة: دار الشروق، 1409هـ - 1989م
96		المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط4، القاهرة: دار الشروق، 1988م.
97		مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، ط4، القاهرة: دار الشروق، 1409هـ - 1989م.
98	أحمد هبة	موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ط1، القاهرة: دار الكتب، 1985م
99	حسن عماد مكاوي	أخلاقيات العمل الإعلامي دراسة مقارنة، القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، 1994م.
100	الحسيني سليمان جاد	العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة، بيروت: دار الشروق، 1411هـ - 1991م.
101	خالد عبد الحميد فراج	المنهج الحكيم في التجريم والتقويم، الإسكندرية: منشأة المعارف.
102	خلود سامي عزارة آل معجون	النظرية العامة للإباحة، 1403هـ - 1984م.
103	روضة محمد ياسين	منهج القرآن في حماية المجتمع من الجريمة، الرياض: المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، 1413هـ - 1992م.
104	أبو زهرة محمد	الأحوال الشخصية، القاهرة: دار الفكر العربي.
105		الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجزء الأول (الجريمة، القاهرة: دار الفكر العربي).
106	الشنقيطي	محمد أحمد مزيد، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط2، جدة: مكتبة الصحابة، 1415هـ - 1994م.
107	صبحي عبده	السعيد، السلطة والحرية في النظام الإسلامي، دراسة مقارنة، القاهرة: دار الفكر العربي، 1982م.
108	عبد الحميد إبراهيم المجالي	مسقطات العقوبة التعزيرية وموقف المحتسب منها، الرياض: المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، 1412هـ - 1992م.

109	عبد الخالق النواوي	التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط2، بيروت: دار الثقافة، 1974م.
110		جرائم القذف والسب العلني وشرب الخمر بين الشريعة والقانون، ط2، بيروت: المكتبة العصرية، 1973م.
111	عبد الرحمن واصل	مشكلات الشباب الجنسية والعاطفية تحت أضواء الشريعة الإسلامية، ط3، القاهرة: مكتبة وهبة، 1989م.
112	عبد الفتاح خضر	النظام الجنائي: أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء الإسلامي، الرياض: مطبوعات معهد الإدارة العامة، 1402هـ - 1982م.
113	عبد السلام التونجي	المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، لبنان: دار المعارف.
114	عبد الفتاح مراد	التحقيق الجنائي العلمي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، 1989م.
115	عبد الفتاح مصطفى الصيفي	الأحكام العامة للنظام الجزائي، الرياض: جامعة الملك سعود، 1985م.
116	عبد القادر عودة	التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط6، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1405هـ - 1985م.
117	عبد الكريم زيدان	المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط2، سوريا: مؤسسة الرسالة، 1415هـ - 1990م.
118		نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1418هـ - 1997م.
119	عبد الله أبو زيد	فقه النوازل، الجزائر: دار القلم، 1413هـ - 1993م.
120	عبد الله ناصح علوان	تربية الأولاد في الإسلام، الجزائر، دار الشهاب.
121	عبود سراج	التشريع الجزائري المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السوري، الجزء الأول، المبادئ العامة، دمشق: المطبعة الجديدة، 1395هـ - 1396هـ - 1975م.
122	علي حسن عبد الله الشرفي	الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ط1، الزهراء للإعلام العربي، 1406هـ - 1986م.
123	فتحي الدريني	الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1984م.

124		نظرية التعسف في استعمال الحق، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1401هـ - 1981م.
125	فكري أحمد عكاز	فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، جدة: شركة مكتبات عكاز للنشر والتوزيع، 1402هـ - 1982م.
126	القطب محمد القطب طنبلية	الإسلام وحقوق الإنسان: دراسة مقارنة، ط2، القاهرة: دار الفكر العربي، 1404هـ - 1983م.
127	ابن القيم	تحفة المودود بأحكام المولود، ط3، بيروت: دار الكتاب العربي، 1399هـ - 1979م.
128		الفروسية، تحقيق: ابن الحسين بن محمود بن سليمان، المملكة العربية السعودية: دار الأندلس، 1996م.
129	محمد رأفت عثمان	الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الإسلام، بيروت: دار إقرأ، 1982م.
130	محمد سلام مذكور	الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن، ط2، القاهرة: دار النهضة العربية، 1385هـ - 1965م.
131		المدخل للفقهاء الإسلاميين: تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط4، القاهرة: دار النهضة العربية، 1389هـ - 1969م.
132	محمد سليم العواء	في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ط2، الإسكندرية: دار المعارف، 1983م.
133	محمد سيد عبد التواب	الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة: عالم الكتب، 1983م.
134	محمد الشحات الجندي	جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية مقارنا بقانون الأحداث، ط3، القاهرة: دار الفكر العربي.
135	محمد عثمان خشب	المشاكل الزوجية وحلولها في ضوء الكتاب والسنة والمعارف العامة، القاهرة: مكتبة القرآن.
136	مصطفى الزرقا	المدخل الفقهي العام، ط9، دمشق: دار الفكر، 1388هـ - 1968م.
137	ناصر علي ناصر الحليفي	الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة: مطبعة المدني، 1412هـ - 1992م.
138	وهبة الزحيلي	نظرية الضرورة الشرعية، ط5، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1418هـ - 1997م.

خامسا: كتب حديثة.

139	أحمد الشرباصي	موسوعة الفدا في الإسلام، ط1، بيروت: دار الجيل، 1402هـ - 1982م.
140	أحمد فؤاد الأهواني	التربية في الإسلام، القاهرة: دار المعارف.
141	ابن خلدون	عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، ط2، بيروت: مكتبة المدرسة ودار الكتاب اللبناني، 1961م.
142	عاصم عجيلة	حرية الفكر وترشيد الواقع الإسلامي، الدوحة: دار الثقافة، 1991م
143	عباس محمود العقاد	العقريات الإسلامية: عبقرية محمد ﷺ، بيروت، 1984م.
144	عبد الحميد النجار	دور حرية الرأي في الوحدة الفكرية بين المسلمين، الولايات المتحدة الأمريكية: المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
145	عدنان حسن صالح باحارث	مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد في مرحلة الطفولة، ط6، المدينة المنورة: دار المجتمع للنشر والتوزيع، 1418هـ - 1997م.
146	علي أحمد مذكور	منهج التربية: أساسياته ومكوناته، القاهرة: الدار الفنية للنشر والتوزيع.
147	عمر فروخ	الأسرة في الشرع الإسلامي، بيروت: المكتبة العصرية، 1408هـ - 1988م.
148	محمد التومي	نظام الأسرة في الإسلام، الجزائر: شركة الشهاب، 1981م
149	محمد سحنون	آداب المعلمين، ط2، تحقيق: محمد عبد المولى، الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع.
150	محمد عزة دروزة	المرأة في القرآن والسنة، ط1، بيروت: المكتبة العصرية، 1418هـ - 1997م.
151	محمد قطب	منهج التربية الإسلامية، ط5، القاهرة: دار الشروق، 1403هـ - 1983م.
152	المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية من 16 إلى 21 شوال 1380هـ، القاهرة: 1382هـ - 1963م.	
153	المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، موسوعة الفقه الإسلامي، مصر: وزارة الأوقاف، 1410هـ - 1990م.	

سادسا: كتب القانون.

154	إبراهيم الشباسي	الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، بيروت: دار الكتاب
-----	-----------------	---

		اللبناني.
155	إسحاق إبراهيم منصور	شرح قانون العقوبات الجزائي، جنائي خاص، في الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأموال وأمن الدولة، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1983م.
156	أنور سلطان	المبادئ القانونية العامة، ط4، بيروت: دار النهضة العربية، 1403هـ - 1983م.
157	بارش سليمان	شرح قانون العقوبات الجزائي، شرعية التجريم، باتنة: 1992م.
158	حسن صادق المرصفاوي	قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، 1972م.
159	حسن كيرة	المدخل إلى القانون، ط5، الإسكندرية: منشأة المعارف.
160	حسين نجيدة	المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، القاهرة: دار الفكر العربي.
161	جندي عبد الملك	الموسوعة الجنائية، ط2، بيروت: دار العلم للجميع.
162	رضا فرج	شرح قانون العقوبات الجزائي، الكتاب الأول: قانون العقوبات القسم العام، الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع.
163	رمسيس بهنام	الجرائم المضرة بأحد الناس، الإسكندرية: دار المعارف.
164		الجريمة والمجرم والجزاء، الإسكندرية: دار المعارف، 1971م.
165		النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية: دار المعارف، 1971م.
166	رؤوف عبيد	جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، ط8، القاهرة: دار الفكر العربي، 1985م.
167		مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ط4، القاهرة: دار الفكر العربي، 1979م.
168	زهدي يكن	القانون الإداري، بيروت: منشورات دار المكتبة العصرية.
169	سامي النصراوي	المبادئ العامة في قانون العقوبات، الجزء الأول: الجريمة، ط1، 1977م.
170	سليمان مرقس	المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، اقسام الأول: الأحكام العامة، أركان المسؤولية، الضرر والخطأ والسببية، 1971م.
171	فتحي سرور	شرح قانون العقوبات القسم العام، ط4، بيروت: دار النهضة العربية، 1985م.
172		الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، ط4، بيروت: دار النهضة العربية،

1985م.		
173	فتوح عبد الله الشاذلي	شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1996م.
174	فريد الزغبى	الموسوعة الجزائرية، ط3، بيروت: دار صادر للطباعة والنشر.
175	عبد الحليم فودة	الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، القاهرة: دار الفكر الجامعي، 1996م.
176	عبد الحميد الشواربي	الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقهاء، الإسكندرية: دار المعارف.
177	عبد الله سليمان	شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، قانون العقوبات القسم العام، الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع.
178	عبد المنعم فرج الصدة	أصول القانون، بيروت: دار النهضة العربية.
179	عبد القادر القهوجي	قانون العقوبات القسم العام، القاهرة: الدار الجامعية، 1988م.
180	عثمان سعيد عثمان	استعمال الحق كسب للإباحة، القاهرة، 1968م.
181	علي علي سليمان	ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
182		النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
183	عماد عبد الحميد النجار	الوسيط في تشريعات الصحافة، القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية، 1985م.
184	عوض محمد	قانون العقوبات القسم العام، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1991م.
185	مأمون سلامة	قانون العقوبات القسم العام، ط3، القاهرة: دار الفكر العربي، 1990م.
186	محسن فؤاد فرج	جرائم الفكر والرأي والنشر، ط2، القاهرة: دار الفكر العربي، 1993م.
187	محمد حسنين منصور	المسؤولية الطبية، القاهرة: الدار الجامعية الجديدة للنشر.
188	محمد صبحي نجم	شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط2، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.
189	محمد صبري	شرح القانون المدني الجزائري، ط1، عين مليلة: دار الهدى، 1991-1992م.

	السعدي	
190	محمد أبو العلا عقيدة	المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية، ط2، القاهرة: دار الفكر العربي، 1991م.
191	محمد الفاضل	المبادئ العامة في التشريع الجنائي، دمشق: مطبعة الداودي، 1398هـ - 1978م.
192	محمد نوري كاظم	شرح قانون العقوبات القسم الخاص، بغداد: دار الحرية للطباعة، 1397هـ - 1977م.
193	محمود محمود مصطفى	أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 1970م.
194		شرح قانون العقوبات القسم العام، ط9، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 1976م.
195	محمود نجيب حسني	أسباب الإباحة في التشريعات العربية، إصدار جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1382هـ - 1962م.
196		الدستور والقانون الجنائي، القاهرة: دار النهضة العربية، 1992م.
197		شرح قانون العقوبات القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبات والتدبير الإحترازي، ط5، القاهرة: دار النهضة العربية، 1982م.
198	أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح	شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، المغرب: 1988م.
199	معوض عبد التواب	القذف والسب والبلاغ الكاذب وإفشاء الأسرار وشهادة الزور، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
200		الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة والخطأ، ط4، القاهرة: دار المشرق العربي، 1998م.
201	منير رياض حنا	المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1989م.

سابعا: التشريعات المعتمدة.

202	الدستور الجزائري لسنة 1996م الصادر بالجريدة الرسمية، مؤرخ في 03 جمادي الثانية 1417هـ، الموافق ل 16 أكتوبر 1996م. العدد 61، السنة الثالثة والثلاثون.
-----	---

203	قانون العقوبات، منقح بكل التعديلات الجديدة، مدعم بالأحكام العقابية الخاصة، طبعة أكتوبر 1991م.
204	قانون الإجراءات الجزائية، الجزائر: شركة الشهاب، 1991م.
205	قانون الأسرة لسنة 1989م، الجزائر: المركز الوطني لوثائق الصحافة والإعلام، وزارة الإعلام والثقافة.
206	القانون المدني، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
207	قانون رقم 05/85، مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405هـ الموافق لـ 16 فبراير 1985م يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد: 08 السنة 1985م.
208	قانون حماية الصحة وترقيتها، مؤرخ في 27 جمادى الأولى، 1405هـ، الموافق لـ 17 فبراير 1985م، الجريدة الرسمية، العدد 08، السنة 22.
209	قانون رقم 17/90 مؤرخ في 09 محرم 1411هـ، الموافق لـ 31 يوليو 1990م، يعدل ويتم قانون حماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد: 35، السنة 1990م.
210	قانون رقم 04/91 مؤرخ في 22 جمادى الثانية 1411هـ الموافق لـ 8 يناير 1991م، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية، العدد 02 السنة 28.
211	المرسوم التنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق لـ 06 يوليو 1992م، يتضمن أخلاقيات المهنة الطبية، الجريدة الرسمية، العدد 52 السنة 1992.
212	الأمر رقم 09/95، مؤرخ في 25 رمضان 1415هـ الموافق لـ 15 فبراير 1995م، يتضمن توجيه المنظومة الوطنية للتربية البدنية والرياضية، الجريدة الرسمية العدد 17 السنة 32 الصادر بتاريخ 29 مارس 1995م.

ثامنا: التاريخ والتراجم والسير.

213	الأتابكي	جمال الدين يوسف بن تغري بردي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، تحقيق: إبراهيم علي طرخان، مصر: المؤسسة المصرية العامة للتأليف والطباعة والنشر.
214	ابن الأثير	عز الدين بن عبد الواحد الشيباني أسد الغابة في معرفة الصحابة، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
215	أحمد عطية الله	القاموس الإسلامي، القاهرة: مكتبة التهضة.
216	إسماعيل باشا البغدادي	(ت1339هـ) هدية العارفين وأسماء المؤلفين وآثار المصنفين، استانبول: وكالة المعارف، 1951م.

217	الأسنوي	جمال الدين عبد الرحيم بن إبراهيم (ت772هـ) طبقات الشافعية، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1407هـ - 1987م.
218	الأصبهاني	أحمد بن عبد الله (ت430هـ) حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، مصر: مطبعة الخانجي ومطبعة السعادة، 1351هـ - 1932م.
219	التبكي	أحمد بن محمد (ت1032هـ) نيل الإبتهاج بتطريز الديباج، مطبوع بهامش الديباج المذهب لابن فرحون، ط1، مصر: مطبعة السعادة، 1329هـ.
220	ابن حجر العسقلاني	(ت852هـ) الإصابة في تمييز الصحابة، بيروت: دار الكتاب العربي.
221	الحموي	ياقوت بن عبد الله (ت626هـ) معجم الأدباء وإرشاد الأديب إلى معرفة الأديب، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م.
222	ابن خلكان	شمس الدين أحمد بن أبي بكر (ت681هـ) وفيات الأعيان وأنباء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، بيروت: دار صادر.
223	ابن رجب	زين الدين بن شهاب الدين أحمد (ت795هـ) الذيل على طبقات الحنابلة، بيروت: دار المعرفة.
224	الزركلي	خير الدين (ت1396هـ) الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين، ط2.
225	ابن عماد الحنبلي	أبو الفلاح عبد الحي (ت1089هـ) شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، بيروت: دار الآفاق الجديدة.
226	السخاوي	شمس الدين محمد بن عبد الرحمن (ت902هـ) الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، بيروت: دار مكتبة الحياة.
227	ابن سعد	محمد بن سعد بن منيع (ت230هـ) الطبقات الكبرى، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1410هـ - 1990م.
228	السيوطي	جلال الدين عبد الرحمن، (ت911هـ) بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، ط1، مصر: مطبعة السعادة، 1326هـ.
229		طبقات المفسرين، بيروت: دار الكتب العلمية.
230	شعبان محمد إسماعيل	أصول الفقه: تاريخه ورجاله، ط1، الرياض: دار المريخ، 1401هـ - 1981م.
231	الشوكاني	محمد بن علي (ت1250هـ) البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، ط1، مصر: مطبعة السعادة، 1348هـ.

232	الطبري	محمد بن جرير (ت310هـ) تاريخ الأمم والملوك، المعروف بتاريخ الطبري، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1408هـ - 1988م.
233	عادل نويهض	معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، ط1، مؤسسة نويهض الثقافية، 1404هـ - 1984م.
234	ابن عبد البر	يوسف بن عبد الله بن محمد (ت463هـ) الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: محمد البجاوي، ط1، بيروت: دار الجيل، 1412هـ - 1992م.
235	عبد الرحمن بدوي	الموسوعة الفلسفية، ط1، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1984م.
236	ابن فرحون	علي بن محمد (ت799هـ) الديباج المذهب إلى معرفة أعيان المذهب، ط1، مصر: مطبعة السعادة، 1329هـ.
237	القاضي عياض	أبو الفضل عياض بن موسى (ت544هـ) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق: أحمد بكير محمود، بيروت: مكتبة الحياة.
238	القرشي	محي الدين عبد القادر بن نصر الله (ت775هـ) الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، الرياض: هجر للطباعة والنشر، 1413هـ - 1993م.
239	الكتبي	محمد بن شاکر (ت764هـ) فوات الوفيات والذيل عليها، تحقيق: إحسان عباس، بيروت: دار الثقافة.
240	كحالة	عمر رضا، معجم المؤلفين، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
241	مجموعة مؤلفين	الموسوعة الفلسفية المختصرة، نقلها عن الإنجليزية: فؤاد كامل، جلال العشري، عبد الرشيد الصادق، راجعها وأضاف شخصيات إسلامية: زكي نجيب محمود، بيروت: دار القلم.
242	مجموعة مؤلفين سوفيائين	الموسوعة الفلسفية، ترجمة سمير كرم، بيروت: دار الطليعة للطباعة والنشر، 1987م.
243	مخلوف	محمد بن محمد (ت1336هـ) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، بيروت: دار الفكر.
244	المقري	أحمد بن محمد (ت1041هـ) نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، تحقيق: إحسان عباس، بيروت: دار صادر، 1388هـ - 1968م.
245	منير البعلبكي	معجم أعلام المورد مستفادة من موسوعة المورد، ط1، بيروت: دار العلم للملايين، 1992م.

246	ابن النديم	محمد بن إسحاق النديم (ت385هـ) الفهرست، مصر: المطبعة الرحمانية.
247	أبو يعلى	أبو الحسين محمد (ت527هـ) طبقات الحنابلة، بيروت: دار المعرفة.

تاسعا: اللغة والمعاجم والقواميس.

248	أحمد زكي بدوي	معجم المصطلحات القانونية: فرنسي - أنجليزي - عربي ، ط1، القاهرة: دار الكتاب المصري، بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1410هـ - 1989م.
249	أبو البقاء	أيوب بن موسى (ت1094هـ) الكليات، ط2، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1413هـ - 1993م.
250	التهانوي	محمد علي الفاروقي (ت1158هـ) كشف اصطلاحات الفنون، تحقيق: لطفي عبد البديع، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، 1383هـ - 1963م.
251	الجرجاني	علي بن محمد سيد الشريف (ت816هـ) التعريفات، تحقيق: عبد المنعم الحفني، القاهرة: دار الرشاد.
252	الراغب الأصفهاني	الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، ط1، تحقيق: محمد خليل عيتاني، بيروت: دار المعرفة، 1418هـ - 1998م.
253	الزمخشري	محمد بن عمر (ت538هـ) أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود، بيروت: دار المعرفة.
254	ابن فارس	أحمد بن فارس بن زكريا، (ت395هـ) معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
255	الفيروز آبادي	مجد الدين محمد بن يعقوب (ت817هـ) القاموس المحيط، ط3، مصر: مطبعة بولاق، 1301هـ - 1981م.
256	الفيومي	أحمد بن محمد بن علي (ت770هـ) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ط5، القاهرة: المطبعة الأميرية، 1992م.
257	محمد رواس قلعة جي وحامد صادق قنبيبي	معجم لغة الفقهاء، ط2، بيروت: دار النفائس، 1408هـ - 1988م.
258	محمد فؤاد عبد الباقي	المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، ط1، القاهرة: دار الحديث، 1417هـ - 1996م.
259	المنائي	محمد عبد الرؤوف (ت1031هـ) التوقيف على مهمات التعاريف، معجم لغوي مصطلحي، تحقيق: محمد رضوان الداية، ط1، بيروت: دار الفكر

		المعاصر، دمشق: دار الفكر، 1410هـ - 1990م.
260	ابن منظور	جمال الدين محمد بن مكرم (ت 711هـ) لسان العرب، القاهرة: دار المعارف.
261	منير البعلبكي،	موسوعة المورد، ط1، بيروت: دار العلم للملايين، 1980م.

عاشرا: الرسائل الجامعية والدوريات.

1. الرسائل الجامعية

262	تحسين درويش	استعمال الحق كسب للتبرير في القانون الجنائي، أطروحة لنيل دكتوراة دولة في القانون الجنائي، جامعة الجزائر: معهد العلوم القانونية والإدارية، 1985م.
263	الزهرة دحماني	نظرية الدفاع الشرعي وتطبيقاته في القانون الجنائي الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر: معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1985م.
264	فرحات بركاني	الدفاع الشرعي ودفع الصائل دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1419هـ - 1998م.
265	سعيد فكرة	الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه، قسم: أصول الفقه، معهد الشريعة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1417هـ - 1996-1997م
266	نصر الدين مروق	زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم القانون الجنائي، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ابن عكنون الجزائر، 1992-1993م.

2. الدوريات

• مجلة الأزهر

267	إبراهيم باشا أبو سعدة	الإسلام والرياضة، الجزء الثالث السنة 55، ربيع الأول 1403هـ - ديسمبر 1982م
268	أحمد محمد إبراهيم	مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المجلد 19، ذو القعدة، 1367هـ.
269		مسؤولية الأطباء، السنة 19، محرم 1369هـ.
270	عبد العزيز المراغي	مسؤولية الأطباء، السنة 20، 1368هـ.
271	عبد الله مبروك النجار	الإسلام وحقوق المرأة، السنة 57، شعبان 1405هـ - أبريل مايو 1985م.

272	عبد المتعال الصعيدي	ضرب الناشزة في الإسلام، 1376م.
273	محمد علي النجار	مسؤولية الأطباء، المجلد 20، محرّم 1368هـ.

• مجلة الأمن العام

274	عبد الملك مهران	استعمال حق تأديب الزوجة، العدد 43 السنة 11 رجب 1388هـ - أكتوبر 1979م.
-----	--------------------	---

• مجلة الأمن والقانون

275	أحمد مرعي	سد الذرائع وفتحها، دبي، كلية شرطة دبي، العدد الثاني، السنة 05، ربيع الأول، 1418هـ - 1997م.
276	محمود نجيب حسني	القذف والسب في حق الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، السنة الأولى، يوليو 1993.

• المجلة الجنائية القومية

277	رياض الخاني	المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب وأعضاء الجسم البشري، العدد الأول، المجلد الرابع عشر، مارس 1971م
-----	-------------	--

• مجلة الحقوق والشرعية

278	محمد هشام القاسم	الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، الكويت، العدد الأول، السنة 03، ربيع الآخر 1399هـ - مارس 1979م.
-----	---------------------	---

• مجلة العلوم القانونية

279	إبراهيم الشباسي	تطبيق نظرية الدفاع الشرعي على عذر الاستفزاز في قانون العقوبات الجزائري، قسنطينة، جامعة قسنطينة، العدد الأول، السنة الأولى، جويلية 1982م.
-----	-----------------	--

• مجلة القانون والاقتصاد

280	آمال عبد الرحيم عثمان	جريمة القذف دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي والقانون الإيطالي، القاهرة، العدد 03، السنة 38، سبتمبر 1968م.
281	فوزية عبد الستار	خطأ الإعتداء في الدفاع الشرعي دراسة مقارنة، العددان 3-4 السنة 44 سبتمبر إلى ديسمبر 1972م.
282	محمود نجيب	الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، العدد

283	وديع فرج	حسني	03، السنة 29، 1959م.
			مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، العدد الأول، السنة 12، محرّم 1362هـ - يناير 1942م.

• مجلة نواء الإسلام

284	أبو زهرة	مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي، العدد 11 السنة 02 رجب 1368هـ -	أفريل 1949م
285		مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي، العدد 12 السنة 02 شعبان 1368هـ -	مايو 1949م

• مجلة مجمع الفقه الإسلامي

286	قرار مجمع الفقه الإسلامي	الصادر عن مؤتمر المجمع في دورته الرابعة، الخاص بـ مكة المكرمة، العدد الرابع، 1408هـ - 1988م
-----	--------------------------	---

• مجلة الملحق القضائي

287	أحمد الخليلي	المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي، الرباط، العدد 25، أكتوبر 1992م.
288	موسى مسعود رحومة	مسؤولية الطبيب الجنائية الناشئة عن خطئه في العلاج في القانون الليبي، العدد 25، أكتوبر 1992م.

• مجلة منهاج الشريعة

289	سعاد سطحي	الفضالة بين الشريعة والقانون، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد الأول، السنة الأولى، محرّم 1402هـ - ماي 1993م.
-----	-----------	--

• مجلة الموافقات

290	عبد الحميد العلمي	قواعد التنظير المالي عند الإمام الشاطبي، الجزائر، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، العدد الثاني، ذو الحجة، 1413هـ - 1993م.
-----	-------------------	---

• مجلة الميادين

291	جميل صبحي برسوم	الجرائم المباحة، المملكة المغربية، وجدة، العدد 05، 1411هـ - 1990م.
-----	-----------------	--

فهرس المحتويات

مقدمة.

1	الفصل الأول: علاقة استعمال الحق بأسباب الإباحة
3	المبحث الأول : موازنة بين استعمال الحق وأسباب الإباحة.
3	المطلب الأول : مفهوم أسباب الإباحة.
4	الفرع الأول : تعريف أسباب الإباحة.
4	البند الأول : لغة.
5	البند الثاني : اصطلاحا.
13	الفرع الثاني : موضع أسباب الإباحة من نظرية الجريمة.
14	البند الأول: مفهوم الجريمة وموضع أسباب الإباحة منها.
20	البند الثاني : أسباب الإباحة بين الأصالة والاستثناء.
23	المطلب الثاني : مفهوم استعمال الحق
24	الفرع الأول: تعريف استعمال الحق.
24	البند الأول: لغة.
24	البند الثاني: اصطلاحا.
37	الفرع الثاني: تمييز استعمال الحق عن القواعد الجنائية السلبية المشابهة.
37	البند الأول: استعمال الحق وموانع المسؤولية.
48	البند الثاني: استعمال الحق وموانع العقاب.
56	المطلب الثالث: خضوع استعمال الحق لأسباب الإباحة
56	الفرع الأول : أنواع أسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية.
56	أولا : نظرة الأصوليين.
64	ثانيا: نظرة الفقهاء.
65	ثالثا: أنواع أسباب الإباحة بحسب أسلوب تقريرها.
68	الفرع الثاني : أنواع أسباب الإباحة في القانون.
75	المبحث الثاني: ضوابط استعمال الحق جنائيا
77	المطلب الأول: أساس استعمال الحق جنائيا
78	الفرع الأول: أساس استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: أساس استعمال الحق في القانون.....	81
أولاً: الأساس الشخصي.....	81
ثانياً: الأساس الموضوعي.....	83
المطلب الثاني: شروط استعمال الحق جنائياً.....	84
الفرع الأول: الشرط الشكلي.....	84
البند الأول: وجود الحق.....	84
البند الثاني: صاحب الحق.....	103
الفرع الثاني: الشرط الموضوعي.....	107
البند الأول: مشروعية استعمال الحق.....	108
البند الثاني: لزوم الفعل المستعمل استيفاء للحق.....	110
البند الثالث: تناسب الفعل المستعمل مع الضرر الناتج أو المتوقع.....	112
الفرع الثالث: الشرط الشخصي.....	115
البند الأول: الشرط الشخصي في الشريعة الإسلامية.....	115
البند الثاني: الشرط الشخصي في القانون.....	121

125	الفصل الثاني: تطبيقات استكمال الحق
127	المبحث الأول: ممارسة الحقوق الشرعية والقانونية.
129	المطلب الأول: تأديب الزوجة والأولاد.
129	الفرع الأول: تأديب الزوجة.
129	البند الأول: مصدر الإباحة.
132	البند الثاني: حكمة الإباحة.
134	البند الثالث: شروط الإباحة.
142	الفرع الثاني: تأديب الأولاد.
142	البند الأول: حكم التأديب.
145	البند الثاني: حكمة التأديب.
147	البند الثالث: شروط التأديب.
157	المطلب الثاني: الدفاع الشرعي.
158	الفرع الأول : تعريف الدفاع الشرعي.
158	أولا : لغة.
159	ثانيا : اصطلاحا.
161	الفرع الثاني : حكم الدفاع الشرعي.
161	البند الأول : في الشريعة الإسلامية.
163	البند الثاني : حكم الدفاع الشرعي في القانون.
166	الفرع الثالث :أساس الدفاع الشرعي.
167	البند الأول : في الشريعة الإسلامية.
170	البند الثاني: أساس الدفاع الشرعي في القانون.
175	الفرع الرابع : أركان الدفاع الشرعي وشروطها.
176	البند الأول : الاعتداء وشروطه.
185	البند الثاني : فعل الدفاع وشروطه.
192	المطلب الثالث: ممارسة الألعاب الرياضية.
192	الفرع الأول : مصدر الإباحة.
192	أولا : مصدر الإباحة في الشريعة الإسلامية.
194	ثانيا : مصدر الإباحة في القانون.

196	الفرع الثاني : أساس الإباحة.
196	- أولا : أساس الإباحة في الشريعة الإسلامية.
196	- ثانيا : أساس الإباحة في القانون.
199	الفرع الثالث : شروط الإباحة.
199	أولا : الشرط الشكلي.
204	ثانيا : الشرط الموضوعي.
205	ثالثا : الشرط الشخصي.
207	المبحث الثاني: تحمل الواجبات المترتبة عن استعمال الحقوق شرعا وقانونا.
209	المطلب الأول : الإهدار (زوال العصمة)
210	الفرع الأول: تعريف الإهدار (زوال العصمة)
210	أولا: لغة.
210	ثانيا: اصطلاحا.
210	الفرع الثاني: علة الإهدار
211	أولا:سبب العصمة
212	ثانيا:سبب زوال العصمة.
212	الفرع الثالث: المهذرون
213	أولا: المهذرون أمام ولي الأمر وحده.
226	ثانيا: المهذرون أمام ولي الأمر والناس
237	المطلب الثاني : القذف المباح (الطعن).
237	الفرع الأول : مفهوم القذف المباح (الطعن).
237	البند الأول : تعريف القذف المباح (الطعن).
240	البند الثاني : مجال الإباحة (نطاقها).
244	الفرع الثاني : نموذجان تطبيقيان.
245	البند الأول : الطعن في حق ذي الصفة العامة.
258	البند الثاني : الدفاع أمام المحاكم.
268	المطلب الثالث : العمل الطبي.
269	الفرع الأول : تعريف العمل الطبي.
269	البند الأول : لغة.

269	البند الثاني : اصطلاحا.
271	الفرع الثاني : حكم العمل الطبي.
271	البند الأول : في الشريعة الإسلامية.
273	البند الثاني : حكم العمل الطبي في القانون .
274	الفرع الثالث : حكمة الإباحة.
276	الفرع الرابع : أساس الإباحة.
276	البند الأول : في الشريعة الإسلامية.
277	البند الثاني : أساس الإباحة في القانون.
280	الفرع الخامس : شروط الإباحة.
280	البند الأول : الشرط الشكلي أو التنظيمي .
289	البند الثاني : الشرط الموضوعي .
298	البند الثالث : الشرط الشخصي .
300	الخاتمة:
304	الفهارس:
305	فهرس الآيات القرآنية.
310	فهرس الأحاديث النبوية.
313	فهرس ملحق للأعلام.
334	فهرس القواعد الفقهية والأصولية.
335	فهرس التعريفات والمصطلحات.
340	فهرس المصادر والمراجع.
361	فهرس المحتويات.