

الْحِكْمَةُ وَالرَّحْمَةُ وَالشَّرِيفَةُ وَالْقَابِلُونَ

منتدى اقرأ الثقافي

للثقافة والفنون - العربي - القرشي

www.iqra.ahlamontada.com

السيد بلال بن رباح
الأعمال الحميرية

الكنز
مكتبة الزبير الكندي
أستاذ المرمز في الشريعة والقانون

منتدى اقرأ الثقافي

www.iqra.ahlamontada.com

الطبعة الاولى ٢٠١٤

أسباب إباحة الأعمال الجرمية

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي

الاستاذ للمدرس في الشريعة والقانون

أسباب إباحة الأعمال الجرمية

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريदार رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي
رقم الإيداع : ٥٥٧ - ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-964-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-964-349-021-5

دار نشر احسان
للنشر و التوزيع

ايران - طهران
شارع انقلاب امام جامعة
طهران مجتمع فروزنده
رقم ٤٠٦

﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى
عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ
وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾

سورة البقرة / ١٩٤

((من قُتِلَ دون ماله فهو شهيد، ومن قُتِلَ دون أهله فهو
شهيد، ومن قُتِلَ دون دينه فهو شهيد، ومن قُتِلَ دون
دمه فهو شهيد))

الحديث الشريف

((الضرورات تبيح المحظورات))

القاعدة العامة

الفهرس

١٣ المقدمة
١٥ الأسباب المرجبة وخطة الدراسة
١٥ أ / الأسباب المرجبة
١٦ ب / خطة دراسة الموضوع
	الفصل الأول
١٧ أسباب الإباحة والموانع
١٩ المبحث الأول: التعريف بالإباحة والمصطلحات ذات الصلة بها
٢٠ الإباحة والمصطلحات ذات الصلة بها
٢٥ المبحث الثاني: موانع المسؤولية الجزائية
٢٦ المطلب الأول: الموانع الشخصية اللارادية
٢٨ المطلب الثاني: الموانع الشخصية الإرادية
٢٩ المطلب الثالث: الموانع الخارجية المؤثرة على الإرادة دون الإدراك
٢٩ المقارنة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية
٣٢ المبحث الثالث: موانع العقاب
	الفصل الثاني
٣٧ الأعمال الجرمية في الشريعة الإسلامية
٣٩ المبحث الأول: جرائم الحدود
٣٩ أولاً: جريمة الزنا
٤٠ ثانياً: جريمة القذف
٤٢ ثالثاً: جريمة السرقة
٤٣ رابعاً: قطع الطريق (أو الحراقة أو الإرهاب)
٤٤ خامساً: جريمة الردة (الارتداد عن دين الإسلام)
٤٤ سادساً: جريمة البغي
٤٥ سابعاً: جريمة تعاطي المسكرات
٤٩ عقوبات جرائم الحدود
٤٩ خصائص جرائم الحدود

٥١	المبحث الثاني: جرائم القصاص والدية.....
٥٢	القصاص وغريزة الانتقام.....
٥٣	شروط القصاص والدية.....
٥٥	شروط وجوب الدية على العاقلة.....
٥٧	فلسفة وجوب الدية على العاقلة.....
٥٧	الموازنة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية.....
٥٩	قابلية جرائم القصاص والدية للتحويل إلى أعمال مباحة.....
٦١	المبحث الثالث: جرائم التعازير.....
٦٢	سلطة ولي الأمر في التجريم والتعزير.....
٦٤	الموازنة بين الحدود والتعازير.....

الفصل الثالث

٦٧	الدفاع الشرعي الخاص.....
٧٠	المبحث الأول: عناصر الدفاع الشرعي.....
٧٠	أركان الدفاع الشرعي.....
٧٨	المبحث الثاني: مصادر الدفاع الشرعي، تكييفه، تطوره.....
٧٨	أولاً- مصادر الدفاع الشرعي.....
٨٠	ثانياً- تكييف الدفاع الشرعي.....
٨١	ثالثاً- التطور التاريخي للدفاع الشرعي.....
٨٣	المبحث الثالث: أساس الدفاع الشرعي وأثاره.....
٨٧	طبيعة الدفاع الشرعي وأثاره.....
٩٠	موقف قوانين العقوبات العربية من الدفاع الشرعي.....
٩٤	تجاوز الدفاع الشرعي:.....

الفصل الرابع

٩٩	الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة).....
١٠١	المبحث الأول: مصادر الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة) وتكييفه.....
١٠٧	المبحث الثاني: عناصر الحسبة.....
١١٩	المبحث الثالث: الموازنة بين الحسبة والمصطلحات ذات الصلة.....

الفصل الخامس

١٢٩	الدفاع الشرعي العام الخارجي في ميزان الشرع والقانون.....
١٣١	المبحث الأول: الدفاع الشرعي العام الخارجي في ميزان الشريعة الإسلامية.....
١٣٣	المطلب الأول: الأصل في الإسلام السلم والحرب استثناء.....

- ١٣٨..... للطلب الثاني: أسس قاعدة (الأصل هو السلم والحرب استثناء)
- ١٤١..... عناصر الدفاع الشرعي العام واسمه
- ١٤٢..... المطلب الثالث: ما يباح وما يحرم في الدفاع الشرعي العام (الجهاد)
- ١٤٣..... مصادر الحلال والحرام في الدفاع الشرعي العام الخارجي (الجهاد)
- ١٤٥..... حكم استرقاق الانسان لانيه الانسان في الاسلام :
- ١٤٦..... المطلب الرابع: حقوق اسرى ومرضى وجرحى وقتلى الحرب في الشريعة الإسلامية
- ١٤٧..... أهم أسباب الرق في العصور السابقة قبل الإسلام
- ١٤٨..... أسباب تفجر هذه المنابع
- ١٤٩..... طرق القضاء على نظام الرق
- ١٥٠..... حقوق اسرى الحرب
- ١٥٢..... حقوق مرضى وجرحى وقتلى الحرب
- ١٥٣..... لمبحث الثاني: الدفاع الشرعي في القانون الدولي
- ١٥٧..... حقوق اسرى وجرحى ومرضى وقتلى الحرب في القانون الدولي
- الفصل السادس**
- ١٥٩..... استعمال الحق
- ١٦١..... لمبحث الأول: التأديب الأسري
- ١٦١..... المطلب الأول: تأديب الزوج لزوجته
- ١٦٣..... أولاً: للموعظة
- ١٦٣..... ثانياً: الهجر في المضاجع
- ١٦٤..... ثالثاً: الضرب
- ١٦٥..... رابعاً: الصلح (والصلح خيراً)
- ١٦٦..... خامساً: التحكيم
- ١٦٧..... سادساً: الطلاق للمرة الاولى
- ١٧١..... سابعاً: التطلق مرة ثانية :
- ١٧٢..... ثامناً: التطلق مرة ثالثة
- ١٧٣..... للذاب الثاني: تربية وتأديب الأولاد للعاشرين
- ١٧٥..... أولاً: دور الأسرة
- ١٧٧..... ثانياً: دور المؤسسة التعليمية
- ١٧٧..... ثالثاً: دور العبادة في سلوك الفرد صغيراً كان أو كبيراً
- ١٧٧..... رابعاً: المحبة
- ١٧٩..... لمبحث الثاني: الاهمال الرياضية

- ١٨٠ أساس إباحة الألعاب الرياضية
- ١٨٠ شروط إباحة ممارسة الألعاب الرياضية
- ١٨١ فلسفة إباحة الألعاب الرياضية

الفصل السابع

- ١٨٥ أداء الواجب
- ١٨٧ المبحث الأول: أداء الواجب من السلطة التشريعية العقابية
- ١٩١ المبحث الثاني: أعمال السلطة القضائية
- ١٩٣ المبحث الثالث: أعمال السلطة التنفيذية

الفصل الثامن

- ١٩٧ مدى مشروعية الأعمال الطبية
- ١٩٩ المبحث الأول: أسس مشروعية الأعمال الطبية
- ٢٠٢ المبحث الثاني: مدى مشروعية بتر وزرع الأعضاء البشرية
- ٢٠٨ حكم الاستقطاع من هو في حكم الميت قبل الموت النهائي
- ٢٠٨ حكم استقطاع العضو من المحكوم عليه بالاعدام
- ٢٠٩ الوصية بالأعضاء البشرية
- ٢٠٩ حكم نقل الدم من جسد شخص إلى شخص آخر
- ٢١٠ حكم التجميل
- ٢١١ المبحث الثالث: حكم تشريح الميت وفلسفته
- ٢١١ شروط التشريح الطبي
- ٢١٢ العلة الغائية للتشريح (أو حكمة جوازه)

الفصل التاسع

- ٢١٧ الإجهاض بين العطر والهواز
- ٢١٩ المبحث الأول: التعريف بالإجهاض
- ٢٢٠ ما المقصود بالإجهاض؟
- ٢٢١ مصادر تحريم وعقاب الإجهاض
- ٢٢٢ مصادر تحريم الإجهاض في القانون
- ٢٢٢ المبحث الثاني: حكم الإجهاض
- ٢٢٢ النوع الأول: الإجهاض الطبيعي أو (اللاإرادي)
- ٢٢٢ النوع الثاني: الإجهاض في الطب (العلاج)
- ٢٢٤ النوع الثالث: الإجهاض الجنائي

الفصل العاشر

٢٢٧	التلقيح الصناعي وتعلييد النسل
٢٢٩	المبحث الأول: التلقيح الصناعي
٢٢٩	أقسام التلقيح
٢٣٠	أنواع التلقيح الصناعي
٢٣٤	لكن ما هو حكم نسب المولود إذا وقعت الواقعة؟
٢٣٥	المبحث الثاني: تحديد النسل ومنع الحمل
٢٣٥	النوع الأول: المنع الرقوي
٢٣٧	النوع الثاني: التعقيم

الفصل الحادي عشر

٢٤١	الاستنساخ والتعامل مع الجنين البشري
٢٤٣	المبحث الأول: الاستنساخ
٢٤٣	آلية الاستنساخ
٢٤٤	كيفية الاستنساخ (الاستئصال) اللاجنسي
٢٤٥	صور الاستنساخ
٢٥٠	المبحث الثاني: التعامل مع الجنين البشري
٢٥١	المطلب الأول: التعرف بالجنين البشري لغة وشرعاً
٢٥١	لفظ الجن هل هو عربي أو اجنبي؟
٢٥٢	الجنين في اصطلاح علماء الأحياء:
٢٥٤	المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من حكم التعامل مع الجنينات
٢٥٥	المطلب الثالث: طريقة استخدام المصاغ
٢٥٧	دوران الحكم مع علته
٢٥٩	المطلب الرابع: التحسين والتقيح العقليان
٢٦١	محاسن ومساوئ التعامل مع الجنين البشري في الوقت الحاضر
٢٦٣	من مخاطر التعامل مع الجنين البشري

الفصل الثاني عشر

٢٦٥	نماذج أخرى من أسباب الإباحة
٢٦٦	أولاً: الإذن
٢٦٨	ثانياً: التريجات
٢٦٩	ثالثاً: اعتناق غير المسلم للإسلام
٢٧١	رابعاً: الجهل بالحكم

المقدمة

الحمد لله القائل: ﴿وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ
بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى
الْعَالَمِينَ﴾^(١).

والصلاة والسلام على الداعي إلى أن ((من رأى
منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه
ومن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)).^(٢)
وعلى اله وأصحابه الذين كانوا خير أمة أخرجت
للناس يأصرون بالمعروف وينهون عن المنكر.

^(١) سورة البقرة: ٢٥١.

^(٢) صحيح مسلم، ج ١، ص ٦٩، رقم ٤٩.

الأسباب الموجبة وخطّة الدراسة

١/ الأسباب الموجبة:

الأسباب التي دفعتني إلى اختيار موضوع أسباب إباحة الأعمال الجرمية في الشريعة والقانون للدراسة كثيرة، أقتصر على بعض منها وهي:

أولاً/ أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية كبيرة من الناحيتين النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية يستفيد منه كل من يتعامل مع النصوص تشريعاً وتفسيراً وتدرّساً.

ومن الناحية العملية تُعين القاضي في اختيار قراراته وتحريماته لتطبيق العدالة. وكذلك تُفيد السلطة التنفيذية في إصلاح الجاني عن طريق تنفيذ ملائم بعيد عن روح الإنتقام والثأر.

ثانياً/ عدم وجود مرجع في المكتبات المتيسرة - حسب ما أعلم - من المؤلفات التي تناولت دراسة جميع الجزئيات التي من شأنها أن تندرج تحت مفهوم هذا العنوان.

ثالثاً/ محاولة رفع الخلط بين بعض المصطلحات ذات الصلة بالموضوع.

رابعاً/ استعراض معايير واضحة تُميز بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية، وموانع العقاب.

خامساً/ إزالة الشبهة بين مفهوم الدفاع الشرعي العام المحاربي وبين مفهوم الإرهاب في العصر الحديث.

سادساً/ دراسة الدفاع الشرعي العام الداخلي والمحاربي، إضافة إلى الدفاع الشرعي الخاص الداخلي الذي اقتصر عليه القوانين الجزائية.

سابعاً/ معالجة أحكام بعض المستجدات المكتشفة الحديثة في عالمي الطب الحديث والتكنولوجي المعاصر.

ثامنا/ اثبات ان الدفاع عن الحقوق والوقوف ضد الاجرام واجب كل انسان متمكن قادر عليه.

ثامنا/ بيان ان الاصل في الإسلام هو السلم، لانه مشتق منه، واستخدام العنف استثناء. يُستعمل لدفع الشرّ قبل حدوثه ورفعه بعد وقوعه.
عاشرا/ معالجة أمور أخرى بالطرق الحديثة.

ب/ خطة دراسة الموضوع:

- طبيعة الموضوع والإحاطة بأبعاده للتخيان توزيع دراسته على اثني عشر فصلا:
- الفصل الاول: اسباب الاباحة والموانع.
- الفصل الثاني: الاعمال الجرمية في الشريعة الإسلامية.
- الفصل الثالث: الدفاع الشرعي الخاص.
- الفصل الرابع: الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة).
- الفصل الخامس: الدفاع الشرعي العام الخارجي في ميزان الشرع والقانون.
- الفصل السادس: استعمال الحق.
- الفصل السابع: اداء الواجب.
- الفصل الثامن : مدى مشروعية الاعمال الطيبة.
- الفصل التاسع : الإجهاض بين الخطر والجواز.
- الفصل العاشر : التلقيح الصناعي وتحديد النسل.
- الفصل الحادي عشر : الإستنساخ والتعامل مع الجن البشري.
- الفصل الثاني عشر : نماذج من أسباب الإبادة.



الفصل الأول

أسباب الإباحة والموانع

توزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث:
يخصص الأول للتعريف بالإباحة ولمصطلحات ذات
الصلة.
والثاني لموانع المسؤولية الجنائية.
والثالث لموانع العقاب.



المبحث الأول

التعريف بالإباحة

والمصطلحات ذات الصلة بها

السبب في اللغة: ررد بعدة معان منها: الذريعة، ومنها الطريق، ومنها ما يتوصل به إلى غيره^(١).

وفي الاصطلاح الشرعي: وصف ظاهر منضبط يرتب عليه الشارع حكماً يتحقق بتحققه وينتفي بانتفائه^(٢)، كالقرابة جعلت سبباً للمعاش، وكالدفاع الشرعي جعل سبباً لإباحة الفعل الجرمي الذي يدفع به العدوان على الحياة أو العرض أو المال.

الإباحة: في اللغة مصدر أباح، وقد وردت بعدة معان منها: إظهار السر، يقال: أباح السر أي أظهره، ومنها: الإجازة مثل أباح الشيء أي أجازته.

الإباحي: من أجاز لنفسه وغيره العمل المنهي عنه وترك الأمور به، ومنها: الإحلال، يقال اجتلك الشيء أي أحلته، والمباح خلاف المحظور^(٣).

وفي اصطلاح فقهاء الشريعة: الإذن بإتيان الفعل بحسب مشيئة الفاعل في حدود الإذن^(٤).

وفي اصطلاح علماء أصول الفقه: هو مدلول خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه التخيير^(٥)، كإباحة الأشياء النافعة في قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾^(٦).

وفي اصطلاح الفقه الجنائي له تعريفات كثيرة كلها تدور حول معنى واحد، هو تجريد

(١) الصحاح في اللغة والعلوم، مختار الصحاح للرازي مادة السبب.

(٢) جمع الجوامع لابن السبكي: ٩٢/١.

(٣) لسان العرب فصل الباء حرف الهاء: ٢٣٩/٣.

(٤) التعريفات للمرجاني، ص: ٤.

(٥) أصول الفقه في نسيجه الجديد للمؤلف، ص: ٢٢٠.

(٦) البقرة: ٥٧.

الفعل الجرمي من صفته الجرمية لسبب يقره القانون^(١). ومن اهم اسباب الإباحة في القانون: الدفاع الشرعي، واداء الواجب، واستعمال الحق. ومن اسباب الاباحة في الشريعة الاسلامية: الاسباب المذكورة، والاكراه، والضرورات في حقوق الله، كتعاطي السكر في حالة العطش الشديد وعدم وجود الماء، والمتكلم بكلمة الكفر تحت ضغط الاكراه الملجئ،، اما في حقوق الناس فالإكراه والضرورة من موانع المسؤولية الجنائية فقط.

الإباحة والمصطلحات ذات الصلة بها :

توجد بعض المصطلحات القانونية والفقهية لها صلة بالإباحة ولكن ليست مماثلة للإباحة، واهمها ما يأتي:

أولاً: الإباحة بمعنى التخيير:

الإباحة في علم اصول الفقه تساوي التخيير بين شيئين فأكثر، لكن الإباحة في القانون الجنائي تجريد الفعل من وصفه الجرمي لعذر قانوني، كما في الدفاع الشرعي. والنسبة بين هذين المصطلحين العموم والمخصوص من وجه، يهتمان معا وينفرد كل منهما عن الآخر كما يأتي:

- ١- يهتمان في حالة الدفاع عن مال، فهو لا يكون ضروريا بالنسبة للمدافع، لان الإباحة في هذه الحالة تُكفي بأنها ان شاء المدافع دافع عنه وان شاء صرف النظر عنه.
- ٢- تتعلق الإباحة بدون التخيير اذا كُيفت بالوجوب، لأنها تتحقق مع الجواز والمنسوب والواجب، كما في حالات الدفاع عن الدين أو العرض أو الحياة اذا تعرض واحد منهما للاعتداء، فيجب على كل متمكن ان يدفع الاعتداء بوسيلة مناسبة.
- ٣- يتعلق التخيير بدون الإباحة بالمعنى الجنائي اذا كان المخير فيه لم يُجرم في الاصل، كما في التخيير بالمعنى الاصولي في قوله تعالى: ﴿كَلُّوا مِنْ ظَلِيلَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾^(١).

(١) الدكتور محمد مصطفى القللي في المسؤولية الجنائية، ص: ٢٣٨.

(٢) البقرة: ٥٧.

وجدير بالذكر ان النسبة بين المصطلحات مطلقاً من حيث المفهوم والتحقق اربع وهي:

١. المصاواة: بأن يكون المصطلحان متساويين (مترادفين) من حيث المفهوم والتحقق، كالعقد الموقوف والعقد غير النافذ، فمفهوم كليهما هو ان العقد ينعقد صحيحاً ولكن لا ترتب عليه الآثار (الحقوق والالتزامات) الا بعد الإجازة من يملك حق هذه الإجازة، فكلما تحقق العقد الموقوف تحقق العقد غير النافذ، وكذلك العكس كعقد البيع اذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، فترتب اثاره يتوقف على إجازة الولي أو اجازته اذا اصبح كامل الأهلية بعد العقد، وكتبرعات المريض مرض الموت بأكثر من ثلث تركته، فالزيادة عن الثلث تتوقف صحتها على إجازة الورثة البالغين العاقلين بعد وفاة مورثهم^(١).

٢. التباين: التباين بين مصطلحين هو ان لا يصدق احدهما على كل ما يصدق عليه الاخر، كالعقد الباطل والعقد الصحيح، فهما متباينان من حيث المفهوم، لأن العقد الباطل هو الذي تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده. والعقد الصحيح هو الذي توافرت فيه أركانه وشروط انعقاده كافة، فلا يكون عقد معين في وقت معين باطلاً وصحيحاً معاً.

٣. العموم والخصوص المطلق هو نسبة تكون بين مصطلحين يكون احدهما اعم مطلقاً، أي يمتنع مع الآخر ويفترق عنه ويكون الآخر اخص مطلقاً، بحيث لا يتحقق بدونيه كالعقد والتصرف القانوني، فكل عقد تصرف قانوني، وبذلك يكون هو الاخص، لأنه لا يتحقق بدونيه، وقد يتحقق التصرف القانوني بدون العقد في تصرف قانوني يكون بارادة منفردة، كالوقف والرؤية وظهرهما من التبعات، وبذلك يكون هو الاخص مطلقاً.

٤. العموم والخصوص من وجه أي كل منهما عام من وجه وخاص من وجه آخر، فمن حيث انه يمتنع مع الآخر خاص ومن حيث انه يفترق عنه يكون عاماً، كالإباحة والتخيير في الحالة الاولى التي سبق ذكرها، وكالمال والمحق الشخصي يمتنعان في الذين الذي يكون بذمة الفهر ويتعلق للمال بدون الحق الشخصي في الحق العيني كالملكية، كما يتحقق الحق الشخصي بدون المال في تمتع كل من الزوجين بالآخر.

(١) ولا يعتد بالإجازة في حالة حياة المورث استبعاداً للاكراه الادبي.

ثانياً: الإباحة ورفع المؤاخاة (رفع المسؤولية الجنائية)؛

رفع المؤاخاة أي رفع المسؤولية الجنائية عن الانسان اذا ارتكب جريمة في حالة عذر ممانع من المسؤولية الجنائية كالصغر والجنون والنوم والاكراه والنسيان.

قال الرسول ﷺ ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))^(١)، أي رفعت المؤاخاة (المسؤولية الجنائية) عن الانسان اذا ارتكب الجريمة عن خطأ أو نسيان، أو كان ارتكابها تحت ضغط الإكراه، فهو لا يُسأل جنائياً لعدم توفر القصد الجنائي الذي هو عنصر رئيس من العناصر الثلاثة للجريمة، وهي الركن المادي والركن الشرعي^(٢) والركن المعنوي، وقد قال الرسول ﷺ ((رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يبلغ أو حتى يحتلم))^(٣)، والمراد بالقلم ايضاً المسؤولية الجنائية، لكن كل واحد من هؤلاء يُسأل مدنياً أي عن التعويض اذا أُلحق ضرر بالغير، لأن القصد الجنائي غير مطلوب في المسؤولية المدنية التقصيرية التي عناصرها ايضاً ثلاثة، وهي: (العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية أي بين الفعل والضرر بأن يكون الثاني ناتجاً من الأول).

وبناء على ذلك تكون النسبة بين الإباحة ورفع المؤاخاة عموم وخصوص مطلق من حيث التحقق، فاذا تحققت الإباحة يتحقق رفع المؤاخاة، لأن القائم بالفعل المباح لا يُسأل لا جنائياً ولا مدنياً، ولكن رفع المؤاخاة يتحقق بدون الإباحة، كما في أكل مال الغير بدون اذنه في حالة الاضطرار، حيث يجب على الأكل دفع التعويض لصاحب المأكول اذا طالب به، والنسبة بينهما العموم والمخصوص مطلقاً.

فالإباحة اخص مطلقاً، فكلما تحققت يتحقق رفع المؤاخاة دون العكس الكلي، فكل سبب من اسباب الإباحة اخص مطلقاً من كل مانع من موانع المسؤولية الجنائية كما يأتي، لان

(١) سنن ابن ماجه، ج١، ص٦٥٩، رقم ٢٠٤٣، و سنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص٨٤، رقم ١١٢٣٦، موارد الطمأن، ج١، ص٢٦٠، رقم ١٤٩٧.

(٢) ارکان الجريمة في الشريعة والقانون ثلاثة وهي:

١ - الركن المادي وهو عملية تنفيذ الجريمة.

ب - الركن الشرعي وهو وجود نص شرعي أو قانوني حرم الفعل الجرمي قبل ارتكابه لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص).

ج - الركن المعنوي وهو القصد الجنائي.

(٣) سنن البيهقي الكبرى: ٨٤/٦. موارد الطمأن: ص ٣٦٠.

سبب الإباحة يرفع المسؤوليتين الجنائية والمدنية، لأنه يُجرد الفعل من صفته الجرمية ويُحوّله إلى المباح، وعلى سبيل المثل من أظف مال الفجر دفاعاً عن نفسه في حالة اعتداء. هذا الفجر عليه، لا يُسأل جنائياً فلا يعاقب ولا يُسأل مدنياً فلا يطالب بالتعويض، لأن الإلتلاف أصبح مباحاً باعتداء مالكه، مادام هذا الاعتداء لا يُدفع الا بإلتلاف ذلك المثل.

ثالثاً: الإباحة والذرائع:

الذرائع سدها وفتحها من المصادر الكاشفة للأحكام الفقهية في الشريعة الإسلامية. والذريعة في اللغة: الوسيلة مطلقاً.

وفي الاصطلاح: اعطاء الوسيلة حكم غايتها من المشروعية وعدم المشروعية، وغاية كل وسيلة نتيجتها وهدفها وعلتها الغائية.

ولكل حدث يقوم الانسان باستحداثه بارادة حرة مدركة هادفة اربع علل:

العلة الفاعلة، والعلة للمادية، والعلة الصورية، والعلة الغائية.

وعلى سبيل المثل الكرسي الذي يصنعه النجار من الخشب، فالنجار علة فاعلة، والخشب علة مادية، وهيئة الكرسي بعد اكماله علة صورية، والمجلوس عليها علة غائية .

والعلة الفاعلة للأحكام الشرعية السلطة التشريعية الالهية، ومفردات النصوص الشرعية علة مادية، وتركيبها علة صورية، وغايتها المصلحة البشرية من المنفعة المستجلب والمضرة المستدراة.

وكذلك العلة الفاعلة للأحكام القانونية هي السلطة التشريعية الوضعية الزمنية، وعلتها للمادية مفردات النصوص، وعلتها الصورية تنظيم النصوص وتركيبها، والعلة الغائية تنظيم حياة المجتمع الذي يوضع لتلك الاحكام.

والاحتمالات المتصورة للوسائل وغاياتها من حيث الاباحة وعدمها اربعة، وهي:

١- كل من الوسيلة وغايتها مشروعة، كمنح الجوائز لطلبة الاوائل لدفعهم إلى المنافسة في التفوق العلمي.

٢- كلتاها غير مشروعة، كالاتفاق الجنائي بين شخصين فاكسر على ارتكاب جريمة.

٣- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة، كمن وهب لاسرأة مسالا لفرض بناء علاقة غير مشروعة معها، فالهبة رغم كونها مشروعة في ذاتها، الا انها تصبح غير مشروعة وباطلة لعدم مشروعية غايتها.

٤- الوسيلة غير مشروعة في حد ذاتها ومشروعة في غاياتها، كالعقوبات البدنية والمالية، فهي غير مشروعة من حيث ذاتها لما فيها من ضرر مجاني واسره ومجتمعه، ولكنها مشروعة في غايتها وهي حماية ارواح الناس واموالهم واعراضهم وامنهم واستقرارهم، لذا اقرتها الشرائع السماوية والقوانين الوضعية .

رابعاً: الإباحة والجواز:

الإباحة الأصلية والجواز الشرعي الأصلي يتعلقان معا في كل شيء نافع وقلبا للقاعدة العامة (الأصل في الأشياء. النافعة الإباحة)، كصيد الاسماك والطيور والحيوانات الوحشية والاحتطاب في الغابات والانتفاع بالاحجار في الجبال وبالمياه في الانهار والبحار، ما لم يمس دليل على خلاف ذلك، والإباحة الأصلية تقتلف عن الشيوعية، لأن الثانية مبنية على قيام الملكية والاولى تكون قبل تملك الاموال للمباحة تملكا عاما للدولة أو خاصا للأفراد.

لذا كل جائز أصلي (أي لغیر عذر) مباح لا يُسأل فاعله لا جزائيا ولا مدنيا، فمن حفر بئرا في حديقته أو بستانه فوقع فيها مال للغیر وتلف، فالخاطر لا يكون مسؤولا عن هذا التلف، لا جزائيا ولا مدنيا وفقا للقاعدة الشرعية والقانونية، أي الجواز الشرعي الأصلي ينافي الضمان^(١) بخلاف الجواز الشرعي الاستثنائي لعذر، فانه لا ينافي الضمان، فيُسأل الفاعل مدنيا عن التعويض، لكن لا يُسأل جزائيا لوجود العذر. وعلى سبيل المثل من اكل مال غيره بدون اذنه تحت ضغط حالة الضرورة والحاجة، جاز له ذلك استثناءً لإلقاذ حياته، لكن لا يُصبح المال مباحا له، فلا يُعفيه العذر المذكور عن مسؤولية التعويض، فلذا طالب به صاحب المال يجب عليه دفعه له، بناءً على قاعدة: (الاضطرار لا يبطل حق الغير)،^(٢) لأن الجواز كان رخصة على أساس العذر ولم يتحول الاكل إلى المباح لسبب الضرورة، لانها من موانع المسؤولية الجزائية وليست من اسباب الإباحة.

وبناء على هذا التحقيق فان قاعدة: (الضرورات تبیح المحظورات)^(٣) يجب ان تُبدل بقاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات)، لأن الجواز اهم مطلقا من الإباحة، فكل مباح جائز وليس كل جائز مباحا لما ذكرنا.

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة (٩١).

(٢) المجلة المادة (٣٣).

(٣) المجلة المادة (٢١).

المبحث الثاني موانع المسؤولية الجزائية

للمانع وصف ظاهر منضبط (موضوعي)^(١) يحول دون ترتب الحكم على سببه.^(٢) وللوانع اما ان تُجرد فصل الجريمة من صفته الجرمية فتكون من اسباب الإباحة، أو يبقي الفعل محتفظا بصفته الجرمية رغم وجود اللوانع، فتكون من موانع المسؤولية الجزائية، وهي موضوع هذا للبحث.

وموانع المسؤولية الجزائية من حيث طبيعتها ثلاثة ألسام، لأنها أما شخصية لا إرادية كالجنون والصفر، أو شخصية إرادية كالسكر، أو خارجية مؤثرة على الإرادة دون الإدراك كالأكراه والضرورة. لذا توزع موانع المسؤولية الجزائية على ثلاثة مطالب:

^(١) أي لا يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص كالمجنون فإنه مانع من صحة تصرفات المجنون في القضايا المدنية ومانع من المسؤولية الجنائية في المسائل الجزائية.
^(٢) بناء على قاعدة: (إذا اجتمع المانع والمقتضى يقدم المانع)، فالبيع سبب مقتضى للحقوق والالتزامات، فإذا كان أحد العاقدين مجنوناً لا ترتب هذه الآثار على البيع لأنه باطل. فالجريمة سبب للمسألة الجنائية فإذا كان الفاعل مجنوناً فالجنون مانع من مساءلته جنائياً.



المطلب الأول

الموانع الشخصية اللاإرادية

وهي نوعان: ذاتي (الصفر) وعرضي (الجنون).

النوع الأول: الصفر وأثره في المسؤولية الجزائية

ومن البدهى أن الإنسان بعد ولادته يمر بثلاث مراحل:

١- مرحلة ما قبل التمييز، وسن التمييز في التشريعات العراقية في القضايا المدنية اكمال السابعة^(١) من العمر، وفي المسائل الجزائية اكمال التاسعة^(٢) من العمر في التشريعات العراقية، أما في الشريعة الاسلامية فمعيار التمييز هو العقل في القضايا الجزائية والمدنية.

والتصرفات المدنية لغير المميز باطلة أجازها الولي أم لا، وأعماله غير الشرعية إذا كانت مدنية يجب التعريض في ماله، وإذا كانت جزائية لا يُسأل عنها جزائياً، فيكون الصفر في هذه المرحلة مانعاً من مساءلة الصغير جزائياً ومن عقابه. لكن يُسأل مدنياً فيجب التعريض في ماله إذا أُلّف مال الغير وتبب الدية على عاقلة إذا قتل شخصاً.

٢- مرحلة التمييز بين الدخول في الثامنة في المدني والعاشر في الجزائي وبين اكمال الثامنة عشر، فتصرفاته الضارة ضرراً محضاً كالتبرعات باطلة مطلقاً، أجازها الولي أم لا، وتصرفاته النافعة نفعاً محضاً صحيحة مطلقاً أجازها الولي أم لا كقبول التبرعات، وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر - كالمعاوضات - موقوفة على إجازة الولي.

^(١) المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المادة (٢/٩٧) (من التمييز سبع سنوات كاملة).

^(٢) ٤٧م قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (٧٦) ل ١٩٨٣ (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره). وحدد هذه السن قانون العقوبات دون التفرقة بين المسائل المدنية والمسائل الجزائية. المغربي ١٣٨م ب(١٢) سنة والليبي ٨م ب(١٤) سنة والجزائري ١٠م ب(٩) والاردني ٩٤م والكويتي ١٨م ب(٧) سنوات.

وإتلافه لأموال الناس توجب التعريض في ماله، وفي أعماله الاجرامية يُسأل جزائياً ويُعاقب بعقوبات مخففة متدرجة في ضوء قربهِ وبعده من سن الرشد، وهذه العقوبات اصلاحية أكثر من ان تكون عقابية وانتقامية، وفي مرحلة كمال الاهلية يُسأل مسألة جزائية كاملة إذا ارتكب جريمة ما لم يكن هناك مانع من موانع المسؤولية الجزائية كالجنون، وسن الرشد في القانون العراقي للتأثر بمذهب أبي حنيفة والإمام مالك أكمال الثامنة عشر من العمر.^(١)

النوع الثاني: الجنون وأثره في المسؤولية الجزائية:

الجنون آفة تصيب الدماغ وتعمل على الإقدام على ما يُخالف مقتضى العقل من غير ضعف في الأعضاء..

وهو إما أصلي كأن يولد شخص ويبلغ مجنوناً لنقصان جُبلٍ عليه، وهذا النوع لا يُرجى شفاؤه وزواله عادة، أو عارض (طارئ) يُصاب به الإنسان بعد البلوغ لسبب ذاتي أو خارجي، وهو من حيث مدى تأثيره إما كُلِّي يفقد المصاب به تمييزه وإدراكه في كل شيء، وفي جميع الحالات، أو جزئي يكون تأثيره من ناحية معينة وفي ما عداها يملك القوى العقلية. ومن حيث الاستمرارية اما مطبق وهو الجنون المستمر أو متقطع تتخلله فترات الإفاقة.

ومن حيث التزامن مع الجريمة أما سابق على ارتكابها فهو غير مانع إذا زال قبل الارتكاب، أو متأخر عنها فيكون مانعاً عن استمرارية الاجراءات القضائية والعقاب، أي مانع من العقاب إذا استمر إلى الموت، وغير مانع من المسؤولية الجزائية لأنه إذا زال قبل الموت تستمر الاجراءات ضده وتبدأ من نقطة التوقف.

وإذا كان الجنون مقارناً بأن يكون مرتكب الجريمة مجنوناً حين ارتكابها، ففي هذه الحالة يكون مانعاً من المسؤولية الجزائية وبالتالي مانعاً من العقاب.

ولكن تجب الدية على عاقلته إذا كانت الجريمة قتلاً والتعريض في ماله إذا كانت الجريمة مالية^(٢).

(١) المادة (١٠٦) من المذني العراقي القائم.

(٢) خلافاً لأبن حزم الظاهري حيث يرى أن عديم الاهلية كالبهائم لا يسأل عن أعماله غير المشروعة لا جزائياً ولا مدنياً.. المحلى لأبن حزم ١٠ / ٣٤٤.



المطلب الثاني الموانع الشخصية الإرادية

نسبة وجود هذا القسم قليلة من الناحية العملية، ومن أهم تطبيقاته السكر بالطرق المشروعة، كأن يتعاطى المسكر في حالة الضرورة كالعطش الشديد والجوع الشديد، بحيث يتعرض حياة العطشان أو الجوهان للخطر لو لم يتناوله أو يتعاطاه، أو يهمل أنه مسكر أو أنه حرام، ويُسميه القانون السكر غير الاختياري،^(١) والسكر الاختياري تعاطي كل شيء يحدث الخلل في العقل.

أما السكر الاختياري وبطريقة غير مشروعة فإنه لا يُعد مانعاً ولا ظرفاً مُخففاً، فيسأل جزائياً عن الجريمة المرتكبة في حالة السكر، كما يُسأل عنها لو ارتكبها في حالة الصحو، بل يُعتبر ظرفاً مشدداً إذا توقع أنه يرتكب جريمة بعد السكر.^(٢)

(١) ولم يفرق بعض قوانين العقوبات العربية بين أسباب الإبادة وموانع المسؤولية الجزائية، منها قانون العقوبات السوداني حيث نصت م ٤٩ على أنه: (لا جريمة في فعل يرتكبه الصغير الذي تقل سنه عن السابعة) وم ٥٠ (لا جريمة في فعل يقع من شخص تصوره وقت ارتكابه الجريمة القدرة على أدراك ماهية أفعاله والسيطرة عليها بسبب الجنون الدائم أو المؤقت والعاة العقلية أو السكر الناشئ من أية مادة تعاطاها رغم إرادته أو على غير علم منه بها) وم ٥١ (لا جريمة إذا وقعت برضاء المجنى عليه) وم ٥٣ (في ما عدا القتل العمد والجرائم التي تُعاقب عليها الدولة بالاعدام، لا يُعد الفعل جريمة وقعت تحت ضغط الاكراه).

والصواب في كل ما ذكر أن يقال لا يُسأل جزائياً، حيث أن أي سبب من الأسباب المذكورة لا يُعد من أسباب الإبادة حتى يُقال لا جريمة.

(٢) المادة (٦١) من قانون العقوبات العراقي القائم.

المطلب الثالث

الموانع الخارجية المؤثرة

على الإرادة دون الإدراك

ومن أهم هذه الموانع الإكراه والضرورة، والإكراه ضغظ غير مشروع من شخص على آخر يحمله على القيام بعمل أو الامتناع عنه دون رضا.

والضرورة في الفقه الإسلامي هي العذر الذي يميز بسببه إجراء الشيء الممنوع^(١). وفي القانون عُرِّفت بتعريفات منها أنها (مجموعة من الظروف تُهدد شخصا بخطر وتوحي إليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل إجرامي معين)^(٢)، واقترح أن تُصرف بانها (ظرف يُعرض شخصا لخطر يُجبره على دفعه بوسيلة غير مشروعة).

وهذان العنصران تأثيرهما في الأعمال غير المشروعة كالآتي:

أ - في حقوق الله المحضة من أسباب الإباحة.

ب - في الحقوق المالية الخاصة من موانع المسؤولية الجزائية دون المسؤولية المدنية.

ت - وفي جرائم القصاص والدية تأثيرهما يختلف فيه^(٣) والراجع انهما من الظروف المخففة^(٤).

المقارنة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجزائية:

١- موانع المسؤولية الجزائية عوارض شخصية تتعلق بشخص الجاني سواء كانت ذاتية كالصغر أو طارئة كالجنون أو خارجية تصيب الإرادة دون الإدراك كالإكراه والضرورة، بينما في أسباب الإباحة الفاعل يتمتع بإرادة حرة وإدراك تام، كما في حالات الدفاع الشرعي وأداء الواجب واستعمال الحق، ويأتي تفصيلها في الفصول القادمة، بإذن الله.

(١) دود الحكام في شرح مجلة الاحكام لأستاذ علي حيدر ص ١٥٨.

(٢) شرح قانون العقوبات - القسم العام، د. محمد نهيح حسني، ص ٤٥٨.

(٣) كما يأتي في موضوع جرائم القصاص والدية في الفصل القادم ص ١٥٥.

(٤) وللإطلاع على مزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا موانع المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية.

٢- موانع المسؤولية لا تمس الفعل المادي الجرمي ولا تجرده من صفته الجرمية بل الفعل يبقى جريمة قائمة خاضعة للنص الشرعي الذي جرمه، ولا فرق بين قتل فاعله شخص عديم التمييز و قتل فاعله شخص بالغ عاقل مختار من حيث الصفة الجرمية. في حين أن أسباب الإباحة تتوجه إلى الفعل المادي مباشرة وتُجرده من صفته الجرمية وتحوّله إلى عمل مباح وتُخرجه من كونه مشمولاً بالنص الذي جرمه.

٣- في أسباب الإباحة الفاعل يمارس حقه الشرعي والقانوني، كما في الدفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال، أما في موانع المسؤولية الجزائية فأن الفاعل يعتدي على حق الغير في حياته أو ماله أو عرضه أو هو ذلك، إلا أنه لا يُسأل جزائياً لكونه معذوراً بعذر يُعفيه عن المساءلة الجزائية والعقاب.

٤- موانع المسؤولية الجزائية لا تُعفي الجاني من المسؤولية المدنية التصيرية، وبوجه خاص في الشريعة الاسلامية، يكفي في الخطأ الذي هو احد عناصر هذه المسؤولية الركن للمادي وهو الاخلال بواجب شرعي أو قانوني، ولا يُشترط توافر ركنه المعنوي وهو ادراك المخل بأنه اخل بواجب شرعي (أو قانوني)، فعناصر المسؤولية التصيرية في الفقه الاسلامي العمل غير المشروع، الضرر، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، سواء كان الفاعل كامل الاهلية أو عديم الاهلية.

ولكن أسباب الاباحة تعفي الفاعل من كلتا المسؤوليتين (الجزائية والمدنية) لصحة الفعل الجرمي إلى عمل مباح حيث يعود الفعل إلى ما كان عليه قبل تجريمه.

٥- مانع المسؤولية الجزائية شخصي، لا يعني من المسؤولية غير من قام به، فاذا قتل مجنون وعاقل معا شخصاً بريئاً، يُسأل العاقل عن هذه الجريمة كما لو ارتكبتها منفرداً.

بخلاف سبب الاباحة فانه يستفيد منه كل شريك وكل من يُقدم المساعدات والتسهيلات للفاعل الاصلي، وعلى سبيل المثل في الدفاع الشرعي، كما لا يُسأل الفاعل الاصلي وهو المدافع لا جزائياً ولا مدنياً، لا يُسأل كل من شاركه في الدفاع أو قدم له العون والتسهيلات، لان سبب الاباحة موضوعي وليس ذاتياً.

٦- من حيث الاجراءات القضائية: يجب على نائب المدعي العام أو قاضي التحقيق (أو المحقق العدلي) غلق الدعوى اذا كان سبب ارتكاب الجريمة من أسباب الاباحة، واطلاق سراح المتهم وعدم احالته إلى قاضي الموضوع والمحكمة المختصة لعدم جدوى

هذه الاحالة.

في حين ان من يتوافر فيه مانع من موانع المسؤولية الجزائية، قد يحال إلى المحكمة المختصة للتأكد من وجود المانع، ويوجه خاص إذا عارضه المجنى عليه أو ورثته، كمن يرتكب جريمة ويدعي انه كان مجنوناً أو مكرهاً أو مضطراً أو نصر ذلك وقت ارتكابها.

وبناء على هذه الفروق الجوهرية بين اسباب الاباحة وموانع المسؤولية الجزائية، تكون النسبة بينهما العموم والمخصوص المطلق بحسب التحقق، رغم تباينهما بحسب المفهوم والماهية، ففي كل حادثة جرمية اذا تحقق سبب الاباحة يكون هذا السبب في نفس الوقت مانعاً من المسؤولية الجزائية، كما في حالة الدفاع الشرعي، لكن قد يتحقق المانع من المسؤولية الجزائية كالجنون أو الصغر بدون ان يكون سبباً للإباحة.



المبحث الثالث

موانع العقاب

مانع العقاب عن قانوني يعني الجاني من العقاب أو يظفه أو يبدله واحدها:

١- موت الجاني: إذا كانت العقوبة بدنية أو متعلقة بشخص الجاني، لأنه عمل العقوبة فإذا انتهى ينتهي التنفيذ.

أما إذا كانت مالية كالدية في الشريعة والغرامة والمصادرة في القانون، فلا تسقط بموت الجاني لأن عملها مال وهو باق. لكن إذا مات من حكم عليه بالقصاص قبل تنفيذها هل تجب الدية بدلا من القصاص؟ المسألة خلافية بين فقهاء الشريعة، فمنهم من قال لا تجب^(١) ومنهم من قال بوجوبها ولا مجال هنا للدخول في تلك التفصيلات.

٢- فوات عمل القصاص فيما دون النفس. فمن حكم عليه بقطع يده اليمنى مثلا وتلفت اليد بآفة أو مرض أو بقصاص سابق يسقط القصاص، وإذا فات بظلم فان عقوبة القصاص تنتقل إلى الظالم. ويرى البعض^(٢) أن عمل القصاص إذا ذهب قبل عمله دية هذا العضو. وبالتقدم في بعض القوانين.^(٣)

٣- توبة الجاني في بعض الجرائم مانعة من العقاب، نص القرآن الكريم على ذلك في آيات منها قوله تعالى في جريمة الحرابية: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَنْ تَقْرَبُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّهُ لَغُفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.^(٤) فالمحارب إذا تاب قبل القدرة عليه أي قبل اللقاء القبض عليه سقط عنه عقوبات الاعتداء على الحقوق العامة (حقوق الجماعة) دون الحقوق الخاصة وكذلك في جريمة الكذب التوراة تسقط عقوبة عدم قبول الشهادة

(١) كالمخفية والمالكية، مواهب الجليل ٢١٣/٧، والشافعية وروايتان لاحد، التشريع الجنائي الاسلامي ٧٧٢/١.

(٢) كالمخفية البدائع ٢٤٩، ٢٩٨/٧.

(٣) كقانون العقوبات الليبي حيث نصت المادة (١٠٧) منه على انه (تسقط الجنايات مضي عشرين سنة من يوم وقوع الجريمة، والجنح بعد مضي ثلاث سنوات، والمخالفات مضي سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(٤) سورة المائدة: ٣٤

والفسق كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ هَفُوزٌ رَجِيمٌ﴾^(١) وجدير بالذكر ان التوبة ليس لها اي تأثير في الحقوق الخاصة بل تبقى بذمة المدين إلى الوفاء أو الإبراء أو اللقاصه.

جـ الصلح فيما يهوز فيه الصلح كما في القصاص بموجب قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(٢) والسultan هو الخيار بين طلب تنفيذ القصاص والتنازل عنه والدول إلى الدية، أو التنازل عن العقوبتين.

٥- العفو من المجني عليه أو من وليه لو من ولي الأمر في عقوبات يهوز فيها العفو فما كان من حقوق الله لا يهوز فيها العفو مطلقاً.

٦- التقادم المسلط للعقوبة أقره قانون العقوبات العراقي في نطاق ضيق في المادة (٣٧٨): (لا يهوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو اتخاذ أي اجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الآخر، ولا تُقبل الشكوى في الأحوال الآتية:

أ - إذا قُدمت الشكوى بعد انقضاء ثلاثة اشهر على اليوم الذي اتصل فيه علم الشاكي بالجريمة.

ب - إذا رضی الشاكي باستئناف الحياة الزوجية على الرغم من اتصال علمه بالجريمة.

ج - إذا كان الزنا برضا الشاكي .

لكن في الشريعة الإسلامية المسألة خلافية بين الفقهاء، فمنهم^(٣) من يرى أن الجريمة والعقوبة لا تسقطان مهما مضى عليهما الزمن، ما لم تكونا من التعازير، حيث تسقط الجريمة والعقوبة التعزيرتان إذا رأى من ذلك ولي الأمر تحقيقاً للمصلحة العامة.

ومنهم^(٤) من يرى سقوط العقوبات بالتقادم عدا عقوبات جرائم القصاص والدية وعقوبة جريمة القذف، على أساس ان الحق الخاص في هذه العقوبات هو الغالب على الحق العام، فحكمه حكم الحق الخاص المحض فلا يسقط بالتقادم.

(١) سورة النور: ٥، ٤.

(٢) سورة الأسراء: ٣٣ .

(٣) كالامام مالك والامام الشافعي والامام احمد، التشريع الجنائي الاسلامي ١/٧٧٨.

(٤) كالامام ابي حنيفة، المرجع السابق ١/٧٧٩.

٧- الجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة مانع من الاستمرار في الإجراءات الجزائية قبل صدور الحكم ومن تنفيذ العقوبة بعده، لكن إذا شفي قبل الموت يزول المانع ويرجع المتنوع بناء على قاعدة (إذا زال المانع هاد المتنوع).

٨- الشبهة في جرائم الحدود مسقطا للعقوبة، كالدخول في الزواج الفاسد أو تبديل العقوبة الهدية بعقوبة تعزيرية، كما في جريمة السرقة بين الزوجين، أو بين الأصول والفروع، أو بين الشريكين في المال المشترك، فبدلاً من العقوبة الهدية (قطع اليد) يعاقب المتهمم بعقوبة تعزيرية إذا توافرت الأركان والشروط وانتفتت الموانع.

٩- إيقاف التنفيذ، للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالمحبس مدة لا تزيد على سنة، أن تأمر في الحكم نفسه بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا لم يكن قد سبق الحكم على المحكوم عليه بجريمة عمدية، ورأت من أخلاقه وماضيه وسنه وظروف مما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة.

١٠- إخبار الجاني السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي: تنص المادة (٥٩) من قانون العقوبات العراقي القائم على أنه (يُعفى من العقوبات المقررة في المواد ٥٦، ٥٧، ٥٨) كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه قبل وقوع أية جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن أولئك الجناة، أما إذا حصل الإخبار بعد قيام تلك السلطات بذلك، فلا يعفى من العقاب إلا إذا كان الإخبار قد سهل القبض على أولئك الجناة).

١١- التبليغ عن الجنايات المخلة بأمن الدولة في الخارج، يُعفى المبلغ المشارك في تلك الجنايات.

١٢- التبليغ عن جريمة الرشوة فإنه يؤدي إلى إعفاء الراشي أو الوسيط من العقوبة، إذا أخبر بها السلطات العامة بالجريمة أو اعترف بها قبل رفع القضية إلى القضاء.

الموازنة بين أسباب الإباحتها وموانع العقاب:

١- سبب الإباحتها ينصب تأثيره على الركن الشرعي للجريمة بحيث يجعل الفعل الجرمي ذاته خارجاً عنه وغير مشمول به بينما موانع العقاب ليس لها أي تأثير على أركان الجريمة، بل أثرها يقتصر على إعفاء الجاني من العقوبة أو تخفيفها أو تبديلها.

٢- أسباب الإباحة ملقنة بوقت ارتكاب الجريمة وتستمر حتى تنفيذها، أما مانع العقاب فإنه يحدث بعد ارتكاب الجريمة وبعد تحقق المسؤولية الجزائية.

٣- يمتد أثر سبب الإباحة إلى كل من ساهم مع الفاعل الأصلي من الشريك أو المقدم للتسهيلات أو نحو ذلك، فكما ان الدفاع الشرعي يُعفي المدافع من المسؤولية الجزائية والمدنية إذا توافرت أركان وشروط الدفاع وانتفت موانعه، كذلك يعني كل من ساهم في هذا الدفاع أيا كانت طبيعة المساهمة، بخلاف مانع العقاب فلا يمتد أثره إلى غير من يتوافر فيه هذا المانع، وبالتالي يعاقب من ساهم مع الفاعل الأصلي في ارتكاب الجريمة كما لو ارتكبها وحده.

٤- يجوز الحكم بتدابير احترازية في حالة موانع العقاب ولا يجوز هذا الحكم في أسباب الإباحة.

٥- سبب الإباحة يُعفي من يتوفر فيه هذا السبب عن المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، بخلاف مانع العقاب فإنه ليس له التأثير في هاتين المسؤوليتين، ما لم يكن المانع سببا من أسباب الإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية الجزائية، لأن النسبة المنطقية بين مانع العقوبة وبين كل سبب من أسباب الإباحة ومانع من موانع المسؤولية الجزائية عموم وخصوص مطلق، فكل سبب للإباحة أو مانع من المسؤولية الجزائية مانع من العقاب دون العكس الكلي.



الفصل الثاني

الأعمال الجرمية في الشريعة الإسلامية

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الأعمال الجرمية من حيث
خطورتها والحق المعتدى عليه ومصادرها إلى ثلاثة أقسام
رئيسة وهي:
جرائم الحدود.
وجرائم القصاص والدية.
وجرائم التعازير.
ويخص لدراسة كل قسم من هذه الأقسام الثلاثة مبحث
مستقل لزيادة الإيضاح والفائدة.





المبحث الأول

جرائم الحدود

جرائم الحدود هي التي حُددت بجرمها وعقوبتها بالنص الشرعي، لذا سميت جرائم الحدود، والحق المعتدى عليه فيها أما حق عام (حق الله المحض)^(١) أو حق مشترك بين الله وبين العبد، ولكن الحق العام فيها هو الغالب.

وأهم جرائم الحدود كما هو المعروف في الفقه الإسلامي سبعة أنواع وهي:

- ١- جريمة الزنا.
- ٢- جريمة القذف.
- ٣- جريمة السرقة.
- ٤- جريمة قطع الطريق (أو السرقة الكبرى).
- ٥- جريمة الردة.
- ٦- جريمة البغي.
- ٧- جريمة تعاطي المسكرات.

وتتناول هذه الجرائم السبع بإيضاح وجيز فيما يأتي:

لولا: جريمة الزنا:

قال سبحانه وتعالى في تحريم جريمة الزنا: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِتْمَانًا فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾.^(٢) وقال سبحانه وتعالى في تحديد عقوبة هذه الجريمة الشنيعة: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ عَادِلِينَ﴾.

^(١) وجدير بالذكر أن مصطلح الحق العام في القانون يقابله مصطلح حق الله المحض لأن الحق في الحالتين لا يعود إلى فئة معينة من الناس بل ينتفع به كافة الناس دون تخصيص. وكذلك الحق الخاص في القانون يقابله حق العبد (أو حق الناس) لأنه خاص بفرد أو جماعة محددة.
^(٢) سورة الإسراء: ٣٢.

تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَا عَدَاوَةً بَيْنَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿١١﴾

وعقوبة الرجم لم ترد في القرآن الكريم، وإنما طبقها الرسول ﷺ على عدد قليل ممن ارتكبوا هذه الجريمة من المتزوجين والمتزوجات، طبقاً لما ورد في التوراة وبالقرار من الجاني ومطالبتة بتطبيق حكم الله عليه، ثم حصل الخلاف بين علماء الإسلام في ان عقوبة الرجم هل هي بالية إلى جانب عقوبة الجلد، على أساس ان الاولى للمتزوج والمتزوجة، والثانية لغيرهما، أو أنها نسخت بآية: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾^(١١).

وإذا أخذنا بقول من قال بانها باقية كما هو رأي الجمهور، فإن بقاءها يكون كعدم البقاء من الناحية العملية ما لم تثبت الجريمة بشهادة أربعة رجال عادلين لا يوجد الخلاف بين افادتهم ١٠٠٪. وأن لم تثبت بهذه الطريقة تتحول إلى جريمة تعزيرية لوجود الشبهة، ويماقب الجاني بالعقوبة المقررة بالقانون، إذا ثبت بغير النصاب المذكور الذي نص عليه القرآن في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ الآية^(١٢) وقد عالجها قانون العقوبات العراقي^(١٣) وهذه الجريمة لا تتحول إلى عمل مباح مطلقاً بأي سبب من الأسباب، ولكن تصيح رخصة في حالتها الإكراه والضرورة إذا توافرت شروطها.

ثانياً: جريمة القذف:

وهي عبارة عن اتهام شخص (ذكر أو أنثى) بتهمة الزنا وهي أخص من جريمة القذف في القانون^(١٤).

وقال سبحانه وتعالى في تجريم عقاب هذه الجريمة لمنع السنة الناس من التطاول على

(١١) سورة النور: ٢.

(١٢) سورة النور: ٢.

(١٣) سورة النور: ٤.

(١٤) رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(١٥) في المادة (٤٣٣) من قانون العقوبات العراقي نصت على (ان القذف إسناده واقعة معينة إلى الغير بإحدى طرق العلانية من شأنها لو صحت أن توجب عقاب من أسندت إليه أو احتقاره عند أهل وطنه ويماقب من قذف غيره بالحسب وبالفرامة أو باحداهما).

الأعراس: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (١) ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ لِسَانٍ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾. (٢)

هذه الآية الكريمة نصت على أن من يتهم إنسانا شريفا عفيفا، ذكرا كان أم أنثى، بتهمة الزنا، ولم يستطع أن يثبت هذه التهمة بأربعة شهداء، فيعاقب بثلاث عقوبات: الأولى عقوبة بدنية أصلية وهي ثمانون جلدة، والثانية والثالثة عقوبات معنويتان نفسيتان تبيحان، وهما عدم قبول شهادته ووصفه بوصفة عار الفسق واعتباره من الفاسقين في المجتمع، فلا يكون محل ثقة ولا أهلا لتحمل المسؤولية ولا أهلا لأن يلتزم بالتزام ديني أو دنيوي في المصالح العامة.

والاستثناء الوارد في هذه الآية: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾ لا يرجع إلى العقوبة الأولى بإجماع الفقهاء، ولا تسقط بالتوبة لأنها اعتداء على حق مشترك بين الله وبين العبد، فتجمع الجريمة اعتداءين، الاعتداء على حق الله (الحق العام) والاعتداء على حق المقدوف، فهذا الحق الخاص لا يسقط بالتوبة.

أما من حيث رجوعه إلى الثانية والثالثة فرأي جمهور الفقهاء استقر على أنه يرجع إلى كليهما، لكن خالفهم الحنفية فقالوا: يرجع إلى العقوبة الأخيرة فقط، بناءً على قاعدة أن القيد إذا دار بين القريب والبعيد يرجع إلى القريب، ولأن الاستثناء للضرورة والضرورات تقلد بقدرها والضرورة تزول بالرجوع إلى القيد الأخير.

والراجع هو قول الجمهور، لعدم وجود مانع من الرجوع إلى كلتا العقوبتين، وقال سبحانه وتعالى في حكم الغذف بين الزوجين: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ (٣) وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْسَبُهُمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَذَرُ (٤) عَنَّا الْعَتَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (٥).

(١) أي الشريفات العفيفات.

(٢) سورة النور: ٤، ٥.

(٣) بأن يتهمها بالزنا أو أن ينفي نسب أحد أولاده بأن يقول هذا الولد ليس مني.

(٤) في المصحف الشريف (ويذرؤا).

(٥) سورة النور: ٦، ٩.

وجريمة القذف مطلقا سواء كان بين الزوجين أو غيرهما لا تقبل حكم الإباحة ولا تتحول إلى عمل مباح بأي سبب من الأسباب، والحكم المترتب على اللعان هو الفارقة بين الزوجين تلقائيا، ويفترقان بعد اكمال الاجراءات القضائية المذكورة أمام القضاء. لأن الشكوك تصيرت إلى حياتهما الزوجية فلا تبلى المحكمة في الزواج وهي السكينة والرحمة والمودة.

ثالثا: جريمة السرقة:

وهي أخذ مال مملوك للغير قابل للتعاصل في حرز مثله خفية، فنع المالك من الانتفاع بملكه ليس سرقة وإنما هو غضب، وكذا أخذ مال مباح للملك كالمسك في نهر أو مال غير متقوم كالكلب الحارس واخذ مال في غير حرز مثله^(١).

وقال تعالى في تحريم السرقة وتجريمها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ قَرَابٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، وقال تعالى في عقوبة السارق والسارقة: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكَالُفًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ غَزِيرٌ حَكِيمٌ﴾^(٣)، ومن شروط تطبيق عقوبة قطع اليد في السرقات:

- ١- أن يكون السارق بالغا عاقلا مختارا غير مضطر.
- ٢- أن تثبت الجريمة بشاهدين أو بإقرار الجاني.
- ٣- ألا توجد شبهة اخلال في المال المسروق، فلا قطع في السرقة بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الشريكين في المال المشترك، وإنما تحمل محل العقوبة المذكورة عقوبة تعزيرية.

والسرقة لا تكون مباحة بأي سبب من الاسباب، ولكن قد تكون رخصة كما في السرقة للمضطر والفقير الذي تكون حياته مهددة بنظر الجوع، فلا يُسأل جزائيا ولا يعاقب ولكن يُسأل مدنيا فيطالب بالتعويض.

(١) وحرز مثل كل شيء يختلف باختلاف طبيعته، فحرز مثل السيارة مثلا الكراج.

(٢) سورة النساء: ٢٩، وجدير بالذكر أن أكل مال الغير بدون مجر شرعي قد تكون مسؤوليته مدنية موجهة للتعويض كمثل المضطر مال الغير بدون اذنه، وقد تكون موجبة للعقوبة كالسرقة.

(٣) سورة المائدة: ٣٨.

رابعاً: قطع الطريق (أو الحراية أو الإرهاب):

وهي أخذ مال الغير بالقوة، أو قتل الأبرياء، أو مجرد الإرهاب وتخويف الناس، سواء كان ذلك خارج حدود البلدية أو داخل المدينة، ما دام المجنى عليه لا يجد من ينقذه من هذا الاعتداء الآثم، ولا يستطيع بنفسه أن يدافع عن نفسه وماله. قال تعالى في تحريم هذا الاعتداء وفي عقوبته: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ^(١) أَوْ يُنْفَرُوا مِنْ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ، إِلَّا الَّذِينَ قَاتَبُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ^(٢) فَاعْتَمُوا أَنْ اللَّهَ عَفْوٌ رَحِيمٌ^(٣)﴾

وكلمة (أو) في هذه الآية ليست للتخيير وإنما للتفصيل والتقسيم، فتقسم العقوبات على الجرائم بحسب حجمها وخطورتها. وجدير بالذكر أن احكام هذه الآية طبقت مرة واحدة في الإسلام على العرنيين، وهم من قبيلة قضاة وقد اعتنقوا الإسلام وطلبوا من الرسول ﷺ العون المالي فسلمهم الإبل^(٤) مع الراعي لينتفعوا بها، فقتلوا الراعي ونهبوا الاموال وارتدوا عن الإسلام، وقد حرم الإسلام الصلب والتشيل بالميت أيًا كان صنعه ودينه.^(٥)

ورغم ذلك فان هذه الآيات الواردة بصدد قطاع الطريق تصلح لأن تكون مصدرا لاعظم تشريع للضرب على أيدي الارهابيين والعصابات المفسدة والمعتدية على أرواح وأموال وأعراض الأبرياء، بل حتى ولو كانت الجرائم خالية من القتل لو أخذ المال ما دام الارهاب (التخويف) قائما.

وجرمية قطع الطريق لا تقبل ان تتحول إلى عمل مباح أيًا كان السبب، وهي جريمة

^(١) تقطع اليد اليسرى والرجل اليمنى أو عكس ذلك.

^(٢) أي قبل اللقاء القبض عليهم بان سلموا أنفسهم للسلطة باختيارهم.

^(٣) سورة المائدة: ٣٤، ٣٣. وفي نيل الاوطار للشوكاني (١٧٢/٧): عن ابن عباس في قطاع الطريق (إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعتم أيديهم، وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نفقوا في الأرض). رواه الشافعي في مسنده.

^(٤) الظاهر أن الإبل كانت لبيت المال.

^(٥) نيل الاوطار المرجع السابق.

وحيدة يُعاقب الجاني عليها في الدنيا وفي الآخرة، كما قال تعالى: ﴿ذَلِكَ لَكُمْ حِزْبِي فِي الدُّنْيَا وَلَكُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾.

خامساً: جريمة الردة (الارتداد عن دين الإسلام):

نعوذ بالله، يكون بفعل أو قول يكفر به الانسان ويدل على الخروج عن الإسلام، وقد قال سبحانه وتعالى في حكم الارتداد: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ يَدِي فَيَسْتَكْفِرْ كَافِرٌ فَأُوْلَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(١). وهذه الجريمة اعتداء على حق الله المحض، لذا تصحح مباحة في حالات الإكراه الملجئ. للضرورة إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان، وقد نص القرآن الكريم على ذلك في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ، وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَمَلَيْنَاهُمْ غَضَبًا مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(٢). وقد ورد في الحديث الشريف: (من بدل دينه فاقتلوه)^(٣). هذا الحديث ورد بشأن بعض من المشركين اعتنقوا الإسلام واطلعوا على أسرار المسلمين، ثم لوتدوا والتحقوا بأعداء الإسلام والمسلمين من المشركين، ثم ألقي القبض عليهم، فأمر الرسول بقتلهم لا لجرده الارتداد وإنما لحياتهم العظيمة، أي القتل ليس عقاباً حدياً وإنما عقاب سياسي، فلا تعارض بين هذا الحديث وبين سكوت القرآن عن قتل المرتد من جهة، وقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ من جهة أخرى. وقد اقتصر القرآن على إحباط عمله الصالح.

سادساً: جريمة البغي:

قال تعالى في بيان حكم هذه الجريمة: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاتَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٤).

(١) سورة البقرة: ٢١٧.

(٢) سورة النحل: ١٠٦.

(٣) صحيح البخاري، ج ٦، ص ٢٥٢٧، رقم ٦٥٢٤.

(٤) سورة المائدة: ٩.

جاء الإسلام وكان في كل بيت أو أكثر البيوت تصنع الخمر ويتعاطاها السواد الأعظم من الناس في مجالسهم الخاصة والعامة، بحيث أصبح الإدمان في تعاطي المسكرات مرضاً اجتماعياً مزمناً لا يمكن القضاء عليه بفتة، بل لابد لمكافحة واستئصال جذوره من اتباع طريقة التدرج واستخدام الحكمة، لذا مهد القرآن الكريم لمواجهة هذا المرض المزمّن الحبيث القتال، الطريق المعبد والسبيل الميسر، بإتخاذ أربع مراحل لمنعه بالنهاية عنه نهياً مقتضاه التحريم القطعي، وهذا لا يعني أن الإسلام أقر إباحتها تعاطي المسكرات في أية مرحلة من هذه المراحل، كما زعم الكثرة فذهب إلى هذا الرأي الساقط وغلط بين التدرج والنسخ، فاعتبر المرحلة اللاحقة ناسخة للمرحلة السابقة. ووجه خطأ هذا الالتماع هو تعليل التحريم والتجريم لتعاطي المسكرات في جميع الآيات الواردة بصدده العمل الجرمي تعليلاً واضحاً صريحاً في كل مرحلة من المراحل الأربع الآتية:

١- في المرحلة الأولى قال سبحانه وتعالى مخاطباً الإنسان في كل زمان ومكان: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَإِزْجًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾^(١) فالقارئ الدقيق يجد في هذه المرحلة لمسة خفية وإشارة عقلية ذكية إلى أن المسكرات بكافة أنواعها قبيحة لذاتها، وأساس هذا القبح هو الضرر العقلي والصحي والاجتماعي والاقتصادي المكتسب من المادة المسكرة وتعاطيها، ومن البديهي أن مدار حسن وقبح تصرفات الإنسان في كل زمان ومكان هو النفع والضرر، فكل نافع لذاته حسن لذاته،^(٢) وكل نافع لغيره حسن لغيره،^(٣) وكل ضار لذاته قبيح لذاته،^(٤) وكل ضار لغيره قبيح لغيره.^(٥)

الحسن والقبيح في الآية المذكورة مأخوذان من عطف (وَإِزْجًا حَسَنًا) على (سَكَرًا) والعطف للمغايرة يدل على أن السكر قبيح، لأنه لا يوجد شق ثالث بين الحسن

(١) سورة النحل: ٦٧.

(٢) كالعمل.

(٣) كالكذب النافع الذي ينقذ حياة مظلوم مطلوب من ظالم.

(٤) كالظلم.

(٥) كالصدق الضار يلحق الضرر بالغير دون مجر.

والقبح.

فهذه الآية لا تدل من قريب أو بعيد على إباحتها تعاطي المسكرات للمنافاة الواضحة بين إباحتها الشيء وتبجيحه في نفس الوقت، لأن هاتين الصفتين لا تجتمعان في شيء واحد، غير أن في ميزان الشريعة الإسلامية لا يمكن أن يكون شيء واحد حسناً لذاته في وقت وقيحاً لذاته في وقت آخر.

ومن زعم أن هذه الآية أقرت إباحتها تعاطي المسكرات ثم نسخت بالمرحلة الأخيرة فقد ارتكب خطأ لا يفتقر.

٢- في المرحلة الثانية غير القرآن الكريم أسلوب خطابه في تحريم المسكرات، فاعتمد مقابلة أخرى وأحال عقل الإنسان إلى الموازنة بين النفع والضرر اللذين يمثلهما الشخص من تعاطي المسكرات، أو بين الربح والمسارة في ممارسة هذا العمل المشين، فقال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَتَاعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(١)

والمراد بالاثم في هذه الآية هو الضرر بقريته مقابلته بالنفع، والآية لا تدل على تحريم الخمر والميسر (القمار) فحسب، وإنما تدل صراحة وبوضوح على تحريم كل ما يكون ضرره أكثر من نفعه، لأن السؤال كان لمعرفة حكم الخمر والقمار، لكن الله سبحانه لم يجب ببيان هذا الحكم، وإنما أجاب بعملة الحكم (التحريم)، وهي أن ضرر هاتين المادتين أكثر من نفعهما، وهذه العملة في ضوء قواعد أصول الفقه تسمى العملة المنصوطة ومرتبها في الدلالة على الحكم كمرتب النص الصريح، والدليل على ذلك أن من ينكر حجج القياس لا ينكر حجج العملة المنصوطة، لأنها بمثابة النص الصريح.

وبناء على ذلك أرشدنا القرآن الكريم إلى قاعدة عامة وهي أن كل ما كان ضرره أكثر من نفعه فهو محرم كحرم الخمر والقمار، وبذلك يشمل النص التدخين بنفس الدرجة من التحريم، لأن ضرره أكثر من نفعه، بل لا نفع فيه أصلاً بإجماع علماء الطب، بل خطر التدخين أكثر من خطر الخمر والقمار كما هو ثابت بالطب

(١) حجة البقرة: ٢١٩.

وجدير بالذكر ان المراد بالخمر في هذه الآية وغيرها كل ما يضر العقل ويُحدث فيه الخلل، فيشمل كافة المسكرات أيا كانت مادتها الأولية وأيا كان نوعها، فلا حاجة إلى استعمال القياس بالنسبة لاثبات تحريم مسكر آخر، وقياس النبيذ عند بعض الأصوليين^(٢) على الخمر في التحريم، لاشتراكهما في علة الحكم وهي الاسكار، خطأ من وجهين:

أحدهما: ان تعاطي المسكرات من جرائم الحدود وهي لا تثبت بالقياس، لأن من ميزات جرائم الحدود ان التجريم يشب بالنص والعقوبة تحدد بالنص ايضاً. لكن بالنسبة لتحديد العقوبة وهي ثمانون جلدة، اربعون منها حدية ثبت بالسنة النبوية، وأربعون منها تعزيرية ثبت بالقياس على القذف. ثانياً: ان المراد بالخمر في هذه الآية معناه اللغوي، بفض النظر عن نوعها وطبيعتها وموادها الأولية.

٣- في المرحلة الثالثة صَيِّقَ الشارع الوقت على متعاطي المسكرات، حتى يتهيأ للترك النهائي، فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾^(٣)، وهذه الآية لا تدل على اقرار اباحة تعاطي المسكرات خارج الصلاة، وهذا بمثابة ارشاد الطيب إلى تقليل التدخين بالنسبة للمريض المدمن على التدخين، فارشاده إلى التقليل في حالة عدم استطاعة المريض على التوك دفعه واحدة، لا يدل على انه يُقره على التدخين القليل ويؤمنه على عدم ضرره.

٤- في المرحلة الرابعة والأخيرة التي هي قمة التدرج والاستقرار التام للحكم والمضروع الكامل له وامتنال النهي بصورة نهائية، قال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

(١) خطر التدخين يشمل كل من يكون قريباً من حيث المكان من المدخن وهذا ما يسمى التدخين السليبي، ثم ان التدخين من اهم اسباب اصابة الانسان بالسرطان في الفم والحنجرة والمثانة والرئة، اضافة إلى تسببه في اصابة الانسان بتصلب الشرايين... ينظر مؤلفنا (التدخين أضراره وقرهه في القرآن).

(٢) منهم أستاذنا الدكتور عبدالكريم زيدان في كتابه الوجيز في اصول الفقه.

(٣) سورة النساء: ٤٣.

أَمْنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ^(١) مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَهَذَا الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ؟^(٢)

وهذه الآية تدل دلالة قطعية على تحريم كافة انواع المسكرات تحريماً باتساً من سبعة لوجه وهي:

- ١- وضع الخمر والقمار في مصاف الانصاب (الاصنام) والمضروع للاصنام لغة الكفر.
 - ٢- وصف للمسكر بانه رجس والرجس غير قابل للإزالة بخلاف النجس، فالنجاسة قابلة للإزالة.
 - ٣- وصف تعاطي المسكرات بانه من اعمال الشيطان، ولا يُعقل أن يكون عمل الشيطان مباحاً.
 - ٤- أمر سبحانه وتعالى بالاجتناب عن تعاطي المسكرات، وتعبير (فاجتنبوه) القوي وابلغ في الدلالة على النهي والتحریم من تعبير صيغة النهي أو الحرمة ومشتقاتها، لان الاجتناب لا يُستعمل الا لما فيه الخطورة وسرعة العدوى كالطاعون (الكوليرا).
 - ٥- وصفه سبحانه وتعالى بأنه مصدر الشر والعداوة والبغضاء، بسبب ما يتفوه به السكران حين سكره وفقد وعيه واختلال عقله.
 - ٦- وصفه سبحانه وتعالى بانه يصد عن التفكير فيما يجب فيه التفكير بالعقل، مما يتطلب المساهمة في تطوير الحياة الشخصية والحياة العامة للمجتمع.
 - ٧- طلب انتهاء المراحل المذكورة لتعاطي المسكرات بالاستهتام الانكاري (فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ؟)، والاستهتام الانكاري يدل على المنع دلالة القوي من صيغة النهي أو صيغة التجريم.
- وتعاطي المسكرات رغم انه عمل شنيع، الا انه قابل لان يصبح مباحاً لمن أكره عليه إكراهاً ملجئاً، وفي حالات الضرورة كحالة الجوع والعطش الشديدين ونحوهما اللذين يُعرضان حياة الانسان للخطر، لأن تعاطي المسكرات إعتداء.

(١) وهي قناح الاستقسام.

(٢) سورة المائدة: ٩٠-٩١.

على حق الله وهو يصبح مباحا باذن الشارع، لكن لا للتداوي وعلاج المرض،
لانه نفس والله سبحانه وتعالى لم يخلق الشفاء في النجس.

عقوبات جرائم الحدود:

عقوبات هذه الجرائم متعددة تختلف باختلاف طبيعة الجريمة وهي :

- ١- الجلد كما في جريمة الزنا وجريمة القذف وجريمة تعاطي المسكرات .
- ٢- القتل كما في جريمة قطع الطريق وجريمة البغي وجريمة الزنا اذا كان الزاني او الزانية في حالة قيام الزوجية، وثبتت الجريمة باربعة شهداء او اقرار الجاني البالغ العاقل المختار اربع مرات امام القضاء، على حد زعم من يرى أن عقوبة الرجم لم تُنسخ، ومن البدهي أن إثبات الزنا بالبيينة من المستحيلات عادة، ولكن بالإمكان اثباتها بالطرق العلمية للمتطورة، وبناءً على ذلك العقوبة توفيقية اكثر من ان تكون عملية وتطبيقية على تقدير بقائها.
- ٣- القطع كما في جريمة قطع الطريق في بعض حالاتها وجريمة السرقة .
- ٤- الحبس او النفي كما في حالة الارهاب والتخريف اذا لم يكن معه اعتداء اخر على النفس وما دون النفس او المال او العرض .

خصائص جرائم الحدود:

تتميز جرائم الحدود بخصائص وميزات لا تتوفر في غيرها من الجرائم الاخرى، فأهمها ما يأتي :-

- ١- الحق المعتدى عليه في جرائم الحدود اما حق خاص بالله تعالى (حق عام) كجريمة الارتداد وجريمة تعاطي المسكرات، او حق مشترك بين الله وبين العباد وحق الله هو الغالب كما في جرائم الحدود الاخرى.
- ٢- الجريمة والعقوبة محددتان بالنص الشرعي في القران الكريم او السنة النبوية، كما في عقوبة تعاطي المسكرات المحددة باربعين جلدة بالسنة النبوية الفعلية، وزيدت هذه العقوبة باربعين جلدة اخرى، لأنها لم تكن رادعة وزاجرة ولا وسيلة للاصلاح، والاربعين الاولى عقوبة حدية والاخرة عقوبة تعزيرية .

٣- عقوبات جرائم الحدود لا تقبل الصلح ولا العفو ولا التنازل، لأنها من حقوق الله وليست من حقوق المجنى عليه ولا من حقوق رئيس الدولة أو القاضي، والقاعدة الشرعية القانونية العامة تقضي بأن (فاقد الشيء لا يعطيه).

٤- عقوبات جرائم الحدود لا تتأثر لا بالظروف المخففة ولا بالظروف المشددة، بل يجب تطبيقها وتنفيذها كما نصّ عليها القرآن والسنة النبوية. وإذا أضيفت إليها عقوبة أخرى لظرف مشدد أو غيره، فالزيادة عقوبة تهزيرة وليست حدية. وهذه الخاصة تدل على عدم وجود جرمة الرجم، فالزوجية لا تُعد ظرفاً مشدداً لتشديد عقوبة الزنا.

٥- عقوبات جرائم الحدود في حالات قيام شبهة الحمل، إما تسقط كما في الدخول في الزواج الفاسد، فمن تزوج امرأة بدون حضور شاهدين مثلاً أو كان فاسداً لسبب آخر، فالدخول (المعاشرة الزوجية) يكون ملتقناً بالشبهة وهي قيام الزواج بصورة، وتترتب عليه الآثار الآتية:

أ- يجب للدخول بها مهر المثل أو الأقل من المهر المسمى ومهر المثل تعويضاً عن الضرر المصنوي اللاحق بالدخول بها .

ب- يثبت نسب الولد المكون من هذا الدخول، فله الحقوق وعليه الالتزامات كما في الولد الشرعي، وفلسفته حماية الحقوق النسبية للطفل في المستقبل.

ج- تثبت به المصاهرة، فتحرم الدخول بها على أصول وفروع الداخل، كما يحرم على الداخل أصول و فروع المدخول بها .



المبحث الثاني

جرائم القصاص والدية

وهي جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس (كالجرح)، وتعد هذه الجرائم من الجرائم غير القصدية، لذا قسمها التشريع الجنائي الاسلامي والتشريعات الجزائية القانونية إلى ثلاثة اقسام وهي: العمد وشبه العمد (أو الضرب المفضي إلى الموت) والخطأ.^(١)

١- القتل العمد هو ازهاق روح انسان عمدا بوسيلة مميتة غالبا كالسلاح الناري.
 ٢- القتل شبه العمد وهو القتل العمد بوسيلة غير مميتة غالبا كالحجر والحشب والضرب باليد وهو ذلك، ويقابله في قانون العقوبات الضرب المفضي إلى الموت،^(٢) ومعيار التفرقة بين العمد وشبه العمد معيار مادي (موضوعي) وهو الوسيلة المستعملة في تنفيذ الجريمة.

٣- القتل الخطأ وهو ازهاق روح انسان كان على قيد الحياة بدون قصده، ويكون القصد الجنائي في القتل غير متوفر في إحدى الحالتين التاليتين:
 احدهما: الخطأ في الهدف كمن يرمي هدفا ظانا انه غزال مثلا ويرديه قتيلا، ثم يظهر انه انسان بري..

والثانية: الخطأ في الفعل كمن ينظف مسدسه مثلا وهو لا يعلم وجود طلقة نارية فيه، فتخرج الطلقة اثناء عملية التنظيف وتصيب شخصا برئنا فيقتله أو تُحدث فيه جرحا.

^(١) وقسمه البعض كالحنفية إلى خمسة اقسام وهي العمد وشبه العمد والخطأ والجاري مجرى الخطأ كالناتم ينقلب على شخص فيقتله. والقتل بالسبب كحافر البئر في مكان غير مسموح يقع فيها شخص ويموت وقسمها البعض - كامالكية إلى العمد والخطأ على اساس ان شبه العمد يندرج تحت العمد والتقسيم الثلاثي اصوب - في شرح الحرشي المالكي (٧/٨): ان شرط القتل الموجب للقصاص ان يقصد الشخص القاتل الضرب أي يقصد ايقاعه ولا يشترط قصد القتل من غير جنابة الاصل على فرعه فاذا قصد ضربه بما يقتل غالبا فمات من ذلك فانه يقتصر له وكذا اذا قصد ضربه بما لا يقتل غالبا فمات من ذلك فانه يقتصر له منه ايضا) وأرى ان التقسيم الثلاثي هو الاصوب.

^(٢) المادة (٤١٠) من قانون العقوبات العراقي القائم.

ومعيار التمييز بين العمد والحطأ شخصي، لأن القصد مكنون في قلب القاتل ولا يكتشف الا باقراره أو قرينة، فعلى القاضي ان يستعين بظروف الجريمة وخلفياتها وبظروف الجاني لاكتشاف القصد الجنائي.

حقوية القتل العمد العدوان هي القصاص اذا توافرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه، وفلسفة هذه العقوبة هي حماية ارواح الابرياء، كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾^(١) وحرف (في) في هذه الآية للعلية، فالعلة الفاعلة للحكم هي السلطة التشريعية الالهية، والعلة الغائية هي مصلحة الانسان وهي حماية حياته التي هي احدى المصالح الضرورية الشرعية بالنسبة للانسان، واحدى المقاصد بالنسبة للشارع.

والقصاص كعقاب خضع منذ نشوئه لثلاثة انظمة رئيسة:

أ - نظام القبيلة وكان الدافع اليه غريزة الشار والانتقام.

ب - نظام الدولة فالباعث الدافع للدولة هو الحفاظ على الامن والاستقرار وحماية ارواح الابرياء..

ت - نظام الإسلام، فالغاية المتوخاة من القصاص في ظل هذا النظام الالهي هي محصلة الدافعين المذكورين في نظام القبيلة والدولة، وهي: رعاية الغريزة للانسان كطبيعة لا تنفك عنه مهما تطورت الحضارة، ورعاية النظام الذي ترومه الدولة، وذلك لما تطلبه السياسة الجنائية والفلسفة العقابية من رعاية الجانبين المذكورين، حتى يحقق القصاص الهدف المرجو منه.

القصاص وغريزة الانتقام:

القصاص في طبيعته البدائية كان يتمثل في حق خاص يمارسه الفرد بنفسه في ظل التكتل الجماعي على شكل الاسرة أو العشيرة أو القبيلة، ويتعاون مع غيره من ابناء هذا التكتل الطبيعي بدافع من غريزة الشار والانتقام، فكان هذا رد الفعل الغريزي ضد الاهتداء، على النفس وما دونها، الصورة الوحيدة التي تتفق مع الحياة الفطرية. غير انه قد يؤدي إلى المضاعفات السلبية بسبب غياب مبدأ شخصية المسؤولية الجزائية، ومبدأ شخصية العقوبة اللذين نص عليهما القران، ففي الاصل: قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ

(١) سورة البقرة: ١٧٩.

رَهِيْنَةً^(١١): ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾،^(١٢) وقال في المبدأ الثاني: ﴿وَلَا تَزِدُ وَازِدَةً وَزِدَ أُخْرَى﴾^(١٣)، كان المنتقم كثيرا ما يصب جام غضبه على كل من يهده وهو ينتمي إلى أسرة أو عشيرة أو قبيلة الجاني، وبذلك كانت ممارسة حق الشار والانتقام الفرسي قد تؤدي إلى تكوين حلقة مفرغة من الهروب المستمرة الطاحنة بين قبيلتي الجاني والمجنى عليه، وبعد ان تحركت الحياة بظواهر بطيئة نحو شيء من التقدم والتنظيم العقلي، ظهرت فكرة التخلي عن المعتدي لقبيلة المجنى عليه، فكان يصبح بذلك تحت رحمتها ان شاءت قتلته وان شاءت استبدته، كما ظهرت فكرة تحريم الشار والانتقام في امكنة وازمنة خاصة، كالاشهر الحرم عند العرب قبل الاسلام^(١٤).

وبعد ان قطع الانسان شوطا اخر من التقدم الحضاري، ظهرت نظم اخرى هذبت إلى حد بعيد طريقة الشار والانتقام، كنظامي القصاص والدية.

ونظام الدية كان يعني التراضي بين قبيلتي الجاني والمجنى عليه على مبلغ من المال يتقاضاه المعتدى عليه أو ذروه منها، مقابل التنازل عن الشار من المعتدي، ثم جاء الإسلام فنظم احكام القصاص والدية تنظيما عادلا فريدا في نوعه، ووضع الاركان والشروط والموانع لكل منهما وحدد الدية كما وكيفاً.

شروط القصاص والدية:

أولاً/ القصاص:

يشترط لتطبيق نظام القصاص وتنفيذه شروط اهمها مايلي:

- ١- اثبات الجريمة بالبينه للمعتدي أو باقرار الجاني وهو بالغ عاقل مختار في اقراره بعيداً عن كل اكراه وتعذيب.
- ٢- اتخاذ كافة الاجراءات القضائية في ظل نظام اصول المحاكمات الجزائية.

(١١) سورة المده: ٧ .

(١٢) سورة المده: ٧ .

(١٣) سورة الزمر: ٧ .

(١٤) الامتازة الدكتور علي راشد فلسفة تاريخ القانون الجنائي والامتازة الدكتور عمر ممدوح مصطفى اصول تاريخ القانون.

٣- انتفاء الموانع المعارضة كالمجنون الطارئ، فإذا جن بعد ارتكاب الجريمة توقفت الاجراءات القضائية ضده، وبعد صدور الحكم يتوقف تنفيذها، وإذا مات مجنوناً حلت محل القصاص الدية من ماله^(١).

٤- تصديق رئيس الدولة.

٥- عدم عدول ولي الدم من القصاص إلى طلب الدية أو إلى التنازل عن العقوبة الاصلية (القصاص) والبديلة (الدية)، لان القرآن الكريم امر لولي الدم احد الخيارات الثلاثة وهي: طلب تنفيذ القصاص أو العدول إلى الدية أو التنازل عن كليهما، في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(٢)، والسلطان هو اختيار احد الخيارات الثلاثة. وجدير بالذكر ان هذا الخيار يسقط اذا كان الجاني سبق ان ارتكب جريمة الاعتداء على النفس أو ما دون النفس سابقا، لانه في هذه الحالة لا يستحق المساعدة والعطف، ولدلالة ذلك على خطورته على المجتمع.

وأساس فلسفة هذه الخيارات هو قاعدة الغرم بالظنم، فالمأساة التي تصل بأسرة المجنى عليه نتيجة الجريمة، أكثر بكثير من مأساة المجتمع الذي تمثله الدولة، فيكون حقه في العقاب أكثر.

لكن في العصر الحاضر أكثر قوانين العقوبات لا يُقر السلطان الوارد في القرآن بالنسبة لولي الدم، على أساس ان مظاهر سيادة الدولة لا يتدخل فيه الفرد، لان هذا التدخل اعتداء على سيادة الدولة.

وجدير بالذكر ان للقتل عقوبة تبعية وهي حرمان القاتل من مباحات المقتول اذا كان مورداً له، ومن وصيته اذا كان موصياً له، ومن وقفه إذا كان واقفاً، على ان يكون القتل عمداً او شبه عمداً^(٣)، وفلسفة ذلك حماية ارواح الابرياء، ولان من استعمل شيئاً قبل اوانه هو قوب بجرمانه.

(١) وارى ان الصواب هو ابقاء الخيارات فيبقى للدولة حق عقاب مناسب لان الجاني اعتدى على حقين عام وخاص فاذا تنازل ولي الدم من الحق الخاص يبقى عليه جزءا اعتدائه على الحق العام.

(٢) سورة الاسراء: ٣٣.

(٣) عقوبة القتل شبه العمدا عند المالكية القصاص قتل الممد. والدية عند غيره. وعقوبة القتل بالتسبب عند الحنفية الدية وهي على العاقلة. الاختيار لتعليل المختار ٣٥/٥ للامام عبدا لله الموصلي.

وهي العقوبة الأصلية الأساسية للقتل الخطأ بالإجماع والقتل شبه العمد عند بعض الفقهاء. كأبي حنيفة والشافعي وأحمد، وتكون على العاقلة، ودليلهم قضاء رسول الله ﷺ حيث اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت أحدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلة الجانية، والقتل كان شبه عمد لأنه كان ضرباً مفضياً إلى الموت.

ثالثاً/ الكفارة:

لها أيضاً تعتبر عقوبة أصلية للقتل شبه العمد وهي عتق رقبة، فمن لم يجدها أو لم يجد قيمتها يتصدق بها، فعليه صيام شهرين متتابعين، فالصوم عقوبة بديلة. وعقوبة القتل الخطأ هي الدية المحددة في الإسلام بمائة أبل أو ما يعادلها، وهذا هو الحد الأعلى ويجوز الاتفاق على مادونه، لكن يوجد الفرق بين دية شبه العمد ودية الخطأ، ففي الحالة الأولى الدية على الجاني على الراجح، وفي الثانية على العاقلة، وفي الأولى لا يبرز له التسيط بخلاف الثانية، ودية الخطأ تكون على عاقلة الجاني بإجماع الفقهاء .

شروط وجوب الدية على العاقلة:

العاقلة هي المشقة والقبيلة التي ينتمي إليها الجاني، وفي حالة عدم وجودهما يكون المسؤول عن الدية المؤسسة التي ينتمي إليها الجاني كالنقابة والوزارة أو نحوهما، وفي حالة عدم وجود كل من ذلك تكون الدية على بيت المال (الخزانة العامة) للدولة، وفلسفة تحمل بيت المال الدية في هذه الحالة هي أنه إذا مات إنسان وليس له وارث وله تركة، تكون التركة لبيت المال، ومصدر الكفارة القرآن الكريم، ويشترط لوجوب الدية على العاقلة شروط أهمها:

١- أن يكون القتل خطأً، فدية شبه العمد على الرأي الراجح أو الدية البديلة للقصاص تكون في مال الجاني.

٢- أن لا يشبث باقرار الجاني لجواز تواطؤ بين الجاني وولي الدم، على اعتبار القتل المنفي يوجب القصاص قتلاً خطأً للحصول على الدية.

هل الدية عقوبة أو تعويض؟ ذهب البعض إلى تكييفها بالعقوبة، بينما يرى الآخرون أنها تعويض، لكن الواقع ليست عقوبة محضة ولا تعويضاً محضاً، بل تجتمع فيها صفات العقوبة وصفات التعويض كما يأتي:

أ - من صفات العقوبة للتوفرة في الدية:

١- أن الحكم بها لا يتوقف على طلب المجني عليه أو ورثته، بل يحق للقاضي أن يحكم بها تلقائياً.

٢- عند تنازل ولي الدم عن الدية تحمل عليها عقوبة الاعتداء على الحق العام عقوبة تعزيرية، لأن المجاني يعتدي على حقين عام وخاص، بينما في التعويض لا يصل إليه شيء. آخر إذا تنازل عنه المضرور.

٣- الدية مقررة من قبل الشارع ومقدرة مسبقاً، بينما التعويض لا يكون إلا بحكم قضائي أو اتفاق رضائي بعد حدوث سببه.

٤- لا يختلف مقدارها باختلاف الزمان والمكان والأشخاص من حيث السفر والكبر والفقر والغناء والقوة والضعف والمركز السياسي والاجتماعي وهو ذلك.

ب - من صفات التعويض في الدية:

١- أنها مال خاص خالص للمجني عليه إذا كان باقياً على قيد الحياة والا فلورثته ولو كانت عقوبة محضة لآلت إلى الحزاة العامة كالفرامات المالية في العقوبات.

٢- يجوز للمجني عليه أو ورثته التنازل عنها ولو كانت عقوبة محضة لما جاز هذا التنازل.

٣- ورد النص في القرآن والسنة برفع الالم (المسؤولية الجزائية) عن الخطأ وعدم الاتم يستلزم هدم العقاب فقال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ وقال الرسول ﷺ ((رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))^(١).

٤- لو كانت عقوبة لما وجبت على العاقلة^(٢) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِدُ وَاِذَةً وَنَزَّ أُخْرَى﴾.

(١) سنن ابن ماجه ، ج١ ، ص ٦٥٩ ، رقم ٢٠٤٣ ، و سنن البيهقي الكبرى ، ج ٦ ، ص ٨٤ ، رقم ١١٢٣٦ ، موارد الطمان ، ج ١ ، ص ٢٦٠ ، رقم ١٤٩٧

(٢) العاقلة مأخوذ من عقل وهو المنع لان الدية تمنع المضاعفات لحادثة القتل أو من عقل الابل أي ربطها لان الجهة الدافعة للدية كانت تربط ابلها امام دار ورثة المجني عليه حين دفعها.

وفلسفة القاء هذه المسؤولية على العاقلة هي ما يأتي:

- ١- التعاون والتضامن والتكافل.
- ٢- القاتل خطأ معذب نفسياً حين يشعر بنتائج خطئه ولا يضاف إلى هذا العذاب النفسي عذاب مادي بتحميله مسؤولية دفع الدية.
- ٣- قد يكون القاتل لقيماً لا يتمكن من دفع الدية حيث أن كميته كبيرة فعندئذ يؤدي عدم دفع الدية إلى الانتقام منه من قبل ورثة أو أقارب المقتول وبالتالي العودة إلى الحياة البدائية من قيام العداوات المستمرة بين اقارب القاتل واقارب المقتول.
- ٤- ان العاقلة تتحمل قسطاً من مسؤولية الحدث (القتل الخطأ) على أساس القاعدة الشرعية الواردة على لسان الرسول ﷺ ((كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته))^(١).

الموازنة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية:

- تختلف الفتان في أمر أهمها:
- ١- الحق للمعتدى عليه في جرائم القصاص والدية حق مشترك بين أسرة المجني عليه والمجتمع وحق الأسرة هو الغالب لذا يكون الحق الخاص في العقاب هو الغالب. بينما الحق العام (أو حق الله) في جرائم الحدود هو الغالب إذا كان الحق للمعتدى عليه مشتركاً.
 - ٢- الحدود لا تتأثر بالظروف المشددة والمخففة بخلاف القصاص والدية ففي القصاص لا يجوز التنازل عنه من ولي الدم إذا كان القاتل مجرماً معتاداً وفي الدية إذا كانت بدلاً من القصاص أو كانت في شبه العمد لا تكون على العاقلة وإنما المسؤول عنها هو القاتل وحده لأنه لا يستحق تقديم العون له ما دام القصد الجنائي لديه متوفراً وقت ارتكاب الجريمة.

^(١) صحيح البخاري ، ج ٢ ، ص ٨٤٨ ، رقم ٢٢٧٨ ، صحيح مسلم ، ج ٣ ، ص ١٤٥٩ ، رقم ١٨٢٩

- ٣- لا يوجد التداخل في جرائم القصاص والدية ولو قتل انسان اكثر من واحد خطأ تجب دية كل مقتول على العاقلة بخلاف المهدود كما سبق في بيان خصائصها.
 - ٤- جرائم المهدود كلها قصدية بخلاف جرائم القصاص والدية فهي قد تكون عمدية وقد تكون خطأ لا يتوفر فيها القصد الجنائي.
 - ٥- جرائم القصاص والدية لا تسقط بالتقادم في الشريعة لان الحق المحاصر فيها هو الغالب بخلاف جرائم المهدود.
 - ٦- جرائم المهدود لا تقبل الصلح بخلاف القصاص والدية.
 - ٧- عقوبات المهدود متعددة بخلاف جرائم القصاص والدية.
 - ٨- القصاص والدية لا يسقطان بالتوبة لان الحق المحاصر فيهما هو الغالب بخلاف المهدود ففيها بعض العقوبات تسقط بالتوبة كما في جريمة الكذب بالنسبة للشهادة والفسق.
 - ٩- العقوبة الهدية عقوبة محضة بينما الدية ذات طبيعة مزدوجة ففيها صفات العقوبة وصفات التعريض والضرورة من موانع المسؤولية الجنائية في بعض جرائم المهدود كجريمة الزنا ومن اسباب الاباحة في بعض منها كتصاطي المسكرات تحت ضغط الضرورة كما في حالتي العطش والجوع الشديدين واما في جرائم القصاص والدية فالضرورة ظرف مخفف للعقوبة.
 - ١٠- الاكراه من مسقطات العقوبة الهدية لان جرائم المهدود كلها قصدية والاكراه يؤدي إلى حدوث الشبهة وهي تدرأ المهدود اما في جريمة القتل العمد العمدان تحت ضغط الاكراه فالمسألة خلافية بين فقهاء الشريعة ففيها أربعة آراء:
- للرأي الاول:** يقتصر من كل من المكره والمكروه وهو مذهب المالكية^(١) والحنابلة^(٢) والراجح في المذهب الشافعي^(٣) ويستند هذا الرأي إلى أدلة منها:
- أ - المكره (بكره الرأء) تسبب فيما يفضي إلى الموت فهو بمثابة القاء شخص في بئر فيها حيوان مفترس فيفتسه أو في نهر أو بحر وهو يعلم ان الملقى لا يبيد السباحة و المكره كان محميا بين اختيار المهدد به وقتل من اكراه على قتله فاختر الثاني إيشارا لنفسه.

(١) شرح الحرشي ٩/٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٧/٦٤٥.

(٣) تحفة المهتاج ٨/٣٨٨.

ب - انهما شريكان في ارتكاب الجريمة هذا لتسببه وذلك لمباشرته والشركاء متساوون في تحمل مسؤولية جريمة ساهموا في ارتكابها.

الرأي الثاني: لا يقتصر من أي منهما وإنما تقب الدية على المكره (بكسر الراء) وهو رأي أبي يوسف صاحب أبي حنيفة ودليله ان المكره (بكسر الراء) قاتل حكما لا حقيقة والمكروه قاتل حقيقة لا حكما والقصاص لا يكون الا لمن يكون قاتلا حقيقة وحكما^(١).

الرأي الثالث: القصاص على المكره (بكسر الراء) دون المكروه لان الإكراه عذر مانع كما قال الرسول ﷺ: ((رفع عن أمسي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))،^(٢) وهو رأي أبي حنيفة وصاحبه محمد الشيباني.^(٣)

الرأي الرابع: يقتصر من المكره (بفتح الراء) لانه فاعل حقيقي بمباشرته للجريمة ويعاقب المكره (بكسر الراء) بالمسجن حتى الموت وهو رأي الشيعة الامامية^(٤) وزفر من الحنفية^(٥).

وفي رأينا ان المكره (بكسر الراء) هو المستحق للقصاص. وأما المكره فإذا كان يعتقد بوجوب اطاعة الامر المكره فلا يسأل لا جنائيا ولا مدنيا وأما إذا كان يعلم انه على غير حق في الاكراه فيجب ان يعاقب بعقوبة تعزيرية لانه فضل بقاءه على بقاء غيره.

قابلية جرائم القصاص والدية للتحويل إلى اعمال مباحة

تتحول هذه الجرائم إلى اعمال مباحة وتتجرد من صفتها الجرمية بأسباب كثيرة كما يأتي تفصيل بعض منها في الفصول القادمة ومنها.

١- إذا كان القتل أو الجرح موجبا للقصاص وقد نص القرآن الكريم على اباحتها في حالة كونها قصاصا في آيات منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ

(١) حاشية ابن عابدين ١٣٦/٦.

(٢) ابن حزم/ الهلمى ١٩٣/٥، صحيح.

(٣) بدائع الصنائع للكاتاني ٤٤٨٨/٩.

(٤) الخلاف في الفقه الطوسي ٣٥١/٢ ..

(٥) سورة البقرة/١٧٨. البدائع المرجع السابق ٤٤٨٨/٩.

أخيه شمية فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم^(١) الالتقاط الواردة في هذه الآية ليس لها المفهوم المخالف بل المر يقتص منه إذا قتل عبدا وكذا عكس ذلك والذكر يقتص منه بالقتل إذا قتل انشى وكذا عكسه والدليل على ذلك:

أ- إذا تعارض المفهوم المخالف كما في هذه الآية (على تقدير وجوده مع النص) كما في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ يقدم النص على المفهوم المخالف.

ب- هذه الآية نزلت في حق قبيلتين دخلتا الإسلام بعد تقاطعهما، فادعت القوية انها تريد قتل حر بدل عبد وقتل ذكر بدل انشى في القصاص، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢) يدل على أنه لا يوجد المفهوم المخالف للالتقاط المذكورة في الآية السابقة.

ج- عموم قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ﴾^(٣).

٢- إذا كان القتل أو المرح للدفاع الشرعي الخاص أو العام قال تعالى: ﴿فَمَنَ اعتدى عَلَيْكُمْ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٤).

٣- الارتداد والوقوف ضد الإسلام بالتعاضد مع اعداء الإسلام والمسلمين قال رسول الله ﷺ: (من بدل دينه فاقتلوه)^(٥) وهذا ورد بشأن مرتد تعاضد مع المشركين بعد الارتداد، فقتله لم يكن لمجرد ارتداده.

(١) سورة البقرة الآية: ١٧٨.

(٢) سورة البقرة الآية: ١٧٩.

(٣) سورة المائدة - الآية: ٤٥.

(٤) سورة البقرة الآية: ١٩٤.

(٥) الألباني/ إرواه الغليل ١٢٥/٨ اسناده صحيح على شرط الشيخين.



المبحث الثالث جرائم التعازير

جرائم التعازير هي التي تكون العقوبة التعزيرية من السلطة التشريعية الزمنية من حيث الاستحداث والكم والكيف.

فولي الأمر (رئيس الدولة) يتعاون مع أهل الشورى (البرلمان) يتولى استحداث هذه العقوبة، بحيث تكون مناسبة مع خطورة الجريمة والجاني، وتنقسم من حيث طبيعتها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: جرائم منصوص عليها في القرآن والسنة النبوية دون بيان عقوباتها ومنها ما يلي:

- ١- جريمة التجسس المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾^(١).
- ٢- جريمة شهادة الزور المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْكَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾^(٢).
- ٣- جريمة غش للمكاييل والموازين المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَسَلِّ لِلْمُطَفِّفِينَ، الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ، وَإِذَا كَالُوهُمْ أَلْوَنًا كَالُورِهِمْ لَوْ وَزَّوَهُمْ يُخْسِرُونَ﴾^(٣).
- ٤- جريمة الغصب والنهب المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٤).
- ٥- جريمة الاحتكار المنصوص عليها في قول الرسول ﷺ: ((الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولا يحتكر الا خاطي)).^(٥)

(١) سورة الحجرات - الآية: ١٢.

(٢) سورة الحجج - الآية: ٣٠.

(٣) سورة المطففين - الآيات: ١-٣.

(٤) سورة البقرة - الآية: ١٨٨.

(٥) سبل السلام/٣/٣٢.

٦- جريمة الرشوة، قال الرسول ﷺ ((لعن الله الراشي والمرتشي والرائش))^(١) والرائش الذي يتوسط بين الراشي والمرتشي.

النوع الثاني: جرائم الحدود والقصاص التي لم تكتمل شروطها كجريمة الزنا إذا لم تثبت بأربعة شهود أو بالقرار امام القضاء أربعة مرات ولكن دلت أدلة اخرى على وقوعها فعقوبة الحد تسقط وتقل محلها عقوبة تعزيرية ، وكجريمة السرقة بين الاصول والفروع أو بين الزوجين حيث فيها شبهة الحلال، وجريمة القتل العمد العدوان إذا تنازل صاحب الحق عن القصاص وهكذا كل جريمة حدية حصلت فيها الشبهة تتحول إلى جريمة تعزيرية.

النوع الثالث: الجرائم المستحدثة وهي الجرائم التي لم ينص الشرع على تجريمها ولا على عقوبتها كالجرائم التي هي وليدة تطور الحياة كجرائم مخالقات المورد وجرائم التهريب وغيرها التي لم تكن موجودة في الماضي البعيد حيث يستنتج من النصوص العامة في القرآن الكريم والسنة النبوية ان ولي الامر ملوم من الشارع بان يعتبر كل فعل أو قول يضر بالمصلحة العامة جريمة يحد لها عقوبة تناسب مع حجمها وخطورتها. فالمخالفات المردية تؤدي إلى تعرض الأرواح والاموال للهلاك لذا قام المشرع الوضعي باعتبارها جرائم وحدد لها العقوبات بمقتضى قانون المورد.

وجرائم التهريب من داخل البلد إلى خارجه أو بالعكس تضر بالمصالح الاقتصادية الوطنية لذا يحق للمشرع الوضعي اعتبارها من الجرائم الاقتصادية مع تحديد عقوباتها وهكذا

سلطة ولي الأمر في التجريم والتعزير:

إذا كان من حق ولي الأمر صلاحية استحداث الجريمة والعقوبة فإن هذه الصلاحية ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بقيود وأهمها ما يأتي:

١- ألا يحدث جريمة أو عقوبة تتعارض مع نص صريح في القرآن أو السنة النبوية أو مخالفة لإجماع فقهاء الشريعة.

٢- ان يكون الباعث الدافع حماية المصالح العامة.

(١) سبل السلام ٤/١٦٤.

٣- ان يكون الطابع العام للتجريم والتعزير هو العدالة والمساواة دون خدمة فئة على حساب فئة أخرى.

٤- وجود التناسب بين حجم الجريمة وحجم العقوبة.

٥- ان لا ينفرد ولي الأمر بهذا التشريع بل عليه ان يستشير بأهل الاختصاص وان يستعين بأهل الشورى وأهل الحل والعقد.

٦- الإنذار قبل المخالفة والعقاب وإعلام الكافة بكل ما يشرع من الجريمة والعقوبة عن طريق الوسائل الإعلامية الرسمية لأن الشريعة الإسلامية أقرت قبل القوانين مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على النص).

وجدير بالذكر ان القاضي لا يملك سلطة استحداث الجريمة أو العقوبة لأن هذه السلطة حصرها الشرع الإسلامي في ولي الأمر بتعاون مع أهل الشورى.

نماذج من التطبيقات الفقهية في التعازير:

في الفقه المالكي: (إن الإمام يعزى لمعصية الله كالأكل في رمضان (أي نهار رمضان) لغير عذر أو غنق آدمي كشمتم آخر أو إيذائه بوجه والتعازير فيها يرجع إلى الإمام)^(١).
في الفقه الحنفي: (للإمام قتل السارق سياسة لسعيه في الارض بالفساد وهذا ان عاد (أي تكررت السرقة منه))^(٢).

في الفقه الشافعي: (من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر حسب ما يراه السلطان)^(٣).

في الفقه الجعفري: (إذا لاط الرجل فارقب (أي تم الدخول) وجب عليه القتل والإمام يحرم بين ان يقتله أو يرمي عليه حائطا أو يرمي به من موقع عال)^(٤).
والمراء بالإمام في هذه النصوص الفقهية رئيس الدولة.

في الفقه الحنبلي: (التعزير هو التأديب هو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة واقفه غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال

(١) شرح الحرشي ١١٠/٨.

(٢) رد المحتار ٣١٩/٦.

(٣) المهذب ٣٦/٢.

(٤) كتاب الخلاف للطوسي ٤٤٤/٢.



الموازنة بين الحدود والتعازير:

- ١- الحدود عقوباتها مقدرة بالنصوص الشرعية من الكتاب والسنة النبوية بخلاف التعازير فان امر استحداثها وتقدير عقوباتها متروك للسلطة التشريعية الزمنية.
- ٢- التعزير على وفق الاصل يختلف باختلاف حجم وطبيعة الجريمة اما الحد فهو عقوبة محددة لا تزيد ولا تنقص فعقوبة سرقة دينار واحد نفس عقوبة سرقة مليون دينار مثلاً وهي قطع اليد.
- ٣- لرئيس الدولة اسقاط عقوبة التعزير واصدار عفو عام أو عفو خاص بالنسبة لجناة جرائم التعازير إذا رأى في ذلك مصلحة عامة ولم يس عفوهم حقوق المجني عليه الخاصة بخلاف الحد فانه حق الله لا يملك احد اسقاطه.
- ٤- التعازير تتأثر بالظروف المشددة والمخففة بخلاف عقوبات الحدود.
- ٥- الحدود لا تقتلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص بخلاف العقوبات التعزيرية فانها تقتلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص فمثلاً يجوز ان يكون شي. واحد عقوبة في بلد وتكرهما في بلد اخر بل في التيمين أو زمنين في بلد واحد.
- ٦- يجب توأمة نصاب الشهادة في جرائم الحدود بخلاف التعازير فمثلاً شهود الزنا يجب ان لا يقل عددهم عن أربعة وشهود بقية جرائم الحدود لا يقل عددهم عن رجلين عادلين بينما في التعازير قد تثبت الجريمة بشاهد واحد ومين المدعي أو بالقرائن.
- ٧- القاضي يملك استبدال عقوبة اخرى بالعقوبة المقررة في جرائم التعازير بخلاف عقوبات الحدود فلا سلطة للقاضي في تبديلها ولا تخفيفها ولا تشديدها.
- ٨- جرائم الحدود مؤقتة دائماً حيث لا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لهذا الوقوع كجريمة السرقة فهي تتم بمجرد اخذ المال خفية من حوز مثله بخلاف جرائم التعازير فهي مؤقتة ومستمرة كحبس شخص بدون مجر وكالاتناع عن اداء شهادة واجبة عليه. وكالاتفاظ بالاموال المسروقة لدى السارق أو غصبه والاموال المغموسة لدى الغاصب أو غصبه.

- ٩- تنفيذ عقوبات المردة لا يكون الا بعد تصديق ولي الامر (رئيس الدولة) على حكم القاضي لمخاطرتها بخلاف عقوبات جرائم التعازير ما لم تكن العقوبة قتلا لان كل قتل بحق يحتاج إلى تصديق رئيس الدولة لحكم القاضي به.
- ١٠- الاهلية فيشترط في عقوبات المردة ان يكون الجاني مكلفا أي بالغاً عاقلاً حراً في ارادته بخلاف جرائم التعازير. فقد يعاقب ناقص الاهلية بعقوبات تعزيرية تاديبية فتأديب الاباء لاولادهم يكون عقوبة تعزيرية.



الفصل الثالث

الدفاع الشرعي الخاص

ينقسم الدفاع الشرعي إلى الخاص والعام:

- ١- الدفاع الشرعي الخاص هو ان يكون الحق المعتدى عليه حقا خاصا كالاعتداء على نفس الشخص أو عرضه أو ماله سواء كان ذلك بالنسبة للمدافع أو غيره فعلى الانسان ان يدافع عن نفسه الغير وماله وعرضه كما يدافع عن نفسه وعرضه وماله.
- ٢- الدفاع الشرعي العام هو ان تكون المصلحة المعتدى عليها عامة وهذا الدفاع الشرعي بالنسبة لدفع المخطر الداخلي يسمى الحسية والامر بالمعروف والنهي عن المنكر. كما قال القرآن: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾^(١) وإما بالنسبة لدفع المخطر الخارجي فيسمى جهادا في سبيل الله أي في سبيل المصلحة العامة. ومن الايات القرآنية الآمرة بالجهاد (الدفاع الشرعي العام) قوله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٢) أي في سبيل المصلحة العامة الضرورية وهي مصلحة حماية الدين، وحماية الحياة، وحماية العرض، وحماية المال، وحماية الأرض.



(١) سورة آل عمران/١٠٤.

(٢) سورة التوبة/٤١.

ويعتضى الايات القرآنية الامرة بالدفاع الشرعي العام يجب على كافة المسلمين بوجه عام والدول العربية بوجه عام والعراقيين بوجه خاص الوقوف بالدعم المادي والمعنوي ضد خطر الارهاب على الشعب العراقي في الوقت الحاضر، وقد اقر القرآن الكريم في آيات متعددة حق حرية الدفاع الشرعي بقسميه العام والخاص بل اعتبر هذا الدفاع واجبا والتزام على من يتمكن من القيام به فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ عَثَرَ عَلَىٰ عَدُوِّكُمْ فَانصَرُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَظَّمْتُمْ عَلَيْهِ وَعَدَّوْا اللَّهُ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّادِقِينَ﴾^(١)

وقد استعمل القرآن الكريم الدفاع الشرعي ومشتقاته في آيات كثيرة منها: قوله تعالى: ﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ الْمِثْلَةَ لِمَنْ أَهْلَمَ بِمَا يَصِفُونَ﴾^(٢) أي ادفع بالحصلة المحسنة من الصنع والأعراض عنهم الميئة أي اذاهم ايالك، وقوله تعالى: ﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فِإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُدْفِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّ اللَّهَ لَأُجِبُّ كُلَّ حَوَانٍ كَافِرٍ﴾^(٤)، قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾^(٥) أي لولا ان الله يدفع الناس وهم اهل الشر وللعاصي ببعض الناس وهم من اهل الخير والطاعة والإيمان لفسدت الأرض، و(لولا) حرف امتناع لوجود فالعنى امتنع فساد الارض لوجود دفع الناس بعضهم ببعض.

وقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهْلَأَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَالْجِبَالُ سَوَاءً لَوْ لَمْ يَرْحَمِ اللَّهُ النَّاسَ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾^(٦)، الفرق بين الدفع والرفع ان الدفع رد الشيء قبل وقوعه والرفع هو ازالة الشيء بعد وقوعه.

(١) سورة البقرة/١٩٤.

(٢) سورة المؤمنون - الآية: ٩٦.

(٣) سورة فصلت - الآية: ٣٤.

(٤) سورة الحج - الآية: ٣٨.

(٥) سورة البقرة - الآية: ٢٥١.

(٦) جمع صومعة وهي المثل المرتفع البناء في الاماكن الحالية ومكان العبادة للربان وقيل للصابئين.

(٧) كنانس للنصارى.

(٨) كنانس لليهود سميت بذلك لانه يصلى فيها.

(٩) للمسلمين.

(١٠) سورة الحج - الآية: ٤٠.

ولفظ (الشرعي) من قبيل نسبة الشيء إلى مصدر حكمه لأن شرع الله هو الذي اعطى حكم الوجوب أو الإباحة لاستعمال القوة المناسبة بغية عدم وقوع الشر المتوقع.

والدفاع الشرعي باعتباره التوكيدي هو الوقوف ضد خطر حال مشروع بوسيلة مناسبة في حالة عدم وجود من يستغث به للمعرض للخطر من سلطة عامة أو غيرها لان الدفاع في هذه الحالة غريزة طبيعية لكل كائن حي سواء كان انسانا أو حيوانا.

وقد ظل حق الدفاع حقا خاصا يمارسه الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من أبناء عشيرته أو قبيلته إلى نشوء الدولة ثم احتكرت الدولة حق الدفاع عن المحاضرين لسلطانها لنفسها باعتباره مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فأصبح الدفاع عن كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة ولكن للفرد ممارسة هذا الحق استثناء من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم امكان اللجوء إليها وقت التعرض للخطر.

وللدفاع الشرعي الخاص عناصر (أركان وشروط) يجب توافرها حتى يعتد به بصفته سببا من أسباب الإباحة، كما له مصادر لمشروعيته وذو طبيعة خاصة في حكمه وتطوره واسمه وإثاره لذا توزع دراسته على ثلاثة مباحث ينصص الأولى لعناصره، والثاني لمصادره وتكليفه وتطوره والثالث لأسسه وآثاره.



المبحث الأول عناصر الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي عبارة عن الوقوف بوسيلة مناسبة ضد خطر حال يهدد حقا من الحقوق التي يحميها الشرع (أو القانون).

ويعد سببا من اسباب اباحة الاعمال الجرمية إذا توافرت عناصره وعناصر كل شيء. هي ما يتوقف عليها هذا الشيء. فإذا كانت من اجزائه تسمى اركانها والا فتسمى شروطا. وشروط الشيء. موجود قبل وجوده ، وركنه موجود حين وجوده.

اركان الدفاع الشرعي:

يؤخذ من تعريف الدفاع الشرعي ان اركانه الرتيمة ثلاثة وهي:
 الخطر، وحق يتعرض للخطر، ورد مناسب للخطر. ولكل ركن من هذه الاركان شروط شرعية وقانونية يجب توافرها حتى يعد من اسباب الاباحة.

شروط الركن الأول (الخطر):

يشترط فيه شروط أهمها ما يأتي:

الشرط الأول: ان يكون مصدر الخطر عملا غير مشروع في حد ذاته والعبرة في عدم مشروعيته بوصف الفعل لا بمسؤولية الفاعل أي ان الخطر غير المشروع يجبر الدفاع بغض النظر عن أهلية مصدر الخطر وصفه ونوعه وجنسه وأهليته الجنائية، وقد اجمع فقهاء الشريعة والقانون على جواز الدفاع ضد الخطر غير المشروع سواء أكان مصدره انسانا ام حيوانا وسواء كان الانسان ذكرا أو انثى صغيرا أو كبيها مسلما أو غير مسلم قريبا أو بعيدا بالغا عاقلا أو عديم الاهلية (كالصغير غير المميز والمجنون ومن في حكمهما).

غير ان فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا في مساءلة المدافع مدنيا في حالة عدم أهلية مصدر الخطر.

فقال جمهورهم: المدافع لا يسأل لا جنائيا ولا مدنيا فلا يعاقب ولا يطالب بالتعويض والدية لان العبرة بوجود خطر غير مشروع يهدد حقا مشروعاً محمياً (معضوما).

وقال أبو حنيفة (رحمه الله) وأصحابه: بالضمان المدني إذا كان مصدر الخطر مجنوناً أو صبيّاً غير مميز أو من في حكمهما أو حيواناً إذا كان دفع الخطر يقتل مصدره لان فعل من لا يكون أهلاً للمسؤولية الجنائية لا يوصف بأنه جريمة لعدم توافر الإرادة المعتبرة في تحقق الجريمة وبناء على ذلك تجب الدية على المدافع إذا قتل المعتدي المجنون أو الصبي غير المميز وتجب قيمة الحيوان المعتدي لصاحبه إذا قتله دفاعاً عن النفس.

وفرق أبو يوسف (رحمه الله) بين الحيوان والانسان عديم الاهلية، فقال بضمان قيمة الحيوان إذا قتله المدافع دون ضمان عديم الاهلية.^(١)

والذي ارجعه هو رأي جمهور فقهاء الشريعة لان الاعتداء في حد ذاته جريمة بغض النظر عن مصدره ولا يفقد الصفة الجرمية بعدم أهلية المعتدي.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالاً: ويصير حالاً في إحدى الحالتين التاليتين:

احدهما: ان يوشك ان يقع ولم يقع بعد ولكن يكون وقوعه متوقفاً في الظن الغالب للمدافع بأن كان هناك دلائل معقولة وقرائن موضوعية تدل على ان المعتدي سينفذ عدوانه وغلب على ظنه انه إذا لم يتدارك هذا الخطر وقع عليه.

الحالة الثانية: هي ان يقع بالفعل وظل مستمراً ولم ينته بعد وفي هذه الحالة يكون للدفاع دور وقائي لايقاف استمرار الخطر كأن يرميه المعتدي (الصائل) بطلقة نارية ولم تصبه فيحاول رميه بطلقة ثانية أو يدخل السارق وهو ينوي الاعتداء على حياته أو ماله أو عرضه ففي هذه الحالة لصاحب الدار أو من هو حاضر فيها ان يلجأ إلى دفع الخطر بوسيلة يتوقف عليها الدفع.^(٢)

الشرط الثالث: ان تكون ارادة للمعتدي (الصائل) جدية للعدوان مع اسكان وقوع الخطر على الظن الغالب للمدافع ببناء على اسباب معقولة وليس له الدفاع إذا وجد المقابل هازلاً مازحاً أو كان جدياً ولكن لا يمكن وقوعه لوجود ما يحول دونه بان يقصده من وراء حائل أو نهر، أو حصن، أو نحو ذلك.

(١) ينظر: تكملة البحر الرائق: ٣٤٨/٨. ورد المختار لابن عابدين (محمد امين) ٤٨٢/٥.

(٢) ينظر في المراجع الفقهية: القرافي/ المرجع السابق: ١٨٤/١، ٢٣٧/٤، الأنوار للعلامة يوسف الأردبيلي الشافعي: ٣٤٣/٢.

الشرط الرابع: ان يكون المخطر حقيقياً: بان كان قائماً في الواقع ونفس الأمر في ذهن المدافع على الأقل بان يغلب ظنه على انه امام خطر جدي وشيك الوقوع سواء كان ظنه مطابقاً للواقع أولاً على ان يكون هناك اسباب معقولة تعزز هذا الظن الغالب البين خطره وهو يرفع المسؤولية الجزائية دون المدنية استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾^(١) وقال الرسول ﷺ: ((رفع من امتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه))^(٢) أي رفعت المؤاخظة والمساءلة الجزائية في حالات ارتكاب الجرائم تحت تأثير الخطأ أو النسيان أو الإكراه.

مقياس المخطر الحقيقي:

من الواضح ان المقياس في الأصل شخصي (ذاتي) إضافة إلى المعايير المادية (الموضوعية) كالقرائن ووجه كونه شخصياً هو ان للدافع يغلب على ظنه ان هناك خطراً يمس مصلحة مشروعة يحميها الشرع (أو القانون) فلا يكفي الوهم الذاتي هو الطرف المرجوح للظن الذي هو الطرف الراجح ومن باب أولى انه لا يكفي الشك الذي هو التردد بين الوجود والعدم على حد سواء. دون ترجيح كفة احدهما على الآخر.

لذلك لا يشترط اليقين الذي هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع لانه قصة الادراك فاشترطه قد يضحى بحق الدفاع الشرعي لكن يجب على القاضي ان يأخذ بنظر الاعتبار سن المدافع وصفه ودرجة ادراكه وقوة اعصابه كما عليه ان لا يهمل اعتبار الظروف الموضوعية للواقع ليلاً أو نهاراً داخل المدينة أو خارجها.

الشرط الخامس: عدم مشروعية المخطر: يشترط في المخطر الذي يبرر الدفاع ان لا يكون هذا المخطر مشروعاً وبناءً على ذلك لا يحق لمن صدر عليه الحكم بعقوبة ان يقف ضد تنفيذها بحجة تعرضه لمخطر الاعدام أو سلب حريته أو نحو ذلك لان تنفيذ الحكم مشروع يجب الخضوع له.

وكذلك ليس للجندي الذي يؤمر بان يتقدم للخط الامامي في المعركة للوقوف ضد اعتداء المعتدي الامتناع وعصيان الامر، لأن هذا التقدم واجب عليه فلا يحق له ان

(١) اذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ اَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي السَّبِيلِ وَمَسْأَلُكُمْ وَلَيْسَ

عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً (الاحزاب: ٥)

(٢) سنن ابن ماجه، ج١، ص٦٥٩، رقم ٢٠٤٣، وسنن البيهقي الكبرى، ج٦، ص٨٤، رقم

١١٢٣٦، موارد الطمان، ج١، ص٢٦٠، رقم ١٤٩٧

يجتج بأنه يتعرض لخطر القتل أو الأسر أو نحو ذلك. وليس للشرطي المأمور باقتحام مكان اختفى فيه الهارب من العدالة أن يمتنع عن هذا الاقتحام بحجة تعرضه للخطر. لان هذا العمل واجب عليه بحكم وظيفته.

الشرط السادس: أن لا يزول الخطر^(١) قبل البدء بالدفاع.

ويعتبر الخطر زائلا في احدى الحالات الآتية:

أ - مقاومته من المدافع بفعل مشروع إذا قام بعمل مشروع أدى إلى شلل الاعتداء. فليس له أن يستمر بل عليه أن يكتفي بهذا القدر لان الخطر قد زال.

ب - تراجع المعتدى بعد تصميمه على ارتكاب العدوان وذلك بدافع ارادي كما في جريمة الشروع إذا كَفَّ نفسه عن العمل بآرادته واختياره.

ت - هرب المعتدي قبل تنفيذ جرمته فلا يبرز للمدافع أن يتبعه بدافع الدفاع ولا بأس إذا كان لغرض القاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة.

ث - عجز المعتدي عن تنفيذ اعتدائه لاسباب خارجة عن ارادته.

ج - تمكن المعتدى عليه من الهروب لاجل الخلاص من شر المعتدي بدلا من اللجوء إلى استخدام وسيلة الدفاع.

وجدير بالذكر ان المدافع في حالة الدفاع الشرعي لا يكلف لا شرعا ولا قانونا بالهروب لانه مشين يدل على الجبن لكن إذا كان المعتدي ذا صلة قريبة به كان يكون أبا أو أما أو أخا أو أختا أو أحد الزوجين يفضل الهروب على الدفاع لانه في هذه الحالة عمل محبذ لاستبعاد المضاعفات السلبية والندم في وقت لا يفيد الندم.

الشرط السابع: ان لا يكون الاعتداء ناشئا عن تقصير المعتدى عليه: كاستفزازه للمعتدي

أو بدنه للعدوان لو أي سبب آخر يصدر من المعتدى عليه ويدفع المعتدي إلى اعتدائه.

وبناء على ذلك لا تعتبر مقاومة الزوجة الزانية وشريكها ضد الزوج الناري قتلهما

أو قتل أحدهما^(٢) دفاعا شرعيا.

الشرط الثامن: ان يكون الاعتداء جريمة: وهذا الشرط مختلف فيه ومن الواضح ان اعتداء

(١) لا يبرز الدفاع إذا كان خطر الاعتداء قد انقضى فاذا نفذ الجريمة وانهمز لا يبرز متابعتها الا لالقاء القبض عليه وتسليمه إلى السلطة العامة وكذا السارق مثلا إذا لقي المسروقات وعسد إلى الفرار فلا محل للدفاع خوفا من وقوعه فلا مبرر للاباحة. ينظر القلي المرجع السابق ص ٣٢٠.

(٢) المرجع السابق ص ٣١٩.



الحيوان على الانسان لا يوصف بأنه جريمة بخلاف اعتداء المجنون ومن في حكمه. والمنطق القانوني يقتضي عدم الأخذ بهذا الشرط لان المحكمة من الدفاع الشرعي دفع خطر يهدد مصلحة أو (حقا) يحمي القانون وهذا المحكمة متوفرة في حالة كون المعتدي حيوانا.

شروط الركن الثاني: (الحق مهمل الاعتداء)

ويشترط فيه ان يكون من الحقوق المحمية شرعا وقانونا كالدين والحياة والعرض والمال وهو ذلك مما يقره القانون ويحميه.

وبناء على ذلك ليس للصيدلاني مقاومة اتلاف ادويته إذا كانت فاسدة أو أصبحت غير صالحة للاستعمال وليس للتاجر الدفاع عن اتلاف أو مصادرة المواد الغذائية غير الصالحة. ولا للمحتكر ان يدافع عن امواله المحتكرة إذا عرضتها السلطة العامة للبيع بسعر السوق وليس للمهرب ان يدافع عن الاموال المهربة بطريقة غير مشروعة إذا ارادت السلطة العامة مصادرتها وغير ذلك من الحقوق التي لا يقرها الشرع أو القانون وبالتالي لا يحميها.

شروط الركن الثالث: (دفع الاعتداء):

لا يشترط في هذا الركن ان يكون المدافع صاحب المصلحة المحمية في الشرع أو القانون والمعرضة لمخطر الاعتداء بل الدفاع مباح وقد يكون واجبا عن مصلحته ومصلحة غيره رغم عدم وجود أية علاقة مع هذا الغير بقرابة أو زواج أو صداقة أو نحو ذلك فعلى كل انسان متمكن ان يدافع عن حق الغير إذا تعرض للمخطر.

ولا يعتد برضا المعتدى عليه بالاعتداء إذا كان هذا الرضا مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فإذا مكنت امرأة متزوجة أو غير متزوجة نفسها لشخص يعاشرها جنسيا فعلى كل من يعلم ذلك ان يقوم بعمل الدفاع ضد وقوع تلك الفاحشة لانها اعتداء على قيم واخلاق المجتمع.

وكذلك لا يعتد برضا المريض إذا اعطى الاذن للطبيب بأن ينهي حياته تخلصا من مرضه وآلامه الذي لا يرجى شفاؤه لان هذا الاذن بمثابة الانتحار وهو محرم باتفاق الشرائع والقوانين ومن اهم شروط دفع الاعتداء ما يأتي:

١- ان يكون استعمال القوة لدفع الاعتداء ضروريا ولازما رجدير بالذكر انه لا يوجد معيار

موضوعي للتمييز بين ما هو لازم وغير لازم بل هذا الموضوع متروك للمسلطة التديرية لمحكمة الموضوع إذا حصل فيه الخلاف وبالتالي لا يوضع لرقابة سلطة قضائية عليا. ومعيار القوة اللازمة شخصي لذا تختلف باختلاف حجم الاعتداء. وشخص المعتدى والمعتدى عليه من كونه ذكرا أو انثى صغيرا أو كبيرا إضافة إلى ذلك فان حجم هذه القوة يتأثر بتأثير ظروف الاعتداء. فظروف الليل يختلف عن النهار وظرف العمران يختلف عن خارجه وهكذا...المهم ان يكون تقدير المدافع مبنيا على أسباب معقولة مقبولة. ٢- ان تكون القوة المستعملة في الدفاع هي الوسيلة الوحيدة لبلوغ غاية دفع الخطر وبناء على ذلك ليس لحق الدفاع الشرعي وجود متى كان من الممكن الركون في الوقت المناسب إلى الاحتماء. برجال السلطة العامة بأن يكون لدى المدافع وقت كاف للاستعانة بها.

وكما ذكرنا في بعض الحالات من المفضل اللجوء إلى الهرب بدلا من استخدام القوة ويوجه خاص إذا كان المهاجم حيوانا أو انسانا عديم التمييز كالمجنون أو أحد الأقارب أو أحد الزوجين.

٣- ان تكون الوسيلة المستعملة في الدفاع الشرعي مناسبة لمخورة الاعتداء. وفي الفقه الشافعي لا يشترط تماثل الوسيلة إذا توقف الدفع على وسيلة دفاعية وحيدة متاحة تكون اخطر من وسيلة الاعتداء فقالوا: لو كان الصائل يندفع بالسوط أو العصا والموصول عليه لا يبدد السيف فالصحيح ان له الضرب به لانه لا يمكنه الدفع الا به^(١). وفي فقه الامامية: للإنسان ان يدفع عن نفسه وحرمة وماله ما استطاع ويجب اعتماد الأسهل، والتجاوز يتحقق إذا استعمل القدر الجسيم من القوة مع كفاية القدر اليسير لمقاومة الاعتداء. ولكن لا يلزم المدافع بهذا القدر اليسير الا إذا استطاع به مقاومة الاعتداء^(٢) وهذا الكلام في معناه لا يختلف مع الشافعية. وفي الفقه الزيدي: يجب في الموافقة تقديم الأخف فالأخف فأن عدل إلى الأشد وهو يندفع بالأخف ضمن^(٣).

وقد نص القرآن الكريم على المماثلة بين خطر الاعتداء وخطر دفع هذا الاعتداء فقال

(١) مفني المحتاج للخطيب الشرييني: ١٩٦/٤.

(٢) شرائع الإسلام للحلي: ١٨٩/٤.

(٣) البحر الزخار للامام احمد بن يحيى: ٢٦٩/٥.

سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ عَتَىٰ عَلَيْنَا مِمَّا آخَظْنَا بِكُمْ فَأَتَيْنَا فِيهِمُ الْمِثْلَ بِمَا آخَظُوا عَلَيْنَا مَا آخَظْنَا بِكُمْ﴾، وأكد التقييد بهذه المثلية بقوله: ﴿وَأَتُوا اللَّهَ﴾ أي عليكم خوف عقاب الله في حالة التجاوز عن الحدود المطلوبة لدفع الخطر لم جاء بتأكيد ثان في نفس الآية بقوله: ﴿أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ أي الذين يخافون من الله ولا يتجاوزون حدوده ونصت م ٤٥ من قانون العقوبات العراقي القائم على انه لا يبيح حق الدفاع الشرعي احداث ضرر اشد مما يستلزمه هذا الدفاع.

تجاوز حدود الدفاع الشرعي:

كما ذكرنا انفا ان التناسب بين الاعتداء والدفاع شرط اساس لمشروعية الدفاع الشرعي ويكون الرد غير مناسب إذا زاد عن القدر اللازم لدفع الاعتداء.^(١)

التجاوز في حدود الدفاع الشرعي يفترض توفر كل شروط الدفاع ما عدا شرط فقدان التناسب إثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث المسؤولية الجزائية ولتحديد مسؤولية التجاوز يجب التمييز بين الحالات الثلاث الآتية:

- ١- تجاوز حدود الدفاع الشرعي عمدا بأن يقصد استعمال قوة تزيد على الحد اللازم لدرء خطر الاعتداء، مع استطاعة دفعه بأقل كأن يكون بإمكانه الدفع بغض القتل الذي ارتكبه المدافع ومن الواضح ان الجريمة في هذه الحالة تكون عمدية.
- ٢- التجاوز اهمالا: ويعتبر اهمالا إذا لم يستطع المدافع تحديد جسامة الخطر الذي يهدده اهمالا منه فاستعمل قوة تزيد على ما يقتضي دفعه كما لو كان الاعتداء والحصا بعضا أو الة اخرى غير جارة جراحا بالغة ورغم ذلك لم يحدد جسامة خطر الاعتداء فاستعمل الوسيلة المميته، ويعتبر المدافع في هذه الحالة مرتكبا جريمة غير عمدية.
- ٣- تجاوز حدود الدفاع الشرعي خطأ كأن اعتقد انه في حالة الدفاع الشرعي وهو خاطيء في هذا الاعتقاد، وكما لو ظن ان هنالك خطرا يهدده بالقتل فسارع إلى قتل مصدر هذا الخطر المظنون فلنا خاطئا غير مبني على اسباب معقولة..

(١) من القرارات التمييزية لهكمة التمييز القرار رقم ٣١١ جنبايات ٩٧١ في ١٩٧١/٣/١ (ان قرار تهميم المتهم وفق م ٤٠٥ من قانون العقوبات موافق للقانون لذا قرر تصديقه. وما ان الواضح من جريان التحقيقات والمحاكمة ان الحادث واقع عن تجاوز الدفاع لنا كان على المحكمة الكبرى ان تراعي هذه الجهة وتصدر قرارها بالعقوبة بدلالة م ٤٥ من نفس القانون نقلا عن المحامي محسن ناجي الاحكام العامة ص ٢٦١ .

وجدير بالذكر ان الظن الماطى . يعتد به إذا كان مبنياً على اسباب معقولة .
اثر تجاوز حدود الدفاع الشرعي من حيث العقوبة:

للدفاع يسأل مسؤولية جزائية عن جريمة عمدية في الحالة الاولى وعن جريمة غير عمدية في الحالات الثانية والثالثة المذكورتين غير ان القانون في الحالات الثلاث اعطى للقاضي للموضوع سلطة تقديرية فجاز له الحكم بالعقوبة المقررة إذا كان التجاوز كبيراً كما اجاز له تخفيف العقوبة بأن يعاقب بعقوبة جنحة إذا كان الفصل جنائياً، ويعقوب مخالفة إذا كان جنحة^(١) وعذر التخفيف عن قانوني اقرته (٤٥م) وخولت المحكمة ان تستبدل عقوبة اخف بالعقوبة المقررة.

والتخفيف ليس امراً ملزماً للمحكمة^(٢) كما انه ظرف قضائي وفق ١٣٤م عقوبات، لان التجاوز في ظرف حالة الدفاع، و ظرف الدفاع، ذو طبيعة ازواجية فهو عن قانوني تخفف، كما نصت عليه (٤٥م)، و ظرف قضائي تخفف لان تخفيف العقوبة بالحدود التي حددها نص(٤٥م) أمر جوازي للمحكمة ان تحكم به أو لا تحكم به، مراعية في ذلك ظروف كل حالة مفردة.

الرقابة القضائية على توافر حالة الدفاع الشرعي وتجاوز حدوده:

لا تملك محكمة التمييز الرقابة على استخلاص الوقائع والظروف التي يستنتج منها وجود حالة الدفاع الشرعي لانه امر يتعلق بالوقائع ويدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية، ولا على ما يستنتجه قاضي الموضوع من الظروف والوقائع فيما يصده تجاوز الحدود الدفاع الشرعي فعلى محكمة الموضوع ان تبين في حكمها الظروف والوقائع التي استنتج منها وجود الدفاع الشرعي وتجاوز المدافع عن حدوده ليتسنى لمحكمة التمييز ان تراقب إذا كانت تلك الاركان والشروط متوافرة اولاً^(٣).

(١) الجنابة جريمة معاقب عليها باحدى العقوبات الثلاث التالية:الاعدام، والسجن المؤبد، والسجن اكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنه(٢٥م) الجنحة:جريمة معاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس الشديد والبسيط اكثر من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات (٢٦م). المخالفة جريمة معاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس البسيط (٢٤) ساعة إلى ثلاثة اشهر بالفراصة لا يزيد مقدارها عن ثلاثين ديناراً(٢٧م).

(٢) كما هو الشأن في الظروف القضائية المخففة المنصوص عليها في (١٣٢م) عقوبات.

(٣) الاستاذ محسن ناجي المرجع السابق، ص٢٦٤.



المبحث الثاني مصادر الدفاع الشرعي، تكييفه، تطوره

أولاً. مصادر الدفاع الشرعي:

في الشريعة الإسلامية مصادر مشروعية الدفاع الشرعي: القرآن، والسنة النبوية، والإجماع، والعقل السليم:

أولاً: القرآن الكريم

وردت فيه آيات كثيرة تدل دلالة واضحة صريحة على مشروعية الدفاع الشرعي وبالتالي على كونه من أسباب الإباحة ومن تلك الآيات قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾^(١) قوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا﴾ أمر وكل أمر للوجوب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك والمراد بالاعتداء هنا الدفاع الشرعي سمي به رعاية للجناس من الناحية البلاغية لأن عمل الصائل يسمى اعتداء ورده سمي به أيضاً للرعاية المذكورة نظير قوله تعالى: ﴿جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿وَأَتَّقُوا اللَّهَ﴾ أمر بالتقيد بالمثلية وعدم تجاوز حدود الدفاع الشرعي أي خافوا من الله ومن عقابه على كل تجاوز عن القدر اللازم لرد الاعتداء وأكد مرة أخرى ذلك بقوله: ﴿أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ أي مع الذين يتقون ويضافون من رهبم ويلتزمون بالقدر الضروري اللازم لدفع الاعتداء..

ثانياً: السنة النبوية:

أكد الرسول ﷺ ما جاء في القرآن الكريم فيما يتعلق برد العدوان والتقييد بمحدوده في احاديث كثيرة منها قوله: ((من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد،

^(١) سورة البقرة/١٩٤.

^(٢) سورة الشورى - الآية: ٤٠.

ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون اهله فهو شهيد^(١) .
 وقوله: (من قتل دون مظلمة فهو شهيد)^(٢) ، وقوله (من شهر سيفه ثم وضعه فدمه
 هدر)^(٣) أي وضعه في موضع يريد به القتل وضرب الناس بغير حق.
 وقوله: (انصر أخاك ظالما أو مظلوما قالوا: يا رسول الله هذا ننصره مظلوما فكيف
 ننصره ظالما؟ قال تأخذ فرق يده)^(٤) أي تمنعه من الظلم وقد جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال:
 (يا رسول الله أرأيت^(٥) ان جاء رجل يريد اخذ مالي، قال: فلا تعطه مالك، قال: أرأيت ان
 قاتلني؟ قال: قتله، قال: أرأيت ان قتلتني؟ قال: فأنت شهيد قال أرأيت ان قتلته؟ قال هو
 في النار)^(٦)

الثالث: الإجماع:

أجمع فقهاء الشريعة على مشروعية الدفاع الشرعي استنادا إلى القران الكريم والسنة
 النبوية والإجماع في هذه الحالة ليس مصدرا وإنما هو تأكيد لما في القران والسنة النبوية فلا
 ينطبق عليه تعريف علماء اصول الفقه للإجماع^(٧) .

رابعاً: العقل السليم:

فالعقل السليم يقضي بصحة كل ما ورد في القران والسنة النبوية ثم أن من مقتضى
 العقل السليم ان لا يتراكم المعتدى عليه تحت رحمة المعتدي بدون دفاع إلى ان يستعين بالسلطة
 العامة أو يتحمل اذى الاعتداء.. وبناء على ذلك اعتبار الدفاع الشرعي حقا أو واجبا وسببا
 من اسباب الإباحة عمل مقبول ومعقول بمقتضى العقل السليم. مصادره في القانون تنحصر
 في قوانين العقوبات والتشريعات الجزائية .

(١) رواه الترمذي عن سعيد بن زيد وقال حديث حسن صحيح، ينظر جامع الترمذي: ٦٨١/٤ رقم

الحديث (١٤٤٠) ، وينظر سنن أبي داود بشرح عون المعبود: ١٢١/٣ .

(٢) سنن النسائي: ١١٧/٧ رقم الحديث (٤٠٩١) .

(٣) مسلم بشرح النووي: ١٦٣/٣ .

(٤) رواه البخاري بشرح فتح الباري: ١٨٥/١٢ ورواه مسلم بشرح النووي: ١٥٩/١١ - ١٦٠ رقم الحديث
 (٤٠٩٧) .

(٥) أي اخبرني عن حكمه.

(٦) سنن النسائي بشرح السيوطي: ١١٧/٧ .

(٧) حيث عرفوه بأنه اتفاق مجتهدي امة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور بعد وفاته على
 حكم شرعي اجتهادي. ومن الواضح ان حكم الدفاع الشرعي ليس اجتهاديا لانه منصوص عليه
 ولا اجتهاد في مورد النص.

ثانياً. تكييف الدفاح الشرعي:

تكييف كل مصطلح هو تحديد صفته الشرعية أو القانونية من حيث الطبيعة والمراد بالتكييف هنا حكمه الشرعي أو القانوني بالنسبة للمدافع. وقد اختلف فيه الفقهاء^(١):

أ - فمنهم من قال انه واجب مطلقاً.

ب - ومنهم من يرى انه حق مطلقاً.

ت - ومنهم من ذهب إلى التفصيل فقال: الدفاح عن العرض واجب وعن غيره حق فمن حاول الاعتداء على العرض فعلى كل متمكن دفع أجهاز هذه المحاولة سواء كان المعرض لمخطر الاعتداء عرضه أو عرض غيره.

ث - وأكثر الفقهاء قالوا: الدفاح عن المال حق وعن غيره واجب والراجع انه واجب مطلقاً بالنسبة لغير المال اما بالنسبة اليه فاذا كان المال مهما في ذاته أو بالنسبة لصاحبه فهو ايضاً له حكم غيره من الوجوب والا فليس بواجب لا على صاحبه ولا على غيره لان المال يعرض بخلاف غيره.

ج - وكان الاتجاه المسيحي المتأثر به بعض القوانين ذاهباً إلى تكييفه بأنه عذر لا يبرر الفعل الجرمي المستعمل في الدفاح الشرعي من صفته الجرمية ولكنه ممانع من العقاب فمن دافع عن نفسه أو عرضه أو ماله بفعل يكون جريمة في أصله فعليه أن يستغفر ويتوب إلى الله من ذنبه وكان على المدافع أن يلجأ إلى الهرب من المعتدي إذا استطاع وكان الهرب سبيلاً للنجاة.

ورغم ذلك قالوا: ان على المرء ان يدافع عن حق غيره كما يدافع عن حق نفسه، وسرت هذه الفكرة الكنسية في تكييف الدفاح الشرعي بأنه عذر ممانع من العقاب وليس من أسباب الاباحة إلى التشريع الفرنسي في عهده القديم، فالقاتل دفاعاً عن نفسه لم يكن يعتبر في حل مما اتاه بحكم القانون بل كان عليه ان يلتصق الصفح من الملك فعليه ان يقدم التضامنة حاسراً الرأس جانياً على ركبتيه ويأوى إلى السجن حتى يصدر الأمر بالعقوبة، ضح ان التضامنة العفو لم يكن ليرفض ما دام يتبين أن هناك ضرورة الدفاح عن الحياة وقد عدل عن هذه الفكرة المشرع الفرنسي بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وعاد إلى الفكرة السابقة في

^(١) ينظر طابن عابدين في الفقه الحنفي: ٥/٣٨٢. والمهذب في الفقه الشافعي: ٢/٢٢٤. والمغني في الفقه الحنبلي: ١٠/٣٥٤.

القانون الروماني واعتبر الدفاع حقاً ومن أسباب الإباحة في قانون العقوبات الصادر عام ١٨١٠م ونص على ذلك المادة (٣٢٨) منه في باب القتل والجرح وانتقل ذلك إلى القانون المصري^(١).

ثالثاً. التطور التاريخي للدفاع الشرعي:

الدفاع حد الاعتداء غريزة طبيعية لكل كائن حي متحرك بالإرادة سواء أكان إنساناً أم حيواناً. ويعد الدفاع أقدم سبب من أسباب الإباحة طبيعة وعرفاً وقانوناً لكن مر بتطور يمكن إيجازه في الآتي:-

بدأ حق الدفاع الشرعي خاصاً بممارسة الفرد بنفسه أو بتعاون مع غيره من أبناء عشيرته أو قبيلته وظل على هذا النمط إلى نشوء الدولة حيث احتكرت بعد نشأتها حق الدفاع عن الأفراد المحاضمين لها لنفسها باعتباره مظهراً من مظاهر سيادتها وبذلك أصبح كل حق يحميه القانون من واجبات الدولة كأصل وقاعدة لكن للفرد ممارسة هذا الحق استثناءً من هذه القاعدة في حالات غياب السلطة وعدم إمكان اللجوء إليها.

ومن هذا الواقع نشأ الدفاع الشرعي أولاً حقاً طبيعياً لكل فرد أن يمارسه بحريته ثم خضع للقانون من حيث التنظيم وسيادة الدولة من حيث التنفيذ.

وقد أخذ الدفاع الشرعي خلال مروره بالتطور طابع الإفراط والتفريط^(٢) ويبدو الإفراط والسماح اللامحدود في استخدام العنف والقوة بدون قيد أو شرط واضحاً في القانون الروماني حين كان الدفاع الشرعي يعد حقاً طبيعياً منحه القانون الطبيعي للمعتدى عليه دون أن يخضعه لشروط أو قيود.

ويتجلى هذا الاطلاق والإفراط في قول مارس توليوس الكاتب السياسي الروماني الشهير ب(شيشرون) ١٠٦ - ٤٣ ق م : (لا صوت للقانون في معتوك السلاح).

كما أن التفريط واضح في التعاليم المسيحية التي كادت تحمي من الوجود الصفة الشرعية للدفاع الشرعي ومرد ذلك إلى أن هذه التعاليم جاءت كرد فعل لما كانت يسود الدفاع الشرعي من القسوة وروح الانتقام ومقابلة الشر بشر أكثر قسوة وأشد خطورة ومن الشواهد على طابع التفريط للدفاع في ضوء تلك التعاليم ما جاء في العهد الجديد (انجيل

(١) الاستاذ القلبي المرجع السابق، ص ٣٠٣.

(٢) الإفراط التجاوز عن الحد من جانب الزيادة والتفريط التقصير والتجاوز عن الحد من جانب النقصان.

متى^(١) مما نصه: (وأما أنا فأقول لكم لا تقاوموا الشر بل من لطمك على خدك الايمن فحول له الاخر، ومن اراد ان يخاصك ويأخذ ثوبك فأترك له الرداء أيضا ومن سخرك ميلا واحدا فاذهب معه اثنين).

وفي البيئة العربية^(٢) كان الدفاع الشرعي في المجتمع العربي - كأي مجتمع اخر بدائي - يتمثل في غريزة الثأر والانتقام من المعتدى أو من ينتمي إلى عشيرة المعتدى أو قبيلته ولم يكن هناك دفاع شرعي بمفهومه الصحيح، فإذا اعتدى فرد من عشيرة أو قبيلة على اخر من عشيرة اخرى أو قبيلة اخرى يتم رد هذا الاعتداء، بدافع الثأر والانتقام من شخص المعتدى عليه أو من آخر ذي صلة به كما ذكرنا، واما إذا كان اعتداء فرد على اخر يؤدي إلى مضاعفات سلبية بل إلى حروب مستمرة سنوات بين قبيلة المعتدى وقبيلة المعتدى عليه.

ثم بعد مرور زمن تطورت فكرة الثأر والانتقام العشوائي إلى فكرة تسليم الجاني لعشيرة أو قبيلة المجني عليه فان شأرا استعبده وان شأرا قتلوه فاذا جعلوه عبدا يفقد شخصيته القانونية ويصبح جزءا من ممتلكات سيده كأي مال منقول يباع ويشترى وكان كل ما يكسبه في حياته ملكا لسيده لانه لم يكن اهلا للملك.

ثم تطورت فكرة التسليم إلى نظرية الدية التي تدفع من الجاني أو عشيرته لولي الدم وأسرته المجني عليه وقد سبق بيان ما يتعلق بالدية في الفصل الثاني ثم جاء الإسلام فحدد الدفاع الشرعي وبين اركانه وشروطه وأحكامه وهذب نظام القصاص والدية تهذيبا يحمي كرامة الانسان وشخصيته ويمنع التجاوز على الجاني وعلى غيره وأقر مبدأ شخصية الجريمة ومبدأ شخصية العقوبة في آيات منها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(٣) ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(٤) ومنها قوله: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾^(٥).

وهكذا هناك نصوص في القرآن الكريم والسنة النبوية تحمي حياة الانسان وعرضه وماله وتحرم الاعتداء عليه بغير حق.

(١) الاصحاح الخامس(٣٩-٤١).

(٢) فلسفة وتاريخ القانون الجنائي الاستاذ الدكتور-علي راشد محاضرات الدراسات العليا في القانون المطبوعة على الرنويوبص ٥١.

(٣) سورة البقرة/١٩٤.

(٤) سورة الانعام / ١٦٤ .

(٥) سورة المائدة/٣٢.

المبحث الثالث

اساس الدفاع الشرعي واثاره

اساس كل شيء ما يبنى عليه غيره واساس الدفاع الشرعي ليس مصدره ولا عناصره وانما هو المبرر الفلسفي لمشروعيته وبالتالي جعله سببا من اسباب تحويل الفعل الجرمي إلى فعل مباح بتجريده من صفته الجرمية واخراجه من كونه مشمولا بالنص الشرعي الذي جرمه بناء على قاعدة تخصيص العام أو تقييد المطلق.

وقد وردت عدة نظريات بشأن تحديد أساس الدفاع الشرعي ولا تغلو كل واحدة منها من عيب أو نقص أو عدم اصابة للواقع والحقيقة ونحاول ان نستعرض اشهر اهم تلك النظريات بإيجاز فيما يأتي: -

أولاً- نظرية الإكراه المعنوي^(١)

مضمونها ان الدفاع الشرعي يستند إلى اعتبارات شخصية مستمدة من نفسية المعتدى عليه واثاره بضغط غير مشروع من شخص اخر يولد خوفا ووهبة في قلبه وبالتالي يدنسه إلى ما لا يرغب فيه في حالة عدم وجود الإكراه.

ويعتبر ما يقدم عليه المدافع ضد المعتدي ناشئا عن حالة الرعب التي تصيبه ومن مقتضيات الفريضة اللارادية فلا مجال لمسؤوليته ما دام لم يرتكب الجريمة باختياره وانما هو مكره ومسوق إلى ارتكابها فلا حول له ولا قوة فعلمه لا يستند إلى الخطأ الذي هو من اهم اركان للمسؤولية وقد مال إلى هذا الاتجاه كثير من كتاب العصر الحديث في المانيا^(٢) وتنتقد هذه النظرية من أوجه متعددة منها:

١- أن المدافع يأتي ما يأتيه باختياره وإرادته الحرة وإدراكه الواقعي وهو تمالك لكل قواه العقلية والبدنية حين يقرر مدى خطورة الاعتداء ويختار لدفعها الوسيلة المناسبة رغم ضيق مجال اختياره.

(١) وهو ما يسمى الإكراه الملجئ في الفقه الاسلامي.

(٢) الاستاذ الدكتور محمد مصطفى القللي في المسؤولية الجنائية ص ٣٠٥.

٧- الإكراه سواء كان معنوياً أو مادياً في حد ذاته مانع من موانع المسؤولية الجزائية ومانع المسؤولية الجزائية اعم مطلقاً من سبب الإباحة فكيف يعتبر اساساً لاباحة الدفاع الشرعي وقبريد الفعل من صفته الجرمية وبالتالي إلى رفع المسؤوليتين الجزائية والمدنية؟

٣- وإذا سلمنا جدلاً ان الأساس هو الإكراه في حالة الدفاع الشرعي عن حياته وعرضه أو ماله فكيف يصلح اساساً في حالة الدفاع عن حياة الغير مع انه في هذه الحالة يتطوع باختياره وازادته الحرمة للقيام بهذا الدفاع.

٤- الأخذ بهذه النظرية يستلزم عدم مساءلة المتهم الهارب عن العدالة عن مقاومته ضد من يريد القاء القبض عليه من السلطة العامة لانه في هذه الحالة يمد نفسه مكرهاً على مقاومته بمقتضى غريزته فيقاوم ما ليس في مصلحته.

وبناء على هذه الانتقادات والملاحظات لا يصلح الإكراه ان يكون اساساً للدفاع الشرعي.

ثانيد نظرية مجازاة الشر بالشر:

مضمون هذه النظرية هو ان ما يقوم به المدافع عمل اجرامي به يدفع جرم المعتدي فهو يشبه المقاصة في الديون والالتزامات المدنية فالأساس مقاصة بين شر المعتدي وشر المعتدى عليه وإذا سقط بالمقاصة والمجازاة فلا يبقى مبرر لمساءلة المدافع فجزاء الشر بالشر لا يترتب عليه الجزاء العقابي ولا الجزاء المدني وبالتالي لا توجه إلى المدافع المسؤولية الجنائية ولا المسؤولية المدنية.

ويناقش هذا الأساس من أوجه متعددة منها ما يأتي:

١- أن المقاصة تتطلب مساواة طرفيها، وهذه المساواة لا تتحقق في الدفاع الشرعي عندما يكون شر المعتدي مجرد تهديد بخنط حال وشر المعتدى عليه قد يكون قتلاً.

٢- خلط هذا الرأي بين الدفاع الشرعي وحق العقاب فالأول ليس عقاباً وإنما هو وسيلة لدفع خطر محقق.

٣- لو صح القول بأن الدفاع الشرعي مجازاة شر بشر لما جاز للسلطة العامة ان تعاقب المعتدى على جريمة اعتدائه بعد الرد بالدفاع إذا لم يود الدفاع إلى هلاكه الجسدي كلياً لانه لا يجوز ان يعاقب شخص مرتين على جريمة واحدة في حين ان المعتدى إذا بقى على قيد الحياة بعد اعتدائه ودفعه فانه يحال إلى القضاء لمساءلته وعقابته

ثالثاً - نظرية تضارب المصالح وترجيح مصلحة المدافع:

تقوم هذه النظرية على اساس فكرة الموازنة بين المصالح المتضاربة لان القانون كما يحمي حقوق المعتدى عليه كذلك يحمي حقوق المعتدى غير ان المعتدي قد اهدر نفسه حماية حقوقه باقدامه مسبقا على الاعتداء، وعلى هذا الاساس يبيح القانون التضحية بالمصلحة الاقل اهمية (مصلحة للمعتدي) في سبيل حماية المصلحة الاكثر اهمية (مصلحة المعتدى عليه).
 ويستند هذا الاساس من الارجح التالية:

- ١- الاصل في القانون انه يحمي الحقوق كافة بغض النظر عن درجة اهميتها فلا يوجد هناك درجات للاهمية من حيث الحماية القانونية.
- ٢- لو صح ان للمعتدي يفقد حرمة مثل الحق الذي اعتدى عليه لكانت النتيجة المنطقية ان السارق يفقد حرمة ملكه لاعتدائه على ملك الفجر، ويفقد حرمة عرضه لانه اعتدى على عرض الفجر وهكذا وهذا امر غير وارد في ميزان الشرع ومنطق القانون.
- ٣- ان هذا التحليل لتبرير الدفاع الشرعي وعده من اسباب الاباحة وبالتالي اسقاط الضمان الجزائي والضمان المدني إذا سلم به بالنسبة لذوي الاهلية من المعتدين فانه لا يبرر الدفاع الشرعي ضد عدمي الاهلية في حالة اعتدائهم على حقوق الفجر لانه لا يمكن ان ينسب اليهم انهم هتكوا حقا للفجر اذاتهم وبالتالي اهدروا حقوقهم المحمية قانوناً.

رابعاً - نظرية انتصار القانون:

يبرر انصار هذه النظرية مشروعية الدفاع الشرعي واعتباره سبباً من اسباب الاباحة بان الاعتداء الاجرامي نفي لحكم القانون ودفع لهذا النفي ونفي النفي اثبات وبالتالي أن دفع الاعتداء بالاعتداء تأييد للقانون وانتصار له.
 ومن الانتقادات التي يمكن ان توجه إلى هذه النظرية انه لو سلمت هذه الفكرة لجاز لكل فرد ان يمثل السلطة العامة ما دام تصرفه يناصر القانون ويؤيده وهذا مرفوض لان الدفاع عن الفرد والمجتمع هو من مظاهر سيادة الدولة، اما التدخل بدون مسبر قانوني فهو اعتداء على هذه السيادة.

ومفادها ان الاصل هو ان يدافع كل فرد عن نفسه، كما كان كذلك قبل انشاء الدولة وبعد انشائها انتقل حق الدفاع من الفرد إلى المجتمع الذي تمثله الدولة لان المجتمع (أو الدولة) اقدر على هذا الدفاع وفعله أبعد من الفوضى وان الفرد القرب إلى حدوث الاضطرابات والمضاعفات السلبية ولكن إذا عجزت السلطة العامة التي تمثل المجتمع عن اغالة الفرد المعرض لخطر محقق حين الاعتداء عليه فان له ان يسترد حقه الاصلي في حماية نفسه أو عرضه أو ماله ما دام المجتمع عاجزاً عن تلك الحماية أو غائباً ويرد على هذه الفكرة عدة ملاحظات منها:

- ١- ان هذه الفكرة متأثرة إلى حد بعيد بنظرية العقد الاجتماعي لجان جال روسو ومن هذا حذوه في تنازل الافراد للمجتمع عن حقوقهم مقابل حماية المجتمع لهم وهذه فكرة خيالية لا تخرج عن نسج الخيال وليس لها واقع ملموس في تاريخ البشرية لان مثل هذا العقد لا يتصور في عصر لم تكن وسائل المواصلات موجودة بين الاسر البشرية المتباعدة بمسافات لا يعلم بعضها مكان بعض.
- ٢- في هذه الفكرة خلط بين الدفاع وبين العقاب لان الفرد عندما كان يدافع عن نفسه قبل الدولة كان دفاعه مبنياً على اساس عقاب المعتدى.
- ٣- إذا سلمت هذه الفكرة جدلاً لتبرير دفاع الشخص عن حقه المعرض للخطر فانها لا تصلح ان تكون مجرّة للدفاع عن حق الغير في حين ان الدفاع الشرعي عام شامل للدفاع عن حقوق المدافع وحقوق الغير ولو لم يكن لهذا الغير صلة به.

سادساً - فكرة الباعث الشريف:

ومفادها ان اعتداء المعتدي على مصالح الغير يكشف عن خطورته على المجتمع ودفع المدافع للمعتدى عليه لخطر المعتدي ليس إلا عملاً يندم مصلحة المجتمع ويبعد عنه خطر المعتدي فعلمه من قبيل العدل الاجتماعي ومن مصلحة المجتمع استئصال جنود تلك الخطورة. وما يقوم به المدافع ليس إلا عملاً نابعا عن هذا الواقع ولذا يعد من اسباب الاباحة ويسقط عنه المسؤولية بكافة انواعها.

ويلاحظ على هذه الفكرة بأنها لا تشمل حالة كون كل من المعتدي والمعتدى عليه من الاشرار الخطرين على المجتمع فليس للمجتمع مصلحة في ابقاء احدهما وافتاء الآخر.

سابعاً - حماية مقاصد الشارع ومصالح الناس:

هذا الأساس للدفاع الشرعي هو ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ بدايتها لان مقاصد الشرع والقانون هي حماية مصالح المجتمع والافراد وقد نص القرآن الكريم على هذه الحقيقة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ ومن الواضح ان هذه الصياغة الكلامية (النفي بعد النفي) للحصر في ميزان علم البلاغة فحصر سبحانه وتعالى الغاية من الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الاسرة البشرية لان الرحمة بمعنى المصلحة الإنسانية سواء كانت ايجابية (المنفعة المستجلبية) ام سلبية (المضرة المستدراة) وسواء كانت مادية ام معنوية، دينوية ام اخروية.

وعلى هذا الأساس يكون الدفاع عن المصلحة المشروعة واجبا لحمايتها سواء كان هذا الدفاع من السلطة العامة أو من الافراد لان الكل مسؤول عن هذه الحماية كما قال الرسول ﷺ ((كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته)).^(١)

ولو سلب الدفاع الشرعي عن كل انسان يتعرض لخطر حال لأدى ذلك إلى تشجيع المفسدين في الارض على التمادي في الاعتداء على ارواح الابرياء واعراضهم واموالهم لانه ليس بإمكان السلطة وحدها مكافحة الفساد وعلى هذا الأساس لا يسأل جنائيا ولا مدنيا من يساهم في تأمين الاستقرار والطمأنينة وإبعاد شبح الفوضى والفساد عن الفرد والمجتمع.

طبيعة الدفاع الشرعي وآثاره:

الدفاع الشرعي سبب ذو طبيعة موضوعية من وجهين:

احدهما من حيث كيانه الذي لا يتضمن اصلا عنصرا من العناصر الشخصية للدافع. والثاني من حيث اثره الذي ينصرف إلى الفعل المستعمل في دفع خطر المعتدى لا إلى شخص مدافع.

أما كيانه الموضوعي فتفسره ان توفر سببته للإباحة كمائر اسباب الاباحة يرجع إلى وجود قواعد قانونية تلزم اطلاق نصوص التجريم وتخصص عمومها فالكشف عن سبب الاباحة سواء اكان دافعا شرعيا ام غير كاداء الواجب واستعمال الحق وغيرهما يأتي موازنة

(١) الهيثمي/ جمع الزوائد ٥/ ٢١٠ - روي بإسنادين وأحد اسنادي الأوسط رجاله رجال الصحيح.

بين قاعدة التجريم وقاعدة الإباحة والتوفيق بينهما بتقييد أو تخصيص إحداها لاطلاق أو عموم الأخرى دون أن يتطلب ذلك بشا في نفسية الجاني الاتي حالات استثنائية كحسن نية المتجاوز عن حدود الدفاع وسوء نيته .

أما الطابع الموضوعي لاثار الدفاع الشرعي فيلخص به تعلق هذه الاثار بالتكليف القانوني للفعل بغض النظر عن أهلية المعتدي والمعتدى عليه^(١) .

ومن أهم الاثار المترتبة على الطابع الموضوعي للدفاع الشرعي ما يأتي :

١- تاليف سبب الإباحة يمتد إلى كل شخص ساهم في الدفاع فتمت ما توارثت عناصر الدفاع الشرعي يصبح الفعل مشروعاً مباحاً يستفيد من ذلك كل من ساهم فيه فلا يبقى فرق بين الفاعل^(٢) والشريك^(٣) ولا بين من يدافع عن نفسه أو عرضه أو ماله وبين من يدافع عن نفس الغير أو عرضه أو ماله.

ومن يمرض غيره على الدفاع أو يساعده أو يقدم له التسهيلات لدفاع الشرعي يستفيد من الإباحة وفسلفة ذلك ان الفعل المشروع المباح لا يصلح لان يكون عملاً للمساهمة الجزائية سواء اكان المساهم فاعلاً أم شريكاً.

وجدير بالذكر ان هذه القاعدة خاصة بجالة الدفاع الشرعي وليست مطلقة فلا تطبق في سائر اسباب الإباحة لان اسباب الإباحة نوعان.

اسباب مطلقة كما في الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام واسباب نسبية كما في اداء الواجب بالنسبة للمسؤولين في الدولة واستعمال الحق بالنسبة للتأديب من قبل الأزواج والاباء وغيرهم ممن له سلطة التأديب.

(١) د. محمود نقيب حسن المرجع السابق ص ١١٢ ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، د. علي حسين خلف و د. سلطان الشاوي ، ص ٢٤٥ .

(٢) نصت م ٤٧ عقوبات على انه (بعد فاعلاً للجريمة : من ارتكبها وحده أو مع غيره ومن ساهم في ارتكابها اذا كانت تتكون من جملة افعال فقام عمدا اثناء ارتكابها بعمل من الاعمال المكونة لها ومن دفع باية وسيلة شخصا على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائياً عنها لاي سبب كعدم الأهلية

(٣) نصت م ٤٨م على انه (بعد شريكاً في الجريمة من حرض على ارتكابها فوقعت بناء على هذا التحريض ومن اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناء على هذا الاتفاق ومن اعطى الفاعل سلاحاً أو الات أو أي شيء اخرهما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعد عمداً بأي طريقة أخرى في الاعمال المميزة أو المسهلة أو المتممة لا ارتكابها).

لهذا النوع النسبي يراه فيه العنصر الشخصي للفاعل فالزوج وحده يؤدب زوجته وكذلك الأب والمعلم والموظف والطبيب والرياضي في الألعاب الرياضية وغيرها من أسباب الإباحة النسبية.

فلا يستفيد من سبب الإباحة إذا كان أداءه لواجب لا يقوم به الا شخص يحتل مركزاً معيناً أو يحمل صفة معينة كما في استعمال السلطة العامة فلا يستفيد منه الا من يكون موظفاً هاماً، وفي الأفعال الطبية والجراحية لا يستفيد من سبب الإباحة الا من كانت له صفة التطبيب أو من يكون من أهوانه كالمصانن الطبي والمرضة والمخدر وغير ذلك.

٢- ومن آثار مرضوية الدفاع الشرعي من حيث سببته للإباحة عدم تأنيج الجهل بالواقع على صجدة فعل غير مشروع إلى مشروع أو صجدة غير المشروع^(١) إلى المشروع فمن دفع خطراً عن شخص أو عرضه أو ماله أو من نفس الفجر وعرضه أو ماله وهو يجهل انه في حالة الدفاع الشرعي فلا تأنيج لهذا الجهل والاعتقاد الخاطي. أي أثر على مشروعية فعله ما دامت الشروط الشرعية والقانونية متوفرة فيه، وكذلك العكس فلو قام بفعل ضد غيره وهو يعتقد انه في حالة الدفاع الشرعي وكان اعتقاده خاطئاً فلا يكون له التأنيج على الواقع وهو عدم كونه في حالة الدفاع الشرعي فلا يعتبر فعله مباحاً ولا يحول الاعتقاد الخاطي. العمل ضد المشروع إلى العمل للمشروع.

٣- الغلط في عناصر الدفاع الشرعي لا ينجح الواقع فلو كان للدافع يقين أن عنصراً من عناصر الدفاع غير متوفر في حين انه كان متوفراً في الواقع فلا اثر لهذا الغلط الذي وقع فيه.

وكذلك العكس فلو ظن ان جميع عناصر الدفاع الشرعي متوفرة وكان ظنه خاطئاً فلا يمتد بهذا الظن بل يعمل بما هو واقع فلا يعتبر للدافع في حالة الدفاع الشرعي. بناء على القاعدة الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة (٧٢) من مجلة الأحكام العدلية: (لا عبرة بالظن البين خطؤه).

وهذه القاعدة تطبق في القضايا الجنائية والمدنية على حد سواء. ومن المسائل المدنية المبنيّة على هذه القاعدة انه إذا دفع الكفيل الدين وكان الأصليل قد أداءه أو أبرأه

(١) د. محمود نجيب حسني / المرجع السابق، ص ١١٣.

الدائن منه ولم يعلم به كان له الرجوع على الدائن بما دفع.
غير ان بعض القوانين كقانون العقوبات العراقي (م ٤٣م و ٤٦م) والكويتي (م ٣٤م و ٣٨م) اعتد بالخطر الموهوم في الدفاع الشرعي إذا كان مبنيا على أسباب معقولة وبمسن النية في أداء الواجب.

موقف قوانين العقوبات العربية من الدفاع الشرعي:

لم تتفق التشريعات الجزائية الآتية على معالجة عناصر الدفاع الشرعي وأحكامه بمنظ واحد كعدم توافقها في التشريعات الأخرى بل تلتقي في بعض النقاط وتختلف في نقاط أخرى إضافة إلى وجود بعض العيوب والنواقص في بعضها ومن أوجه الاتفاق: تعريف الدفاع الشرعي بأنه استعمال قوة لازمة لصد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقا يحميه القانون ومنها: أن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة إذا توافرت أركانه وشروطه رغم اختلافهم في بعض التفاصيل.

ومنها: أن أركان الدفاع الشرعي اثنان الخطر والفعل الذي يدفع به هذا الخطر ولكل منهما شروط أهمها ما يأتي:

شروط الخطر:

الشرط الأول: وجود خطر بوقوع اعتداء غير مشروع واستعمل تعبير (تعرض غير محق) بدلا من الخطر كل من قانون العقوبات اللبناني^(١) (م ١٨٤م) والسوري (م ١٨٣م)^(٢) والأردني (م ٦٠م)^(٣) واستعمال القانون البحريني (م ٤٩م)^(٤): (القوة أو العنف غير المشروعين) والقطري^(٥) (م ٣١م) والتونسي (الفصل ٣٩) والمغربي (الفصل ١٢٤) تعبير (الصائل) وهو تعبير فقهاء الشريعة واستعمل العراقي (م ٤٢م)^(٦) والليبي

(١) الصادر بالمرسوم رقم (٣٤٠) في ١/آذار/١٩٤٣.

(٢) الصادر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.

(٣) رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

(٤) الصادر في ١٧/مايو/١٩٥٥ وتعديله الصادر في ١٨/يونيه/١٩٦٩.

(٥) الصادر بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٧٠.

(٦) رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٧٠م) ^(١) والمصري (٢٤٦م) ^(٢) تعبير (الجرمعة) ^(٣).
 الشرط الثاني: أن يهدد الخطر بالإيذاء. مصلحة يحميها القانون من نفس أو عرض أو مال: وأكثرها لم تذكر العرض صراحة على أساس أنه يندرج تحت مفهوم النفس ومن القوانين التي ذكره صراحة قانون عقوبات الإمارات للتحدة (١٣م-١٤) والقانون الكويتي (٣٤م) ولم تفرق هذه القوانين بين كون المصالح المعرضة للخطر عائدة إلى المدافع شخصه أو إلى غيره باستثناء القانون التونسي الذي نص في الفصل (٣٩) على تحديد هذا الغرض بأن يكون من أقارب المدافع وهم الأقارب من طبقة الأصول والفروع والأخوة والأخوات والزوج والزوجة.
 أما إذا كان الشخص المعرض للخطر غير هؤلاء، فللحاكم الاجتهاد في تقدير المسؤولية. ويرى البعض ^(٤) أن المراد من هذا النص هو أن للقاضي أن يعتبر الدفاع عن مصلحة الغير ظرفاً تخفيفاً.

الشرط الثالث . أن يكون الخطر حالاً: وقد ذكرنا سابقاً أن الخطر يعتبر حالاً في إحدى الحالتين:

إحداهما- أن يكون الخطر وشيك الوقوع ولم يقع بعد.
 والثانية- أن يكون قد بدأ ولم ينته بعد.

ويستفاد هذا الشرط من أكثر القوانين الجزائية العربية صراحة أو ضمناً ومن القوانين الدالة عليه صراحة العراقي (٤٢م) والسوري (١٨٣م) والأردني (٦م) واللبناني (١٨٤م) والجزائري (٣٩م) تحت عبارة (خطر حال).

الشرط الرابع . عدم إمكان اللجوء في دفع الخطر إلى السلطة العامة: وهذا الشرط تدل عليه أكثر القوانين العربية صراحة أو ضمناً ومن القوانين الدالة عليه صراحة العراقي (٤٢م) وللمصري (٢٤٧م) والليبي (٧٠م) والسوداني (٥٩م) والقطري (٢٧م).
 ومن الجدير بالذكر أن بعض القوانين العربية اشترطت شرطاً ^(٥) خامساً للخطر حتى يكون

^(١) الصادر بالمرسوم في ٢٨/توفمبر/١٩٦٢.

^(٢) رقم (٥٨) لسنة ١٩٧٣ المعدل.

^(٣) أي لو تم لأصبح جريمة. ولا يقصد بلفظ الجريمة تمام وقوع الاعتداء.

^(٤) ينظر تعليقات محمد طاهر السنوسي على المجلة الجزائرية التونسية ط/١٩٦٤ تونس ص٣٧. نقلاً عن يوسف الياس مجموعة قوانين العقوبات العربية ط/١٩٧٣ ص٤١.

^(٥) ينظر د. محمود مصطفى- أصول قانون العقوبات، ص٥٤ نقلاً عن د. يوسف الياس المرجع السابق ص٣٩

الدفاع من أسباب الإباحة وهو ان لا يكون المعتدي عليه هو السبب المشع للاعتداء. كالقانون الأردني (٦٠م) والسوري (١٨٣م) واللبناني (١٨٤م) والبحريني (٢٩م) لكن انتقد هذا الشرط بأنه يؤدي من الناحية العملية إلى نتائج لا يمكن التسليم بها ومنها. عدم إمكان رد ما يتجاوز فيه المدافع عن حدود الدفاع الشرعي لو كان يقضي من هذا التجاوز أحداث الموت لأنه لو لم يعتد لما وقع هذا التجاوز^(١) حلماً بأن الدفاع ضد من يتجاوز الحدود جائز رغم ان المدافع هو الجاهل. بالاعتداء.

والمشرع العراقي رغم انه لم ينص صراحة على هذا الشرط الا انه نص في (٤٠٩م)^(٢) على انه لا يجوز أحداث الموت استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر (مدر مفاجأة الزوجة أو إحدى عائلته متلبسة بجرمة الزنا) وانتقد البعض^(٣) المشرع العراقي في استعماله تعبير (حق) (في حق الدفاع الشرعي)

قائلاً: أن الدفاع الشرعي ليس حقاً لأن هذا التصور يؤدي إلى القول بوجود التزام مقابل من المعتدي بتحمل الدفاع وانه يكون مسؤولاً عن التمويض إذا أصاب المدافع من استعماله حقه في الدفاع.

ويستند هذا الانتقاد بأن هذا الزعم مبني على أن المراد بلفظ (حق) في حق الدفاع الشرعي الحق الشخصي المالي المقابل للالتزام المالي وهذا الزعم باطل لان المراد بالحق في مثل هذا المقام هو الصلاحية والمركز الشرعي أو (القانوني) الذي من شأنه أن ينتفع به صاحبه.

شروط الفعل الذي يدفع به الخطر:

يشترط صراحة أو ضمناً في اغلب القوانين الجزائية العربية توافر شرطين في فعل الدفاع الشرعي.

للشروط الأولى. أن يكون هذا الفعل لازماً أي وسيلة وحيدة لدفع الخطر:

فإذا كان بالإمكان التخلص من الخطر الذي يهدد مصلحة من مصالح المدافع أو

^(١) ينظر: د. محمود مصطفى - أصول قانون العقوبات، ص ٥٤ نقلاً عن د. يوسف الياس المرجع السابق، ص ٣٩.

^(٢) الخاصة بقتل الزوجة أو إحدى عائلته وشريكها في حالة التلبس بالزنا.

^(٣) د. محمود مصطفى - القسم العام ص ٢٠٣.

مصلحة غيره من الحقوق النفسية أو العرضية والمالية التي يحميها القانون عن طريق فعل لا يعد جريمة فإنه لا يباح له أن يرتكب في الدفاع فعلاً يجرمه القانون^(١) ومن القوانين التي تشترط إلى هذا الشرط: العراقي (٣/٤٢م) والمصري (٢٣٦م) والسوري (١٨٣م) واللبناني (١٨٤م) والأردني (٦٠م) والجزائري (٣٩م) والتونسي^(٢) الفصل (٣٩) والمغربي الفصل (١٢٤) غير أن القانون الليبي (٧٠م) نص على أن الدفاع الشرعي يبيح للشخص لارتكاب كل فعل يكون ضرورياً لدفع خطر جريمة الاعتداء.. والتعبير عن هذا الشرط في العراقي أو التونسي أوضح من تعبیر سائر القوانين الجزائية العربية حيث ينص الأول على أن لا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى لسد الخطر، والثاني على ضرورة أن يكون المدافع لم تمكنه النجاة من الخطر بوجه آخر.

الشرط الثاني . أن يكون فعل الدفع متناسبا مع الخطر:

وقد تطرق لهذا الشرط أكثر التشريعات الجزائية العربية مع الاختلاف في التفاصيل: والتعبير الوارد في الأردني (٦٠م) والمغربي (الفصل ١٢٤) : (مع الخطر) وفي المصري (٢٤٦م) (أن تستعمل في الدفاع القوة اللازمة) وفي العراقي (٤٥م) : (الدفاع الشرعي لا يبيح إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع) وفي البحريني (٢٩م): (الآن يستعمل المدافع درجة من القوة أو يحدث أذى أعظم مما هو ضروري ومعقول) والجزائري (٣٩م): (أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء). وفي السوداني (٥٨م) والقطري (٢٦م): (أن لا يمتد الدفاع الشرعي بأية حال إلى إلحاق الأذى بما يجاوز القدر اللازم لغرض الدفاع).

وفي ما يتعلق بهرم الاعتداء على الأشخاص التي تجر قتل المعتدي دفاعاً عن النفس وعن نفس الغير نصت صراحة قوانين العراقي (٤٣م) والمصري (٢٤٦م) والليبي (٧٠م) والجزائري (٣٩م) والمغربي (الفصل ١٢٥) والقطري (٢٤م) والكويتي (٣٣م) والسوداني (٥٦م): على جواز قتل المعتدي إذا كان الخطر يهدد بحدوث إيذاء إلى الموت أو الإصابة بهرجة بالغة.

وفي ما يتعلق بهرمات هتك الأعراس نصت قوانين العراق ومصر والكويت وليبيا والقطر واليمن والسودان على جواز قتل المعتدي في حالة قيام خطر يهدد بمواقعة

(١) د. محمود فهد حسني، القسم/ص ٢٢١.

(٢) المجلة الجنائية التونسية لسنة ١٩١٣ المعدلة.

أنشئ أو اللواطة بها أو بذكر كرها إضافة إلى جواز القتل ضد اعتداء خطف إنسان. وفي ما يتعلق بإباحة القتل دفاعاً عن المال فقد اختلفت فيه القوانين العربية من حيث نطاق المال محل الاعتداء: فأباح قتل المعتدي العراقي (٤٤م) والمصري (٢٤٦م) والليبي (٧٠م) والجزائري (٣٩م) والقطري (٢٤م) والمغربي (الفصل - ١٢٥) في حالات الدخول ليلاً في منزل معد للسكنى^(١) وإن لم يكن فيه أحد حالة الاعتداء أو أحد ملحقاته والسرقات، والحريق عمداً. وأضاف إلى ذلك التونسي (٤٠م) خلع مسيجات ونقب الجدران، كما أضاف إليها جريمة النهب القانون السوداني والجزائري والتونسي والمغربي.

تجاوز الدفاع المشرعي:

من الطبيعي أن يكون التجاوز عن الحدود المعقولة المقبولة التي يستوجبها الدفاع الشرعي أمراً متوقفاً نتيجة الحالة التي يكون فيها المدافع فاقداً في الغالب الكثير من اتزانه. والمراد بالتجاوز عدم تحقق التناسب بين فعل الدفاع من المعتدى عليه والمخطر من المعتدي. وهذا التجاوز قد يكون بنية سليمة حسنة وقد يقع بغیر هذه النية. وقد اختلفت فقهاء القوانين الجزائية العربية في معالجة حالة التجاوز حول مدى مسؤولية المتجاوز ومعاقبته.

وقد نص قانون العقوبات اللبناني (١٨٤م و٢٢٨م) والسوري (١٨٣م و٢٢٧م) على عدم معاقبة المتجاوز إذا افترط في الدفاع وكان اقدامه على الفعل في ثورة انفصال شديد بحيث انهدمت معها قوة وعيه وازادته.

ونصت (٣/٦٠م) من القانون الاردني - بعد الاحالة إلى (٨٩م) من نفس القانون - على انه يمكن اعفاء الفاعل من العقوبة، ويبدو ان هذا القانون اخضع الامر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ونصت غالبية القوانين الاخرى على جواز تخفيف العقوبة بغرض عقوبة المنة في حالة كون فعل الدفاع جنائياً كما في العراقي (٤٥م)^(٢) والمصري (٢٥١م)

^(١) ويشمل المنزل في السوداني والقطري الخيمة والسفينة المسكونة.

^(٢) نصت (٤٥م) العراقي على أنه يجوز للمحكمة في حالة التجاوز أن تحكم بعقوبة المنة بدلاً من عقوبة الجنائية، وأن تحكم بعقوبة المخالفة بدلاً من عقوبة المنة.

والكويتي (٣٦م) والقطري (٣٢م)^(١).
 ونصت (٣٠م) اليمني^(٢) على انه إذا تجاوز الشخص بإعماله حدود الإباحة والضرورة أو الدفاع الشرعي يعاقب على هذا التجاوز إذا كان القانون يرمه بوصفه جريمة غير عمدية.
 ونصت (٥٨م) السوداني على أن: (حق الدفاع الشرعي لا قيد بأية حالة إلى إلحاق الأذى بما يحلوز القدر اللازم لفرض الدفاع).

ملاحظات على قوانين العقوبات العربية في موضوع الدفاع الشرعي:

يمكن ايراد الملاحظات الآتية على تلك القوانين: -

- ١- قانون عقوبات العماني القائم المواد (١٠١-١٠٣) اكتفي بمعالجة موانع المسؤولية الجنائية دون التطرق لأسباب الإباحة، إضافة إلى ذلك فإنه خلط بين موانع العقاب وموانع المسؤولية الجنائية وهذا نقص تشريعي يجب تداركه.
- ٢- القانون التونسي القائم الفصول (٣٩-٤٠) حصر جواز الدفاع الشرعي عن مصالح الغير في أصول المدافع وفروعه وإخوته وأخواته والزوج والزوجة بينما اتفقت القوانين على خلاف هذا التقييد فأجازت بل أوجبت على الإنسان أن يدافع عن حقوق الغير كما يدافع عن حقوقه مطلقاً.
- ٣- يوجد في القانون اليمني القائم (٢٧م-٣٠) التناقض بين المادة (٢٧) والمادة (٢٨) لان الأولى نصت على جواز الدفاع عن حقوق الغير مطلقاً في حين قيدت الثانية الدفاع عن الغير بالقرابة والزوجية.^(٣)
- ٤- خلط القانون اللبناني القائم^(٤) (٢٢٧-٢٢٩) تحت عنوان القوة القاهرة بين موانع

(١) نص هذا القانون على ان للقاضي ان يعتبره طرفاً غفلاً.

(٢) رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.

(٣) نصت (٢٧م) على أنه: (تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا وجد المدافع خطراً حالاً من جريمة على نفسه أو عرضه أو نفس الغير أو عرضه)، ونصت المادة (٢٨م) على انه (لا يبيح الدفاع الشرعي القتل العمد الا إذا قصد به دفع احد الامور الآتية:

١- القتل وجراحة بالغة إذا كانت الجراح على المدافع نفسه أو احد اقاربه.

٢- الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجه أي محرم له.

٣- اختطاف المدافع أو زوجه أو ولده أو احد محارمه بالقوة)

(٤) الصادر بالمرسوم رقم ٣٤٠/١ في ١/١٤٤٣هـ.

المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة فاهتم ما هو من موانع المسؤولية الجنائية أسبابا للإباحة مع ان الموانع اهم مطلقا والاسباب اخص مطلقا والعام لا يستلزم وجود الخاص دون العكس.

إضافة إلى ذلك فانه استعمل تعبير (لا عقاب) بدلا من لا جريمة في حين أن نفي العقاب لا يستلزم نفي الجريمة فهديم الأهلية إذا ارتكب جريمة لا يعاقب عليها رغم قيامها.

٥- القانون الأردني (٨٨م-٩٠) تحت عنوان القوة القاهرة هو الآخر خلط بين موانع المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة فاهتم ما هو من موانع المسؤولية الجنائية أسبابا للإباحة كالإكراه والضرورة وهما من الموانع ورغم ذلك عددها من أسباب الإباحة.

٦- القانون السوداني القائم م(٤٥-٥٤) وقع في أخطاء جسيمة منها انها اعتبر أمورا من أسباب الإباحة وهي بعيدة عنها بعد السماء عن الارض كعدم توفر القصد الجنائي (٤٨م) والصفر (٤٩) والجنون والسكر (٥٠م) رضا المجني عليه (٥١م) والاكراه (٥٣م).

٧- القانون السوداني^(١١) (٢٢٦م-٢٢٨) لم يتطرق لمصطلح (الدفاع الشرعي) وإنما حاج الموضوع تحت عنوان (القوة القاهرة) ثم قسمها إلى القوة الغالبة والاكراه وحالة الضرورة مع أن كلا منهما ليس من أسباب الإباحة.

٨- اشترط القانون السوداني (١٨٣م) واللبناني (١٨٤م) والأردني (٦٠م) والبحريني (١٢٩م) أن لا يكون للمعتدى مسببا لاعتداء المعتدى وقد سبق بيان ذلك والملاحظات التي ترد عليه.

٩- قانون العقوبات المغربي^(١٢) (الفصل ١٢٤-١٢٥) حاج الدفاع الشرعي تحت عنوان الأسباب المبررة التي تحم الجريمة. ويلاحظ على هذا القانون انه اعتبر الضرورة في الفصل (١٢٤) من أسباب الإباحة مع أنها من موانع المسؤولية الجنائية وخلط في الفصل (١٢٥) بين الدفاع عن النفس والدفاع عن المال.

١٠- يعتبر قانون العقوبات القطري القائم^(١٣) (٢٣م-٣٣) تحت عنوان الدفاع الشرعي

(١١) الصادر بالمرسوم (١٤٩) في ٢٢/حزيران/١٩٤٩.

(١٢) رقم ٤٠٣/٥٩/لبي ٢٦/نوفمبر/١٩٦٢.

(١٣) الصادر بالقانون رقم (١٤) في سنة ١٩٧٠.

أدق واشمل وأوضح قانون بين قوانين العقوبات العربية في معالجة عناصر الدفاع الشرعي واحكامه ومن مزايا هذا القانون:

أ - نص صراحة على أن الدفاع عن العرض من أسباب الإباحة مطلقا.

ب - أضاف إلى المنزل المسكون في الدفاع الشرعي: الخيمة، والضيقة، ونسر البتول، وكل مورد من موارد الثروة العامة.

وبهذا جمع بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام.

ونكتفي بهذا القدر من بحث عناصر وأحكام الدفاع الشرعي الخاص لنتناول دراسة الدفاع الشرعي العام.

وجدير بالذكر أن هذا المصطلح (الدفاع الشرعي العام) بهذا التعبير لم أطلع عليه لا في الفقه الإسلامي ولا في القانون ولكن تطبيقاته العلمية والعملية كثرة في كل منهما.

والدفاع الشرعي العام إما داخلي في حدود إقليم كل دولة وهذا ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به مصطلح (الحسبة) أي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وإما خارجي من حيث إن مصدر الخطر يأتي غالبا من خارج الحدود ويطلق عليه في اصطلاح الشريعة الإسلامية مصطلح (الجهاد).

وفي القانون مصطلح (الدفاع)^(١) ومعيار التفرقة بين الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام (بقسميه) أمران موضوعيان:

أحدهما: أن مصدر الخطر في الخاص داخلي دائما وفي العام قد يكون داخليا وقد يكون خارجيا.

والثاني: أن المعرض للخطر حق خاص في الدفاع الشرعي الخاص كما سبق وحق عام في الدفاع الشرعي العام، سواء كان داخليا أو خارجيا ونتناول بحث الدفاع الشرعي العام بقسميه في الفصلين القادمين.

(١) تنص المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة).



الفصل الرابع

الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة)

الدفاع الشرعي العام الداخلي أو الإقليمي في أية دولة أو منطقة محددة جغرافياً أو إدارياً أو سياسياً يسمى في الفقه الإسلامي (الحسبة) وهي عبارة عن الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله.

والحسبة في اللغة القيام بعمل ذي نفع عام لوجه الله رغبة في أجره وثوابه . يقول ابن منظور الأنصاري^(١): (والحسبة مصدر احتسابك الأجر على الله، تقول فعلته حسبة، والاحتساب: طلب الأجر والاسم الحسبة بالكسر وهو الأجر).

وفي الاصطلاح الشرعي: الأمر بالمعروف إذا ظهر وشاع تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر وبأن فعله^(٢).

وتوزع دراسة هذا القسم من الدفاع الشرعي العام الداخلي على ثلاثة مباحث الأول لمصادره وتكليفه، والثاني لعناصره وأساسه، والثالث للموازنة بينها وبين للمصطلحات ذات الصلة.



^(١) لسان العرب لأبن منظور (جمال محمد بن مكرم الأنصاري) (٦٣٠ - ٧١١ هـ)

(٢) الدار المصرية للتأليف والترجمة فصل الحاء حرف الباء ١/٣٠٥.

^(٣) يقول ابن خلدون في مقدمته (ص ٢٥٣) : الحسبة: وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.



المبحث الأول مصادر الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة) وتكليفه

مصادره الشرعية في الشريعة الإسلامية: القرآن الكريم والسنة النبوية، والإجماع، والعقل السليم.

أولاً - القرآن الكريم:

أمر به القرآن الكريم في آيات متعددة صراحة منها:
لَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ
الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾.^(١)

صيغة (لتكن) أمر وكل أمر حقيقة في الوجوب ويستعمل له ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك غير أن الوجوب في هذه الآية عيني في ولاية الحسبة وكفائي في الحسبة التطوعية فإذا قام بها بعض من أفراد المجتمع سقطت المسؤولية عن الكل والا فالكل آمنون.

وحرف (من) في منكم للبيان خلافاً لبعض المفسرين الذين ذهبوا إلى أنها للتبويض على أساس أن كل إنسان ليس أهلاً للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لكن شرط هذه الأهلية يفهم من طبيعة المهنة.

وأرى أن تكليفها بالبيانية أوق لأنها تدل على أن الأمر والنهي في كل مجتمع يجب أن يكونا من المجتمع نفسه رعاية لسيادته.

وهي سبيل المشل في الوقت الحاضر الدولة العراقية محتلة من قبل الدولة

^(١) سورة آل عمران - الآية: ١٠٤.

الأمريكية^(١) فالمفروض أن يكون الأمر برعاية نظام ديمقراطي وانهاهي عن الإرهاب والتخريب والتجاوز على حياة الأبرياء من العراقيين أنفسهم لا من الأمريكيين. والمراد بالأمة: الجماعة والجبل.

وفي هذه الآية الكريمة ربط سبحانه وتعالى نجاح الانسان وفلاحه في الهياتين الدنيوية والاخرية بالقيام بهذه المسؤولية لأهميتها في حماية حقوق الفرد والمجتمع حيث تطبيق نظام الحسبة يعد جزءا مهما من متطلبات تأمين سعادة الانسان في كل زمان ومكان من حيث الامن والاستقرار وحماية الأرواح والأعراض والأموال وحماية سائر حقوق الإنسان المادية والمعنوية التي من شأنها أن تتعرض لخطر اعتداء العاصيين والمفسدين في الأرض.

وجدير بالذكر أن تعبير المنكر أعم من المعصية وأشمل فكل معصية منكر دون العكس الكلي ذلك لأن الأعمال غير المشروعة التي تصدر عن المجنون أو المعتوه أو الصبي غير المميز ومن في حكمهم تكون من المنكرات دون المعاصي لأن الفعل لا يعد معصية ما لم يكن فاعله عاصيا والفاعل لا يعد عاصيا أي مسؤولا جنائيا ما لم يكن مكلفا والمكلف هو البالغ العاقل المختار العالم بعدم مشروعية الفعل والقادر على كف نفسه عنه.

ب - قوله تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ...الآية﴾^(٢).

والكينونة في (كنتم) بمعنى الصبورة^(٣) أي صرتم خير أمة بسبب أمركم بالمعروف ونهيكم عن المنكر والمجربة تنتفي بانتفاء سببها فكل أمة تتجرد من صفة المجربة إذا تركت الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. لأن الحكم يدور مع سببه وجودا وعدما.

^(١) بعد سقوط نظام حزب البعث وعلى رأسهم صدام حسين في ٢٠٠٣/٤/٩ أصبح العراق تحتلا من قبل الدولة الأمريكية ونرجو من الله عز وجل أن يتنقذ الشعب العراقي من هذا الاحتلال انه على كل شيء قدير..

^(٢) سورة ال عمران الآية: ١١٠.

^(٣) خلافا لبعض المفسرين الذين ذهبوا إلى أنها بمعنى وجدتم على اساس أن فعل كان تام وليس من الأفعال الناقصة أو انه تام والمعنى كنتم في علم الله أو كنتم في الامم السابقة خير أمة ، كما ظن ذلك صاحب تفسير المنار المرحوم الشيخ محمد رشيد رضا ٢٤/٤.

ت - قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(١).

والاولياء جمع ولي وهو كل من يلي شؤون الصخر الحياتية كل في حقل اختصاصه ومركزه في المجتمع بدليل تعليل ذلك بأنه هو الشخص الذي يتولى مهمة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وتفسير الاولياء بالاصداق^(٢) أو المعنى القريب من ذلك لا يتلاءم مع وظيفة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر التي تتطلب وجوده ممكنة متميزة للامر بالمعروف والنهي عن المنكر لان كلا من الامر والنهي يتطلبان نوعا من الاستعلاء للامر والنهي حتى ينفذ المأمور للمأمور به ويتجنب المخاطب بالنهي عن المنهي عنه، وهذا الاستعلاء لا يكون الا لمن يتمتع بميزة دينية أو ذنوبية أو اجتماعية أو سياسية أو ادارية أو علمية أو نحو ذلك فليس كل شخص أهلا للامر بالمعروف والنهي عن المنكر وبناء على ذلك يعد كل مسؤول في الدولة من الاولياء بالنسبة لمن يعمل تحت اشرافه وامرته وادارته في شؤونه الادارية والوظيفية.

واستنتاجا من هذا المعنى للآية المذكورة يحق لكل امرأة أن تتولى كل وظيفة بالامكان أن يتولاها الرجل إذا كانت مستوفية للأهلية المطلوبة والكفاية الضرورية للمنصب الذي تتولا شريطة أن تكون ملتزمة بما يطلبه منها الشرع من عدم تبرجها تبرج المجاهلية الاولى والمجاهلية الحديثة لان الله تعالى وضعها في مصاف الرجل في قوله: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾.

ومن وجهة نظرنا أن الأفضل هو أن تتولى المرأة القضاء في شؤون الاحوال الشخصية لانها اقدر من الرجل على استيعاب القضايا الاسرية وأكثر خبرة في حل المشاكل العائلية وتشخيص الداء في حالات الخلاف والنزاع وعلاجه بالسواء الملائم بحسب خبرتها.

كما أن الأفضل أن يتولى الرجل القضاء الجنائي دون المرأة لان القاضي الجنائي إضافة إلى التزامه برعاية العدالة في احكامه القضائية تتطلب مهمته نوعا من الشدة والقوة بحيث لا يتأثر باستعطاف الجاني إلى تخفيف عقوبته - إذا كان هذا

(١) سورة التوبة - الآية: ٧١.

(٢) كما ورد في اكثر تفاسير القرآن الكريم.

التخفيف منافيا للعدالة - في حالة خضوع القضية لسلطته التقديرية لان العقوبة شرعت للردع والجزر والاصلاح لذا يجب أن يكون حجمها ملائما لحجم الجريمة وخطورة الجاني.

ث - قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ﴾^(١).

ج - قوله تعالى: ﴿لَعَنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُدَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوْا وَكَانُوا يَعْتَدُونَ، كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾^(٢).

ثانياً - السنة النبوية:

من الواضح أن من وظائف السنة النبوية تأكيد حكم ورد في القرآن الكريم، أو بيان مجمل ورد فيه أو ذكر حكم سكت عنه القرآن صراحة. وهذه الوظائف الثلاث هي المقصودة من قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ...﴾^(٣).

وبناء على ذلك تكون الاحاديث التي نستعرضها بشأن مشروعية الدفاع الشرعي العام الداخلي (الحسبة) كلها مؤكدة لما ورد في القرآن الكريم بهذا الشأن من الايات المذكورة وغيرها.

ومن تلك الاحاديث.

له قوله ﷺ (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، وإن لم يستطع فقلبه، وذلك أضعف الايمان)^(٤).

والمراد بالمتكبر في هذا الحديث هو ترك الواجب أو فعل المحرم. ويؤخذ من هذا الحديث الشريف درجات مسؤولية الانسان عن الامر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وهذه الدرجات اساسها اختلاف الاشخاص المسؤولين عن الامر بالمعروف من حيث المركز

^(١) سورة الحج - الاية: ٤١.

^(٢) سورة المائدة - الايتان: ٧٨، ٧٩.

^(٣) سورة النحل/٤٤.

^(٤) رواه الجماعة الا البخاري، اخرجه مسلم في الايمان حديث (٧٨) ، والترمذي في الفتق باب (١١)، والنسائي في الايمان باب(١٧)، واحمد في مسنده ٢٠/٢ ٤٩.

والقوة والاهلية، واختلاف الاشخاص التاركين للمعروف والقائمين بالمنكر ايضا من الهيشيات المذكورة، واختلاف الزمان والمكان، واختلاف اساليب وطرق للمخالقات نتيجة تطورات الحياة.

وبناء على ذلك لا يجوز للانسان أن يتدخل في امر بمحرف أو نهى عن منكر إذا شعر مقدما بان هذا التدخل سيؤدى إلى نتائج غير محمودة ومضاعفات سلبية بحيث تكون مفسد تدخله اكثر من مصالحه ومنافعه.

وفي أمثال هذه الحالات يقتصر على الاستنكار القلبي الذي وصفه الرسول ﷺ بأضعف الإيمان لكن في نفس الوقت يجب إعلام السلطة العامة بالمنكر الذي شاع حتى تقوم بمعالجته.

وهذا التدرج لا يعنى أن إيمان الساكت للمتنع عن التدخل ضعيف لانه مططر إلى اختيار السكوت بسبب ظروف الحالة وانما يقصد ضعف إيمان المجتمع الذي يسرد فيه الفساد نتيجة عدم التكاتف في دفعه قبل الوقوع ورفعه بعد الحدوث.

ب - قوله ﷺ: ((كلكم راع وكلكم مسؤؤل عن رعيته: الإمام راع ومسؤؤل عن رعيته والرجل راع في أهله وهو مسؤؤل عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيته والمأدم راع في مال سيده ومسؤؤل عن رعيته، الا فكلكم راع وكلكم مسؤؤل عن رعيته))^(١).

ت - قوله ﷺ: ((والذي نفسي بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر وليوشكن الله أن يبعث عليكم عقابا منه ثم تدعونه فلا يستجيب لكم))^(٢) وفي رواية اخرى: ((لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر وليسألن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لهم))^(٣).

ث - قوله ﷺ: ((اياكم والمجوس على الطرقات قالوا: ما لنا بد انما هي مجالسنا نتحدث فيها، قال فإذا ابستم الا ذلك فأعطوا الطريق حقها، قالوا: وما حق الطريق؟ قال:

(١) الحديث متفق عليه: أخرجه البخاري ٣٠٤/١ ومسلم ١٤٥٩/٣.

(٢) أخرجه الترمذي من رواية حذيفة.

(٣) المعجم الاوسط، ج ٢، ص ٩٩، رقم ١٣٧٩.

غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر^(١).
 وهناك مئات من الأحاديث النبوية الأخرى أكدت ما ورد في القرآن الكريم من
 الأمر بقيام كل متمكن بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كل في حدود استطاعته
 وترشدنا إلى مدى أهمية اتباع ذلك حماية لحقوق أفراد المجتمع من عيشتهم بالأمن
 والسلام والاستقرار والطمأنينة والتصدي لكل من يروم استخدام العنف ضد الأبرياء
 وبث الفساد وترك المعروف وارتكاب المنكر.

ثالثاً - الإجماع:

وهو مصدر مؤكد لما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية من حكم الأمر بالمعروف
 والنهي عن المنكر ومن الواضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية في كل عصر مجمعون
 على وجوب العمل بالأحكام التي ينص عليها القرآن والسنة النبوية الثابتة فالحكم
 الثابت بالإجماع في هذه الحالة ليس الإجماع مصدراً له إذا كان ثابتاً بالنص وإنما هو
 مؤكد له لأن الحكم المجمع عليه عادة يكون حكماً اجتهادياً.
 ولا مساع للاجتهاد في مورد النص.

رابعاً - العقل (أو المقول):

يقضي العقل السليم بوجوب إتباع أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية لحسن كل
 ما يأمر به القرآن أو السنة وقبح كل ما ينهى عنه كل من هذين المصدرين الرئيسيين
 والحسن والقبح العقليان مبنيان على نفع ما هو حسن لذاته أو لغيره وقبح ما فيه
 ضرر لذاته أو لغيره وجلب النفع ودرء الضرر من مقاصد الشريعة الإسلامية ومن
 مصالح الأسرة البشرية.

فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من أهم مسؤوليات كل فرد تجاه مجتمعه إذ لو
 أهملت هذه المهمة الخطيرة لعمت الرذيلة وسادت الفوضى وانتشر الفساد، ولو طبقت
 سادت الفضيلة وزهقت الرذيلة وعم الأمن والاستقرار والطمأنينة والراحة النفسية
 لكل فرد. ومن البدهي أن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية التكافل بين أفراد
 كل مجتمع في جميع المجالات

^(١) متفق عليه صحيح مسلم .

المبحث الثاني عناصر الحسبة

عناصر كل شيء هو ما يتوقف عليه هذا الشيء. في الذهن وخارج الذهن فإذا كان العنصر الموقوف عليه جزءاً لما يتوقف عليه يسمى ركناً والا فيسمى شرطاً وعلى هذا الأساس تكون عناصر الحسبة أما من الأركان أو من الشروط.

أركان الحسبة:

الحسبة التي هي عبارة عن نظام الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تتطلب توافر أربعة أركان وهي:-

- ١- المحتسب: وهو الشخص الذي يتولى مهمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
- ٢- المحتسب عليه: وهو الشخص الذي يترك المعروف أو يعمل المنكر.
- ٣- المحتسب فيه: وهو المنكر الذي يتمثل في ترك الواجب أو فعل المحظور.
- ٤- الاحتساب وهو عبارة عن مساءلة من ارتكب فعل المحظور أو ترك الواجب بتوجيهه إلى طريق الصواب، وتحمله تبعات فعله للمنكر وتركه للواجب. ولكل ركن من هذه الأركان شروط خاصة.

شروط المحتسب:

- يجب أن يتوفر في المحتسب شروط أهمها:-
- ١- أن يكون عالماً بمعايير التمييز بين المعروف والمنكر والحجج والشر والصالح والطالح والصحيح والفاقد لان الأمر بالشيء، أو النهي عنه يلزم أن يكون بعد معرفة حقيقته وطبيعته وتكليفه والا أصبح ضالاً ومضلاً.
 - ٢- أن يملك مؤهلات التكليف بان يكون بالغا عاقلاً مسلماً في الأمور الدينية وعادلاً اهلاً للاجتهاد في ما يستوجب الاجتهاد.
 - ٣- أن يكون نفسه قائماً بالمعروف ممتنعاً عن المنكر ويتعجب آخر أن يطبق على نفسه أولاً ما يقوله للناس من اتباع المعروف واجتناب المنكر والا لكان ممن يقول في حقهم

سبحانه وتعالى: ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْهَوْنَ عَنْفُسَكُمْ وَأَنْتُمْ تَحْسَبُونَ أَنَّ الْكِتَابَ أَفْلاً تَعْلَمُونَ﴾^(١) فعلى كل مرشد للناس ان يكون سلوكه مستقيماً والسلوك المستقيم هو ان يطبق ارشاداته على نفسه اولاً وعلى أسرته ثانياً، ثم يحاول تطبيقها على غيره، وبخلاف ذلك لا ينتج جهده في مجال الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ثمرة ومن مقولات الحكماء: (ظل الاعوج اعوج مثله).

إضافة إلى مسؤوليته امام الله وهو يخاطبنا بقوله:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(٢)

عالم القدرة على القيام بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهذه القدرة تختلف باختلاف حجم خطورة الواقعة من ترك المعروف أو عمل المحظور، أي أن القدرة المطلوبة في هذا المجال نسبة تختلف باختلاف الشخص المرتكب لترك الواجب أو فعل المحرم وباختلاف طبيعة المحتسب فيه، كما تختلف باختلاف الزمان والمكان والاعراف المحلية والتقاليد وهو ذلك.

شروط المحتسب عليه:

المحتسب عليه هو الشخص الذي يترك المعروف أو يرتكب المنكر سواء أكان شخصاً معنوياً أم طبيعياً ذكراً أم أنثى كجاء أم صغراً عاقلاً أم مجنوناً وإذا كان مصدر المنكر حيواناً فيكون المسؤول عنه هو صاحبه ولكل شروطه كالاتي:-

١- إذا كان شخصاً معنوياً - كالدولة - فيشترط أن تكون سياسته الداخلية والخارجية مبنية على المصالح العليا التي تقدم الشعب فإذا تمثلت هذه السياسة في ترك معروف (أي ما هو ضروري للشعب) أو عمل منكر مضر بمصلحة المجتمع يجب على الشعب الوقوف ضد هذه السياسة عن طريق الوسائل المقروءة والمرئية والمسموعة فإن لم يفسد كل من ذلك يجب تغيير هذه السياسة باليد ولا يجوز الاكتفاء بأضعف الإيمان.

(١) سورة البقرة - الآية: ٤٤.

(٢) لام الجر داخله على ما الاستفهامية وحذف الفهاوالمقت القبح وزواج المقت هو أن يتزوج الرجل امرأة ابيه بعده كما في العادة الجاهلية قبل الإسلام.

(٣) سورة الصف - الايتان: ٢-٣.

وجدير بالذكر أن القرآن المستور الخالد لم يمد طبيعة نظام الحكم بل ترك ذلك لمتطلبات الحياة في كل زمان ومكان.

لكن نص على الركائز الدستورية الرئيسة لنظام الحكم وهي العدل^(١) والمساواة^(٢) والشورى^(٣) وطاعة النظام الصالح^(٤) وأشار إلى بعض صفات القائد في قوله تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَتَوَكُّتُمْ وَتَوَكَّلْتُمْ عَلَى اللَّهِ فَأَغْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾^(٥).

يستنبط من هذه الآية ضرورة توافر الشروط الآتية في قائد الأمة:

أولاً: على قادة الامم الاقتداء بسيدنا محمد ﷺ وان يتصفوا بالصفات القيادية الواردة في هذه الآية كما قال سبحانه: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾^(٦).

ثانياً: أن يكون ذا طابع لين في احتكاكه بالغير.

ثالثاً: أن لا يكون قاسياً غليظ القلب.

رابعاً: أن تتغلب فيه صفة العفو على صفة العقاب لان الغرض من العقاب هو الإصلاح فإذا حصل بالعفو يجب اللجوء اليه بدلا من العقاب.

خامساً: أن يكون أهلاً للاجتهاد لا اختيار ما هو الأصح لمجتمعه.

سادساً: أن لا يتخذ القرار بإرادته المنفردة بل يجب أن يكون صنع القرار عن طريق الشورى.

^(١) ومن الآيات الامرة بالعدل قوله تعالى: (أَنْ اللَّهُ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى) سورة النحل: ٩٠.

^(٢) ومن الآيات الدالة على المساواة قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعْرِفُوا) سورة الحجرات: ١٣.

^(٣) ومن الآيات الامرة بالشورى قوله تعالى: (وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ) سورة آل عمران: ١٥٩ وقوله: (وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ) سورة الشورى / ٣٨.

^(٤) ومن الآيات الامرة بالخضوع للنظام الصالح قوله تعالى (أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) سورة النساء: ٥٩ والمراد بأولي الأمر النظام الذي يمثله أو يقوده دون شخصه.

^(٥) سورة آل عمران: ١٥٩.

^(٦) سورة الاحزاب: ٢١.

سابعاً: يجب الاعتماد على الله في كل ما يريد أن يفعله لصالح العام.
 ثامناً: التوكل على الله وهو لا يعني ترك الأخذ بالأسباب بل يجب مباشرة السبب
 أولاً ثم التوكل على الله لأن العالم الذي يعيش فيه الإنسان عالم الأسباب دون
 المعجزات.

٢- إذا كان شخصاً طبيعياً يجب أن يكون أهلاً للالتزام وإن يأخذ بما يطلب منه
 المحتسب من القيام بما يجب عليه تجاه الغير من المعروف وإن يكف نفسه عن عمل
 المنكرات وعن الاستمرار عليه.

٣- وإذا كان قاصراً يكون المحتسب عليه وليه أو وصيه ففي البيت المحتسب عليه
 الذي يتحمل مسؤولية ترك الأولاد للمعروف وقيامهم بالمنكر الأبوان ومن يمل عملهما
 في حالة عدم وجودهما وفي المدرسة المعلم.

وعلى كل من الأبوين أو المعلم أن لا يقوم بمنكر أمام الأولاد أو التلاميذ لأنهم يقلدونه
 تلقائياً كما يقلدونه في ترك المعروف فهم قدوة يقتدى بهم من تحت أمرتهم تلقائياً وقد قيل:
 (إذا كان رب البيت بالدف ناقراً فشيمة أهل البيت كلهم الرقص) وعلى كل من الأب والأم
 في البيت والمعلم في المدرسة أن يكون رقيباً أميناً دقيقاً على القاصر الذي يكون تحت
 ولايته وأمرته فإذا أقدم على منكر يجب منعه بكافة الطرق الممكنة الحكيمة البعيدة عن
 الأساليب التربوية الخاطئة حتى لا يحصل لدى هذا القاصر رد فعل سلبي ومضاعفات غير
 عمودة في المستقبل.

شروط المحتسب فيه (ما فيه الحسبة)؛

- وهو كل منكر ظهر فعله وكل معروف شاع تركه ومن أهم شروطه:
- ١- أن يكون مظهراً ومنهياً عنه في ميزان الشرع أو القانون سواء كان المظهر بنص خاص
 أو بقاعدة من القواعد العامة.
 - ٢- أن يكون قائماً بالفعل ومستمراً أو وشيك الوقوع فإذا تم فعل المنكر يقتصر دور
 المحتسب على إخبار السلطة العامة لمعاقبة المحتسب عليه إذا كان المنكر جريمة أو
 الحكم عليه بالتعريض للمضروب إذا كان فعلاً ضاراً مدنياً.
 - وكذا لا يستخدم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالنسبة للأمور المستقبلية إلا عن
 طريق النصح والتوجيه والموعظة الحسنة لمن يتصور أنه سوف يقدم على المنكرات.

٣- ان يكون المنكر ظاهراً للمحتسب بغير تجسس فكل من ستر مصيبة في داره وأغلق بابه لا يجوز أن يتجسس عليه أحد ما لم يكن مضرًا بالمصلحة العامة كاختفاء المجرم أو اخفاء جريمة أو نحو ذلك ففي مثل هذه الحالات يجوز للمصلحة العامة أن يأمر بتفتيش الدار التي أخفى فيها ما هو مضر بالمصلحة العامة بعد إعلان صاحب الدار واستئذان من القضاء واستصحاب من يكون مسؤولاً عن بعض مصالح للمنطقة كالمختار أو غيره من شخصيات المحلة ولا يجوز دخول دار الغيب بدون استئذان مسبق من صاحبها لأن المسكن هو المكان الذي يقيم فيه الانسان على وجه معتاد بصفة دائمة أو مؤقتة وللمساكن الخاصة حرمة في الإسلام فلا يجوز دخولها الا لضرورة.

وحرمة المسكن في حقيقتها تكملة للحرية الشخصية وقد نص القرآن على حق حرمة للمسكن في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾^(١). وبذلك جعل الله البيوت سكناً يفتن اليها الناس فتسكن فيها قلوبهم وتطمئن نفوسهم ويأمنون على عوراتهم وحرمانهم.

وعبر القرآن عن الاستئذان بالاستئناس وهو تعبير يسوي بلفظ الاستئذان ولطف الطريقة التي يهيء بها الطارق فتحدث في نفوس أهل البيت أنساً به واستعداداً لاستقباله.

وقد حرم القرآن التجسس على الغيب ما لم يكن في سبيل المصلحة العامة ووجود خطر خفي يجب التعاون في اكتشافه فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾^(٢) وما تقوم به القوات المسلحة العراقية من الجيش والشرطة بالتعاون مع قوات التحالف من مداخلة البيوت^(٣) والدخول فيها بعد التسلق وكسر الأبواب بدون علم صاحبها وبدون إذن مسبق مخالف للشرعية الإسلامية والقوانين والأعراف الدولية والداخيلية وإعلانات حقوق الإنسان.

(١) سورة النور: ٢٨، ٢٧.

(٢) سورة الحجرات: ١٢.

(٣) منذ سقوط نظام حكم البعث برئاسة صدام حسين في ٩/٤/٢٠٠٣ أصبح العراق محتلاً من قبل القوات المتعددة الجنسيات وفي مقدمتها القوات الأمريكية والانكليزية.

٤- أن يكون المنكر معلوماً بغير الاجتهاد فالحكم المختلف فيه بين فقهاء الشريعة من الناحية الاجتهادية لا حجة فيه وعلى سبيل المثل ليس لحنفي المذهب أن ينكر على شافعي المذهب الذي ترك البسطة حين الذبح^(١).

شروط الاحتساب:

ومن أهم شروط محاسبة تارك المعروف وفاعل المنكر ما يأتي:

١- أن يكون الاحتساب وفق قوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾^(٢).

٢- أن يكون الاحتساب بالتدرج من السهل إلى الصعب ومن اللينة إلى الشدة كما في المراتب والدرجات الآتية:

أ - تعرف المحتسب بالشيء الذي يريد أن يحاسب غيره عليه ليتبين له هل هو معروف ترك، أو منهي عنه فعل على أن لا يكون هذا التعرف بالطرق غير المشروعة كالتجسس والتدخل في شؤون الغير بدون مجرد أو نحو ذلك.

ب - التعرف: أي على المحتسب تعريف الشيء المحتسب عليه حتى يعرف أن هنالك معروفاً قد تركه أو منكرأً قد ارتكبه لأن الانسان قد يقدم على منكر وهو يجهل كونه منكراً أو يترك معروفاً من جهل أو خطأ أو نسيان.

ت - الاحتساب بالوعظ والنصح والتخويف بالله بالنسبة لمن اقدم على منكر مع علمه بكونه منكراً لقوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾^(٣).

ث - إذا فشل الوعظ والنصح يلجأ إلى التوبيخ والتعنيف بالقول الغليظ الحسن لان النفوس متفاوتة فمنها ما تقبل الوعظ وتمتظ وبالتالي يكف نفسه عن المخالفة ومنها ما لا يعدله إلى الصواب الا بالتهديد والتوبيخ.

(١) ينظر: احياء علوم الدين للامام الغزالي: ٢/٣٢٠.

(٢) سورة النحل: ١٢٥.

(٣) سورة النحل: ١٢٥.

ج - التغيير باليد أي التحول من الكلام إلى الفعل امتثالاً لأمر الرسول ﷺ: ((من رأى منكم منكراً فليغيره بيده))^(١) فإذا لم تنجح الطرق السابقة فعلى المحسب استخدام القوة الملائمة لمن غصب أرض غيره ولم يخرج منها بالوعظ والنصح والتوجيه فيجب إجباره على الخروج بالقوة.

ح - وإذا لم يتمكن المحسب من تنفيذ مهمته بنفسه لا بالقول ولا بالفعل يجب عليه إخبار السلطة العامة بالموضوع في أسرع وقت ممكن.

ومن غش في الميزان أو بيع الرديء بسعر الجيد أو احتكر ما يحتاج إليه المستهلكون فيجب اتخاذ الإجراءات العملية ضد من قبل المحسب نفسه أو بوساطة السلطة العامة لمكافحة تلك المنكرات وأمثالها.

وجدير بالذكر ان مهمة المحسب لا تقتصر على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بل عليه أن يقوم بنفسه بإزالة خلل قائم في علقته أو قريته مثلاً كمن وجد حجراً في طريق الناس فعليه إزالته أو وجد حفرة في بمر عام فعليه إزالتها أو وجد الطالب مثلاً في كليته وساخة مرمية في المرات أو داخل الحديقة فعليه رفعها ومن رأى إثمارة في النهار بدون فائدة عليه إطفائها وهكذا طبقاً لقول الرسول ﷺ: ((أعطوا الطريق حقها قالوا: وما حق الطريق؟ قال غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)).

أساس المحسبة:

نستنتج من العناصر المذكورة أن أساس مشروعية المحسبة هو حماية المصالح العليا في المجتمع والتعاون على البرّ في سبيل تأمين سعادة الأفراد في كل مجتمع يطبق فيه نظام المحسبة بصورة صحيحة ويتعاون صحيح مخلص من قبل جميع أفراد المجتمع وفق قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢).

تطور المحسبة

المحسبة كما ذكرنا نظام ديني وفطري وإنساني عرفتها الشرائع السابقة وأمرت بها كشرعتهي سيدنا موسى وسيدنا عيسى (عليهما السلام) كما يدل على ذلك قوله تعالى:

(١) صحيح مسلم ٤٩ وهو صحيح.

(٢) سورة المائدة: ٢.

﴿لُعِنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسَانِ دَاوُدَ وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوْا وَكَانُوا يَعْتَدُونَ، كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾^(١). وحياة الرسول ﷺ مليئة بالنهي عن المنكرات ومنها في المعاملات المالية ما يأتي:

أ - مرّ على صبرة طعام فادخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: يا صاحب الطعام ما هذا فقال: أصابته السماء^(٢) يا رسول الله فقال الرسول أفلا جعلته فرق الطعام حتى يراه الناس ثم قال: من غشنا فليس منا وإن الغاش ليس بمؤمن^(٣).

ب - نهى عن بيع الفرد وهو كل بيع يتوقع فيه أن يلحق الضرر بأحد العاقدين كبيع المعلوم، وبيع المبيع قبل قبضه، وبيع المجهول، وبيع ما لا يقدر البائع على تسليمه للمشتري، وما لم يتم ملك البائع عليه كالمال المتنازع فيه، وبيع اللجن في الضرع، وبيع جنين الهيوان وغير ذلك.

ت - ونهى عن البيع على بيع الفجر فقال ﷺ ((لا يبيع بعض على بيع بعض))^(٤) كان يقول لمن اشترى شيئاً في مدة الخيار أفسخ هذا البيع وأنا أبيعك بأرخص من ثمنه أو أجود منه بثمنه وكذلك الشراء على شراء أخيه كأن يقول للبائع في مدة الخيار أفسخ هذا البيع وأنا اشتريه منك بأكثر من هذا الثمن: وأساس النهي عن ذلك هو إلحاق الضرر والأذى بالبيع دون مبرر.

ث - ونهى عن تلقي الركبان وبيع حاضر لباد وعن التصرية فقال ﷺ: ((لا يلتقي الركبان)^(٥) لبيع، ولا يبيع بعضكم على بعض ولا تناجشوا^(٦) ولا يبيع حاضر

(١) سورة المائدة: ٧٨-٧٩.

(٢) أي المطر.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الايمان رقم (١٦٤) وأبو داود في كتاب البيوع رقم (٥).

(٤) صحيح مسلم: ١١٥٣/٣ رقم الحديث (١٥١٧).

(٥) تلقي الركبان: هو أن يستقبل الحضري البدوي قبل وصوله إلى البلد ويهيمه بكساد ما معه كذبا ليشتري منه سلعته بالكس (التقص) وأقل من ثمن المثل.

(٦) أصل النجش الاستشارة ومنه نجشت الصيد إذا استترته سمى الناشج في السلعة بهذا الوصف لأنه يشو الرغبة فيها ويرفع ثمنها لا ليشتريها وإنما ليخدع المشتري حتى يشتريها بأكثر من قيمتها الحقيقية.

لباد^(١) ولا تُصروا^(٢) الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها فان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر^(٣).

وغير ذلك من آلاف التصرفات والوقائع نهى عنها الرسول ﷺ لما فيها من الضرر والفساد وشرع الله يأبى إلحاق كل ضرر أو أذى بالغير بدون ما يبرره.

واتبع سنة الرسول ﷺ الخلفاء الراشدين وسائر الصحابة والتابعون وكانوا يحاسبون الناس على تركهم للمعروف وقيامهم بالمنكر أيا كان هذا التارك أو القائم حيث لا توجد الحصانة في نظام الإسلام فهذا رسول الله ﷺ ينهى عن الأخذ بفكرة الحصانة بالنسبة لأقرب أقاربه بنته فاطمة رضي الله عنها عندما دخلت قریش الإسلام وأرادوا أن يستثنوا بعضا من أصحاب المراكز الاجتماعية أو السياسية أو نحو ذلك قال لهم النبي ﷺ: ((إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها))^(٤).

ولما تولى أبو بكر الصديق الخلافة قال في أول خطابه الموجه إلى المسلمين: اطيعوني ما اطعت الله فان عصيت فلا طاعة لي عليكم.

وقال الخليفة الثاني عمر بن الخطاب في بداية خلافته: ايها الناس من رأى منكم في أعوجاجاً فليقومه. فقام احد من الحاضرين فقال: والله لو رأينا فيك أعوجاجاً لقومناه بسيوفنا. فقال عمر: الحمد لله الذي جعل في أمة محمد من يقوم أعوجاج عمر بالسيف^(٥).

وكان عمر بن الخطاب اول من طبق قانون (من اين لك هذا) وكان إذا ولي شخصا ادارة امود الناس احصى ماله وعزله من عمله إذا أثرى اثناء توليه الولاية.

(١) كان يقول من هو من سكان الحضر (البلد) لصاحب السلعة انا أقوم ببيعها وفلسفة هذا النهي هو ان مثل هذا البيع يضر بالمستهلكين لأن البادي يبيع سلعته أو محصوله الزراعي للمستهلكين بأرخص مما يبيعه به الحضري.

(٢) التصرية في اللغة الجمع والمراد هنا: لا تجمعوا اللبن في ضرعها عند إرادة بيعها حتى يكبر ضرعها فيظن المشتري ان كثرة لبنها عادة مستمرة.

(٣) صحيح مسلم: ١١٥٥/٣.

(٤) صحيح البخاري، ج ٣، ص ١٢٨٢ / رقم ٣٢٨٨ و صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٣١٥، رقم ١٦٨٨.

(٥) عمر بن الخطاب قاضيا ومشرعا للاستاذ محمد عارف مصطفى فهمي نشر مكتبة الانجلو المصرية

وكان يتجول ليلاً في المدينة المنورة ليأمر بمعروف ويُنهي عن منكر فظهرَ ففسي ليلة مع النساء. تجواله امرأة تنشد هذه الايات:

تطاول هذا الليل وأزود جانيه^(١)
وليس إلى جنبي خليل الاعبه^(٢)
فوالله لولا الله لا شيء. غيره^(٣)
لزعزع^(٤) من هذا السرير جوانبه
خافسة ربي والحيا. يكفني
وأكرم بعلي ان تنال مراكبته

ثم سأل عن شؤون هذه المرأة فقيل ان زوجها ارسل للجهاد وهي الان بعيدة عنه فسأل بنته حفصة كم تصبر المرأة عند غياب زوجها قالت سبحان الله، مثلك يسأل مثلي هذا السؤال؟ قال الامر يتعلق بمصالح الناس فقالت شهرين، وفي الثالث يقل صبرها وفي الرابع ينفذ الصبر فكتب إلى امراء الاجناد الآتبعوا رجلاً عن امراته أكثر من أربعة اشهر^(٥).

تطور العصبية من التطوع إلى الولاية:

كان المسلمون في صدر الإسلام يفتشون طوعاً عن شؤون المجتمع في سبيل الله وبطريقة انفرادية غير رسمية فاذا وجدوا معروفاً ظهر تركه امروا به أو منكرأ شاع فنهوا عنه كل حسب قدرته، وأستمر الامر على هذا النمط إلى ان تطورت الحياة وتعقدت الظروف وتنوعت الحاجات الاجتماعية بعد ان اتسعت رقعة الدولة الاسلامية وزاد عدد سكانها وتنوعت الثقافات والمشارب اثر اعتناق اقوام من غير العرب للإسلام وهم يختلفون في عاداتهم وتقاليدهم وفلسفتهم في النظر إلى الحياة ووجدت الدولة الاسلامية نفسها مضطرة لتنظيم الحياة العامة للمجتمع باستحداث مؤسسات تكفل السير الطبيعي لمراقت الحياة العامة

(١) أي انصرف وعذل. وفي رواية واسود جانبه.

(٢) وفي رواية: وطال علي أن لا خليل الاعبه.

(٣) وفي رواية: فوالله لولا خشية الله وحده.

(٤) زعزع: أي حركة شديداً.

(٥) ينظر المعنى لابن قدامة ٣٠١/٧.

وإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل الاجتماعية التي نجمت عن جراء ذلك التوسع والتطور فكانت ولاية المحسبة من بين تلك المؤسسات التي فرضتها الظروف المستجدة والتي جاءت لتسهم في حياة المجتمع وضمان تطبيق القواعد الشرعية والقانونية بشكل سليم وانيطت ولاية المحسبة للموظفين التابعين للدولة، واطلق على الموظف الذي يتولى بصورة رسمية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مصطلح (المحتسب) وقد فوض المحتسب من قبل ولي الأمر بان يقوم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر نيابة عن الهيئة الاجتماعية^(١) وهو يقوم بذلك باسم كل أفراد المجتمع إذ لم تعد الظروف الاجتماعية الجديدة تسمح بالقيام بهذه المهمة بمفرده ومن تلقاء نفسه أو ان يترك ذلك للأفراد ان شاؤا فعلوا وان لم يشأوا ركنوا إلى الصمت حسب أهوائهم ومصالحهم.

ولكن هنا لا يعني رفع مسؤولية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عن بقية الناس من سائر أفراد المجتمع بل ظلت المحسبة مفهوماً عاماً فرض كفاية على كل متمكن من الناس بناء على النصوص العامة في القرآن والسنة النبوية دون التفرقة بين المتطوع والموظف غير ان فقهاء الشريعة الاسلامية يفرقون بينهما بميزات منها ما يأتي^(٢):

١- المحسبة أصبحت واجباً عينياً بالنسبة لمن يتولاها بأمر من السلطة العامة وظلت فرض كفاية بالنسبة لغيره.

٢- بالنسبة لمن يعين لهذه المهمة من قبل السلطة العامة يجب عليه ان يتفرغ لها ولا يجوز له ان ينشغل عنها بعمل آخر خارج المحسبة بخلاف غيره، فله حرية الانشغال بعمل آخر إضافة إلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٣- على المحتسب الموظف ان يبحث عن المنكرات الظاهرة ليصل إلى انكارها ويفحص عما ترك من المعروف الظاهر ليأمر باقامته بخلاف من لم يعين لهذه المهمة.

٤- للمحتسب المعين ان يتخذ على انكار المنكرات اعواناً يساعده في ذلك ليكون اقدر والهر بخلاف غيره.

٥- للمحتسب الرسمي سلطة عقاب تارك المعروف وفاعل للمنكر دون غيره وفي رأينا ان

(١) دور المحسبة الشرعية وجهاز الادعاء العام في حماية الهيئة الاجتماعية للاستاذ فتحى عبد الرضا الجوارى ص ٣٧.

(٢) الاحكام السلطانية للمارودي (أي الحسن علي بن محمد) (ت ٤٥٠هـ) ص ٢٨٤-٢٨٥ ط ٢- ١٦٦/٢ مصطفى البايي.



لغيره هذه السلطة ايضا في حالة غياب السلطة العامة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

٦- للمحتسب الرسمي مرتب من بيت المال (الحزانة العامة) دون غيره لكن نرى ان الغيب يجب ان يكافا إذا قدم خدمة للمصلحة العامة عن طريق امره بالمعروف أو نهيه عن المنكر لقوله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾^(١) وهناك فروق اخرى لا مجال لاستعراضها.

^(١) سورة الرحمن: ٦٠.

المبحث الثالث

الموازنة بين الحسبة والمصطلحات ذات الصلة

الحسبة والقضاء:

ان واجبات المحتسب ومهامه متنوعة وهي في مجملها تهدف إلى ضمان السمع الطبيعي لفواصل الحياة الاجتماعية وتلك الواجبات ذات طابع اداري مع اختصاص قضائي وهي ذات طابع وسط بين نظام القضاء ونظام المطالم.

الموازنة بين الحسبة والقضاء:

الحسبة تتفق مع القضاء من وجهين، وقاصرة عنه من وجهين وزائدة عليه من وجهين:
 أولاً: وجهها الاتفاق:

الوجه الأول: للمحتسب كالقاضي ان ينظر في الدعاوي الثلاث الآتية:

١- فيما يتعلق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن.

٢- فيما يتعلق بفش أو تدليس في المعاملات.

٣- فيما يتعلق بالمطل وتأخير الوفاء بالديون المستحقة.

الوجه الثاني: للمحتسب كالقاضي اجبار المدعي عليه على رد حق المدعى إذا كان ثابتاً باقراره واعترافه كاجبار الفاصب على رد المصروب للمصروب منه واجبار السارق

على رد المسروق للمسروق منه ونحو ذلك لان تأخير رد الحق لصاحبه من المنكرات

ثانياً: وجهها قصور الحسبة عن القضاء

احدهما: قصور الحسبة عن سماع عموم الدعاوي الخارجة عن ظواهر المنكرات كالدعاوي التي تحتاج في اثباتها إلى الادلة لان المحتسب لا ينظر الا إلى منكر ظهر فعله.

والثاني: ان الحسبة مقصورة على الحقوق المعترف بها دون ما يدخله التنازع التجاحد والتناكر فلا يجوز ان ينظر فيها بخلاف القاضي لان من اهم وظائف القاضي حسم

المنازعات عن طريق الدعاوي والبيانات.

أحدهما: يجوز لناظر الحسبة ان يتعرض تلقائيا لتصفح ما يأمر به من معروف ظهر تركه وينهى عن منكر ظهر فعله دون حاجة إلى اقامة دعوى من خصم أو الادعاء العام بخلاف القاضي فليس له النظر في تلك الدعاوى الا بناء على طلب الخصم أو الادعاء العام.

والثاني: لناظر الحسبة سلطة القدرة والقهر والشدة فيما يتعلق بالمنكرات بخلاف القاضي لان وظيفة الحسبة تتطلب الرهبة فلا يكون خروج المحتسب بالسلطة والغلظة تجاوزاً فيها ولا خرقاً، بينما القضاء موضوع للمناصفة فهو بالاناسة والوقار احق وخروجه عنهما إلى سلطة الحسبة تجاوز وخرق لان موضوع كل واحد من الرظيفتين مختلف فالتجاوز فيه خروج عن حده^(١).

الحسبة وولاية المظالم:

ولاية المظالم إحدى الولايات العامة في الإسلام وهي ذات صلة بالحسبة بعد تطورها^(٢).
الولاية: لغة النصرة مطلقاً، واصطلاحاً نصرة المظلوم لاعادة الحق إلى مجراه الشرعي.
المظالم: جمع مظلوم، والمظلم لغة وضع الشيء في غير موضعه، واصطلاحاً التجاوز على حق الغير قصداً وبدون مجبر^(٣).

مشروعية ولاية المظالم:

مصادر مشروعية هذه الولاية القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والمعتقول وأقوال وأعمال الخلفاء الراشدين.

١- القرآن للكروم: وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم بشأن تهريم الظلم ووجوب رفعه قبل الوقوع ورفعه بعد الوقوع على كل متمكن من ذلك ويوجه خاص على المسؤولين عن حماية حقوق الناس ومن تلك الآيات:

(١) الاحكام السلطانية للقاضي ابي يعلى محمد بن الحسين الحنبلي (ت -٤٥٨هـ) ط ١٩٦٦/٢ نشر مصطفى البابي ص ٢٨٥.

(٢) أي تطود الحسبة من حالة التطوع إلى حالة الولاية.

(٣) مختار الصحاح للرازي مادة ظلم.

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ ضَالًّا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ﴾^(١)
 وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ قِيلَ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا ذُوقُوا عَذَابَ الْخُلْدِ هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَّا بِمَا كُنْتُمْ
 تَكْسِبُونَ﴾^(٢).

ب . للمصحة الذهبية: وقد ورد بشأن تفرم المظالم ووجوب ازالتها احاديث كثيرة وهي
 مزودة لما ورد في القرآن الكريم ومنها قول الرسول ﷺ ((انصر اخاك طالما لو
 مظلوماً))^(٣) نصرة المظالم تكون بمنع من الظلم ونصرة المظلوم بمنع الظلم عنه
 واسترداد حقوقه المخصوصة من قبل المظالم.

ج . الإجماع: لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في ان كل حكم ينص عليه القرآن
 الكريم لو يشبث بسنة ثابتة عمل مشروع يجب العمل بمقتضاه.

د - العقل: العقل السليم يقضي بالتعاون والتكافل والتضامن في سبيل البر والوقوف
 ضد كل فساد في الارض والقيام بإزالة الضرر.

هـ . اقوال والعمال الظالمين والواشدين وفي ما يأتي نماذج منها:

١- من اقوال الخليفة الأول سيدنا ابي بكر الصديق ﷺ حين تولى الخلافة (الضعيف
 فيكم قوي عندي حتى آخذ له حقه، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق
 منه)^(٤).

٢- من اقوال الخليفة الثاني سيدنا عمر الفاروق ﷺ، وهو يخاطب المناطق الخاضعة
 للحكم الاسلامي (اني لم استعمل عليكم عمالاً (الموظفين المسؤولين) ليضربوا
 ايشاركم)^(٥) وليشتوا اعراضكم وياخذوا اموالكم ولكن استعملتهم ليعلموكم
 كتاب ربكم وسنة نبيكم فمن ظلمه عامل مظلمة فلا إذن له على يرفعها إلى
 حتى اقصه^(٦) منه)^(٧).

(١) سورة ابراهيم: ٤٢

(٢) سورة يونس: ٥٢ .

(٣) كتب و رسائل و فتاوى ابن تيمية في الفقه ، ج ٣٥ ، ص ٩٤ .

(٤) الطبقات الكبرى لابن سعد ١٨٧/٣ .

(٥) البشر طاهر جلد الانسان .

(٦) أي آخذ منه القصاص .

(٧) الادارة الاسلامية للأستاذ محمد كرد علي ص ٣٣ .

٣- من قضاء الخليفة الثالث سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه حكمه بتوريث تماضر زوجة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته رغم وقوع طلاقها طلقة بانة وذلك معاملة بنقيض قصد السيئ لان من يطلق زوجته في مرض الموت ^(١) يفسر طلاقه بان المقصود منه حرمان الزوجة من الميراث.

وأساس هذا الحكم اصول ثلاثة:

أحدها: الاخذ بالقاعدة الشرعية القاضية بانه يعامل الشخص بنقيض قصده السيئ.

الثاني: الاخذ بقاعدة سد الذرائع أي منع الوسيلة المشروعة إذا قصد بها غاية غير مشروعة.

والثالث: السياسة الشرعية.

وقد اجمع على هذا الحكم اجماعاً سكوتياً فقهاء الصحابة ^(٢) كما اجمع فقهاء الشريعة - باستثناء الظاهرية ^(٣) - على هذا الحكم لكنهم اختلفوا في التفصيل ^(٤) وقد اخطأ المشرع العراقي في القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت في قانون الاحوال الشخصية ^(٥) المادة (٢/٣٥) ^(٦).

^(١) هو المرض الذي يفضي إلى الموت غالباً.

^(٢) في المغني لابن قدامة (عبدالله بن احمد) المقدسي ٣٣٠/٦: (ولنا - أي دليلاً - ان عثمان رضي الله عنه وورث تماضر بنت الأصيب الكلبيّة من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرض موته فبنتها (أي طلاقاً باناً) واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعاً ولم يشبّه عن علي ولا عبدالرحمن خلاف في هذا) ثم يضي صاحب المغني قائلًا (ولان هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعومل بنقيض قصده كالقاتل القاصد استتجال الميراث يعاقب بمرمانه).

^(٣) الهلى لابن حزم الظاهري ٢١٨/١٠ وما يليها.

^(٤) يرجى مراجعة مؤلفنا الطلاق في جميع الشرائع والقوانين والاعراف خلال أربعة آلاف سنة.

^(٥) رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

^(٦) نص المادة (٢/٣٥) لا يقع طلاق الاشخاص الاتي ببيانهم:

١- السكران والمجنون والمعته والمكره ومن كان فاقد التمييز من الغضب أو مصيبة مفاجئة أو كبير أو مرض.

٢- المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته.

٤- من قضاء الخليفة الرابع سيدنا علي (كرم الله وجهه) ما روى من انه مرَّ بسط الفرات فإذا كَدَس طعام الرجل من التجار حبسه ليفلي به، فأمر به فأحرق^(١) وقال حبيش: أحرق لي علي بن أبي طالب بيادر بالسواد كنت احتكرها لو تركها لربحت فيها مثل عطاء الكوفة^(٢).

صلاحيات والي المظالم:

وهي كثيرة لا مجال لذكر كلها ومنها ما يأتي:

- ١- مراقبة اعمال الموظفين والمسؤولين عن الامور الادارية في المناطق الخاضعة للحكم الإسلامي ومنعهم من التعامل غير المشروع مع الرعية.
- ٢- رد الأموال المقتضية والمسروقة والمنهوبة إلى اصحابها الشرعيين.
- ٣- الأمر بتنفيذ الاحكام القضائية دون تأخير.
- ٤- تصفح احوال كتاب الدواوين لانهم ائمة المسلمين.
- ٥- النظر فيما عجز عنه الناظر من الحسبة في المصالح العامة^(٣).

اقترح حذف الفقرة الثانية لان عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت إذا كان فاقد التمييز فانه ورود الفقرة الاولى، وإذا كان لحماية حقوق الزوجة فان جميع حقوقها مضمونة بالشروط الآتية:

- ١- ان يكون الطلاق في مرض الموت.
- ٢- ان يموت في هذا المرض ولو بسبب آخر.
- ٣- ان لا يكون الطلاق بسبب من الزوجة ولا بطلب منها.
- ٤- ان يكون بعد الدخول (ولم يشترط الاباضية هذا الشرط) لكن اختلف الفقهاء في مدى سقوط حقها في الميراث.

- ١- قال الحنفية إذا مات الزوج وهي لا تزال في العدة.
- ٢- قال الامامية ما لم تمضي على الزواج سنة ما لم تتزوج.
- ٣- وقال الحنابلة ما لم تتزوج.
- ٤- وقال المالكية والاباضية ترث مطلقاً لان الحكم يدور مع علته وجوداً أو عدماً والعلّة لا تسقط بالاسباب المذكورة.

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للامام حسين بن احمد ٤/٥٨٥ ط/١٩٦٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الاحكام السلطانية للمواردي للمرجع السابق.

٦- النظر في الشكاوي التي ترفع اليهم عن يشعر بعدم عدالة حكم القضاء ومن نماذج ذلك الشكاوي التي رفعتها امرأة إلى سيدنا علي بن ابي طالب عليه السلام في قضية مهائيه نظمها الشيخ معروف النودهي في الابيات الآتية:

وكالركابية وهي عرس واخوة لمن حواه الرمس ^(١)

عدهم عشرة واثنان	والسدة والاخت وابنتان
فيها ثلاثة مع الثانية	فضريت اولاهما في الثانية ^(٣)
لكنها تصح من ستمائة	فاستكملت سهامها تلك الفنة
وذلك في عهد علي وقامت	ثم إلى قاضي شريح رفعت
ويعد ان جعلها من ست	مائة اعطى واحدا للاخت
فاقبلت هو ابي تراب ^(٢)	ودجله اذ ذلك في الركاب
قالت اخي مات وعندما هلك	ستمية من الدنانير ترك
ولي بدينار شريح قد حكم	وقد اتيت اشتكي مما ظلم
قال لعسل حين ذاق حنقه	عصابة ^(٤) سواك خلى خلفه
وعذم كما مضى قالت نعم	فقال بالحق قضى وما ظلم

(١) القبر.

(٢) كنية علي (كرم الله وجهه) كناه بها رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(٣) خلاصة هذه المسألة هي ان رجلاً توفي وانصرت ورثته في زوجة وبنتين وام واخت واثنان عشر اخا للزوجة الثمن ٨/١ لوجود الفرع الوارث (البنتين) وللبنتين ثلثا ٣/٢ وللام السدس ١/٦ وللأخوة والاخت الباقي للذكر مثل حظ الانثيين اصل المسألة من (٢٤) لان القاسم المشترك للمقاصات المذكورة هو هذا العدد الحاصل من ضرب (٣) وهو مقام نصيب البنتين في (٨) وهو مقام نصيب الزوجة وللزوجة (٣) وللبنتين (١٦) وللام (٤) يبقى سهم واحد للأخوة والاخت وعندهم بعد اعتبار كل أخ اختين (٢٥) فلا يقبل القسمة عليهم فيضرب عددهم في أصل المسألة (٢٤×٢٥) = ٦٠٠ = للزوجة ٧٥ وللام ١٠٠ وللبنتين ٤٠٠ يبقى لكل أخ سهمان وللأخت سهم واحد.

(٤) بكسر العين أي جماعة (٤) أي عدهم علي لانه عرف عدد الورثة من نصيب الأخت.

تكيف الحسبة بانها وسط بين نظام القضاء ونظام المقالم وينفق النظامان في امور ومنتلفان في امور اخرى.

أ - من اوجه الشبه: ١- كل منهما قائم على القوة والرهبة والصرامة في الحق والشدة

والعنف لكي لا يكون هناك خروج على المقالم في المجتمع.

٢- لكل منهما ممارسة اختصاصاتهما وصلحاياتهما تلقائيا بدون

حاجة إلى متظلم أي لهما ان يبعثا عن الطرق والاسباب التي

تؤدي إلى دفع الضرر عن الافراد وتطبيق الامن والامان ورد

العدوان وازالة الاضرار.

ب - من اوجه الاختلاف: ١- لناظر المقالم ان ينظر من جميع الموضوعات التي تعرض عليه

بجلاف المحتسب فان صلاحياته محدودة كما سبق.

٢- لناظر المقالم ان يتدخل في شؤون المحتسب وان ينظر في

القضايا التي يعجز المحتسب ان يبت فيها دون العكس.

الموازنة بين نظام المقالم والقضاء:

ينتفان في بعض اوجه ومنتلفان في بعض امور اخرى.

أ - اوجه الشبه: ١- كل منهما يستهدف اقامة العدل بين الناس.

٢- لكل منهما الحق في ان يصدر حكما فيما يرفع إليه وان

يستخدم الطرق التي توصله إلى معرفة الحق.

٣- لكل منهما الاستعانة بالموظفين الذين يكونون تحت امرته.

ب - لوجه الاختلاف: ينتلفان في امور منها:

١- تمتع ناهر للمقام بقوة وهيبة لا يملكها القاضي.

٢- ناهر المقالم مجال سلطاته اوسع من القاضي في الوصول إلى

معرفة الحق لان القاضي يتلبد في اثبات حق المدعي بطرق محددة

منها رفع الدعوى واثباتها بالبيينات.

٣- لناظر المقالم السلطة في تأديب من بان عدوانه وظهر ظلمه

بينما لم يدخل ذلك في سلطة القاضي انذاك.

يعتبر الادعاء العام تطوراً للحسبة حيث انها مرت بتطورات آخرها نظام يسمى الادعاء العام لكن هذا التطور لا يعني حلول الادعاء العام محل الحسبة بل مسؤولية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تبقى فرض كفاية على كل بالغ عاقل متمكن من الامر بما فيه من خير الفرد والمجتمع والنهي عن المنكرات والتعاون مع السلطة العامة في مكافحة الاجرام والفساد ووضع حد لكل من تسول له نفسه ان يبث الفساد وذلك بمقتضى النصوص العامة في القرآن الكريم والسنة النبوية فيجب العمل بموجبها في كل زمان ومكان ما دامت الحياة باقية على كوكب الارض.

وللصلة الوثيقة بين الحسبة والادعاء العام نتناول بإيجاز لمحة تاريخية للادعاء العام في العراق.

لم يعرف العراق سابقاً هيئة نظامية لها اسمها واهدافها الواضحة يطلق عليها مصطلح (الادعاء العام) وانما نشأت هذه الفكرة في المنتصف الثاني من القرن التاسع عشر حين كان العراق خاضعاً لحكم الخلافة العثمانية حيث نصت المادة (٩١) من القانون الاساس العثماني الصادر عام ١٨٧٦م على انه: (يجري تعيين مدعين عموميين للدفاع عن الحقوق العامة في الامور الحياتية اما وظائف هؤلاء المدعين ودرجاتهم فتستقر في القانون^(١)).

ثم نظم الفصل الأول من قانون تشكيل المحاكم النظامية الصادر سنة ١٨٨٠م اعمال المدعي العام. وبمقتضى هذا القانون اشترط فيمن يعين مديعاً عاماً ان يتوفر فيه ما يشترط في تعيين القاضي وبعد احتلال العراق من قبل القوات البريطانية ودخولها بغداد عام ١٩١٧ نصت المادة (١٤) من بيان الحكم البريطاني على ان تستمر المحاكم المدنية العراقية على العمل بالقوانين العثمانية ثم أصدرت سلطات الاحتلال قانون اصول المحاكمات الجزائية الذي بدأ نافذاً عام ١٩١٩م^(٢).

وقد اجريت تعديلات متعددة على قانون اصول المحاكمات الجزائية وبموجبها طرأت تغيرات كثيرة على نظام الادعاء العام لا فائدة في استعراضها.

(١) الدكتور رعد الجدة: التشريعات الدستورية في العراق ص ٩١.

(٢) الدكتور عبد الجبار عزم شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ١٢/١.

ثم صدر قانون اصول المحاكمات الجزائية (١) بموجب جعلت هيئة الادعاء العام جهازاً فعالاً ومؤثراً في مسبة العدالة الا ان هذا القانون لم يرتق بجهاز الادعاء العام إلى مضاف الاجهزة المماثلة في الدول الاخرى المتقدمة.

ثم حل محله قانون الادعاء العام المرقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ القائم الذي نص في مادته الأولى على ان هذا القانون يهدف إلى تنظيم جهاز الادعاء العام لتحقيق ما يأتي:

اولاً: حماية نظام الدولة واصنها ومؤسساتها والمحرص على الديمقراطية الشعبية والدفاع عن مكاسب الثورة والحفاظ على اموال الدولة والقطاع الاشتراكي.
ثانياً: دعم النظام الاشتراكي وحماية اسمه ومفاهيمه في اطار مراقبة المشروعية واحتمام تطبيق القانون.

ثالثاً: الاسهام مع القضاء والجهات المختصة في الكشف السريع عن الافعال الجرمية والعمل على سرعة حسم القضايا وتماشي تأجيل المحاكمات بدون مبرر ولا سيما الجرائم التي تعيق مسبة التحولات الاشتراكية.

رابعاً: مراقبة تنفيذ القرارات والاحكام والمعويات وفق القانون.

خامساً: الاسهام في تفرير (٢) التشريعات النافذة لمعرفة مدى مطابقتها للواقع المتطور.
سادساً: الاسهام في رصد ظاهرة الاجرام والمنازعات وتقديم المقترحات العلمية لمعالجتها وتقليصها.

سابعاً: الاسهام في حماية الاسرة والطفولة.

ما ورد في هذه المادة مطابق لما أمر به القرآن الكريم والسنة النبوية ولكن شتان بين التشريع والتطبيق.

الاستنتاج:

يستنتج من عرض ما يتعلق بالدفاع الشرعي الداخلي العام من العناصر والاحكام ان كل ما يتعلق به الأمر بالمعروف والناهي عن المنكر مشروع ببل واجب إذا تحقق التليد والالتزام بمحدود وقيود اداء هذا الواجب.

(١) رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ الذي وضع موضع التنفيذ في ١/٧/١٩٧١.

(٢) في عبارة المادة ورد تعبير (تقييم) وهذا خطأ شائع فالصواب هو (تقويم) ينظر لسان العرب فصل اللاف حرف الميم ٤٠٢/١٥.



الفصل الخامس

الدفاع الشرعي العام الخارجي في ميزان الشرع والقانون

يعد الدفاع الشرعي العام الخارجي سببا من أسباب الإباحة إذا توفرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه.

وتوصيفه بالمخارجي مبني على أساس أن المدون يأتي من خارج البلد غالبا وتوزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين يخصص الأول للدفاع الشرعي العام المخارجي في ميزان الشريعة الإسلامية. والثاني في ميزان القانون الدولي العام.



المبحث الأول

الدفاع الشرعي العام الخارجى في ميزان الشريعة الإسلامية

ويسى هذا النوع من الدفاع الشرعي العام في اصطلاح الشرع الاسلامي جهادا ومن الضروري معرفة موقف الشريعة الاسلامية من هذا الدفاع (أو الجهاد) ليتبين لنا خطأ اتهام هذه الشريعة بأنها دين الإرهاب وانها انتشرت في اقطار وامصار العالم بالسيف وعن طريق استخدام العنف والقوة وهذا الاتهام زور وبهتان ناتج عن جهل غير المسلمين بحقيقة هذه الشريعة في مجال الجهاد وعن التصرفات اللامعقولة من قبل بعض ابناء الإسلام.

فعلى العالم الإسلامي وغير الإسلامي ان يعرف ان هناك حقيقة واضحة وضوح الشمس في نصف النهار وهي ان الإسلام دين السلم وان الاصل في الإسلام هو السلم والحرب استثناء للدفاع عن الحياة والعرض والمال والمصالح الأخرى التي تتعرض للعدوان.

والشريعة الإسلامية منذ صدر الإسلام اقرت في القرآن الكريم وفي السنة النبوية عدم مشروعية الحرب لذاتها لأنها مأساة شنيع تهدر حياة اناس كثيرين وتقضي على الممتلكات وتقلب المهراب والدمار والتعب والجهد والالام.

الحرب شر مستطير ولو كانت ظافرة لانها تجرح شعبا بصورة قاسية فلا المقاطعات المحتلة ولا مليارات الغنائم تستطيع ان تعوض ارواح البشر الضائعة ودموع العائلات الحزينة لكن إذا كانت الحرب شرا من الشرور فانها واقع مرير تحتها سنة الحياة وغريزة التجاوز الكامنة في النفوس البشرية ان اعمال السلم مهما كانت جديرة بالتقدير الا أنها تبقى مدفوعة بدافع الانانية والمصالح الشخصية، فالصناعة والتجارة في العالم توزعان ثروات هائلة لكنهما في نفس الوقت تولدان حب الزيادة والسيطرة والتنافس دون شفقة أو نبل وتسببان قساة قلوب الانسان سواء قلنا انه غير بطبعه والبيئة غير السلمية هي التي تفسده أو قلنا انه شرير بطبعه، والتربية الروحية هي التي تقوم سلوكه سواء اخذنا بهذا أو بذلك فأن هناك قدرا مشتركا متفقا عليه لا يختلف فيه اثنان وهو ان الانسان ميال إلى حب

السيطرة والتجاوز على حقوق الآخرين مما يحتم في كل عصر وفي كل ظرف وجود قوة تلف بوجه الطامعين في حقوق الشعوب والعابثين بأرواح الناس، وتؤدب المتحدين للقيم الانسانية والمبادئ الشرعية والقوانين الوضعية والمواثيق الدولية، وهذه الحقائق في النفوس البشرية نهد ان العالم البشري انقسم منذ الخليقة إلى معسكرين معسكر المحر ومعسكر الشر فالتقت هذه السنة للحياة ان تكون في كل عصر يد حكيمة مدبرة تمسك بالخيوط وتتقود المركب المتزاحم المتصارع إلى شاطئ المحر والاصلاح في نهاية اللطاف فمن هنا تجز فلسفة مشروعية القتال ووجوب التكافل الدفاعي على كل من يملك مكنة المساهمة في هذا الجهاد وكلمما تعرضت الحقوق المحمية شرعا وقانونا لخطر الاعتداء..

وتوزع دراسة هذا الموضوع على اربعة مطالب يخصص الأول لقاعدة الاصل في الاسلام هو السلم والحرب استثناء ، والمطلب الثاني لاسس قاعدة الاصل في الاسلام هو السلم والحرب استثناء. والمطلب الثالث لما يباح وما يحرم في الدفاع الشرعي العام والمطلب الرابع لحكم الرق في الاسلام .

المطلب الاول

الاصل في الإسلام السلم والهرب استثناء

للمقارنة بين الدعوة الإسلامية في الآيات التي نزلت بمكة وبين التحريض على القتال في الآيات التي نزلت في المدينة المنورة كانت مشار شبه وفتنة لكثير من النفوس المريرة فقد خيل اليها انها شريعة قتال جاءت كقاعدة عامة ختمت بها الدعوة المحمدية وانها تشمل انقلابا نهائيا بحيث به آية السلم في الإسلام وقد كتب بعض المستشرقين في الموسوعات الادوية الحديثة فصولا مطولة عن الإسلام وبنوا آراهم تجاه الإسلام على تلك النظريات الخاطئة.

ان الذين كتبوا عن الإسلام وعن الفتوحات الإسلامية من المستشرقين كان يهرونهم الانصاف والدقة والتفكير والاحاطة بما ورد في القرآن الكريم دستور البشرية جمعا. وفي السنة النبوية الشريفة، وفي اقوال الخلفاء الراشدين الذين طبقوا الإسلام بصورة صحيحة، وسيظل التخطيط في القلام هزلا. المجاهدين بواقع الإسلام ما داموا بعيدين عن فهم جوهره والاحاطة بابعاده وستظل هذه المزاعم مستمرة ما داموا يحكمون على الإسلام بتصرفات بعض المسلمين التي تصدر عنهم عن جهل أو عن دس من يدفعهم بأسم خدمة الإسلام من داء ستار حتى وصف الإسلام زورا وبهتانا بأنه دين الإرهاب.

الإسلام ليس دين الارهاب وانما هو دين السماح ودين السلم والمحبة والوفاء والاخوة البشرية.

والارهاب الولد في قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ مُرْتَجِبِينَ بِهٖ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَأَخْرِبِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفِّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(١).

انما المراد به التخويف والمقصود من قوله تعالى: ﴿قُرْهُبُونَ بِهٖ عَدُوَّ اللَّهِ﴾ قولونه به لان عدوكم إذا عرف انت تملك ما يملكه هو من قوة دفاعية أو تكون أكثر منه قوة لا يطمع فيك ولا يهرا أن يعتدي عليك لا من قريب ولا من بعيد وهذه الحقيقة تدل عليها السياسة الدولية العسكرية دلالة واقعية قطعية.

(١) سورة الانفال: ٦٠.

والشريعة الإسلامية مليئة بالشواهد والبراهين على أنها شريعة السلم وانها لا تقر اللجوء إلى القوة الا للدفاع الشرعي ومن تلك البراهين:

١- ان لفظة السلم ومشتقاتها وردت في القرآن الكريم في (١٣٣) آية قرآنية منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اذْخُلُوا فِي السَّلْمِ كَأَنَّهُ لَآ تَشْجِعُونَ خَطَوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ﴾^(١) وبمقتضى هذه الآية يكون اللجوء إلى العنف واستخدام القوة في حل الخلافات والمنازعات اتباعا وتنفيذا لمخططات الشيطان الذي هو من الد اعداء الانسان.

ومنها قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى دَارِ السَّلَامِ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾^(٢) ومنها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ اعْتَرَفْتُمُوهُمْ فَامْسِكُوا إِلَهُكُمْ السَّلْمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا﴾^(٣).

٢- في حالة اللجوء إلى استعمال القوة والدخول في الحرب لغرض الدفاع الشرعي متى ما طلب المعتدي إيقاف الحرب والدخول في المفاوضات وحل المشكلة بالطرق السلمية يأمر سبحانه وتعالى امر حتم والزام باستجابة هذا الطلب ونبذ الحرب واختيار الطرق السلمية فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾^(٤).

٣- امر الإسلام بان تكون التحيات المتبادلة بين الناس صباح مساء حين اللقاءات (السلام عليكم وعليكم السلام) لكن تقليد المسلمين للعادات الغربية غير هذه الطريقة المثلى واحل محلها عادة (صباح الخير ومساء الخير).

٤- فرض الإسلام على كل من يقيم الصلاة ان يقول في صلواته (التحيات لله السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والسلام علينا وعلى عباد الله الصالحين) كما امر بان يمت صلاته بسلامين احدهما على من يكون في جهة يمينه والثاني على من في يساره.

(١) البقرة: ٢٠٨.

(٢) سورة يونس: ٢٥.

(٣) سورة النساء: ٦٠.

(٤) سورة الانفال: ٦١.

حتى يبقى السلام عالقا في ذهنه ومتركزا في دماغه ولا يتفكر يوما ما بالقيام بأي اعتداء ضد غيره من الانسان بل من الكائنات الحية النافعة الابح أو مجرد مشروع.

٥- سميت الشريعة الإسلامية والعمل بمقتضاها اسلاما لان الإسلام مشتق من السلم وتحقق السلم بين افراد بني البشر في مقدمة مقاصد الشريعة الإسلامية اما تطبيقها تطبيقا يتعارض مع السلم والامن الشرعيين فهو من عيوب الذين يقودون هذا التطبيق الخاطى وليس من عيوب الشريعة ذاتها.

٦- الشريعة الإسلامية عدت القتل بغير حق من كبرى الجرائم فقال سبحانه وتعالى في القرآن الكريم: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾^(١)

وقد نهى القرآن الكريم نهيا قاطعا عن القتل بغير حق بدون تمييز بين كون المقتول مسلما أو غي مسلم كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢) ولفظة (النفوس) من صيغ العموم تفيد العموم بسبب (ال) الاستغراق.

٧- الشريعة الإسلامية بعد ان اباحت الدفاع الشرعي حرمت صراحة في عدة آيات التجاوز عن حدود هذا الدفاع واعتبرت المتجاوز معتديا أي ان كل من يدافع عن حق مشروع إذا تجاوز الحد المطلوب لهذا الدفاع ينقلب من كونه مدافعا إلى كونه معتديا على المعتدى من حيث المسؤولية والعقوبة ومن تلك الآيات قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَأَقْرَأُوا اللَّهَ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾^(٣) فليدت هذه الآية الدفاع بان يكون مثل الاعتداء كما وكيفما وامرت بتقوى الله أي المحرف منه في حالة ارادة التجاوز وبينت ان الله يحب المتقين أي الذين يتقيدون بحدود الدفاع خوفا من الله ومنها قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾^(٤) وهذه الآية تبين لنا ان المقاتل في سبيل المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة إذا تجاوز عن الحدود المطلوبة

(١) سورة المائدة: ٣٢.

(٢) سورة الاسراء: ١٥١.

(٣) سورة البقرة: ١٩٠.

(٤) سورة البقرة: ١٩٤.

ينقلب إلى المعتدي وإن الله لا يحب المعتدين ومنها قوله تعالى: ﴿وَأِنْ عَاقَبْتُمْ فَمَا يُؤَا بِئِشْ مَا عَوْبَيْتُمْ بِهِ وَلَسِنَ صَبْرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ﴾^(١).

هذه الآية إضافة إلى النص على المثلية وعدم التجاوز شجعت المعتدى عليه على العفو والصبر على اذى من تجاوز عليه إذا كان للمعتدى من يستحق العطف والرحمة أو يصلح نفسه بدون العقاب.

وقد ورد في القرآن الكريم التشجيع على العفو في آيات قرآنية كثيرة منها قوله تعالى في تعداد صفات المتقين: ﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاهِلِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٢).

٨ القرآن الكريم يأمر الداعية إلى الحق وطريق الصواب بان يتخذ أسلوب الحكمة وسبيل النصح والتوجيه والتوعية ومناقشة الأمور بما هو احسن وافضل من حيث النية والاستدلال بالادلة العقلية والنقلية لاثبات الحقائق وانحاش الطرف المقابل بالواقع الصحيح المفيد فقال سبحانه وتعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ حَقَّ عَلَى سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾^(٣) ثم يتم سبحانه وتعالى كلامه بان الداعية ليس مسؤولا عن تحقيق الغاية وانما عليه بذل العناية لان الله عالم بضلال من ضل سبيل الصواب ويهداية من اهدى وهذه الطريقة هي (بذل العناية دون تحقيق الغاية) وليس هذا بالنسبة للداعية العادية فحسب وانما بالنسبة إلى الانبياء والرسل أيضا وهذه الحقيقة نص عليها القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿فَذَكَرْنَا أَنْتَ مُذَكَّرًا لَسْتَ عَلَيْهِمْ بِمُصَيِّرٍ﴾^(٤) ومنها قوله تعالى: ﴿فَهَلْ عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ النَّبِيِّ﴾^(٥)، ومنها قوله تعالى: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ وَإِنْ تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَمَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ

(١) سورة النحل: ١٢٦.

(٢) سورة آل عمران: ١٣٤.

(٣) سورة النحل: ١٢٥.

(٤) سورة العنكبوت: ٢٢، ٢٠. والخطاب موجهة إلى النبي محمد ﷺ ويشمل كل داعية إلى الهدى.

(٥) سورة النحل: ٣٥.

الْمُؤْمِنِينَ^(١) ومنها قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ...
الآية﴾^(٢) ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ
تُكْرَهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾^(٣) والهمزة في قوله تعالى (أفأنت) للاستهزاء
الإنكاري وهو الوبى من النهي من الناحية البلاغية ومن حيث التأثير.

وفلسفة عدم مشروعية استخدام القوة ضد من يراه دعوته إلى الإسلام هي ان الإيمان
على الراجع يتكون من عنصرين:

أ - العنصر المعنوي:

وهو الاعتقاد الجازم الثابت للطابق للواقع بوجود الله ويصدق محمد ﷺ في رسالته وبيان
القرآن وحي من الله ويكمل ما يتفرع عن ذلك من الإيمان بالمفاهيم.

ب - العنصر المادي:

وهو عبارة عن الأعمال الصالحات، والإكراه إذا سيطر على الأعمال المادية فإنه لا
يسيطر على العنصر المعنوي المكنون في القلب الذي لا يعلمه إلا الله وصاحبه وبنائه
على هذا الواقع فإن الإكراه على الدين بالنسبة لمن لا يقتنع بالعنصر المعنوي يكون
منه شخصاً منافقاً (ازدواجياً) ظاهره خير باطنه والمنافق بالنسبة للمجتمع
الإسلامي أخطر بكثير من يبقى على عقيدته الفاسدة التي يؤمن بها قبل الإكراه.

(١) سورة النور: ٥٤.

(٢) سورة البقرة: ٢٥٦.

(٣) سورة يونس: ٩٩.

المطلب الثاني

أصل قاعدة (الأصل هو السلم والحرب استثناء)

بنى الإسلام قاعدة الأصل هو السلم والحرب استثناء على أسس، منها:

١- وحدة النسب:

نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على ان جميع افراد بنى الانسان اخوة اشقاء واخوات شقيقات لانهم من أب واحد (آدم عليه السلام) وام واحدة (حواء عليها السلام) لينبه الانسان على ان شيمة الاخوة هي التعاون على البر والخير والنفع والتكافل السلمي والاقتصادي والثقافي الاجتماعي لاستثمار خيرات الارض والانتفاع بما خلق لهم من الفضاء والمعادن والكائنات الحية ومن تلك الآيات قول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾^(١) والتقوى طاقة روحية يكتسبها الانسان من اعماله الصالحة تقيه من الشر والسلوك المنحرف وتقربه إلى الخير والنفع العام كما قال الرسول ﷺ ((أفضل الناس أنفعهم للناس)).^(٢)

٢- وحدة المعدن:

نص القرآن الكريم في آيات متعددة على ان المعدن الذي خلق منه الانسان ويخلق منه هو التراب ومن البدهي ان التراب متواضع يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالارادة ، فالمفروض ان يكون المخلوق من المتواضع متواضعا أيضا في طبيعته ولان كل شي، يرجع إلى أصله ولان التواضع فضيلة والتكبر والانانية رذيلة.

كذلك المفروض انه كلما ازداد الانسان في المركز العلمي والسياسي والاجتماعي والاقتصادي ان يزداد تواضعا اسوة بالاشجار المثمرة فالشجرة الحاملة للثمر تضع اغصانها الحاملة للثمر رؤوسها على الارض تواضعا والاغصان الفارغة الحالية من الثمر تتجه رؤوسها نحو السماء. ومن الآيات العالمة على وحدة معدن الانسان قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ

(١) سورة الحجرات: ١٣.

(٢) رواه الطبراني عن ابن عمر ، صحيح الجامع ، ٣٢٨٧ .

مَنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْشُرُونَ»^(١) ومن البدهي ان كل إنسان يخلق من حيمين الذكر وبويضة الأنثى وهما من جوهر الدم ، والدم من جوهر الماكولات والمشروبات وهما من جوهر التراب وعلى هذا الاساس كل إنسان مخلوق من معدن واحد وهو التراب. وقد اكد الرسول العظيم ﷺ هذين الاساسين (وحدة النسب ووحدة المعدن) فقال ((كلكم من آدم ومن آدم من تراب لا فضل لعربي على اعجمي ولا ابيض على اسود الا بالتقوى)).^(٢)

فليس هناك شعب مصنوع من معدن الذهب مثلا واخر من معدن النحاس حتى يكون للاول الافضية على الثاني، ومن الايات الدالة على وحدة المعدن أيضاً قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُفُوسًا﴾^(٣) ﴿فِي سَرَارٍ مُّكِينٍ﴾^(٤)، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً^(٥) فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً^(٦) فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ^(٧) فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ^(٨).

٢- وحدة الصانع:

من البدهي ان كل مخلوق من الجمادات والكائنات الحية بضمنها الانسان من خلق الله وهذا ما نص عليه القران الكريم في آيات منها قوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَفَاعْبُدُوهُ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ﴾^(١٠)

ليس الانسان كالبضائع والسلع تنتج من الدول المختلفة والشركات المتفاوتة في نوعية انتاجها تفضل سلع ومنتجات بلد كالمانيا مثلا على منتجات بلد آخر كالصين مثلا، فلا

^(١) سورة الروم / ٢٠

^(٢) مسند البزار ٣٤٠/٧ رقم (٢٩٣٨).

^(٣) السلاة الخلاصة.

^(٤) الحيمين والبيضة بعد اللقاح.

^(٥) الرحم.

^(٦) دما جامدا.

^(٧) لما قدر ما يوضع.

^(٨) أي ننفخ فيه الروح.

^(٩) سورة المؤمنون / ١٢-١٤.

^(١٠) سورة الانعام / ١٠٢.

يوجد هذا التفاوت في الانسان حتى يفضل بعض الناس على بعض آخر ويكون له من خيرات الارض حصة الأسد.

والتمييز العنصري أو الطائفي أو الديني أو المذهبي مرفوض في ميزان الشريعة الإسلامية إضافة إلى أنه من مظاهر التخلف والجهل وعدم فهم الدين والحياة بصورة صحيحة.

٤٠ وحدة المصالح :

كل ما خلق في الكون بما من شأنه أن ينتفع به الانسان مشترك بين جميع افراد الاسر البشرية في الماضي والحاضر والمستقبل والتسميات البشرية والحدود الدولية والمحصص الداخلية في جميع الاقاليم انما هي من صنع البشر وليس من صنع الله فالآيات القرآنية تنص على كونها مشتركة بين الناس جميعا كما في قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾^(١) ولفظه (ما) اسم موصول تفيد العموم لذاتها و (جميعا) تأكيد لهذا العموم.

وقوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّا أَلَلْنَا سَخَّرْنَا لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾^(٢) وبعدها من الآيات الدالة على ان ما في الارض و الفضاء خلق للانسان وسخر له حتى ينتفع به. فمع ان الشريعة الإسلامية تقر الملكية الخاصة إذا كانت مبنية على أسس صحيحة وأسباب مشروعة وكانت مستوفية لآركانها وشروطها وذلك استبعادا للصراعات والنزاعات بين الافراد والمجتمعات.

٤١ وحدة المصير :

مصير كل انسان هو الموت والانتقال إلى عالم آخر قال تعالى: ﴿كُلُّ مَنَّا لَهَا﴾^(٣) قَان. وَيَهْبِئُ وَجْهَهُ رَيْبًا ذُو الْجَنَابِلِ وَالْإِكْرَامِ^(٤) وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا تَكُونُوا يُدْرِكُكُمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّصَيَّدَةٍ﴾^(٥).

(١) سورة البقرة: ٢٩.

(٢) سورة لقمان: ٢٠.

(٣) أي على الارض.

كل إنسان مسؤول عن أعماله في الدنيا والآخرة، فإذا كانت خيرا فجزاؤه خير وإن كانت شراً فجزاؤه الشر، ولا حصانة لأي إنسان لا في الدنيا ولا في الآخرة أيا كانت منزلته ومركزه السياسي والاجتماعي والثقافي والاقتصادي لعموم قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(١) فلفظة (من) اسم شرط تليد العموم لذاتها.

عناصر الدفاع التشريعي العام واسمه:

عناصر اسس الدفاع الشرعي في جميع انواعه سواء اكان خاصا او عاما داخليا او خارجيا هي كما سبق بيانها.

ولا اختلاف الا بالحق الذي ينصب عليه الاعتداء. فإذا كان خاصا فالدفاع خاص وإذا كان عاما فعام وقد سبق بيانها بالتفصيل في الدفاع الشرعي الخاص فلا مبرر لتكرارها.

ففي الدفاع الشرعي العام سواء كان داخليا أو خارجيا الحق الذي يتعرض لمخطر الاعتداء الداخلي أو الخارجي حق هام لجميع افراد المجتمع فاذا لم يدفع بالوسائل المناسبة يكون ضرره عاما وشاملا فلا يخلص شخصا دون آخر كاعتداء اليهود في الوقت الحاضر على الشعب الفلسطيني واحتلاله لاراضيه فالدفاع عن هذا الشعب المظلوم ضد الظالم الغاصب والمحتل واجب على كل من يتمكن ان يساهم في هذا الدفاع بالمال أو بالنفس والجهاد في سبيل دعوة الناس إلى اعتناق الإسلام يكون بايصال حقيقة الإسلام وجوهه إلى الذين لا يعلمون دوره في تنظيم حياة الاسرة البشرية.

والجهاد يكون بالقلم وباللسان وترجمة أحكام الإسلام وتحليلها وتعليلها واستخلاص نتائجها بكافة اللغات ونشرها.

والإسلام دين الفطرة ودين العقل السليم ودين النظام ودين الدولة ولو فهم فهم حقيقيا والعميا وطبق تطبيقا صحيحا بعيدا عن الدجل والشعوذة والخرافات لآمن من في الارض جميعا.

(١) سورة الرحمن: ٢٧، ٢٦.

(٢) سورة النساء: ٧٨.

(٣) سورة الزلزلة: ٨، ٧.



المطلب الثالث

ما يباح وما يحرم

في الدفاع الشرعي العام (الجهاد)

نظمت الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي العام واحاطته بشروط وقيود وبينت ما هو حلال وما هو حرام اثناء القيام بالدفاع الشرعي وفيما يأتي نماذج مما هو مباح وما هو حرام.

أ - ما يباح بسبب الجهاد:

- ١- اطلاق النفس وما دون النفس قبل الأسر وقبل انتهاء الحرب بالنسبة لكل من يساهم في الاعتداء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.
- ٢- اطلاق أو اخذ جميع المعدات العسكرية المستخدمة في الاعتداء من قبل العدو أو من شأنها ان تستعمل فيه اثناء الاعتداء..
- ٣- اطلاق أو اخذ جميع المؤن العسكرية من العتاد والمواد الغذائية والادوية وغيرها مما يعتمد عليه العدو اثناء اعتدائه.
- ٤- اطلاق أو اخذ كل ما من شأنه ان يستعين به العدو في تحقيق اهدافه العدوانية.
- ٥- استرداد جميع ما استولى عليه العدو مما يعود إلى المدافع من الانفس (كالاىرى) والمال كالعقار والمنقولات.

ب - ما يحرم فعله اثناء الدفاع الشرعي ويعد:

- ١- لا يجوز اطلاق النفس أو ما دون النفس بالنسبة لكل من لم يساهم في الاعتداء بصورة مباشرة أو غير مباشرة وبوجه خاص النساء والاطفال والعجزة ورجال الدين.
- ٢- لا يجوز قتل الأسرى أو تعذيبه اثناء الحرب وبعدها لان العدوان بالنسبة إليه ينتهي.
- ٣- لا يجوز النهب والسلب والغصب بالنسبة لأسرال المدنيين المنتسبين إلى الجهة المعتدية ما لم تستخدم في الاعتداء من المعتدي.
- ٤- لا يجوز تخريب العمران كهدم البيوت وقطع الاشجار أو قلعها ولا اطلاق المزروعات اثناء المعركة أو بعدها.

٥- لا يجوز احتلال الاراضي من كل من المعتدي والمعتدى عليه لان غناتم الحرب تقتصر على المعدات والمؤن الحربية وما يستخدم في الاعتداء دون غيرها فالاحتلال محرم في الشريعة الإسلامية وفي القانون الدولي.

٦- لا يجوز متابعة المعتدي في اراضيه لان تراجع المعتدي إلى الامكنة التي اتى منها يعني انتهاء الاعتداء فلا يبقى مجرماً لمتابعته سواء كان الانسحاب ارادياً أو قسرياً.

٧- لا يجوز التجاوز عن حدود الدفاع الشرعي ولا استخدام سلاح اقوى من السلاح المستعمل في الاعتداء. لان الله تعالى قال (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) والمثلثة تعني التناسب كما وكيفا.

٨- لا يجوز الاحتفاظ بأسرى الحرب بل يجب اطلاق سراحهم بمقابل أو بدونه فوراً بعد انتهاء الحرب المشروعة وغير المشروعة ولا يجوز تصديدهم وتجويعهم لقوله تعالى: ﴿وَرِطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾^(١).

واطلاق سراح الاسرى فوري سواء كان بمقابل كتبادل الاسرى او فرض شروط مشروعة على الطرف المقابل او بعض مادي او معنوي كاطلاق سراح اسرى معركة بدر الكبرى مقابل تعليم اولاد المسلمين القراءة والكتابة والدليل على ذلك القران كما في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبِ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَخَشْتَهُمْ فَخِذُوا الرِّقَابَ فَإِذَا مِنَّا بَعْدُ رِمًا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أوزَارَهَا﴾^(٢).

مصادر الحلال والحرام في الدفاع الشرعي العام الخارجي (الجهاد)

مصادر ما يباح في الدفاع الشرعي العام وما يحرمه القران والسنة النبوية ووصايا الحرب من الخلفاء الراشدين كما يأتي :-

١- القران الكريم : قال تعالى: ﴿مَنْ عَادَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَادَىٰ عَلَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾^(٣).

(١) سورة الانسان: ٨.

(٢) سورة محمد / ٤

(٣) سورة البقرة/١٩٤.

وقال تعالى: ﴿وَأَنْ هَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُمْ غِيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ﴾^(١).

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢). وغيرها من مئات آيات اخر من هذا القبيل .

٢- الصفة اللغوية : قال رسول الله ﷺ مخاطبا جميع المسلمين الذين يشاركون في الجهاد لحماية الدين والمرضى والحياة والمال: ((لا تغدروا ولا تغفلوا ولا تقتلوا وليدا وستجدون رجالا في الصوامع معتزلين عن الناس فلا تعرضوا لهم ولا تقتلن امرأة ولا صبغيا ولا كلبا فانيا ولا تهرقن فحلا ولا تلعنن شجرا ولا تهدمن بيوتا))^(٣).

٣- وصايا الخلفاء الراشدين :

أ- قال الخليفة الاول ابو بكر الصديق (رضي الله عنه) مخاطبا المساهمين في الجهاد: ((لا تحزنوا ولا تغدروا ولا تقتلوا طفلا صبغيا و شيخا كبيرا ولا امرأة ولا تقتلوا اخلا ولا تهرقوه ولا تقطعوا شجرة مثمرة ولا تلجوا شاة ولا بقرة ولا بعيا))، ويلاحظ ان ذكر هذه الحيوانات ليس للحصر وانما يشمل الحكم كل حيوان اخر مملوك للمدنيين.

ب- وقال الخليفة الثاني عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وهو مخاطب احد قادة جيوش المسلمين: ((اني امرك ومن معك من الاجناد بتلوى الله على كل حال فان تلوى الله افضل العدة على العدو والقوى المكيدة في الحرب وامرك ومن معك ان تكون اشد احتراسا من المعاصي منكم من عدوكم فان ذنوب الحبشي اخوف عليهم من عدوهم. وانما ينصر المسلمون بمعصية عدوهم لله ولولا ذلك لم تكن لنا بهم قوة لان عدونا ليس كعدوهم ولا عدتنا كعدوتهم فان استرنا في المعصية كان لهم الفضل علينا في القوة).

ت- وقال الخليفة الرابع علي بن ابي طالب (رضي الله عنه) وهو ايضا مخاطب احد قادة المجاهدين ويريد به الجميع: ((اياك والدماء وسفكها بغير حيلها فانه ليس شيء

(١) سورة النحل: ١٢٦.

(٢) سورة البقرة - الآية: ١٨٨.

(٣) الغل والغدر يكونان في حالة التجاوز عن حدود الدفاع الشرعي .

(٤) الواقدي ، ج ٢ ، ص ٧٥٨

ادعى الى النعمة ولا اعظم لتبعة ولا امرىء بزوال نعمة من سفك الدماء بغير حقها فلا تقو سلطانك بسفك دم حرام فان ذلك ما يضعفه ويوهنه بل يزيله و ينقله. وفي الاحتام القول لمن يسيء الظن بالجهاد في الاسلام اذا كان هناك خطأ في الفتوحات الاسلامية فان مصدره هو الجيش نفسه و قاداته لان الحقيقة فيما يتعلق بالدفاع الشرعي العام الخارجسي (او الجهاد) عبارة هما ذكرنا من جانب منها في القران الكريم والسنة النبوية .

حكم استرقاق الانسان لاختيه الانسان في الاسلام :

ومرد استعراضنا لهذا الموضوع بصورة موجزة الى امرين :

احدهما : لا يزال كثير ممن لم يفهم ابعاد الاسلام وحقيقته بعد يزعم ان الشريعة الاسلامية اقرت هذا النظام البغيض (استعباد او استرقاق) الانسان لاختيه الانسان وما ثبت بالشريعة الاسلامية يبقى ما دامت الحياة باقية على كوكب الارض وهذا الزعم يسيء الاسلام بحسن النية الا انه يسيء الى الاسلام ويشوه حقيقته و يعطي الضوء الاخضر لاعدائه لاتهامه بانه دين الظلم والقسوة والارهاب والتخلف ووجه خاص بعد ان اعتوته قوانين العالم جريمة يعاقب عليها .

والثاني : ان المصدر الرئيس لوجود الاسرى كان الحروب غير المشروعة بين المجتمعات الهمجية وقد تركت دول العالم هذه الطريقة ولهذين السببين تناولت بحث هذا الموضوع في اكثر من مكان في مؤلفاتي وصوتي لازالة تلك الفكرة الفاسدة المتكررة في ادمغة بعض المسلمين الذين باسم الدفاع عن الاسلام يشوهون سمعة الاسلام بحسن نية من غير ان يشعروا .



المطلب الرابع

حقوق أسرى ومرضى وجرحى وقتلى الحرب في الشريعة الإسلامية

نتناول في هذا المطلب حقوق الأسير بشيء من التفصيل رغم تناولنا له في المؤلفات الأخرى ذلك لان الموضوع غير واضح بالنسبة لكثير من المثقفين المسلمين.

حقوق الأسير: يقتضى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية يجب على الدولة أو الجهة الأسرة حماية الأسير من الاسترقاق وحماية حياته من القتل وحماية جسده من التعذيب وحماية كرامته من مس الاهانة كما في الايضاح الآتي:

الإسلام جاء بنظام تحرير الانسان من الاستعباد ولاخراجه من ظلمة العبودية البشرية والشرك والظلم إلى نور الحرية ونبذ العبودية لغير الله كما امرنا سبحانه وتعالى بان نكرر في كل ركعة في صلاتنا (ياك نعبد وياك نستعين)^(١) إلى نور الايمان والعدل.

واسترقاق الانسان لأخيه الانسان كان من مظاهر عصر الهمجية والتخلف فكيف يقر دستور الله الخالد عملا يعتبره العقل السليم من مظاهر النقص والتخلف.

لكن لماذا لم يقر الإسلام إلغاء دفعة واحدة ؟

الإسلام عالج الامراض الاجتماعية المزمنة المتوطنة بخطوات ومراحل تدريجية حذرا من رد الفعل السلبي كتحرير المحر والربا والاسترقاق وغير ذلك.

جاء الإسلام وكانت نسبة العبيد والجزاوي أكثر من نسبة الاحرار فلو قرر الغاء الرق دفعة واحدة لتربت النتائج السلبية الآتية:

١- كانت التجارة بالرق تشكل العمود الفقري للحياة الاقتصادية فالتحرير دفعة واحدة كان يؤدي إلى وقوف الطغاة واسباب العبيد ضد الرسالة الإسلامية.

٢- لم يكن في بيت المال ما يؤمن عيش الملايين من الارقاء، ولم يكن هناك مصدر ليعيشهم فتحريرهم دفعة واحدة كان يؤدي إلى قيامهم بالتمرد ضد الإسلام.

(١) سورة الفاتحة: ٥.

٣- تعود الرقيق على العبودية كان قد يؤدي تحريرهم إلى رفضه شخصيا كما حصل ذلك في أمريكا حين صدر قانون إلغاء الرق من الرئيس السادس عشر للولايات المتحدة الأمريكية ابراهام لنكولن (Abraham Lincoln) (١٨٦١-١٨٦٥).

جاء الإسلام فوجد ان نظام استرقاق الانسان لأخيه الانسان مستنقع تقن يزود بالماء من عدة روافد فقطع عنه الماء بالقضاء على تلك الروافد فيبس المستنقع من غير رجعة فوضع فترة انتقالية لا تنتهائه ونظم احكام الرق في القرآن والسنة النبوية في تلك الفترة وتوقف العمل بالنصوص التي نظمت تلك الاحكام. وهذا لا يسمى نسخا وانما هو توقف للعمل بالنص الذي جاء لمعالجة غرض معين فينتهي العمل به بانتهاء ذلك الغرض كما هو معروف في القوانين الوضعية.

ومن القواعد الاصولية والفقهية للتعق عليها في الإسلام ان الحكم يدور مع سببه وجوداً وعدمأ فاذا زال السبب يزول الحكم.

أهم أسباب الرق في العصور السابقة قبل الإسلام:

١. الحرب: كانت في مقدمة أسباب الاسترقاق لدى الامم السابقة فجاء القرآن الكريم فحصر مصير الأسير في اطلاق سراحه بدون مقابل أو بمقابل فقال تعالى: ﴿فَشْتُرُوا أَلْوَالِيَهُمْ فِيمَا مَنَّا بَعْدُ رِءَاسًا فِدَاءً﴾^(١) وهذه الصياغة القرآنية في علم البلاغة للحصر فليس لاي مجتهد ان يضيف إليه شقوقات أخرى بان يقول اما استرقاقا أو اما قتلا واما اسلاما لان الله لم ينس ولم يجهل هذه الشقوقات.

ولم يسترق الرسول ﷺ ولا قادة المسلمين أي أسير في الحرب. وقتله ﷺ لبعض الاسرى كان لاسباب أخرى لا مجال لذكرها في هذا المبحث المحدد.

وحين فتح مكة قال لأهلها (كلكم طلقاء)^(٢).

والقائد الإسلامي صلاح الدين الايوبي (رحمه الله) اطلق سراح (٢٥) الف أسير بدون مقابل في الحرب الصليبية.

(١) سورة محمد: ٤.

(٢) رواه البيهقي في سننه الكبرى ١٨١/٩ بلفظ: (اذهبوا فانتم طلقاء).

- ٢- **المقرضنة والخطف ونحوهما**: فكان ضحايا هذه الاعتداءات يصابون معاملة اسرى الحرب فيفرض عليهم الرق فحرم الإسلام هذه الطريقة وشرع عقوبات شديدة دفاعية.
- ٣- **ارتكاب بعض الجرائم الخطيرة**: كالقتل والسرقه والزنا فكانت عقوبته المحكم على الجاني بالرق لمصلحة الدولة أو المجني عليه أو وولته فحده الإسلام لهذه الجرائم عقوباتها الخاصة بها.
- ٤- **الفقر المتفشى**: الذي يلجأ الفقير إلى الاستدانة فعندما يعجز عن سد الدين الذي يضاف إليه الربا اضعافا مضاعفة في مجتمع فقير اختلت فيه موازين العدل. وكان هذا الربا باعثا على ازدياد حدة الفقر الذي يقضي بالمدين إلى مستتقع الرق حيث كان يباح للدائن ان يبيع المدين وزوجته وأولاده ببيع الارقاء.. فشرع الإسلام عدة وسائل للقضاء على مشكلة الفقر كالنفقة والزكاة ونحوهما وحرم الربا وقال سبحانه وتعالى: (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)^(١)
- ٥- **سلطة الشخص على نفسه**: عند الحاجة الاقتصادية يبيع نفسه للفسح للحصول على لقمة العيش فجاء الإسلام فسّد هذه الحاجة بطرق متعددة كما ذكرنا.
- ٦- **سلطة الابوة**: فكان للوالد حق بيع من يشاء من اولاده ببيع الارقاء فحرم الإسلام ذلك.
- ٧- **تداعى الارقاء**: فكان ولد الجارية رقيقا بالنسب فاعتبره الإسلام حرا إذا كان والده حرا.
- وهناك أسباب أخرى لا مجال لذكرها.

أسباب تفجر هذه المنابع:

- ١- الأسباب العنصرية والقبلية والدينية.
- ٢- فساد النظام الاقتصادي.
- ٣- انعدام روح الرحمة والتعاطف بين الناس.
- ٤- غياب الشرع والقانون.
- ٥- عدم كفاية الجزاء لعقاب الجاني.

(١) سورة البقرة: ٢٨٠.

شرع الإسلام عدة طرق للقضاء على هذا النظام البغيض منها ما يأتي:

١- تحريم استرقاق الأسير بصر مصيره في اطلاق سراحه للحكم الاتية:

أ - الأسير لم يأت إلى ساحة المعركة باختياره - غالباً - فعلى له أساس يستقر؟

ب - الحرب في الإسلام للدفاع الشرعي وقد انتهت بالنسبة للأسير بعد أسره فباتهما العبدان تنتهي مسؤوليته.

ج - إجباره على الإسلام بتهديده باسترقاقه مخالف للقرآن في آيات منها: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي

الدينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ... الآية﴾^(١)

د - المقابلة بالمثل التي يستند إليها الكثير من مشروعية استرقاق الأسير مرفوضة لواجه كثرة منها:

اولاً - الغني نظام الرق في جميع دول العالم بالاجماع فاين المقابلة بالمثل؟

ثانياً - المقابلة بالمثل تستلزم اما رفع تصرف العبد المشع (أي استرقاق العبد) إلى

منزلة تصرف الله سبحانه وتعالى أو تنزيل تصرفه تعالى إلى تصرف عبده

واللازم باطل فكذلك الملزوم

ثالثاً - استرقاق الأسير انتقاماً من العدو مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُدُّوْا كِبَادَهُمْ

أُخْرَى﴾^(٢)

٢- جعل الإسلام تحرير الرقيق كفارة لكثير من الذنوب كما في الظهار والقتل خطأ إذ قال

الله سبحانه وتعالى في الظهار: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِنَا قَالُوا

فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسَأَ﴾^(٣) وقال في القتل خطأ: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ

رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾^(٤)

٣- خصص القرآن الكريم ثمن (٨/١) موارد الزكاة لتحرير العبيد حتى يسترد الرقيق

حريته بدفع مبلغ يتقاضاه من اموال الزكاة ويدفعه لسيده مقابل تحريره قال تعالى:

(١) سورة البقرة: ٢٥٦.

(٢) سورة الانعام / ١٦٤ .

(٣) المائدة: ٣.

(٤) النساء: ٩٢.

﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمَوْلَىٰ تَقْوِيَّتِهِمْ وَفِي الرُّقَابِ
وَالْفَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾^(١)

٤- أقر الإسلام ان ولد كل جارية من حرٍ عاشرها بالزواج أو الملك حر وان امه (أم الولد) تتحرر تلقائيا بعد موت زوجها أو سيدها. وبذلك قضى الإسلام على النسل كسبب من أسباب الرق.

٥- امر الإسلام امر وجوب والزمام كل شخص متمكن ماليا ان يتعازن بماله في تحرير العبيد عن طريق شرائهم وتحريرهم، أو عن طريق دفع المال لهم ليدفعوه إلى اسيادهم مقابل تحريرهم قال تعالى: ﴿لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُوا وُجُوهَكُمْ قَبْلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرُّقَابِ﴾^(٢)

٦- امر سبحانه وتعالى اسياد العبيد بتحرير عبيدهم فقال: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾^(٣) وشجع كل انسان متمكن ماليا على تحرير العبيد مقابل اجر من الله فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَذْرَاكَ مَا الْعُقُوبَةُ فَلَكَ رَقِيبَةٌ﴾^(٤)

٧- أقر الإسلام تحرير الاموال من العبيد والجواري تلقائيا إذا ملكهم فروعهم.

٨- من اعتق حصته من العبد المشترك عتق حصة شريكه أيضا إذا كلن متمكنا ماليا فعليه دفع تعويض للشريك مقابل حصته.

وهكذا كافح الإسلام هذا المرض الاجتماعي المزمع الذي يهين كرامة الانسان ويحطم شخصيته وكل انسان مكرم من الله.

حقوق اسرى الحرب:

حقوق اسرى الحرب في الحفاظ على حياتهم وسلامتهم وحسن معاملتهم وحرية ممارسة شعائرهم الدينية واطلاق سراحهم بعد انتهاء الحرب لادلة ثقافية وعقلية:

(١) التوبة: ٦٠.

(٢) البقرة: ١٧٧.

(٣) سورة النور: ٣٣.

(٤) سورة البلد: ١٢-١٣.

قوله تعالى: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿فَأَمَّا مَنْ بَعْدَ وَأَمَّا فِدَاءً﴾ وتلديم للن تكريم النفس الانسانية.

وقد اتى الرسول ﷺ بالعباس اسما يوم بدر الكبرى فوجد قميص عبدالله بن ابي الحارثي يقدر عليه فكساه النبي اياه^(٢). وقال ﷺ: ((الا لا يجهزن على جريح ولا يتبعن مدبر ولا يقتلن أسيرا))^(٣).

وفي فتح مكة لم يامر الرسول ﷺ الا بقتل ثلاثة خيانتهم العظمى لا لكونهم من الاسرى وقال لسواهم من اهل مكة: (لا تشرب عليكم اذهبوا فانتم الطلقاء)^(٤).

ولم يقتل اسما لكونه اسما وانما خيانته العظمى، وتبع مسلك النبي ﷺ الخلفاء وقادة المسلمين.

يقول الشافعي (رحمه الله): (اخبرنا سفيان بن عيينة ان علياً اوتي باسرا يوم صفين والحرب لا تزال قائمة فقال لا تقتلني فقال لا اقتلك إني اخاف الله رب العالمين فاطلق سراحه)^(٥).

والقائد الإسلامي صلاح الدين الايوبي اطلق سراح الاف الاسرى في الحروب الصليبية بينما نابليون بونابرت عندما شحت عنده اغذية الاسرى البالغ عددهم أربعة الاف في عكا امر بقتلهم^(٦).

ب . ومن الادلة العقلية:

١- قتله لكونه معتديا غير جائز لان اعتدائه انتهى بأسره والدفاع الشرعي ينتهي بانتهاء الاعتداء..

(١) سورة الانسان: ٨.

(٢) ينظر صحيح البخاري شرح فتح الباري ١٨٠/٨

(٣) أخرجه بلفظ قريب البيهقي في سننه ١٨١/٨ وابن شعبة في مصنفه ٥٤٣/٧ رقم ٣٧٨١٦ وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/١٢٣.

(٤) ينظر احكام القرآن للجصاص ٢٩١/٣.

(٥) ينظر الام للامام الشافعي ٤/٢٩١

(٦) ينظر اسرى الحرب في التشريع الإسلامي والقانون الدولي للقاضي فاضل دولان ص ٥٨.

- ٢- قتله للانتقام من دولته مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِدُْوا مَآذِرَ الْوَيْدِ وَآزِدُْوا عُقُوبَهُ﴾^(١).
- ٣- تقييده بين القتل والإسلام مخالف لقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾.
- ٤- قتله للمقابلة بالمثل يستلزم تنزيل تصرف الله تعالى إلى منزلة الانسان أو رفع الانسان إلى منزلة تصرف الله واللازم باطل فكذلك للملزم.
- وجه الملازمة ان المقابلة بالمثل تكون بين ادنيين أو اعليين لا بين الادنى والاعلى.

حقوق مرضى وجرحى وقتلى الحرب:

تسري احكام الاسرى المذكورة في الشريعة الإسلامية على مرضى وجرحى الحرب إضافة إلى وجوب الرعاية الصحية لهم وتقديم العلاج والتداوي لهم شأنهم شأن مرضاهم وجرحاهم. اما قتلى الحرب للمعدو فان كانوا في ارض الإسلام فيجب دفنهم لسببين: احدهما: رعاية كرامتهم لان قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾^(٢) يشملهم كما يشمل المسلمين وتجب رعاية مراسيمهم إذا امكنت.

والثاني رعاية الجانب الصحي لان ترك الدفن يؤدي إلى انتشار الامراض والايضة في ساحة المعركة.

^(١) سورة الانعام / ١٦٤ .

^(٢) سورة الاسراء: ٧٠ .

المبحث الثاني

الدفاع الشرعي في القانون الدولي

القانون الدولي مر بتطور لانه كان منذ بدايته عبارة عن الاهداف والمصالح الشخصية للدول المحاضمة لهذا القانون ثم بعد مرحلة من التطور اصبحت للمصالح والاهداف عامة من الناحية النظرية ولكنها من حيث التطبيق ظلت ذات المصالح الخاصة لغياب المعايير الدولية الملزمة وغياب سلطة تملك محاسبة الطرف المسؤول عن مخالفة هذا القانون ويعد ان مر هذا القانون بمرحلة أخرى من التطور اصبح القانون الدولي يهدف مصالح الدول المحاضمة له نظريا وتطبيقيا غير انه هل ملتقنا ببعض العوائق قول دون تطبيقه بالنسبة لجميع الدول والشعوب لسيطرة بعض الدول الكبرى على هذا القانون وتدخلها حين التطبيق بما يلائق العدالة والمساواة بين جميع الشعوب والامم.

ولم تعرف الدول حتى القرن السابع عشر قانونا دوليا ينظم العلاقات الدولية وتحدد حقوق والتزامات الدول في حالتها السلم والحرب ثم ظهرت فكرة القانون الدولي وممرت بالتطورات الآتية:

١- معاهدة وستفاليا ١٦٤٨ بين الدول الأوروبية

وهي تعد نقطة البداية للقانون الدولي التقليدي.^(١)

وقد اعتبرت الحرب مظهرا للسيادة المطلقة للدول الواقعة عليها وعلى سبيل للمثل نادى توماس هوبز وهو من مفكري هذا العهد بالحرب الشاملة أي حرب جميع الناس

^(١) العوامل التي اثرت في القانون الدولي من معاهدة وستفاليا ١٦٤٨ التي قضت على النظم السياسية التي سادت أوروبا خلال العصور الوسطى واحلت محل تلك النظم نظاما أخرى مهدت السبيل إلى نشوء القانون الدولي الحديث:

- أ - النهضة الأوروبية وظهور دول مستقلة.
- ب - اكتشاف أمريكا ١٤٩٢.
- ج - ميلاد الشعوب القومي.
- د - الإصلاح الديني.
- هـ - معاهدة وستفاليا.
- و - مبدأ السيادة المطلقة.
- ز - مبدأ مصلحة الدولة.
- ح - مبدأ التوازن الأوروبي.

على جميع الناس والقضاء على فكرة الحق والباطل، وفكرة العدل والظلم واعتبار القوة والتدليس الدعامين الاساسيتين للفضيلة في حالة الحرب^(١).

ب - عهد عصبة الامم:

نتيجة ما أقرته معاهدة وستفاليا من الحرية المطلقة للدول في دخول الحرب إذا حلتقت هذه الحرب مصلحة بلدها قامت الحرب العالمية الأولى واكتوى العالم بنارها خلال أربع سنوات (١٩١٤-١٩١٨م) وويلات هذه الحرب دفعت الدول والشعوب إلى التفكير بضرورة تكوين سلطة دولية عليا تتولى حل المنازعات بطرق سلمية وتضع حداً للحروب غير المشروعة فأنشئت عصبة الامم عام (١٩٢٠م) غير انها لم تستطع ان تحقق اهدافها لسببين:

أحدهما: عدم تهميم هذا العهد للحرب الا في حالة واحدة وهي حالة فصل النزاع بقرار التحكيم أو التقرير الملزم من مجلس العصبة مع رضا احد الطرفين المتنازعين ودخول الآخر في الحرب رغم ذلك^(٢).

ثانيهما: ان الدول الكبرى التي أنشأت عصبة الامم كما كانت متناقضة في اهدافها وسياستها وقد انعكس ذلك في ميثاق العصبة التي لم يكن وثيقة موحدة متفق عليها وانما هو خليط من المواد المطاطية القابلة لاكثر من تفسير واحد^(٣).

وبناء على ذلك كانت قرارات عصبة الامم بمثابة التوصيات غير الملزمة.

ج - ميثاق بريان كيلوج:

عرض الميسو بريان وزير خارجية فرنسا على زميله المستر كيلوج وزير خارجية امريكا عام (١٩٢٧م) عقد اتفاقية لتلافي الحرب بينهما واللجوء إلى الوسائل السلمية في حال المنازعات وقد قبلت الولايات المتحدة هذه الفكرة لكن اقترحت فتح الباب للدول الأخرى للانضمام اليها واصبح الميثاق نافذا عام (١٩٢٩م) وقد انضمت اليها (٦٣) دولة قبيل

(١) لمزيد من التفصيل ينظر اسرى الحرب للدكتور عبد الواحد يوسف ص ٣٩ وما يليها.

(٢) ينظر المواد (١٢، ١٣، ١٥) من عهد عصبة الامم.

(٣) ينظر عصبة الامم المتحدة للاستاذ احمد توفيق ١/٦٤٣.

الحرب العالمية الثانية ورغم ذلك فشل هذا الميثاق أيضا في تحقيق أهدافه لاسباب لا مجال لذكرها.

د- ميثاق الأمم المتحدة:

نتيجة لفشل القانون الدولي في جميع مراحلها المذكورة في وضع حد للحروب غير المشروعة وفي تأمين السلم والامن الدوليين قامت المحررب العالمية الثانية عام (١٩٣٩-١٩٤٥م) وحل هذا الميثاق محل عهد عصبة الأمم وقد بدأت إيجاد هيئة جديدة تحمل محل عصبة الأمم في اجتماع موسكو في ٢٠ تشرين الأول ١٩٤٣ بين رئيس الولايات المتحدة الامريكية ورئيس الاتحاد السوفيتي سابقا.

ثم في اجتماع واشنطن بين ممثلي الدول الكبرى في ٢١ اب - ٢٠ تشرين الاول ١٩٤٤-

ثم في مؤتمر سان فرانسيسكو عام ١٩٤٥ م ، وفي ٢٦ حزيران عام ١٩٤٥ وافقت الدول على ميثاق هيئة الأمم المتحدة بعد ادخال تعديلات عليه واصبح نافذا اعتبارا من ٢٤ تشرين الأول ١٩٤٥^(١)

وقد انضم إلى هذا الميثاق لحد الان (١٩٣) دولة وجاء في مقدمة الميثاق بيان اجمالي ونص على الآتي:

(نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على انفسنا ان نلذ الاجيال المقبلة من ويلات الحرب التي في خلال جيل واحد جلبت على الانسانية مرتين احزاننا يعجز عنها الوصف، وان نؤكد من جديد ايماننا بالحقوق بما للرجال والنساء والامم كبرها وصغورها من حقوق متساوية، وان نبين الاحوال التي يمكن في ظلها تحقيق العدالة واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي... الخ) وخصص هذا الميثاق الفصل الأول: لبيان مقاصد الهيئة ومبادئها في المادة الأولى التي نصت على ان مقاصد الأمم المتحدة هي الآتية:

١- حفظ السلم والامن الدوليين وتحقيقا لهذه الغاية تتخذ الهيئة التدابير المشتركة الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم ولازالتها، وتقمع اعمال العدوان وغيرها

^(١) ينظر القانون الدولي العالمي لاستاذنا الدكتور حسن الجبلي: الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة من محاضرات الماجستير في القانون المطبوعة على الرنيو ص ١٤ وما يليها.

- من وجوه الاخلال بالسلم، وتتنوع بالوسائل السلمية، وفقا لمبادئ العدل واللسانون الدولي لحل المنازعات الدولية التي قد تؤدي إلى الاخلال بالسلم أو لتسويتها.
- ٢- انهاء العلاقات الودية بين الأمم على اساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في المحقوق بين الشعوب وبان يكون لكل منها تقرير مصيرها وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام.
- ٣- تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والانسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الانسان والحريات الاساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك اطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفرق بين الرجال والنساء.
- ٤- جعل هذه الهيئة مرجعا لتنسيق اعمال الأمم وتوجيهها نحو ادراك هذه الغايات المشتركة.

وبالاضافة إلى ما ذكرنا حصر الميثاق شرعية الحرب في حالة الدفاع الشرعي فقط نص في م/٥١ على انه (ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى وجماعات في الدفاع عن انفسهم إذا اعتدت قوة مملحة على احد اعضاء الأمم المتحدة وذلك إلى ان يتخذ مجلس الامن التدابير اللازمة لحفظ السلم والامن الدوليين والتدابير التي اتخذها الأعضاء استحصالا لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى مجلس الامن فوراً ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس بمقتضى سلطته ومسؤوليته المستمدة من احكام هذا الميثاق. من الحق في ان يتخذ في أي وقت ما يرى ضروريا لاتخاذ من الاعمال لحفظ السلم والامن الدوليين واعادته إلى نصابه.

ولا ينكر ان ميثاق الأمم المتحدة يعد خطوة مهمة متطورة في تنظيم حياة الاسرة الدولية غير ان وجود حق (الفيتو) أي حق الاعتراض على القرارات الموضوعية للدول الكبرى من الأعضاء الدائمين جعله قليل الفائدة في الحفاظ على حقوق الشعوب ووضع حد لتجاوزات غير المشروعة وتقييد الحروب غير المشروعة وتأمين السلم والامن الدوليين.

هـ. الاعلان العالمي لحقوق الانسان.

أصبح اعلان حقوق الانسان نافذا منذ عام ١٩٤٨م وهذا الاعلان عبارة عن تقرير حقوق الانسان وحمايتها حيث نص في مادته الأولى على انه (يولد جميع الناس احرارا

ومتساويين في الكرامة والحقوق وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم ان يعامل بعضهم بعض بروح الاخاء).

الاستنتاج:

نستنتج مما ذكرنا فيما يتعلق باهداف القانون الدولي النقاط الآتية:

- ١- تأمين السلم والامن الدوليين.
- ٢- التمييز بين الحروب المشروعة وغير المشروعة.
- ٣- حصر الحروب المشروعة في حالة الدفاع الشرعي وتقييد هذا الدفاع بقيوده وشروط محددة.
- ٤- رعاية العدالة والمساواة في التعامل مع الغير في حالتي الحرب والسلم.
- ٥- حماية كرامة الانسان وحقوقه وفي مقدمتها المساواة بين الشعوب وبث روح الاخاء وعدم التمييز على اساس الاختلاف في الجنس أو العرق أو اللون أو الدين أو نحو ذلك.

حقوق اسرى وجرحى ومرضى وقتلى الحرب في القانون

الدولي:

القانون الدولي الحديث بعد تطويره عالج هذا الموضوع معاملة انسانية قريبة من معاملة الشريعة الإسلامية من الناحية الاخلاقية والانسانية واذكر على سبيل المثال النموذجاً مرجحاً مما جاء في اعلان حقوق الانسان وفي اتفاقية جنيف لضيق المقام.

نص الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٠/١٢/١٩٤٨ في مادته الثانية على ان (لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الاعلان دونما تمييز من أي نوع ولا سيما التمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس^(١) أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي وغير السياسي أو الاصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الولد أو أي وضع آخر).

وفي المادة (٣) على ان: (لكل فرد حق الحياة والحرة والامان على شخصه).

^(١) الصواب استعمال الصنف بدلا من الجنس، لأن المقصد الذكر والأنثى وهما صنفان وليس جنس.

وفي المادة (٤) على أنه: (لا يجوز استرقاق احد أو استعباده ومهبط الرق والاتجار بالرقيق بجمع صوره).

بالنسبة لاتفاقيات جنيف فيما بين ٢١/٤/١٩٤٨ - ١٢/١/١٩٤٩م انعقد المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحرب، ومثلت فيه رسميا (٦٣) دولة وتوصل المؤتمر إلى اعتماد الاتفاقيات التالية:^(١)

الاتفاقية الأولى: اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان ١٢/١٢/١٩٤٩.

الاتفاقية الثانية: بتحسين حال الجرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار المؤرخة في ١٢/١٢/١٩٤٩.

الاتفاقية الثالثة: بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة ١٢/١٢/١٩٤٩.

الاتفاقية الرابعة: حماية الاشخاص من المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في ١٢/١٢/١٩٤٩.

وتناولت الأولى في موادها (١-٦٤) احكاما كثيرة تتعلق بشؤون الجرحى والمرضى منها احترامهم من افراد القوات المسلحة ودفن الموتى باحترام وطبقا لشعائر دينهم إذا امكن وان مقابلهم تحترم ولا يجوز من البر الهجوم على سفن المستشفيات. ولا يجوز مهاجمة الطائرات الطبية المستخدمة في اخلاء الجرحى والمرضى ولا يجوز تعريض أسرى حرب للتشويه البدني والتجارب الطبية أو العلمية وتظهر تدابير الانتقاص من أسرى الحرب، ولاسرى الحرب حق في احترام اشخاصهم وشرفهم في جميع الاحوال ويجب ان تعامل النساء الاسميات بكل اعتبار الواجب بمنسهن^(٢)، ويحفظ أسرى الحرب بكامل اهليتهم المدنية التي كانت لهم قبل الاسر ولا يجوز تقييد ممارسة الحقوق التي تكلفها هذه الأهلية الا بالقدر الذي تقتضيه الاسر.

وتتكفل الدولة الأسرة لاسرى الحرب باعانتهم دون مقابل كتقديم الرعاية الطبية مجاناً وعلى الدولة ان تعاملهم على قدرة المساواة دون تمييز ويحفظ مجاناً بكفالة ممتلكاتهم إلى غير ذلك من الحقوق الأخرى التي لا مجال لذكرها.

(١) الصواب بصفتهم.

(٢) ينظر اتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢/١٢/١٩٤٩ - اغسطس ١٩٤٩.



الفصل السادس

استعمال الحق

القسم الثاني من اسباب الاباحة استعمال الشخصي حقه الذي منحه اياه الشرع والقانون فالاعمال غير المشروعة التي يمارسها الانسان على اساس استعمال الحق تتحول الى المشروعة والمباحة اذا توافرت اركان هذا الاستعمال وشروطه وانتفت موانعه وتقيده صاحب الحق في استعماله للحق بالقيود المفروضة على ارادته شرعاً وقانوناً.

ويتناول هذا الفصل دراسة ثلاث نقاط رئيسية وهي حق تأديب الزوج لزوجته اذا اصدر عنها ما يستوجب ذلك من الاخلال بالتزاماتها الزوجية او ارتكابها جريمة منافية للاداب والاخلاق.

وتأديب الولي للقاصر الذي تحت ولايته، ويندرج تحت تأديب الولي تأديب المعلم للمتعلم الذي لم يبلغ سن الرشد، لان المعلم كما هو مسؤول عن التعليم مسؤول ايضاً عن التربية والاعمال الرياضية.

ويخصص لدراسة كل نقطة من هذه النقاط مبحث مستقل.



المبحث الأول التأديب الاسري

وتوزع دراسة هذا الموضوع على مطلبين، يلخص
الأول لتأديب الزوج لزوجته، والثاني تربية وتأديب
الأولاد القاصرين.

المطلب الأول تأديب الزوج لزوجته

هذا التأديب اساسه مسؤولية الزوج بحكم مكنة البدنية والمالية لحماية الزوجة من
الاعتداء على حياتها او سلامتها او عرضها ومن الانفاق عليها وهو ذلك وتترجم تحت هذه
الشمولية عن سلوكها وقيمها واخلاقها واخلالها بالتزامتها تجاه الزوج والاولاد وغيرهم.
ومصدر هذه المسؤولية قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ
عَلَى بَعْضٍ وَيَمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾^(١).

والقوامة ليست لنقص اهلية الزوجة وليس المراد بها المعنى المعروف من القيومة على
القاصر ونقص الاهلية وانما المراد بها المسؤولية عن الحماية والانفاق بالنسبة للزوجة.
وكذلك ليس المراد بالتفضيل تفضيل الرجل على المرأة بالمنزلة والمكانة وانما المراد فيه
المكنة البدنية والقابلية الخلقية التي يتميز بها الرجال لان من الصفات البارزة في الرجال
قوة المقاومة بينما في المرأة اهم الصفات البارزة فيها النعومة والعاطفة. لان الرسول ﷺ

^(١) سورة النساء / ٣٤ ، تنمة الآية: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِصَاتٌ فَانْتَبِهْنَ وَلَا تُنْفِقْنَ مِنْهُنَّ شَيْئًا وَلَا يَنْفِقْنَ عَلَيْهِنَّ شَيْئًا
تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاحْزِنُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتِكُمْ فَلَا تُجْرِمْنَ عَلَيْهِنَّ شَيْئًا
إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾.

اولاً: الموعظة

امر القرآن الكريم الزوج في حالة نشوز زوجته واخلالها بالالتزامات الزوجية ان يتبادر الى طريقة النصح والوعظ والارشاد والتوجيه والنية على الاخطاء بدلاً من اللجوء الى عمل اخر مخالف فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾^(١)

هذه الطريقة هي اول واجبات الزوج لاصلاح كل ما تتعرض لها الاسرة من الفساد لانه عمل تهذيب مطلوب لاهل الاسرة باسرها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾^(٢).

والوعظ مقصود بالذات هنا لهدف معين هو معالجة بؤادر نشوز الزوجة والاحتلال بواجباتها الزوجية قبل ان يستنحل الامر فتترتب عليه نتائج سلبية لكن الزوجة قد تظفي بجمالها او مالها او حسبها او المستوى الثقافي او نحو ذلك كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُنَّ الْإِنْسَانُ لِيَطْفَىٰ أَنْ رَأَىٰ اسْتَفْتَىٰ﴾^(٣) فهي قد لا تتأثر بالموعظة الحسنة فعندئذ على الزوج ان يغير الاسلوب باتخاذ الخطوة التالية.

ثانياً: الهجر في المضاجع

للضجع موضع الاعراء وهجرة اسلوب نفسي في التاديب يتخذ الزوج لتبنيه زوجته على انها سوف تلاقى مصير الحرمان من مضجعتها الذي يمثل قمة العلاقة الزوجية في السودة والرحمة والسكينة كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾^(٤).

لكن التربية الاخلاقية الاسلامية تأمر الزوج بان يلتزم بما يلي:

١- لا يكون الهجر الا في مكان خلوة الزوجين.

٢- ان لا يهجرها امام الاطفال حتى لا يؤثر ذلك على سلوكهم ويورث في نفوسهم الشر والفساد. وان لا يكون هجراً امام الغريباء يذل الزوجة ويقلل من شأنها او تشهير كرامتها فتزدهد نشوزاً لان المقصود علاج النشوز لا اذلال الزوجة ولا افساد الاطفال.

(١) سورة النساء / ٣٤ .

(٢) سورة التحريم / ٦ .

(٣) سورة العلق / ٦-٧ .

(٤) سورة الروم / ٢١ .

٣- وإذا فُشلت هذه الطريقة لما حصله الزوجة من نفسية شريرة وترتكب جريمة اخلاقية منافية للاداب والقيم على الزوج ان يلجأ الى اسلوب آخر يتناسب مع هذه النفسية وهو المحطوة التالية.

ثالثاً: الضرب

يشترط في حق استعمال الضرب شروط منها :

- ١- ان يكون بحسن النية والغاية الاصلاح دون الانتقام.
 - ٢- ان يكون غير مجرح لا يظهر اثره في العظم والوجه ولا يؤدي الى حدوث عاهة في جسم المرأة، وظلاف ذلك يعد عمل الزوج جريمة يعاقب عليها كضربه لغير زوجته.
 - ٣- ان ترتكب الزوجة جريمة منافية للاداب والاخلاق.
- وانما امر الله بالضرب لان الزوج في هذه الحالة امام ثلاثة خيارات لا رابع لها:
- أ- اما اللجوء الى القضاء ففيه فضح اسرار العائلة.
 - ب- واما الطلاق وفيه تفكيك الاسرة.
 - ت- واما ضرب غير مجرح (لا يؤدي الى ولا يؤلم ولا يجرح).
- فالضرب هو الاصوب.

وقد يزعم البعض ان اسلوب الضرب ليس اختياراً حكيماً فاقول لهم:

اجل الضرب بمفهومهم السقيم ليس من الحكمة ولكن هذه الطريقة ليست معركة بين الرجل والمرأة يراد لها بهذا الاسلوب تهطيم رأس المرأة حين تتهم بارتكاب سلوك منافي للاداب العامة والالتزامات الزوجية.

ان هذا قطعاً ليس من الاسلام وانما هو تقاليد في بعض الازمان نشأت مع هوان الانسان. فأمر الاسلام بمتلف في الشكل والصورة وفي الهدف والغاية.

فالضرب كالطلاق بغيبض ولكن اهن شر من الهيارات الثلاثة المذكورة آنفاً.

وقد اكد ذلك الرسول العظيم ﷺ في من القواله منها:

((لا يولد احدكم امراته جلد عبد ثم يهاجمها في آخر اليوم))^(١).

وقال عن الذين يضربون نساءهم ((ولا تجدون اولئك خياركم))^(٢).

^(١) ينظر صحيح مسلم بشرح فتح الباري للامام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني (٢٧٢-٢٧٢).

^(٢) باب ما يكره من ضرب النساء ٣٠٢/٩.

وقال (ولا يضرب الا اشراركم) (١). ويستنتج من هذه الاحاديث الشريفة ان الضرب لا يكون الا عقاباً لنزوجة ترتكب عملاً منافياً للاخلاق والآداب العامة. وهذا العقاب لا يكون بالطلاق لان العقوبة يجب ان يقتصر اثرها في شخص الجاني، في حين ان الطلاق له اثار سلبية على الزوجين والاولاد ان وجدوا واسرتيهما، وهذا يخالف قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (٢). وكذلك لا يكون العقاب من المحكمة لان تدخلها يسودي الى انتشار الحبر وبالتالي الى اساءة سمعة الاسرة.

وقد فهم السلف الصالح هذه الحقيقة فالقاضي شريح (رحمه الله) الذي عينه امير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قاضياً على البصرة ومارس القضاء (٦٣) سنة كان عندما ينور غضبه ويتأثر من زوجته (زينب) يأخذ سواكه الذي يسمح به اسنانه عند الصلاة ويشع اليها مهدداً به ايده قائلاً:

وأيت رجالاً يضربون لسأهم

فكملت يميني حين احضرت زينبها

اذن فالضرب الذي امر به القرآن غير الضرب الذي يفهمه الجهولة. واستصحاب الهدف لهذه الاجرامات بأبى ان يكون الضرب تعذيباً للانتقام والتفشي ويصح ان يكون اهانته وتذليلاً وتحقيراً للزوجة ويرفض ان يكون ارغاماً على معيشة لا ترضاه (٣). تلك الخطوات الثلاث التي تتبع اذا كان النشوز من الزوجة، اما اذا كان من الزوج فالقرآن يأمر باتباع الخطوة التالية.

رابعاً: الصلح (والصلح خير)

وجه القرآن الكريم الزوجين الى التصالح والتفاوض والتفاهم كلما بدت بوادر نشوز الزوج. قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ حَاتَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ

(١) نيل الاوطاد للشوكاني ٢٣٨/٦.

(٢) الطبقات الكبرى ١٤٨/٧.

(٣) سورة الانعام / ١٦٤ .

(٤) ينظر سيد قطب، في ظلال القرآن ٦٤/٥.

هذه خير طريقة للتنظيم الاجتماعي في محيط الأسرة حين يفضى وقوع ظاهرة النشوز والاعراض من قبل الزوج، تهدد مركز المرأة وكرامتها وامن الأسرة واستقرارها.

قبل ان يصل الأمر الى الطلاق الذي هو ابغض الحلال الى الله. او ترك الزوجة تعيش بين حالتي البقاء والطلاق. وقد شجع القرآن الكريم الزوج على التفاهم وقبول الصلح الذي هو خير له ولزوجته واولاده لانه قد يكون مخطئاً في كراهة زوجته فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ أَوْ تَبْغِضُوا شَيْئًا وَيَقْبَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾^(٢).

تلك المخطوات الاربع تتبع حين يكون الطرف المقصر من الزوجين معلوماً. اما في حالة شقاق بينهما واتهام كل منهما الاخر بالتقصير والتسبب فان القرآن يأمر بتدخل جهة ثالثة من الاهل والاقارب لاصلاح ذات البين عن طريق التحكيم.

خامساً: التحكيم

حين ظهور بوادر الشقاق والخلاف بين الزوجين على اسرتهما، او ولي الامر، او القاضي او اية جماعة اسلامية: التدخل بتقديم العون والمساعدة لمنع ضرر الشقاق بالاسلوب الذي يأمر به القرآن في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾^(٣).

وتنفيذ هذا الامر الالهي لدراسة شقاق الزوجين يتطلب توفر مايلي:

- أ- ان يبعث حكم من اهلهما ترتضيه، وحكم من اهله يرتضيه.
- ب- ان يكون الحكمان عادلين خبيرين بشؤون العائلة ومشاكلها.
- ج- ان يكونا من اقارب الزوجين ان امكن، فان لم يكن لهما اهل او كان ولم يكن فيهم

^(١) ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَلِّعَا يَنْتَهُمَا صَلْحًا وَالصَّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ سورة النساء /

^(٢) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَجْعَلْ لَكُمْ أَنْ تَرْتَوْا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَفْضَلُوهُنَّ لِتَهْتَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ أَوْ تَبْغِضُوا شَيْئًا وَيَقْبَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ سورة النساء / ١٩.

من يصلح لذلك لعدم المحبة أو العدالة أو غير ذلك فيستحب ان يكونا جارين^(١) وحرمة اشتراط كون الحكمين من الاهل هي سعة إطلاعهما على مشاكل الزوجين وحفظهما على سمعة الاسرتين، ووفرة شفقتها على الاولاد، وتوقع نجاح مهمتهما غالباً.

د- ان يكونا عمادين تكون غايتهما هي الاصلاح دون تمييز وتفرقة وانحياز .
د- ان يتمتع الحكمان مع الزوجين في جو من الهدوء بعيداً عن الانفعالات النفسية، والتعبات الشعورية، والملابس المعيشية، وغيرها من الاسباب الموجبة لتذكير صفوة الحياة الزوجية.

و- أن يرفعا تقريراً صادقاً أميناً نزيهاً متضمناً للأسباب الحقيقية لخلاف وشقاق الزوجين، محددتين فيه الجهة المقصرة منهما.
وإذا فشلت هذه المحطات الخمس فأنشد يتضح ان هناك مالا يدع الحياة الزوجية تستقيم وتستقر، ففي هذه الحالة من الحكمة الخضوع للواقع المر، الطلاق البفيض على كره من الاسلام فان الطلاق ابغض الحلال الى الله.

سادساً: الطلاق للمرة الاولى

عند قيام الضرورة للمعة يسمح الاسلام باللجوء الى الطلاق الذي حدد بثلاث مرات في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٢).
أي الطلاق الذي يجوز بعده استئناف الحياة الزوجية بالرجعة في الطلاق الرجعي وبعقد ومهر جديدين في الطلاق البائن (مرتان) ففي حالة الرجعية والعقد الجديد ليس لوليها الاعتراض لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْتُمْ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ إِزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣).

^(١) ينظر احكام القرآن لابن العربي (ابي بكر محمد بن عبد الله) ٤٢٤/١.

^(٢) ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾. سورة البقرة/٢٢٩.

^(٣) ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْتُمْ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ إِزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَمْ آزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾. سورة البقرة/٢٣٢.

وقد ذهب كثير من الفقهاء والمفسرين الى ان المقصود هو ان الطلاق الرجعي مرتان فبعد كل مرة (إمساكاً بمهرؤوب) ارجاع الزوجة بدون عقد، (أو تسريحاً بإحسان) ترك المطلقة دون الرجعة لتبين بانقضاء العدة .

ومع تقديمي العظيم لمكانة هؤلاء العلماء الكرام، فان كلامهم هذا يخالف الطاهر النسخ المذكور للاسباب الآتية:

١- لفظ (تسريح) في اصطلاح القرآن الكريم لا يعني سوى الطلاق بدليل ماورد في سورة الاحزاب الآية (٢٨): ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأزْوَاجِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَرِزْقَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُمْ وَأَسْرَحْكُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ والآية (٤٩): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَكَرَّمْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّوهُنَّ وَسَوَّوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

٢- لا يتصور ان يفسر السراح في هذين النسخين بالتوك حتى تنقضي العدة وبصورة خاصة في النص الثاني الطلاق بانن لانه قبل الدخول، ومن الواضح ان القرآن يفسر بعضه بعضاً.

٣- استقر رأي جمهور فقهاء المسلمين على ان الطلاق والسراح والفرق ومشتقاتها من الصيغ الصريحة للطلاق.

٤- التسريح عمل ايجابى صادر من الانسان بارادته المنفردة، والتوك عمل سلبي فلا يجوز ان يفسر الاول بالثاني.

٥- فاذا كان المقصود من (الطلاق مرتان) هو الطلاق الرجعي فاين حكم الباتن، وما الحكم اذا كان الطلاق قبل الدخول.

٦- يقول القرطبي: (قال ابن عمر: واجمع العلماء على ان قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ هي الطلقة الثالثة بعد الطلقتين^(١) وايها عني بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

٧- جاء ما يزيد ذلك في احكام القرآن للمجصاص^(٢) واحكام القرآن لابن العربي^(٣).

(١) احكام القرآن لابي عبدالله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، الطبعة الثالثة ١٢٧/٣.

(٢) الامام ابو بكر احمد بن علي الرازي المجصاص، احكام القرآن، تحقيق محمد صادق قحماوي، نشر دار المصنف، القاهرة، ٨١/٢.

(٣) المرجع السابق، ١٩٩/١.

اذن قوله تعالى: ﴿أَوْ تَصْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ حليقة في التطلق الثالث ولا توجد قرينة تصرفه عن هذا المعنى الخليقي، وان قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ يبان للحكم الذي يترتب على الطلقة الثالثة دون ذاتها. وهذا الحل هو انها لا تحل للزوج الاول حتى تتزوج آخر يدخل بها دخولاً شرعياً فاذا افترقا بموت او طلاق او تفرق قضائي و انتهت عدتها فعندئذ يجوز ان يتزوجها الزوج الاول ان رغبها في ذلك.

التزامات المطلق حين الطلاق:

اذا سمح الاسلام للزوج باللجوء الى الطلاق كعلاج أخير في مجال التأديب فانه لم يدهه ان يتصرف في هذا الحق متى وكيف شاء، بل ألزمه بالتقيد بما يلي:

١- التفرقة بين الطلقات الثلاث وتوزيعها على ثلاث مرات وهذا ما ينص عليه قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمَّا تَطَّعْتَهُمْ أَوْ تَصْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، ومن البديهي انه لا مجال للإجتهد في مورد النص، والنص القرآني المذكور وزع الطلقات الثلاث على ثلاث مرات بوضوح وصرامة.

يقول الجصاص: قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ وذلك يقتضي التفرقة لا محالة لانه لو طلق الشتن معاً لما جاز ان يقال طلقها مرتين، وكذلك لو دفع رجل درهمين لم يحسب ان يقال اعطاه مرتين حتى يفرق الدفع فحينئذ يطلق عليه^(١).
ويقول أيضاً: (فان صفناه الامر).

٢- التوقيت: على الزوج ان يتقيد في طلاقه بالوقت المحدد له في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾^(٢) الخطاب لنبيه في هذه الآية لاثارة الاهتمام، وتصور الجديدة. ووقت عدتهن حدته السنة النبوية بما عدا الارقات التالية.

أ- وقت الحيض: فلا يجوز طلاق الزوجة اذا كانت حائضاً.

ب- وقت النفاس: ولا يجوز اذا كانت نفاً.

(١) احكام القرآن للجصاص، المرجع السابق، ٧٤/٢، ٧٣.

(٢) ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِمَا حَسِبْتُمْ مِنْهُنَّ مُبَيَّنَةً وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ تَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهُ يُعَذِّبُ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾، (سورة الطلاق/ ١)

ت- وقت طهر عاشرها فيه: فلا يجوز الطلاق بعد المعاشرة لاحتمال تكون الحمل^(١).
ث- أن لا تكون مطلقة لا طلاقاً رجعياً ولا طلاقاً باتناً، لان تطبيق المطلقة تحصيل الحاصل، وهو مستحيل بإتفاق العقلاء، فإذا أراد أن يطلقها طلبة ثانية أو ثالثة فله أنه يراجعها ثم يطلقها إذا رغب في ذلك.^(٢)

٣- عدم اخراجهن من بيت الزوجية اذا كان الطلاق رجعياً حتى تنقضي عدتها، ويؤمن لها ما تحتاجه ما دامت في العدة من مطعم وملبس ومشرب ومسكن. وذلك لقوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾^(٣)

وفي الامر بتقوى الله قبل الامر بعدم اخراجهن تذكير موجه الى الازواج وكذلك في: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ ثم تعبير: ﴿مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ لتوكيد حقهن في الإقامة بها فترة العدة. وفي الفقرة الاخيرة: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾^(٤). تحليل لعدم اخراجهن وذلك لاتاحة الفرصة للرجعة واستئناف عواطف الحب والمودة والوئام، بالتفكير في نتائج الافتراق وذكريات الحياة المشتركة حيث تكون الزوجة بعيدة بحكم الطلاق قريبة من العين. وخلال فترة العدة له الحق ان يراجعها بدون عقد جديد بالفعل والقول عند بعض الفقهاء، وبالقول فقط (كراجعتك) عند الآخرين. والفصل بالمعاشرة مع نية الارجاع، وذا انتهت العدة لا يحق له اعادتها الا بعقد جديد.

٤- الاشهاد على الطلاق والرجعة: فعلى الزوج ان يطلق بحضور شاهدين وان يراجع زوجته امام شاهدين حتى يكون بعيداً عن مواضع التهم. والاشهاد في هاتين الحالتين نص

(١) مزيد من التفصيل: يراجع فتح الباري بشرح جمع البخاري، المرجع السابق، ٣٤٥/٩، كتاب الطلاق باب قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ)) ويراجع زاد المعاد في هدي خير العباد محمد خاتم النبيين وامام المرسلين للامام العلامة ابن قيم الجوزية، ٤٣/٤ ومابعدها تحت عنوان (حكم رسول الله ﷺ) في تحريم طلاق الحائض والنفساء والموطوءة في طهرها وتحريم ايقاع الثلاث جملة.

(٢) الإسلام قبل المذاهب عقيدة وشريعة، تأليف جماعة من نوابغ العلماء، مطبعة الإمام، ١٣ شارع محمد كريم بالقاهرة. ص ١٢١

(٣) سورة الطلاق/ ١.

(٤) سورة الطلاق/ ١.

عليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلِ مِّنكُمْ﴾^(١). والامر بمضور شاهدين عادلين للرجوب لان الرجوب هو مقتضى امر الله سالم يتم دليل على خلاف ذلك.

٥- عدم اكراه المرأة على ان ترد اليه شيئا من الصداق او نفقة انفقها اثناء الحياة الزوجية مقابل تسريح الزوجة اذا لم تصلح حياتها معها. لكن اذا وقع شيء من ذلك برضاها للزوج مقابل الطلاق لانها تكرهه وتريد التخلص منها مهما كلف الثمن فلا باس في ذلك ويسمى هذا الطلاق في اصطلاح الفقهاء (المخلع).

قال سبحانه وتعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٢)

فهذا النص يدل على مدى حرص الاسلام على حماية المرأة من الظلم الذي تتعرض له بعد الطلاق. واذا استأنفا الحياة الزوجية بعد الطلاق الاول ثم رجع الحلاف والشقاق وسوء التفاهم فعلى الزوج ان يتبع الخطوات الخمس التي سبقت الطلاق الاول بنفس الترتيب. فاذا فشلت المحاولات يجوز للزوج التخليق مرة ثانية.

سابعا: التخليق مرة ثانية :

على الزوج في هذه المرة ان يراعي جميع القيود التي فرضت على ارادته في الطلاق الاول من تفريق، وتوقيت، واشهاد، وعدم اخراج الزوجة حتى تنقض عدتها .
واذا عادا الى حياتهما الزوجية بعد الطلاق الثاني اما بالرجعة عندما يكون الطلاق رجعيا، او بعقد جديد حين يكون يائنا ثم رجعا الى نفس الماسة فعلى الزوج ايضا اتباع الخطوات الخمس الاولى. فاذا لم تجد نفعا فله اللجوء الى الطلقة الثالثة والاخوة .

(١) ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلِ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُرِيعُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَشَقِّ لِلَّهِ يُعْمَلْ لَهُ مَعْرُجًا﴾ (الطلاق/ ٢).

(٢) سورة البقرة / ٢٢٩. بخصوص وجوب الاشهاد، راجع التفسير الكبير للامام فخر الرازي ٣/ ٣٤٤. احكام القرآن للمقرطبي، المرجع السابق، وتفسير الطبري ١٣٧/٢٨.

ثامنا: التطليق مرة ثالثة

فإذا تم استيفاء الطلقات الثلاث تترتب عليه الاحكام الاتية :

- ١- عدم جواز ابقاء الزوجة في بيت الزوجة لانها اصبحت بائنة بينونة كبرى وحرمة .
 - ٢- عدم جواز اعادة الزوجة لا بالرجعة ولا يعقد جديد للبينونة الكبرى .
 - ٣- للزوجة بعد انتهاء عدتها ان تختار زوجا اخر شريكا لحياتها الزوجية .
 - ٤- يجوز لها الرجوع الى الزوج الاول بالشروط التالية :
- أ- ان تتزوج زوجا اخر زوجا شرعيا طبيعيا لا عن طريق التحليل لأن التحليل باطل، وان يدخل بها الزوج الثاني دخولا شرعيا.
- ب- ان يحصل الافتراق بالموت او الطلاق او التفريق القضائي.
- ج- ان تنتهي عدتها من هذا الافتراق.
- فإذا توفرت هذه الشروط يجوز للزوج الاول ان يتزوجها اذا رغبها في ذلك لان كلا منهما مر بالتجربة العملية فيتوقع نجاح الزواج بعد هذه التجربة .

حكمة هذا الاجراء:

- ١- ان الطلقة الثالثة تعتبر نتيجة حتمية لاستعمال المحرمة بين الزوجين وفسح المجال لهما من الشارع الحكيم اكثر من ذلك (طلاق فامساك ففراق فعودة فسراح) اقرار للمعيش واستمرار لتعاسة لا نهاية لها .
 - ٢- تتعلق جواز العودة - بعد الطلقة الثالثة - بالتزوج من زوج ثان قيد اخر اضافه الشارع الحكيم الى القيود الاخرى على الارادة في الطلاق تضييقا لدائرته.
 - ٣- ان تجربة الزوجة مع الزوج الجديد قد توضح امامها كل حقيقة فتميز صوابها من خطأها بين مفارقتها بين الحياتين مع الزوجين . وقل مثل ذلك بالنسبة الى الزوج ايضا.
- وفي ختام هذا المبحث فاصود والقول لأهل الإفتاء. وغوهم:

تلك هي المبادئ العامة في اجراءات التاديب القرآنية الكريمة بوضوح وهي حكيمة وسليمة لا تسمح للزوج ان يتسرع الى إنهاء رباط الزوجية فيلصمه لاول وهلة ولائفه الاسباب . ولا يدع هذا الرباط المقدس الروحي يفتل الا بعد المحاولة والياس، وانه يهتف بالرجال:

﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ أَشَدَّ مِنْ أَنْ تَكْرَهُنَّ لَوْلَا ذَلِكَ لَفَعَلَ اللَّهُ بِكُمْ حَسْرَةً ۗ خَيْرٌ لَّكُمْ أَنْ تَكْرَهُنَّ وَأَنْ يَكْرَهُنَّ وَبِمَا كَرِهْتُمُوهُنَّ لَا تَجْنِسْنَ اللَّهُ لَكُم بِاللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ مُّبِينٌ﴾

كثيراً^(١) ولكن شان بين ما يأمر به القرآن الكريم وبين ما يعمل به أكثر المسلمين في العالم الاسلامي.

والقول بمرارة وكلكم معي : (لقد تحول هذا المستور العظيم الخالد من التطبيق على الاحياء الى اغنية المقابر يتزعم ويتغنى به للاموات)!!!

المطلب الثاني

تربية وتلايب الاولاد القاصرون

من تعمق في الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بنشأة الفرد نشأة صحيحة بعيدة عن السلوك الانحرافي يجد انها تعتمد ٩٥% على الوسائل الوقائية و ٥% على الوسائل العلاجية كالعقاب والتأديب.

ومن البدهي ان الوقاية خير من العلاج من الناحية السلوكية والصحية اما العلاج الذي يتمثل بالعقاب او التأديب الذي يستهدف تحقيق الزجر والردع رغم ان فيه معنى الوقاية غير ان القانون والقضاء الذي يطبقه لا يفلقان الوقاية عن الجنوح بمنهاها التام لان الامتناع عن السلوك الجرمي حينئذ لا يرجع الى العزوف الشخصية عن هذا السلوك وانما يرجع الى خشية العقاب من حيث الأساس بحيث لو كان العقاب اقل شدة او احتماله اقل تأكيداً لكان من المجازر الاقدام على الجنوح والاتجاه نحو الانحراف.

ومن جهة اخرى فان الزجر والردع الناقلين من العقاب او التأديب ليس مرجعهما اجرامات ترموية وتوجيهية تتخذ للحيلولة دون جنوح القاصر وانما مردهما الى خشية العقاب وخوف الاذى.

اضافة الى ذلك من الصعب تقدير مدى اثر وقوة الزجر والردع الناشئين من الخوف على منع الانحراف والسلوك الحاطن والجنوح اذ ليس لحد الآن معيار موضوعي واضح لمعرفة نسبة الاشخاص الذين يمنعهم الزجر والردع من ارتكاب الجنوح سواء اكانوا من الكبار ام من الصغار.

(١) (رَبَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَجْعَلْ لَكُمْ أَنْ تَرْتَوُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا) (سورة النساء / ١٩).

ثم ان زجر الناشئ من العقاب والتأديب ليس له دور فعال بالنسبة للمحترفين للجنوح او السلوك الجرمي اذ ان الجانح المحترف او المجرم المعتاد قد حسب حسابه واعد نفسه لكافة المخاطر المتوقعة.

هذا كله الوقاية الناتجة من التربية البيئية الصحيحة والتوجيه المعنوي المستقيم وذلك للأسباب الآتية:

- أ- الوقاية تعني مكافحة العوامل التي من شأنها ان تؤدي الى الجنوح والانحراف واتخاذ سلوك غير سليم في المجتمع.
- ب- السياسة الوقائية تستند الى اسس علمية وعملية سواء أكانت في الشرع الاسلامي ام في القانون وبذلك يكون نجاحها في تحقيق الهدف غير مشكوك فيه.
- ج- الوقاية تستخدم منذ وقت مبكر أي في حالة يكون الفرد في دور العجينة فله مرونة تامة لان يأخذ قالب السلوك الصحيح وان يعود على ما يدرب عليه ويتقبل اختيار الصغ في طريق مستقيم.
- د- وقد قيل قديماً وحديثاً (العلم في الصغر كالنقش على الحجر) ومن الواضح ان التربية البيئية والتوعية والتوجيه والاخذ بالسلوك الصحيح كله من باب العلم (التعليم والتعلم).

ومن هذا المنطلق: امرت الشريعة الاسلامية بممارسة الاسس والوسائل الوقائية عن جنوح الاحداث لا من تكوينه فحسب بل بما قبله ومن تلك الوسائل ما ترجع الى ما قبل خلقة الانسان وتحوله من البذرة الى الجنين في بطن امه.

وفي ضوء الشريعة الاسلامية يمكن تقسيم المؤسسات الدينية التي تعمل على خلق الوقاية عن جنوح وانحراف الاحداث الى الآتية:

- ١- الاسرة.
- ٢- المدرسة.
- ٣- المسجد.
- ٤- الحسبة.

ولحاول دراسة هذه المؤسسات التي تستحدث الوقاية عن الجنوح بدراسة موجزة كالآتي:



اولاً: دور الاسرة

من البديهي ان الاسرة المتمسكة بالاسلام في وقاية جنوح الاحداث تعد الحلية الاولى لتكوين هيكل المجتمع الذي يتكون من مجموع الاخلايا الاسرية. فالاسرة هي طريق لنشأة المجتمع او هي المجتمع الصغير الذي يسلم الفرد الى المجتمع الكبير لذا فان كل ما ينجبه الفرد من المجتمع الصغير تنعكس اثاره في المجتمع الكبير سلباً او ايجاباً.

وتعود اهمية الاسرة في ترويم سلوك اعضائها القاصرين الى انها تستقبل الطفل وهو بعد عجيبة مرنة تقبل كل حجم تلميه عليه الاسرة، او هو لوح حساس تترك به المؤثرات بصمات عميقة واضحة.

ثم ان الاسرة معرض واسع يعرض فيه كل لون من ألوان العوامل الاجتماعية من وجدانية واخلاقية وثقافية واتصادية.

وفيها يتم نسيج العلاقة الوجدانية التي يربط الفرد بالحياة الخارجية ويكاد هذا النسيج يأخذ اللون النهائي في بضع السنين الاولى من الحياة حيث يفهم فيها الفرد معنى معيناً للمجتمع والحياة فيميز الصالح عن الطالح والطيب من الخبيث والنافع من الضار والحج من الشر.

فيها يبرع ويضع ويطمح او يوقع، فينطوي على الرضاء او الحقد ولذا يمكن ان تشبه الاسرة بأنها كوعاء، تنضج فيه الروح الاجتماعية او تفتق.

ولكل ما ذكرنا بل ولاكثر من ذلك اولت الشريعة الاسلامية اهتماماً كبيراً بدور الاسرة في الوقاية عن جنوح الاحداث فطلبت من الاسرة اموراً وهي من مستلزمات تلك الوقاية، كيفية معاملة كل من الزوجين مع الآخر، ومنها ترجع الى الطفل ذاته كالرضاعة والحضانة.

ما يتعلق بطبيعة الزواج:

امر الاسلام الانسان ان يأخذ بنظر الاعتبار الدين والاخلاق في اختيار شريكة حياته على لسان رسوله ﷺ حيث قال: ((تَنْكُحُ الْمَرْأَةَ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَافْطَرِ بَنَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ))^(١).

أي ان العوامل التي تدفع الرجل الى اختيار امرأة معينة كشريكة حياته اما مالها او

(١) صحيح بخاري ٥٠٩٠، صحيح مسلم ١٤٦٦.

جمالها او مركزها الاجتماعي او دينها (اخلاقها) والاسلام يسأمره ان يأخذ بالمعيار الاخير حتى لا يقع في المذلة. واذا اجتمع فيها الصفات الاخرى ايضا فذلك نور على نور.

وقل مثل ذلك في اختيار المرأة لرجل يكون شريكا لحياتها وقال ﷺ ((تتبعوا لنطفكم فان العرق نزاع))^(١) وفي رواية اخرى ((تزوجوا في الحجر الصالح فان العرق دساس))^(٢) ومن هذا الحديث الشريف يتبين لنا ان الرسول ﷺ علم تأثير الوراثة على السلوك قبل اكتشاف هذا التأثير بمنات المنجن. بل أشار القرآن الكريم إلى تأثير الجين الوراثي بوضوح في قوله تعالى: ﴿فَأَتَتْ بِهِ قَوْمَهَا تَحْمُلُهُ قَالُوا يَا صَرِيمُ لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا قَرِيبًا. يَا أُحْتِ هَارُونَ مَا كَانَ لِبُولِكَ امْرَأًا سَوَاءً وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ بَيْعِيًا﴾^(٣).

وقال الرسول ﷺ ايضاً ((يساكم وخصراء الدمن ، فقيس : يا رسول الله ، وما خصراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء)).^(٤) فالطفل في البداية الاولى من حياته لا يميز الخطأ من الصواب ، بل يحكم على الاشياء على اساس قانون اللذة والالم ، فاللذة هي التي تدفعه الى الاقدام على فعل ما ، والالم وحده يدفعه الى الاحجام دون اي اعتبار آخر ، كما انه لا يملك قوة التحليل والتعليل والاستنتاج وانما دوره يقتصر على التقليد لابيويه او غيهمما في اختيار ما هو خير وما هو شر لنا بل لاكثر من هذا قال سبحانه وتعالى مخاطباً الاذواج: ﴿وَعَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٥) لان لحسن المعاشرة وسوءها اثرا فعلا على سلوك الطفل في المستقبل.

ما يتعلق بالرضاعة والحضانة:

امرت الشريعة الاسلامية ان يكون الارضاع من ام الطفل شريطة ان تكون متخلقة بالاخلاق الفاضلة حتى يتأثر بها الطفل ويأخذ طريق الصواب في مستقبل حياته. كما طلبت ان تكون الحاضنة متعلمة بالصفات الحميدة حتى يقتدي بها المحضون ويصبح عضوا صالحا في المجتمع ويتعامل مع غيره بالحسن والصواب عندما يدخل معركة الحياة.

(١) الحديث عند ابن ماجه وقد انفرد به عن اصحاب الكتب التسعة.

(٢) المراهي، تجميع الاحياء ٥٣/٢.

(٣) سورة مريم/ ٢٧ - ٢٨.

(٤) الدارقطني، المقاصد الحسنة ١٦٤.

(٥) سورة النساء / ١٩.

ثانياً: دور المؤسسة التعليمية

للمؤسسة التعليمية دور كبير في سلوك القاصرين لأن القاصر كما ذكرنا لا يملك قوّة ادراك الاشياء على حقيقتها بل يقتصر دوره على التقليد داخل الاسرة والمدرسة وخارجها لذا لسلوك المعلم في المدرسة أثر فعال على سلوك المتعلم القاصر سلباً او ايجاباً. فالمعلم لا يقتصر دوره على التعليم بل عليه اضافة الى ذلك التوجيه والتوعية. وعليه ان يكون قوّة حسنة يقتدي به المتعلمون وان يكون رمزاً للاخلاق ووعاء للتعليم حتى يقتدي به المتعلمون.

ثالثاً: دور العبادة في سلوك الفرد صغيراً كان او كبيراً.

جميع العبادات التي كلف بها الانسان وسائل وقائية لمنع من يتمسك بها من الانحراف يقول سبحانه وتعالى في دور الصلاة في الوقاية: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ﴾^(١) جملة (إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ) تعليل بعلة منصوطة لوجوب اقامة الصلاة وفلسفتها وحكمها فالصلي اذا ادى صلاته بصورة صحيحة اكتسب مناعة ضد كل جرائم جرمي.

وقال تعالى في وقاية الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢).

وتعبير (العلمك تتقون) تعليل فلسفي لحكمة وجوب الصيام أي لعلمك تكتسبون طاقة روحية تقيكم من الشر.

رابعاً: الحسبة

الدور الوقائي للامر بالمعروف والنهي عن المنكر فعال في الوقاية عن الاجرام والمجنوح اذا ادى بصورة صحيحة.

وقد ذكرنا سابقاً ما يتعلق بهذا الموضوع فلا داعي للتكرار.

^(١) سورة العنكبوت/ ٤٥.

^(٢) سورة البقرة/ ١٨٣.

هذا كله لا يعني ان تأديب الاولاد القاصرين لا تأثير له في سلوكهم الصحيح وابعادهم من الجنوح بل يجب على ولي الامر القيام بالتأديب كلما بدت ظاهرة الانحراف وانكشفت بوادر الجنوح لدى القاصرين. لان للعلاج مع الوقاية دوراً مهماً في اصلاح القاصر والميلولة دون جنوحه.

ويجب على ولي الامر في تأديب القاصرين الذين هم تحت ولايته ان يأخذ الحذر والمحيطه في هذا التأديب وان يتصرف بالحكمة لان رب تأديب يؤدي الى نتيجة عكسية كما قيل قديماً وحديثاً (المرء حريص على ما منع).

المبحث الثاني الاعمال الرياضية

سبق ان بينا ان القوانين الجزائية الوضعية حصرت اسباب الاباحة في ثلاثة انواع وهي حق الدفاع الشرعي المحاص، واستعمال الحق، واداء الواجب ، خلافاً لما عليه الشرع الاسلامي من توسيع اسباب الاباحة الشاملة لما ذكرنا وغيرها.

ومن باب استعمال الحق في الدفاع الشرعي الاسلامي ممارسة الالعاب الفروسية والسباحة والرماية وغيرها من الاعمال الرياضية الفكرية البدنية البعيدة عن العنف والحاق الاذى الجسدي بالغير.

ومن البدهي ان الرياضة بصورة مطلقة من الوسائل التربوية والترفيهية البدنية الضرورية للحفاظ على الصحة والنشاط اذا كانت في حدود المعقول بعيدة عن الافراط للاعدي واللامعقول وقد قيل قديماً وحديثاً (العقل السليم في الجسم السليم).

ومن حيث استعمال العنف وعدمه تقسم الالعاب الرياضية في العصر الحديث الى نوعين: أحدهما: نوع لا يتطلب استعمال العنف ككذف الرمح والتنس، وكرة القدم، والسباحة، وسباق الخيل، او السيارات او الدراجات او حمل الاثقال او نحو ذلك لا يترتب عليه استعمال العنف والحاق الاذى بجسم الانسان وهذا النوع لا اختلاف في مشروعيته واباحته اذا توافرت شروطه وروعيت قواعده واصوله وانتفت موانعه.

والثاني: يفترض فيه استعمال العنف على جسم المنافس كالملاكمة والمصارعة وكاراتيه وغيرها، مما يستلزم توفر عنصر العنف فيه وبالتالي يترتب الحاق الاذى الجسدي بالطرف المنافس رغبة في الفوز والتغلب على المحصم.

وهذا النوع الثاني قد اختلف القوانين في مشروعيتها وعدها من اسباب الاباحة لما فيها من الحاق الضرر البدني بالطرف الاخر.

وجدير بالذكر ان هذا الاختلاف لا يجده في الشرع الاسلامي لعدم الاختلاف في عدم مشروعيتها.

يرجع هذا الاساس الى ان اللاعب يستعمل حقه الذي اقر له القانون واكده العرف الدولي وشجعت دول العالم واعترفت بمشروعية ممارسة هذا الحق الهيئات الدولية التي تتولى رعاية وتنظيم الالعب الرياضية.

ولا ترجع إباحة الاعمال الرياضية الى عدم توافر القصد الجنائي، ولا الى رضا المعتدى عليه الذي يتعرض للاذى الجسدي.

لان تخلف عنصر القصد الجنائي اذا كان من شأنه ان يرفع المسؤولية الجزائية فانه لا يسبغ الفعل وبالتالي لا ينفي المسؤولية المدنية ومطالبة المصاب بتعويض ضرر اصاب به. وقل مثل ذلك في رضاه المجنى عليه لان رضاه الانسان بالاعتداء على سلامة جسمه مخالف للنظام العام لكون حياة كل انسان عضو في المجتمع مشتركة بينه وبين هذا المجتمع فهي ليست حقا خاصا له حتى يحق له التنازل عنها بدليل قسرم الانتحار شرعاً وقانوناً وعرفاً.

شروط إباحة ممارسة الالعب الرياضية: (١)

يشترط لإباحة ممارسة الالعب الرياضية توافر شروط يمكن تلخيصها فيما يأتي:

١- توافر حسن النية لدى اللاعب في حركة رياضية من شأنها ان تلتحق الاذى بالطرف للنافس فيجب ان تكون نية اللاعب متوجهة الى تحقيق الغاية المشروعة التي تصدها القانون للاعتراف بإباحة اللعبة.

(١) ينظر: د. محمود نقيب حسني، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ط١/١٩٦٧، ص ومايليها.

د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، ط١/١٩٨٢، ص ١٧٦ ومايليها.

د. عباس الحسيني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد القسم العام، ط١/١٩٧٠، ص ١١٨ ومايليها.

الاستاذ الهامي محسن ناجي، الاحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، ط١/١٩٧٤، ص ٢١٦ ومايليها.

- وإذا كان اللاعب سيء النية حين الحاق الأذى باللاعب الآخر المنافس يسأل جزائياً عن الحدث إذا عد جريمة في الظروف الاعتيادية كما يسأل مدنياً إذا كان الحدث ضرراً يستوجب التعويض لو حدث خارج ممارسة اللعبة.
- ٢- ان تكون اللعبة من الألعاب التي يعترف بها العرف الرياضي بأن يكون لها قواعد يتعارف عليها وتقاليد تقبل المشتركين فيها على احترام هذه القواعد.
- ٣- ان تكون افعال العنف أو التي أدت إلى المساس بسلامة جسم المنافس قد ارتكبت أثناء المباراة الرياضية فإذا حدثت قبل البدء بها أو بعد انتهائها، لوبعد تقلي المحصم عنها فلا تعد من اسباب الاباحة.
- ٤- ان يكون اشتراك اللاعب في المباراة باختياره ورضائه التام. فإذا اجر على الاشتراك لا يعد لبعه من اسباب الاباحة بل يترتب على الضرر الجسمي حق مطالبة المتضرر بالتعويض عنه كما يسأل محدث الحدث جزائياً إذا كان مما يسأل عنه عادة لور حدث خارج اللعب.
- ٥- ان لا يخرج اللاعب حين أحداث الضرر بالفقر على قواعد اللعبة المتعارف عليها عامداً مريداً ازاء منافسه والا عد مسؤولاً عن جريمة عمدية فيما أحدثه من الأذى في جسم منافسه. وإذا كان خروجه على تلك القواعد خطأ واهمالاً فهو يكون مسؤولاً عما يترتب على فعله من اصابة غير عمدية فإذا لم يتحقق الموجب للعقاب يئزم بالتعويض على فعله الضار الناشئ عن الخطأ. وأساس مساءلته عن الاصابة هو اعتبارها ناشئة عن اهماله وعدم احتياظه.
- وإنما على ذلك إذا انتهز احد اللاعبين فرصة اللعب واره ان يشفي حقه من خصمه وأحدث به اصابات لا تبيحها اصول اللعبة فيعد ضارياً لو جارها عمداً.

فلسفة اياحة الالعاب الرياضية :

- ١- يرى المحللون القانونيون وعشاق الالعاب الرياضية من المتفرجين والمحللين الرياضيين ان هذه الفلسفة هي كون الالعاب الرياضية من وسائل تقارب بين الشعوب والامم وبالتالي من شأنها ان تؤدي إلى التصاون والتضامن والتكافل في حلول للمشاكل السياسية والاقتصادية المشتركة وغيرها فيما بين الدول والشعوب.

٢- أنها وسيلة من الوسائل الترفيهية البريئة فكل انسان مكلف بآداء واجب من الواجبات في بلده يحتاج الى ساعات يستعيد فيها راحته البدنية ويعيد نشاط تفكيره اثنا. عدم ممارسة الاعمال البدنية والفكرية .

ومن الشواهد على ذلك ان الاسباب الرئيسة للدول المتقدمة حضاريا وتكنولوجيا هي تقسيم الساعات اليومية الى اقسام ثلاثة خصص ثلثها للعمل المتواصل والثلث الثاني للراحة البدنية والفكرية والتمتع بما يتمتع به كل انسان في عاداته كما خصص الثلث الاخير للنوم.

٣- الالعب الرياضية وسيلة من وسائل المحافظة على الصحة البدنية ايا كان نوع الرياضة . ومن البدهي ان هذه الرياضة تختلف باختلاف الاشخاص واعمارهم وامكنتهم وازمنتهم.

رأينا المتواضع في الألعاب الرياضية العامة :

١- كل لعبة رياضية تتوقف ممارستها على استخدام العنف كالمصارعة والملاكمة ونحوهما يجب ان تمنح قانونا على الصعيدين الداخلي والدولي لان الاستعمال الذي يعرض الطرف المنافس للخطر في سلامة جسمه لا يمكن ان يحقق مصلحة على هذه المفسدة المتوقعة. ومن القواعد الشرعية والقانونية العامة ان المصلحة والمفسدة اذا تعارضتا في شئ واحد فاذا كانتا متساويتين او كانت للمفسدة هي الغالبة يجب ترك هذه المصلحة لدرء المفسدة.

٢- الافراط في كل شئ ولو كان مباحا في حد ذاته عمل مذموم يرفضه العقل السليم والمنطق القانوني.

٣- اغلى ما يملكه الانسان في حياته هو عمره ووقته فهما لا يعوضان اذا هدرنا في عمل لا يقدم للفرد او المجتمع مصلحة حقيقية واقعية مادية كانت او معنوية.

واعتبار مشاهدة المباراة او اية لعبة اخرى في ساعات متوالية مصلحة معنوية من باب المغالطة والسفسة اذا قيست هذه المصلحة بما يهدر من العمر والوقت الشينين.

٤- من يتعمق في الباعث الدافع الى الاهتمام الزائد للاعبود بالالعب الرياضية من شعوب العالم الثالث والدول النامية يجد ان وراء هذا الدفع اللامعقول طاقة خفية

حركة مدسوسة تعتني بها الماسونية العالمية لصرف انظار الشباب الى ما لا يضمن ولا
 يغني من جوع .

٥- كثير من الناس ممن تقدر عقولهم بمشاهدة الالعاب الرياضية يهملون واجباتهم
 الأساسية في سبيل هذه المشاهدة. واذكر على سبيل المثل كان لسي زميل في كلية
 القانون جامعة بغداد خلال الثمانينات يضرب داتما محاضرة تلاميذه بعرض الحائط
 كلما تعارض وقتها مع وقت مشاهدة المباراة .

٦- اقول للعراقيين ماذا قدم انتصار العراق في مباراة بطولة اسيا في بداية اب ٢٠٠٧
 للشعب العراقي للمزق من التقارب وضع الحد لسفك دماء. تهدر واباحة حرمات
 تهتك.

الفصل السابع

اداء الواجب

تمارس السلطات العامة مجموعة من صلاحيات يحددها الدستور والقانون .

وفي مباشرة بعض منها من حقوق ومصالح الافراد بصورة مباشرة كما في استعمال صلاحيات السلطين القضائية و التنفيذية او بصورة غير مباشرة كما في صلاحيات السلطة التشريعية وبوجه خاص في التشريعات الجزائية وفي نفس الوقت ان تلك الحقوق التي من شأنها ان تمس من قبل هذه السلطات مقررة ايضا بالدستور وعمية بالقانون فكيف يرفع هذا التناقض .

ثم ان الموقف العام - وبوجه خاص السلطة التنفيذية - من المحتمل ان يتجاوز حدود الاختصاص المخول له ليدخل في مجال الحقوق التي تلتزم الدولة بحمايتها وهو يعتقد بانه ما زال في نطاق اختصاصه .

فهل يعد معنورا في هذه الحالة وبالتالي يعفى من المسؤولية الجزائية .

وللاجابة عن هذه الاسئلة توزع دراسة موضوع اداء الواجب على ثلاثة مباحث يخصص الاول لاداء الواجب من السلطة التشريعية العقابية ، والثاني من السلطة القضائية ، والثالث من السلطة التنفيذية .



المبحث الاول

اداء الواجب من السلطة التشريعية العقابية

منذ الخليقة انقسم العالم البشري الى معسكرين : معسكر الخير ومعسكر الشر ولم ينتصر الخير على الشر في يوم من الايام لمجرد كونه خيرا كما لم يتهزم الشر امام الخير في عصر من العصور لكونه شرا لذاته .

فالتضت هذه السنة للحياة البشرية ان يكون في كل زمان ومكان وفي كل مجتمع نظام قانوني يقود المركب المتضام المتصارع الى شاطئ الامان والخير الى الاصلاح في نهاية المطاف . وانبعاثا من هذا الواقع المتضارب المتصارع لحياة الاسر البشرية اختلف منذ القدم المفكرون والفلاسفة في تحديد طبيعة الانسان هل هي شريرة بالذات او خيرة بالذات ؟ .

أ- فمنهم من قال ان طبيعة الانسان فطرت على الخير واختياره لسلوك الشر انما ياتي من التاثير بعوامل خارجية وعوارض طارئة على فطرته .
 ومن انتصار هذا الاتجاه الفيلسوف اليوناني (سقراط)^(١)
 وقد انتقد هذا الاتجاه بانه مخالف لكثير من المسلمات الفعلية والمالوفات المادية وذلك لان جميع الناس اذا كانوا اختيارا بالطبع فمن علمهم الشر .
 فان علمهم بعضهم فهذا البعض شرير فليس الكل اختيارا وان تعلموه من انفسهم لميلهم اليه فالكل اشرار وان وجد لهم الميل الى الخير سادام طابع الشر فيهم هو الغالب .

ب- وذهب الآخرون ومنهم اليسوعيون^(٢) الى عكس هذا الاتجاه فقالوا : ان فطرة الانسان مطبوعة على الشر فهو شرير بالطبع واتخاذ سلوك الخير انما هو لاسباب خارجة عن ذاته كالتربية البيئية و التوجيه الديني والتاثير الثقافي وغير ذلك .

(١) سقراط (٦٤٩ - ٣٩٣ ق.م) نشأ في اينا ولم يترك اثرا مكتوبا وانما سجل فلسفته وتعاليمه تلميذه (افلاطون) في محاضراته . و (اكسانوفون) في مذكراته .

وكان سقراط يعتقد انه صاحب الرسالة في الاصلاح .

(٢) وهم جمعية تأسست عام (١٥٢٤ م) بزعامة اخباصيوس الاسباني وغايتها التبشير بالمسيحية وتأييد الكنيسة الكاثوليكية .

وهذا الاتجاه تعرض أيضا لانتقادات منها ما هو كانتقاد الاتجاه الأول بانهم اذا كان كلهم اشراوا فمن علمهم الخير ؟ فان علمهم بعضهم فليس الكل اشراوا وان تعلموه من انفسهم ليلهم اليه فكلهم اخيار بالطبع .

ولكن يفند القرآن الكريم هذين الزعمين وينص على ان الانسان ليس خيرا بالطبع ولا شريرا بالطبع وانما هو حامل لتزعتي الخير والشر في وقت واحد فهو عالم وسط بين عالم للملائكة الذين هم خيرون بالطبع لا يعضون الله ما امرهم ويفعلون ما يؤمرون وبين عالم الحيوان الوحشي الشرير بالطبع كالذئب والنمر ونحوهما .
ولكن في المحصلة النهائية حياة كل انسان اما ان تتغلب نزعة الخير على الشر او نزعة الشر على الخير .

فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا^(١) ، فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا^(٢) وَتَقْوَاهَا^(٣) ، قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّاهَا^(٤) ، وَقَدْ خَابَ^(٥) مَن دَسَّاهَا^(٦)﴾

العوامل التي تدفع الانسان الى محاربة تغليب نزعة الخير فيه هل هي نزعة الشر احدها مايلي :

اولا : عامل العنف

كما في حالات الدفاع الشرعي الخاص والدفاع الشرعي العام الداخلي والدفاع الشرعي العام الخارجي وقد سبق تفصيل هذه العوامل في الفصول السابقة^(٧)
وقد قال سبحانه وتعالى بصدد استعمال هذا العامل : ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ^(٨)﴾

(١) أي القدرة التي خلقتها .

(٢) اشارة الى نزعة الشر .

(٣) اشارة الى نزعة الخير .

(٤) أي من يربي نزعة الخير تربية صحيحة يؤدي ذلك الى تغلبها على نزعة الشر .

(٥) وقد خاب أي خسر من دساها بان اتبع نزعة الشر بصورة مستمرة حتى تغلبت على نزعة الخير .

(٦) سورة الشمس / ٧ - ١٠

(٧) في الفصل الرابع والخامس والسادس .

(٨) سورة البقرة / ٢٥٦

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتِنَتِ صَوَامِعُ^(١) وَيَبِيحُ^(٢) وَمَتَلَوَاتُ^(٣) وَمَسَاجِدُ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ^(٤)﴾

أي بتغليب قوة الخير على قوة الشر .

ثانيا : هامل الوقاية :

الوقاية المكتسبة من العبادات هي الطاقة الروحية التي يكتسبها الانسان من القيام باداء تلك العبادات التي كلف بادائها كالطاقة المكتسبة من اقامة الصلاة ضد كل فحشاء ومنكر كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿وَرَأَيْمِ الضَّلَآءُ اِنْ الضَّلَآءُ تَنَهَى عَنْ الضَّلَآءِ وَالْمُنْكَرِ^(٥)﴾

وكالطاقة الروحية التي يكتسبها الصائم من صيامه تقيه من كل اصراف وسلوك جرمي كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ^(٦)﴾

أي تكتسبون التقوى التي هي طاقة روحية تحريككم الى الله وتبعدكم عن كل سلوك اجرامي .

وقد سبق تفصيل هذا الموضوع في محله ولا مجر للتكرار والتفصيل .

ثالثا : هامل العلاج :

وقد قيل قديما وحديثا (الوقاية خير من العلاج) لذا ركزت الشريعة الاسلامية في مكافحة الاجرام على الوقاية التي يكتسبها الانسان من معتقداته وعباداته بخلاف القانون الذي يعتمد على العلاج اكثر من الوقاية ويوجه خاص ان اعتماده على

(1) معابد اليهود .

(2) كنائس النصارى

(3) أي معابد تقام فيها الصلوات

(4) سورة الحج / ٤٠ .

(5) سورة العنكبوت / ٤٥ .

(6) سورة البقرة / ١٨٣ .

الوقاية لا يكون الا بعد وقوع الجريمة حيث هناك تدابير احترازية وقائية ضد الجاني سواء كانت بعد انتهاء مدة العقاب او في حالة ايقاف تنفيذ العقاب .
والعلاج عبارة عن العقاب الذي يقره الشرع الجزائي الاسلامي سواء اكان دنيويا ام اخريا .

كما تحده قوانين العقوبات الجزائية وتطبقها السلطة القضائية وتنفذها السلطة التنفيذية كما ياتي في المبحثين القادمين .

ومن الواضح ان السلطة التشريعية العقابية التي تتولى اقرار العقوبات والجرامات الجنائية وتنظيمها وتحديدها في ضوء خطورة الجريمة والجاني على المجتمع مقترنا هذا التحديد برعاية الظروف البيئية المحيطة بالوقائع الجزائية والظروف الشخصية الحلقية والمقتنة بارتكاب العمل الجرمي وغير ذلك مما هو من صالح المتهم او ضده كلها من صنع السلطة التشريعية الجزائية الزمنية فهي تتولى هذه الصنيعة بمقتضى الدستور .
فالعقوبة رغم انها تمس مصلحة الجاني الشخصية كما تمس اسرته ومجتمعه بالاذى والضرب الا انها مباحة باتفاق الشرائع الالهية والقوانين الوضعية اذا تحققت شروطها وانتفت موانعها .

فالعقوبات تعد شرعا وقانونا علاجيا لاصلاح الجاني وردعا خاصا يمنعه من العودة الى السلوك الجرمي وردعا عاما يمنع الغير من الاقتداء به .

وفي المحصلة النهائية تكون العقوبات قانونية ام دينية ، دنيوية ام اخروية تحمي حقوق الناس الى حد كبير من الاعتداءات الائمة .

وبناء على ذلك تعد اعمال السلطة التشريعية من اسباب الاباحة فلا يسأل فاعلها لا جزاينا ولا صدينا اذا كان العمل دستوريا .

كما لايسأل اعضاء لجنة اعداد مشروع كل قانون جزائي فيما يقومون به ببناء على القاعدة العامة التي تقضي بان كل من يقدم العون والتسهيلات لمن يقوم باعمال مباحة يعد عمله ايضا مباحا .

المبحث الثاني اعمال السلطة القضائية

تتولى السلطة القضائية القيام بالنظر في القضايا الجزائية التي ترفع اليها للبت فيها والوصول الى النتيجة وهي اما ادانة المتهم او الحكم ببراءته بحسب ما يقتنع به القاضي معتمدا في كسب المجهول (تحقيق العدالة) من المعلومات المتوفرة لديه الموسومة كإفادات الشهود ومطالعات هيئة الادعاء العام والمقروءة من تقارير المحقق العدلي (او المحقق القضائي) والطب العدلي وهو ذلك ، وللرئية من مشاهدات الاثار الجرمية وغيرها. وجدير بالذكر ان فلسفة تشريع القانون من السلطة التشريعية اقرار الحقوق وحمايتها وتحديد الالتزامات وجزاء الاخلال بها ، اما فلسفة الاعمال القضائية فهي تحقيق العدالة (اعطاء كل ذي حق ما يستحقه) وتثبيت المساواة (التوازن بين الحقوق والالتزامات) .

فكل من يحصل على حقوق اكثر من التزاماته يعد ظالما وغاصبا لحقوق شعبه وافراد مجتمعه ، وكل من يكلف بالالتزامات تزيد على حقوقه يكون مظلوما ومظلوما من المجتمع لو الدولة التي تمثله ما لم يكن هذا الملتزم متطوعا في القيام بتلك الزيادات .

كما ان فلسفة السلطة التنفيذية عبارة عن اصلاح الجاني والاهتمام بالسجون وتحويلها الى للدارس الاصلاحية بتعليم المسجون والمحكوم عليه وتدريبه على اكتساب المهن والحرف والثقافة وهو ذلك حتى يصبح شخصا صالحا في مجتمعه بعد إنتهاء مدة حكوميته واما السجون بوضعها الحالي فانها تجعل المجرم العادي مجرما معتادا ويصبح حاقدا حتى على نفسه لان عملية السجن في العصر الحاضر لا تقتلف كثيرا عن السجون في العصور المظلمة المنصرمة وفي القرون الوسطى .

وجدير بالذكر ان اعمال القضاء كلها مباحة ما لم تقتن بتقصير او اهمال او احياز على حساب العدالة .

لانها من الواجبات التي يفرضها الدستور والقانون في كل بلد من بلاد العالم فلا يسأل القائم بتلك الاعمال القضائية لا جزائيا ولا مدنيا الا عن خطأ ارتكبه متعمدا وذلك للثنائي بين المسؤولية واداء الواجب .

فكل جزاء من العقاب البدني أو التعويض المالي حين يحكم به القاضي يكون مؤدياً لواجب يفرضه عليه الدستور والقانون وبالتالي يعد من أسباب الإبادة .
فواجب القاضي في كل زمان ومكان تحقيق العدالة والمساواة والعدالة من حيث للماهية حقيقية وليست نسبية كما زعم كثير من علماء القانون لان ماهيتها اعطاء كل شخص ما يستحقه من ثواب او عقاب .

ولكن من حيث التطبيق قد تكون العدالة نسبية فاذا حكم القاضي على شخص باكثر ما يستحقه من المكافأة او بالقل من استحقاقه في العقاب وكان القاضي يملك السلطة التدييرية في تلك الزيادة وهذا التلص تكون العدالة نسبية في نظر علماء القانون غير ان هذه الصنعة من القاضي لا يسميه القرآن الكريم عدالة وانما يطلق عليه تعبيراً اخر وهو (الاحسان) كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾.

المبحث الثالث اعمال السلطة التنفيذية

اعمال السلطة التنفيذية وممارستها لصلاحياتها في حدود القانون اداء لواجب يفرضه المستور والقانون وتتطلبه العدالة اذا كان المنفذ موظفا او مكلفاً بخدمة عامة بصورة دائمة او وقتية مقابل مرتب او بدونه .

وتعد اعمال السلطة التنفيذية من اسباب الاباحة فلا يسأل المنفذ لا جزائياً ولا مدنياً إذا توافرت حين عملية التنفيذ الشروط الاتية :-

لولا : ان يكون العمل صادراً عن من ينطبق عليه صفة الموظف العام او المكلف بخدمة عامة تنفيذية لما تأمر به القوانين او بأمر رئيس تكون طاعته واجبة ولو كان ذلك حسب اعتقاد المنفذ .

وجدير بالذكر ان قوانين العقوبات^(١) لم تتطرق - حسب ما نعلم - لتعريف الموظف العام على اساس ان يكون تعريف المصطلحات القانونية من وظيفة الفقيه القانوني دون القانون نفسه .

وقد عني بتعريفه القضاء وعلى سبيل المثال عرفت محكمة النقض المصرية^(٢) للموظف العام بانه: (من يتولى قدراً من السلطة العامة بصفة دائمة أو مؤقتة وتمنح له هذه الصفة بمقتضى القوانين او اللوائح سواء اكان يتقاضى مرتباً من الخزانة العامة ام لا).

ويؤخذ من هذا التعريف انه يشترط لاعتبار شخص موظفاً عاماً ان يساهم مساهمة فعلية - ولو كانت بدون رضاه - في خدمة مرفق هام تديره الدولة ولو كانت هذه المساهمة تطوعاً منه لا يتقاضى لقاءها مرتباً .

(١) مخرجات القانون الاداري .

(٢) ينظر د. محمود نجيب - المرجع السابق ص ١٧٣ .

ثانيا : ان يتمتع المنفذ بسلطة تقديرية . وجدير بالذكر ان القانون الاداري يحتوي على الجانب الاكبر من السلطات التقديرية ، كما يخول قانون اصول المحاكمات الجزائية في كل بلد سلطات تقديرية لاعضاء الضبط القضائي وهيئة نواب الادعاء العام في اجراءات التحريات والقبض على المتهمين وتفتيش منازلهم وهو ذلك .

ثالثا : ان يكون هناك سبب مشروع محقق يبرر استعمال السلطة التقديرية لان الممثل الذي يقوم به الموظف ليس مشروعا في حد ذاته حيث يمس حق الغير بالاذى فلا يكون مشروعا ولا مباحا ما لم يستند الى سبب شرعي وقانوني يبرره لرعاية المصلحة العامة التي تعارض مع المصلحة الخاصة للمتهم في هذه المجالات لذا تقدم الاولى على الثانية .

رابعا : ان يكون العمل الذي تتمثل فيه مباشرة السلطة التنفيذية مطابقا لوضع القانون من حيث الشكل والموضوع .

خامسا : ان يقصد الموظف في عمله تحقيق غاية يستمد منها القانون في تحويل السلطة أي يجب ان تكون الغاية مشروعة حتى تكون الوسيلة مشروعة تبعا لها .
 وجدير بالذكر ان هذا الشرط من العناصر المعنوية في القانون فيجب ان تنصرف ارادة الموظف الى تحقيق هذا الغرض .

وجملة الكلام يجب ان يكون الموظف حسن النية ينوي تحقيق غاية القانون ، وغاية القانون من اباحة القبض على الجناة تامين عدم فرارهم ، والغاية من دخول منزل او محل اثر استغاثة عاجلة تامين حماية الحياة للمستفيدين .

وجدير بالذكر ان حسن النية لا يكون محققا اذا كان الفاعل مغتصبا لسلطة غيره فالحق او ضابط الشرطة او مأمور المركز الذي يصدر امرا بهدم جدار المنزل او محل من المحلات التي لا يمكنه الاحتجاج بحسن النية لان امرا كهذا لا صلة له بواجباته حتى يصح له حين يتجاوز فيه حدود هذه الواجبات ان يمتج بحسن نيته .

سادسا : مطابقة العمل للقانون بان يكون العمل داخلا في اختصاص وظيفته التنفيذية او يعتقد ذلك وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة أي بسرت ان الموظف او المكلف بجمعة عامة قد بذل عند اتيان فعله عناية الشخص المعتاد لو وجد في نفس ظروف الفاعل .

وجدير بالذكر ان الاختصاص في القانون العام يقابل الاحلية في القانون الخاص فيجب على الموظف المأذون ان لا يتجاوز الاذن . فالاذن بتفتيش منزل لا يبيح تفتيش صاحب المنزل ، والاذن بتفتيش صاحبه لا يبيح القبض عليه . ومن كلف بمنع المظاهرات ولو بالقوة لحفظ الامن والسكينة العامة لا يكون مجبرا لاستخدام العنف الذي قد يقصد به اشباع شهوة الانتقام او تحقيق مصلحة حزبية . سابعا : اتخاذ الهيطة اللازمة حيث لا يكفي لاعفاء الموظف من المسؤولية ان يكون حسن النية بان لا يقصد الاضرار بالغير وان تكون الاسباب التي دفعت الى القيام بالعمل اسباباً معقولة فحسب ما لم يكن قد اتخذ الهيطة اللازمة عند مباشرته له لان عمله في هذه الحالة غير مشروع وعمل غير قانوني لما فيه من الاعتداء على مصالح الافراد و حقوقهم.

وفي ختام هذا المبحث اود ان اشير الى نقطتين :-

احدهما :- بيان خطأ وقع فيه للمشرع العراقي حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (٤١) من قانون العقوبات القائم^(١) على ان (اعمال العنف التي تقع على من يرتكب جنائية او جنحة مشهودة بقصد جنحة) من باب استعمال الحق مع انه من انواع اداء الواجب كما هو واضح لكل من له ادنى المام بطبيعة الاعمال التي تدخل في اسباب الاباحة .^(٢)

والثانية :- ارى ان احكام اداء الواجب في القانون تسري على اعمال الحسبة (الامر بالمعروف والنهي عن المنكر) للعلة المشتركة وهي حماية المصالح العامة وذلك اذا روعيت في هذه الحسبة اركانها وشروطها كما سبق تفصيل هذا الموضوع في محله .

(١) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

(٢) في موضوع شروط اباحة الاعمال السلطة التنفيذية يراجع المراجع الاتية :

شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص ١٦٩ وما يليها ، شرح قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود مصطفى ص ٢٠٣ وما يليها ، مبادئ القسم العام من التشريع القضائي للدكتور رؤف عبيد ص ٥١٥ وما يليها ، شرح على متون النصوص الجزائية للستاذ محسن ناجي ص ١٩٨ وما يليها



الفصل الثامن

مدى مشروعية الاعمال الطيبة

المراد بالأعمال الطيبة ما لا يتم إلا بتدخل
الأطباء للمختصين، ولكثرة هذه الأعمال وعدم
وجود ضوابطها، نقتصر في هذا الفصل على
دراسة ثلاثة موضوعات رئيسة، في ثلاثة
مباحث:

يُخصص الأول لأسس مشروعية الأعمال
الطيبة.

والثاني لمدى مشروعية بتر وزرع الأعضاء
البشرية.

والثالث لحكم تشريع الميت وفلسفته.



المبحث الأول

اسس مشروعية الأعمال الطيبة

من البدهي ان تطور الحياة أدى إلى اكتشافات علمية ومستجدات طيبة وهي تنتظر احكامها من اجتهادات العلماء للمختصين.

ومن العبث التفتيش عن تلك الاحكام في المدونات الفقهية القديمة، لان هذه المستجدات لم تكن موجودة في عصور ائمة الفقه (رحمهم الله) حتى يبحثوا عن احكامها عن طريق اجتهاداتهم.

كذلك من الواضح ان القرآن الكريم دستور الهي اخير معدل للدساتير الالهية السابقة،^(١) فكما ان وظيفة الدساتير الوضعية في دول العالم هي التخطيط والتصميم لتنظيم الحياة والالتصاار على القواعد الكلية والمبادئ العامة، وتحويل السلطة التشريعية تشريع قوانين يعالج كل واحد منها جانباً معيناً من متطلبات الحياة على ان لا تتعارض تلك القوانين مع القواعد الدستورية.

كذلك الدستور الالهي للمجتمع البشري لم يتناول الجزئيات ولم يدخل في التفصيلات، وانما اقتصر على القواعد الكلية وخول العقول البشرية ارجاع الجزئيات في كل زمان ومكان إلى تلك الكليات في ضوء مستلزمات الحياة.

ووضع للالسان دائرة من الاخلاق وامر في أكثر من (٥٠) آية قرآنية بتحريك العقل البشري حسب متطلبات الحياة في كل عصر وفي كل مكان وتطويرها نحو الافضل في جميع المجالات، شريطة ان يكون هذا التحرك العقلي داخل تلك الدائرة الاخلاقية.

وان يستمر العقل على تغيير الاحكام للبنية على المصالح البشرية، كلما تغيرت هذه المصالح، كما تقضي بذلك القاعدة الشرعية العامة للمتفق عليها (لا ينكر تغير الاحكام

^(١) فآثر من الاحكام ما هو ثابت لا يتغير بغيره الازمان والامكنة، والغي (نسخ) ما عداها كما جاء بأسماء الاحكام الجديدة التي تتناسب مع سعادة الاسرة البشرية ما دامت الحياة باقية على كوكب الارض.

بتغير (الزمان)،^(١) فهي لا تشمل الاحكام الاعتقادية ولا احكام المبادات، ولا الاحكام المدلول عليها بنصوص قرآنية دلالة قطعية^(٢).

وبناءً على هذه الحقائق فانه كل ما يتعلق بحياء الانسان الديني المبنى على المصالح المشروعة البشرية تتغير احكامها بتغير تلك المصالح وتطور الحياة.

وان احكام الاعمال الطبية الحديثة وما يحدث في المستقبل، تستنتج إما من القواعد النصية الكلية العامة من نصوص القرآن والسنة النبوية الثابتة، وإما من القواعد الاجتهادية في حالة غياب القاعدة النصية.

ومن القواعد الشرعية النصية العامة من القرآن الكريم: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾^(٣).

ومن القواعد النصية في السنة النبوية ((لا ضرر ولا ضرار)).

لا ضرر: أي لا يجوز إلحاق الضرر بالغیر بدون سبب شرعي.

ولا ضرار: أي الضرر لا يزال بالضرر.

ومن اقواله الدالة على وجوب التدلوي قوله ((تداووا عباد الله فان الله لم يضع داءً الا وضع له دواء الا الهرم))^(٤).

ومنها قوله ﷺ ((من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة))^(٥).

من القواعد الاجتهادية المتفق عليها الواردة في مقدمة مجلة الاحكام العدلية ما يلي:

١- الضرر يزال (٢٠م).

٢- الضرورات تبيح المحظورات (٢١م)^(٦).

(١) المادة (٣٩) من مجلة الاحكام العدلية.

(٢) كما في قوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) (سورة النساء: ١١). فهنا الحكم لا يقبل التنديل بالاجتهاد لانه منصوص عليه بدلالة قطعية ونص قطعي الثبوت.

(٣) سورة البقرة: ١٧٣.

(٤) سنن ابن ماجه ١١٣٧/٢ رقم الحديث (٣٤٣٦).

(٥) صحيح مسلم ٢٠٧٤/٤.

(٦) اصل القاعدة المشهورة (الضرورات تبيح المحظورات) لكن هذا خطأ شائع لان الضرورة من موانع المسؤولية الجنائية وليست من أسباب الإباحة فلا ترفع المسؤولية البنية. فالصواب (يجب بدلًا من)

- ٣- الضرورات تقدر بقدرها أي يجب الاقتصاد على قدر الحاجة لرفع الضرورة.
 - ٤- الضرر لا يزال بمثله (م٢٥).
 - ٥- يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام (م٢٦).
 - ٦- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (م٢٧).
 - ٧- إذا تعارضت مفسدتان روهي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما (م٢٨).
 - ٨- يختار أهون الشرين (م٢٩)^(١)
 - ٩- درأ المفاسد أولى من جلب المنافع (م٣٠).
 - ١٠- إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة تقدم الأولى على الثانية.
 - ١١- إذا تعارضت مصلحة محقة مع مصلحة احتمالية تقدم الأولى على الثانية.
 - ١٢- الضرر يدفع بقدر الامكان (م٣١).
 - ١٣- الحاجة تنزل منزل الضرورة هامة أو خاصة (م٣٢).
 - ١٤- الاضطرار لا يبطل حق الغير (م٣٣).
 - ١٥- ما يتوقف عليه الواجب واجب.
 - ١٦- كل ما فيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما، أو كان نفعه أكثر من ضرره، فهو جائز إذا لم يكن هذا النفع على حساب ضرر الغير.
 - ١٧- كل ما فيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما، أو كان ضرره أكثر من نفعه، فهو مظهر ما لم يتوقف على هذا الضرر نفع عام^(٢).
- وجدير بالذكر ان معيار التمييز بين النفع والضرر في هاتين القاعدتين يجب ان يكون موضوعيا وفق ميزان الشريعة الإسلامية والنظام العام، فلا يُعتد بالمعيار الشخصي.

تبيح) والمجاز في حالة الضرورة يكون رخصة فمن اكل مال الغير تحت ضغط الاضطرار يجب عليه التعويض لان الاضطرار لا يبطل حق الغير في التعويض.

^(١) هذه القاعدة تفيد نفس مضمون القاعدة التي قبلها ومن تطبيقاتها:

الإجهاض لغرض انقاذ حياة أم الجنين، وقطع العض المصاب بالسرطان لدفع انتشاره.

^(٢) فعقاب الجاني فيه ضرره وضرر أسرته لكنه مباح لما يترتب عليه توفير الامن وحماية حياة الابرياء واصولهم واعراضهم.

وهاتان القاعدتان الاخيرتان من استنتاجي استنبطتهما من روح الشريعة الإسلامية ومن العقل السليم الذي جعله الله مناطا لتكليف الانسان باحكامه.



المبحث الثاني

مدى مشروعية

بتر وزرع الأعضاء البشرية

الشقوقات للتصورة لبتر وزرع الأعضاء البشرية هي:

أما ان تكون تلك الأعضاء صناعية مصنوعة من الجمادات كزرع عضو مصنوع من مادة البلاستيك والصفائح مثلا في جسد انسان، كما في حالات الكسور وغيرها، وأما ان تكون مأخوذة من الكائنات الحية، وهذه الكائنات اما حيوان أو انسان، والحيوان اما ان يؤكل لحمه أو لا، وفي الحالتين اما ان يكون حيا أو ميتا، أو في حكم الميت كالمحكوم عليه بالاعدام.

وفي حالة الحياة اما ان يُزرع العضو في نفس الشخص المأخوذ منه أو في جسد انسان آخر. وفيما يلي احكام هذه الشقوقات:

لولا: إذا كانت الأعضاء مصنوعة من الجمادات من المعادن وغيرها كالبلاستيك ونحوه فالزرع مباح في جسد أي انسان يحتاج إلى هذا الزرع لانه عمل نافع يتقضى حياة انسان أو يحافظ على سلامة جسده أو جماله وليس في هذا الزرع أي ضرر يلحق بالغير بسببه لذا يعد مباحا شرعا وقانونا.

لكن بشرط ان تقوم بهذه العملية جماعة من الاطباء المختصين وان تتخذ كافة الإجراءات اللازمة لمنع المضاعفات المضرّة والتداعيات السلبية.

ثانيا: إذا كانت الأعضاء مأخوذة من كائن حي غير الانسان فالامر لا يخلو من احدی الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى هي ان يكون الحيوان مما يباح اكله بعد الذبح فعندئذ بتر عضو منه وزرعه في جسد انسان بحاجة إليه في صورة كون الحيوان لا يزال حيا أو بعد ذبحه عمل مباح ومشروع قياسا على حل اكله.

اما إذا كان ميتة فان كان العضو المأخوذ منه عظما أو لحما أو ما في حكمهما

كالقرن والسن فان الحكم أيضا الإباحة لانه لا يحكم على هذا العضو بالنجاسة. وإذا لم يكن عظما ولا ما في حكمه فلا يباح الزرع ما لم تقوم ضرورة كاتقاة الحياة أو حماية السلامة أو ارجاع الجمال إلى ما كان عليه من صنع الله، لقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد^(١) فلا اثم عليه)

وضع ذلك من الآيات القرآنية التي اجازت المحظورات في حالات الضرورات. الحالة الثالثة: ان يكون الحيوان بما لا يباح اكله فعندئذ لا يجوز زرع أي عضو منه حيا أو ميتا في جسد الانسان في حالات السعة أو وجود البديل قياسا على تريم اكله.

اما في حالة قيام حاجة ضرورية لاتقاة الحياة أو سلامة الجسم فان الحكم هو الجواز للآية المذكورة، ولقول الرسول ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) ولقاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة) مع رعاية قاعدة (الضرورات تقدر بقدرها).

فالثا: إذا كانت الأعضاء مأخوذة من انسان حي فلاحتمالات المتصورة هي الآتية:

أ - إذا كان العضو يؤخذ من جسم انسان يزرع في نفس الجسم كأخذ قطعة من جلده في مكان ليرقع به مكان آخر للحفاظ على الجمال الالهي أو أخذ الوريد من الساق لزرعه في القلب أو ما شابه ذلك فان الحكم هو الإباحة لعدم وجود مانع شرعا وقانونا.

ولقيام النفع وعدم وجود ضرر داخلي أو خارجي وبوجه خاص إذا كان في هذا العمل اتقاة الحياة أو الحفاظ على السلامة الجسدية أو استعادة الجمال الذي تشوه بهادث عارضي.

ب - إذا كان الهدف بتر عضو انسان لزرعه في جسد انسان آخر يكون حكمه الشرعي والقانوني وفق الضوابط الآتية:

أ/ إذا لم يكن لهذا العضو نفعه يقوم بوظيفته بعد البتر كالقلب والطحال والمسرة ونحو ذلك فان الحكم هو عدم الجواز مطلقا سواء رضي صاحب العضو أو لا لسببين:

أحدهما ان حياة كل انسان ليست ملكا خاصا له حتى يتم له التنازل لان هذا البتر ينهي حياته فهو بمثابة الانتحار، والانتحار بصورة مباشرة أو غير

(١) لم يكن متجاوزا عن حد الضرورة لان الضرورات تقدر بقدرها.

مباشرة محرم شرعاً وقانوناً ومخالف للنظام العام. والمسبب الثاني عدم وجود المفاضلة بين إنسان وآخر حتى ينقل عضو المفضل عليه إلى جسد المفضل، ويصحى بجمية الأول في سبيل انقاذ حياة الثاني. ولأن القاعدة الشرعية والقانونية تلغي بانه لا يزال الضرر بالضرر. وجدير بالذكر ان البتر بعد الوفاة لا يشترط فيه ان يكون للعضو نظير يقوم بوظيفة ما يبتد لان علة هذا الشرط هي حماية حياة المتبرع والحياة غير باقية والقاعدة الشرعية العامة تلغي بان (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً)^(١).

ب/ إذا كان للعضو نظير في الجسم يقوم مقامه بذا. وظيفته كالكلية فان الحكم هو الجواز بالشروط الآتية:

- ١- ان تكون هناك ضرورة تدعو إلى البتر والنزع وان لا يوجد بديل لان العمل في حد ذاته وفي الظروف الاعتيادية غير مشروع اجيز استثناءً لمصلحة المريض عملاً بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات^(٢).
- ٢- ان يكون البتر بقدر الحاجة الضرورية لان الضرورات تقدر بقدرها.
- ٣- ان يتم التنازل عن العضو من صاحبه برضاه وهو بالغ عاقل مختار واهل للتبرع.

عد ان يؤخذ رضاه للمريض أو وليه أو وصيه لكن في حالة الضرورة وتعرض المريض لمخطر الموت أو الاصابة بعاهة مستديمة يحق للطبيب المختص ان يتدخل دون انتظار هذا الرضا فيجوز اجبار المريض على العلاج في حالات

(١) هذا الجواز الشرعي أقرته القوانين الحديثة منها قانون الانتفاع بالعيون للاغراض الطبية الاردني (٤٣) لسنة ١٩٥٦ المادة الثانية التي تنص على ان (لكل من كانت جثة في حيازته بوجه مشروع ان يأذن باستئصال قرنيته العينين منها خلال ثلاث ساعات من وقت الوفاة بهدف زرعهما لمريض بحاجة ماسة اليها أو لغرض حفظها في مصرف العيون لمن ظهور الحاجة اليهما) وهذا بشرط عدم ثبوت ما يدل على عدم موافقة المتبرع في حياته على ذلك وعدم معارضة ذو العلاقة بعده وان يقوم بالعملية الطبيب المختص.

(٢) وقد نص قانون زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ على هذا الشرط في مادته الأولى التي نصها (يجوز اجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية للمرضى بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياته).

الضرورة وقيام الخطر لانه يكفي للجواز وجوده إذن الشارع وهو موجود في حالة الضرورة وقيام الخطورة.

٥- ان لا يكون هناك أي خطر على صاحب العضو أو سلامته في الظن الغالب لدى اللجنة الطبية المختصة التي تتولى القيام بالعملية للقاعدة الشرعية والقانونية التي تقضي بان الضرر لا يزال بمثله^(١).

٦- ان تتم عملية البتر والزرع من قبل لجنة طبية مختصة بعد فحص المريض والتأكد من عدم الخطورة على حياة المتبرع^(٢).

٧- ان تتخذ كافة الإجراءات اللازمة لمنع المضاعفات السلبية وان تجري العملية في مستشفى خاصة تتوافر فيها الاجهزة الحديثة من شأنها ان تكون عاملا مساعدا لنجاح العملية للقاعدة الاولية (ما يتوقف عليه الواجب واجب)^(٣).

٨- ان لا يكون هناك بديل آخر مشروع لان البتر خلاف الأصل ولا يصار إليه الا في الظروف الضرورية الاستثنائية.

٩- ان يكون الباعث الدافع إلى عملية البتر والزرع هو شفاء المريض وانقاذ حياته أو الحفاظ على سلامة جسده.

وجدير بالذكر ان التزام الطبيب في العلاج بتحقيق الشفاء التزام ببذل العناية لا بتحقيق الغاية لان جميع مستلزمات هذه الغاية فرع خاضعة لإرادة الطبيب فإذا لم تنجح العملية ولم يتحقق الغرض لا ترتب على ذلك

^(١) لكن في بعض القوانين إذا توافر رضاه المتبرع وهو بالغ عاقل يجوز الزرع والبتر رغم قيام الخطر على حياة المتبرع كما نص على ذلك قانون العقوبات الايطالي في المادة (٥٠) (لا عقاب على من يتعمد على حق الغير أو يجعله في خطر إذا حصل ذلك برضاه صاحب الحق وكان من الجهات التصرف بالحق).

^(٢) وقد نص على هذا الشرط الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون غرس الأعضاء البشرية السوري رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٢ (تقوم لجنة اطباء مؤلفة من ثلاثة أطباء بفحص المتبرع وتقدير ما ان كان الترخس بنقل العضو من جسده لا يشكل خطرا على حياته).

^(٣) ويصدر هذا الشرط نصت المادة (٤) من قانون مصارف العين العراقي على (ان تتم عمليات نقل العين في مستشفى الرمد (ابن الهيثم حاليا) أو في مستشفى الجمهوري (مدينة الطب حاليا) أو في مستشفى أخرى اهمد بتعليمات يصدرها وزير الصحة).

مسؤولية الطبيب لا جنائيا ولا مدنيا ما لم يثبت قصوره أو اهماله.

١٠- ان لا يكون تنازل صاحب العضو مقابل عرض^(١) بل يجب ان يكون تبرعا للاسباب الآتية:

أ - في المعارضة نوع من الاهانة بالانسان ومس لكرامته التي منحها الله اياه كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَخَلَقْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(٢).

ب - الأعضاء البشرية ليست امورا قابلة للتعامل ومن شروط صحة المعارضة شرعا وقانونا ان يكون كل من العرضين قابلا للتعامل.

ج - سد الذرائع يمنع وسيلة من شأنها ان تؤدي إلى نتيجة غير مشروعة بفتح الباب امام الناس للتجارة بالأعضاء البشرية.

وتزيد هذه الحقيقة دعوة منظمة الصحة العالمية لهيئة الأمم المتحدة إلى حظر بيع الأعضاء البشرية والكف عنه نظراً لما شاع من استغلال شنيع للتجارة بها وتصديرها من دولة إلى دولة أخرى واتخاذها وسيلة للكسب وبصورة خاصة في الدول الفقيرة التي يهد فيها هؤلاء التجار للأخلاقيين سوقا رخيصة لبيع الأعضاء. ثم تصديرها إلى المستشفيات العالمية فالمنع عن طريق المعارضة مبدأ استقر عليه الشرع والقانون والاتجاه الدولي.

لكن لا يوجد مانع شرعي أو قانوني من قيام المتبرع له برد الجميل وتقديم خدمة مالية أو بدنية للمتبرع بعضوه له وتستثنى من قاعدة المنع عن طريق المعارضة شرعا وقانونا حالة الضرورة فلو توقف انقاذ حياة المريض على زرع هذا العضو ولم يكن بالامكان حصوله من مصدر آخر عن طريق التبرع واصر صاحب العضو على عدم الموافقة الا عن طريق المعارضة فان الحكم يتحول من المنع والحظر إلى الجواز عملا بقاعدة الضرورات تبيح

^(١) تنص المادة الثالثة من قانون عمليات زرع الأعضاء العراقي على انه (يمنع بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة ويمنع الطبيب الاختصاصي من اجراء العملية عند العلم بذلك) ويطابقه قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٥م.

^(٢) سورة الاسراء: ٧٠.

١١- ان تتحمل حالة المريض الصحية لاجراء العملية^(١).

وابعاً: إذا كان العضو يؤخذ من انسان ميت ليزرع في جسم انسان حي فيشترط مجوازه شرعا وقانونا توافر الشروط الآتية:

- ١- ان تكون الوفاة ثابتة بتقرير طبي.
 - ٢- ان تكون هناك ضرورة تدعو إلى اخذ عضو من هذا الانسان الميت لغرض زوعه في جسد انسان حي.
 - ٣- ان لا يكون العضو مما يؤدي إلى اختلاط النسب ونقل موروثات عن الشخص الأول إلى الشخص الثاني كالمبيض والحصى.
 - ٤- موافقة ذوي الشأن أي موافقة المريض قبل وفاته إذا كان واعيا واهلا للتبرع وموافقة اهله بعد مماته.
 - ٥- عدم العبث بجسد الميت وعدم التوسع في انتزاع أعضائه لان اصل النقل محظور أجزى استثناءً للضرورة والضروقات تقدر بقدرها.
- خاصا: استقطاع الأعضاء ممن هو في حكم الميت كما في حالة موت الدماغ.
- ١- ومن المعروف أن الدماغ يتكون من ثلاثة اجزاء وهي:
 - ١- المخ وهو مركز التفكير والذاكرة والاحساس.
 - ٢- المخيخ وتلطف (المخيخ): وظيفته توازن الجسم.
 - ٣- جزم المخ وهو المركز الاساس للتنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية.
- ومن المعروف أيضا إذا مات المخ أو المخيخ من اجزاء الدماغ اصكن للانسان ان يمينا حياة غير احتيادية وهي ما تسمى الحياة النباتية أو مرحلة ما بعد الإغماء.
- اما موت جذع الدماغ فالرأي السائد عند أكثر الاطباء المختصين انه نهاية للحياة حيث يتوقف القلب والنفس تماما بعد رفع آلة جهاز الإنعاش.

^(١) وقد نصت الفقرة (٤) من المادة الأولى من قانون الآداب الطبية رقم (٢٨٨) والمنشر في الجريدة الرسمية العدد (٩) في ١٩٩٤/٣/٣ على الشرطين العاشر والحادي عشر كالاتي
(١- ان يكون اعطاء الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة.
ولا يميز اجراء العملية لمن لا تسمح حالته الصحية بذلك أو في حال احتمال تهديد صحته بطرف جديد من جرأته.

حكم الاستقطاع ممن هو في حكم الميت قبل الموت النهائي:

الحكم هو عدم الجواز لسببين:

أحدهما: الموت في الشريعة الإسلامية مفارقة الروح البدن فهذا لا يتحقق في هذه الحالة فهو لا يزال مالكا لأعضائه وأمواله وزوجا لزوجته فلا يجوز توزيع تركته ولا تبدا زوجته بالعدة ولا تتزوج مهما طالت هذه الحالة.

والثاني: ما دام الاستقطاع بمس كرامة الانسان فلا يجوز الا بأذن صاحبه أو ورثته فإذنه لا يعتد به لانه عديم الوعي وبالتالي عديم الأهلية كما لا يعتد بأذن ورثته لأنهم لا يملكون التصرف في أمواله فكيف يملكون التصرف في أعضائه.

وهنا سؤال يطرح نفسه على بساط البحث وهو انه إذا مات الدماغ ولكن القلب لا يزال يعمل بالجهاز الصناعي هل يجوز رفعه؟

الجواب هو الآتي:

- ١- يجوز رفعه إذا استعاد المريض صحته بإرادة الهية لان الله على كل شيء قدير وإذا رفع قبل ذلك يعتبر الرفع بدون سير قتلا بالتسبب.
- ٢- رفعه لاجل النقا حياة مريض آخر غير جائز قبل التأكد من موته لعدم الفرق بين انسان وآخر لان حياة كليهما محتمية بالشرع والقانون.
- ٣- في حالة اليأس من الشفاء بقرار من اللجنة الطبية المختصة وكان هناك مريض آخر يتوقف النقا حياته على هذا الجهاز ولا يوجد جهاز آخر مثله يجوز ان يرفع من قبل الطبيب المختص بناءً على القاعدة الشرعية والقانونية (إذا تعارضت مصلحة من أحدهما محققة والاخرى احتمالية تقدم الأولى)^(١).

حكم استقطاع العضو من المحكوم عليه بالاعدام:

من حكم عليه بالاعدام لسبب شرعي وقانوني موجب لذلك وتم تصديق رئيس الدولة على الحكم وقرر يوم محدد لتنفيذ الحكم فلا يجوز قطع أي عضو من أعضائه ولو قبل

^(١) ومن تطبيقات هذه القاعدة جواز الحكم بوفاة المفقود لمصلحة الزوجة المعلقة رغم تعارضها مع مصلحة الزوج المفقود لاحتمال بقاءه على قيد الحياة لان هذه المصلحة احتمالية وكذلك يجوز اجهاض الجنين لانقا حياة الام لان مصلحة حياة الام محققة ومصلحة حياة الجنين احتمالية.

التنفيذ بلحظات الا بموافقة الصريحة تفريراً على أساس الوصية لهذا العضو لانه تموز الوصية في غير الاموال ولو كان العضو من الاعضاء غير الرئيسة رغم كونه من الاموات حكماً وذلك لان المحكوم عليه اذا اهدر حياته بارتكاب جريمة موجبة لذلك فانه لم يهدر كرامته التي منحها الله اياه.

فاحتراماً لهذه الكرامة لا يجوز بت أي عضو منه الا بموافقة الصريحة على ان يكون حين الموافقة بالغاً عاقلاً واعياً مختاراً غير مجبر على الموافقة.

الوصية بالاعضاء البشرية:

في الشريعة الإسلامية تموز الوصية بمال أو غير مال إذا توافرت الشروط الشرعية للوصية بان يكون الموصي اهلاً للتبرع والموصى به مشروعاً والموصى له يكون اهلاً للوصية. وتشرط القوانين^(١) الشكلية لهذه الوصية من حيث الالابات لا من حيث الصحة.

حكم نقل الدم من جسد شخص إلى شخص آخر:

الحكم هو الإباحة بالشروط الآتية:

- ١- موافقة صاحب الدم وهو اهل للتبرع.
- ٢- فحص الدم مقدماً وصلاحيته للنقل إلى جسد المريض المحتاج إليه.
- ٣- ان يكون بدون مقابل الا في حالات لا يمكن الحصول عليه الا بمقابل.
- ٤- قيام الحاجة الضرورية إليه.
- ٥- ان لا يكون دماً مسفوحاً. والمسفوح هو الدم الذي يخرج من مكانه المستقر فيه ويتعرض للهواء لانه ثبت في الطب الحديث ان الدم يعتبر اخضب وسط لنمو الجراثيم إضافة إلى انه يحمل افرازات سامة. ويكون صابحاً إذا لم يكن مسفوحاً بان يتعاطاه الانسان مع اللحم أو العظم أو بان يسحب من جسم شخص إلى قنينة ومنها إلى شخص آخر كما هو المتبع في المستشفيات في العصر الحديث^(٢).

^(١) ومن هذه القوانين قانون زرع الاعضاء العراقي (١/٢) من يتبرع بها أو يوصي بها حال حياته شريطة ان يكون كامل الأهلية عند التبرع أو الايحاء باقرار كاتب.

^(٢) الإسلام والطب الحديث للدكتور عبد العزيز إسماعيل.



حكم التجميل:

عمليات التجميل مشروعة ومباحة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية إذا لم يكن فيها تغيير لصنع الله.

فرغ الحاجب وضع حاجب صناعي مكانه بصنع أو غيره غير جائز شرعا لان فيه التغيير لصنع الله.

والصبيغ على الشفة وعلى الأظافر حرام فلا يجوز أيا كان الباعث الدافع لانه غطاء يمنع وصول الماء إلى الجسد فيكون كل من غسل الجنابة والوضوء باطلا وبالتالي تكون الصلاة باطلة أيضا.

أما إذا استهدفت عمليات التجميل اصلاح عضو واعطاه الشكل الطبيعي كفصل اصبعين ملتصقين أو إزالة اصبع سادس زائد فهي في حقيقتها اعمال علاجية من حيث انها ترمي تخليص الجسم من عارض غير طبيعي.

وكذلك لا خلاف في اباحة التجميل لازالة اثار الحريق وغيره لان الله جميل يحب الجمال.

المبحث الثالث

حكم تشريع الميت وفلسفته

الاصل هو عدم الجواز، لأن تشريع الميت أيا كانت طبيعته وطريقته، فيه نوع من المس بكرامته، والانسان قد كرمه الله في حالتي الحياة والمائة على حد سواء، فيجب ان يكرم ويحترم بعد الوفاة تكريمه واحترامه في حالة الحياة .

ولكن الشريعة الاسلامية علمتنا في اكثر من (٥٠) اية قرآنية استخدام العقل والموازنة بين المصالح المتضاربة وتقديم الالم منها على الملم والسلم في ركب الحضارة البشرية والاخذ بنظر الاعتبار اهمية المستجدات العلمية وعدم الوقوف ضد كل جديد الا بعد المقارنة بين مضاره ومنافعه وشبوت تغلب منافعه على عحاسنه فاذا تبين من التجارب العلمية ان للمكتشف العلمي الجديد فوائد اكثر من الاضرار يجب على المفتي الحكم عدم التردد في الافتاء بجوازه شرطاً التقييد بضوابطه ورعاية قيوده وشروطه التي تحدد بميزان الشرع.

شروط التشريع الطبي :

يشترط المشروعية عملية التشريع شروط اهمها :

- ١- ان تكون هناك حاجة ماسة ومصالحة مشروعة تقتضي القيام بعملية تشريع الميت .
- ٢- الحصول على موافقته في الحياة او موافقة ذويه بعد المائة موافقة صريحة بعيدة عن الاكراه الابي والمادي .
- ٣- ان يقوم بالعملية اطباء المختصون وعليهم ان يتبعوا الطرق الاصولية في هذه العملية .
- ٤- ان يكون الباعث الدافع الى التشريع خدمة مصالح الاحياء من الناس .
- ٥- ان يكون التشريع بقدر الحاجة لان جوازه استثناء، والاستثناء يتطلب الاقتصار على قدر الحاجة لان الصرورات والاستثناءات تقدر بقدرها .

العلة الغائية للتشريع (أو حكمة جوازها):^(١)

التشريع ضروري لجميع حالات الموت المشتبه فيه تحقيقا للاغراض الآتية :

١- تمييز التسبب المباشر من غير المباشر للوفاة :

ومن الاسباب المباشرة ان تكون الاضرار والافاق الجرمية كافية لحداث الموت كالتزق الدماغى او تمزقه او نحو ذلك .

ففي الاصابات المجرامية مثلا، لو فرضنا ان شخصا طعن آخر بألة حادة فمات إثر ذلك، واتضح بعد التشريع ان الاضرار الجسمية التي أحدثتها الآلة المستعملة في الاعتداء، تعد هي السبب المباشر لوفاة المجنى عليه.

ومن الاسباب غير المباشرة كل تقريب يحصل في الجسم بحيث لا يكفي بمفرده لاحداث الموت وانما حدث لوجود افة مرضية شخصية كان المصاب قد ابتلى بها قبل الحداث الجنائي ومن الاسباب غير المباشرة ايضا ما يقطع علاقة سببية بين الفعل الجرمي والنتيجة كالاهمال في العلاج وحداث المضاعفات وبنام على ذلك يجب على الطبيب ان يكون دقيقا في التمييز بين السبب المباشر وغير المباشر لاختلاف حجم العقوبة المقررة شرعا وقانونا للجاني في كلتا الحالتين .

٢- تحديد مدى مسؤولية الفاعل :

عن طريق التشريع يستطيع الطبيب ان يقدم حالات خاصة بادلة علمية لتنوير التحقيق ولهذه الادلة اهمية قصوى من حيث ان القاضي يستنتج بها اصداره الحكم القضائي وتساهد هذه البراهين الفنية على اداة المتهم او تبرئة ساحته او تقييد الحكم عنه .

كما ان بإمكان الطبيب الذي يقوم بعملية التشريع تحديد اضرار كل آلة جرمية بمفردها فيما لو استعملت الات متعددة ومن قبل اكثر من شخص واحد ساهم في الجريمة ثم تعيين علاقة اضرار كل الة بصحة المصاب او بسبب وفاته تبعا لظروف الواقعة وطبيعة الجريمة.

^(١) في هذا الموضوع يُنظر الطب العدلي علما وتطبيقا، للدكتور وصفي محمد علي، مطبعة المعارف، ط ١، ١٩٧٢، ص ٧٦/١ وما يليها.

يوضح الطبيب للمحقق العدلي (او قاضي التحقيق) كل اعمال علاجي يتضح له ثم يقرر مدى علاقته بسبب الموت وعلى هذا الاساس شرعت بعض الدول^(١) قانون منع الطبيب العدلي من ممارسة مهنته الطبية بصورة خاصة للتعارض بين الصفة الاستشارية و الصفة العلاجية.

٤- إخفاء معالم الجريمة :

من المعروف ان المتهم قد يحاول تضليل قاضي التحقيق بشتى الوسائل المنتشرة لديه كان يسكب مادة النفط على جسد المجني عليه فيحرقه فيضل الطبيب العدلي عن طريق التشريح الى ان المحرق حصل بصورة عارضة وليس له دخل في حدوث الوفاة. وقد يقوم القاتل بتعليق الجثة ليروم قاضي التحقيق ان الشخص اتحرر بشنق نفسه لكن يتمكن الطبيب العدلي من التمييز بين الحقيقة وما قام به المتهم من اخفاء الواقع والحقيقة وتضليل المحقق او القاضي .

٥- حيوية الاصابة :

وتدعى هذه الحالة الاصابة بالحيوية (او الفعالية) اذا حدثت في جسم حي. ويتشريح الجثة يتمكن الطبيب من تشخيص حيوية وفعالية الجرح من عدمها ومن ان يشبت في الوقت نفسه سبب الموت الحقيقي.

ومن تطبيقات هذه الحالة حادثة جنائية وقعت ثم دعيت الهيئة التحقيقية بضمناها الطبيب العدلي لاجراء الكشف على جثة شخص قيل انه احترق قضايا وقدرا ونتيجة الكشف الظاهري والفحص التشريحي تبين ان المحرق كان حيويا في مناطق معينة في جسم الضحية وغي حيوي في مناطق اخرى واطهر التشريح للطبيب العدلي وجود كدمات في تجريف الفم وهي تدل مظاهرها على انها حصلت اثر ادخال مادة غسج خشنة بعنف داخل الفم كقطعة قماشية، كما اطهر الفحص وجود اصابات حيوية في الراس بسبب الة راضة قاطعة كالغاس وبعد ان قدمت هذه المعلومات التشريحية لقاضي التحقيق اتضح له الامر

(١) كما في جمهورية مصر العربية خلافا لما عليه القانون في العراق.

بعد بذل جهود وكشف عما يكشف الواقعة من غموض ولما لقي القبض على الفاعل اعترف بأنه ادخل يشماغه داخل فم المجني عليه للحيلولة دون استغاثته ثم هوى بالفاس على رأسه عدة مرات واوقد النار في الموقد وقرب رأس القتيل من النار بعد أن ظن أنه قد فارق الحياة وقد ظهر للطبيب العدلي أيضاً أن المصاب كان آنذاك في حالة غيبوبة عن طريق مشاهدة حروق حيوية على جسده .

ثم تبين أن شخصاً مستخدماً دخل الغرفة بعد الحادث واستخرج الشماع من فم القتيل وأجرى له تنفساً صناعياً ظاناً أنه لا يزال على قيد الحياة ثم أخبر الشرطة عن الحادث.^(١)

٦- تعيين اتجاه الإصابة :

قد يتطلب من الطبيب العدلي تعيين اتجاه الإصابة في الجسم للاستفادة منها في معرفة اليمين اللتين قد مسكتا الآلة الجارحة، كما في حالة الإصابة الانتحارية أو الجنائية أو المفتعلة (المصطنعة) أو لاستنتاج موضع الجاني هل كان على مستوى أعلى أو أوطىء من القتيل، أو أنه أصابه من الأمام أو الخلف أو من الجانب للتمييز بين حالات الانتحار وبين الاعتداءات الجرمية.

٧- تعيين الآلة الجارحة :

يستطيع الطبيب العدلي في كثير من الحالات استناداً إلى صفات الأضرار وأشكالها وسعتها وعمقها واتجاهها أن يستنتج أن الآلة القاطعة كانت ذات حد واحد أو ذات حدين، أو إن الآلة كانت مستطيلة الشكل أو دائرية أو ذات شكل معين آخر، أو إن الآلة النارية ذات مقذوف واحد كالبندقية أو المسدس أو أكثر كبندقية الصيد، ومن الواضح أن لتحديد الآلة المستعملة في تنفيذ الجريمة دوراً مهماً في تحديد حجم الضربة استناداً إلى مدى خطورة الجاني والقوة في ارتكاب الجريمة.^(٢)

(١) ينظر: الطب العدلي علماً وتطبيقاً، المرجع السابق، ص ٧٧/١.

(٢) المرجع السابق.

يساعد التشرىء الطببى فى كبء من الوقاء على اسءءءاء منشاء الاضرار ومعرفة آبءءا، وعلى سبب للءل فى ءاءء السبارة ءكون الفابة معرفة كبفة ءصول الاصابة هل ءصلء من أءر مرور عءلة السبارة لو من سقوئه منها لو بنءبءة ضءظ شءبء ءصل على ءسبه بعء رجوع السبارة الى الوراء لو ءوء ذلك مما بءءء مسءى مسؤولة سائق السبارة وءقصه وبالنالى ءسببه فى وفاة المصاب.

٩- ءءبءر الءالة الصءبة:

بءوقف ءءبءر الءالة الصءبة للمءوفى على ما بءءمه الطببب المشرء فى ءءبءره المءضمن لمءوع المءاءءاءءءء التشربببة والفءوص المءءبءربة الءبى بسءعان بها ومن الواضء ان هءه الءالة ضروربة بالنسبة للءوائر الرسببة وشبه الرسببة وشركاءءءامبب فى موضوعءءءاماءها بءفع ءعوبض مالى لورءة المءوفى بعءءءاكء من ان وفاءه ءصلء اءشاء قبامه بمءمة وظببفة عءءءء البه، وبما اذا كان سبب الموء ناءءما عن ذلك بصورة مباشرة او ءبر مباشرة، كان بصءق عامل بالءببار الكءرباببى عءءما كان بءقوم بءصلبء بعض الاسلاء.

وفى ءالة مءاءءة الطببب آفة مرؤبة ببب علىه ان بوضء علاءءها بسبب الوفاء.^(١)

(١) لمزبء من ءءفصبل ببنظر: المرجع السابق، ٧٢/١-٧٩.

الفصل التاسع

الإجهاض بين العطر والجواز

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَرْنَا الْعِظَامَ نَحْسًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ، ثُمَّ إِنَّكُمْ بَعْدَ ذَلِكَ لَنَسَائُونَ، ثُمَّ إِنَّكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تُبْحَثُونَ﴾^(١)

هذا النص الالهي يقول لنا: ان الانسان يمر بتسع مراحل:

المرحلة الأولى: سلالة من طين أي خلاصة سلة من الطين.

والثانية: النطفة بعد اللقاح والاختصاص.

والثالثة العلقية: قطعة دم جامد.

والرابعة المضغة: قطعة لحم بمقدار ما يمضغ.

والخامسة مرحلة تكون العظام.

والسادسة مرحلة سطر العظام باللحم بعد مضي (١٢٠) يوما على اللقاح

كما ثبت بالطب والعلم الحديث.

والسابعة مرحلة التحول من الحياة النباتية والحيوانية إلى المرحلة الانسانية

وهذه المرحلة هي المقصودة من قوله تعالى (ثم انشأناه خلقا آخر).

والمرحلة الثامنة الموت بعد هذه الحياة الفانية.

والتاسعة اعادة الحياة بعد المماتة في الحياة الآخرة.

وهذه المراحل كما هو واضح ثلاث منها خارج الرحم وست منها في

داخله، وقطع السج التكاملي في مرحلة من هذه المراحل الست هو

الذي يُسمى الإجهاض أو الإسقاط أو الاملاص.

ونتناول دراسة هذا الموضوع في مبحثين، يُخصص الأول للتعريف

بالإجهاض، والثاني لحكم الإجهاض.



المبحث الأول التعريف بالإجهاض

الإجهاض ظاهرة اجتماعية بالغة الخطورة تواجه الاسر البشرية وضحايا هذه الظاهرة سنويا تقدر بملايين من الاحمال وبالآلاف من الأمهات.

فهي مشكلة يتنازع حلها رجال الفكر والقانون والطب والاخلاق والاجتماع والاقتصاد وبهذا الصدد تعقد بين أونة وأخرى مؤتمرات وندوات علمية على الصعيدين الاقليمي والعالمي يكون محور مناقشتها مدى مشروعية الغاء أو تعديل القوانين المحرمة أو المقيدة لعملية الإجهاض حسبما متغيرات الحياة.

بالاضافة إلى ذلك فان هناك نظريات فلسفية تتردد بين ترجيح حق الام في رفض الامومة لاي سبب كان وحق الجنين في التكامل والولادة والحياة، وحق المجتمع في تكوين جيل جديد. ولكن رغم كل ما قيل وما يقال من الآراء والاجتهادات والطروحات حول الإجهاض فانه في حد ذاته عمل مرفوض دينيا وقانونيا وعقليا ومنطقيا وفطريا.

كيف لا وقد حرّمته كافة الشرائع الالهية، والديانات الوضعية القديمة، والتشريعات الآشورية والبابلية التي تقضي بقتل بنت الجاني إذا أدى الإجهاض إلى موت الام الحامل. وكذلك حرّمته التعاليم الهندية والبوذية والزرادشتية، وفلاسفة الاخرى، ورجال القانون في الرومان، والقوانين المتأثرة بقانون الكنيسة.

وكان أبو قراط الطبيب اليوناني يلزم الاطباء قبل ممارسة الاعمال الطبية ان يقسمون على ان لا يرشدوا احدا إلى طريقة الإجهاض وان لا يصغروا ولا يعطوا دواءً مجهضا. وبعد هذه المقدمة فما هو موقف التشريع الجزائي الإسلامي والتشريعات الجزائية الغربية النافذة القائمة من الإجهاض؟

احاول الاجابة عن هذا السؤال باستعراض موجز لآراء فقهاء المذاهب الفقهية المعروفة، وقوانين العقوبات العربية ملقتصر على النقاط المهمة الجوهرية مبينا أوجه التشابه والاختلاف بين تلك المذاهب وهذه القوانين.

الإجهاض (الإسقاط) مصطلح يكتنفه الغموض لانه مشترك معنوي بين كافة مراحل السيد التكاملي قبل الولادة من حيث الايقاف بدما بالنطفة الملقحة وانتهاءً بمرحلة التهيؤ للولادة.

ولذا لم تتفق كلمة فقهاء الشريعة ورجال القانون وعلماء الطب على الاجابة عن هذه الاسئلة:

متى يعتبر الحمل جنيناً؟ ومتى يكون عملاً للجريمة؟ وهل عقوبة ايقاف السج الطبيعي للحمل في كل مرحلة واحدة؟. أو انها تتزايد تصاعدياً كلما اقتربت المسافة من الولادة؟ فقهاء الشريعة الإسلامية منهم من فرق بين حلول الروح وما بعده فقالوا: الجنين قبل الروح ليس نفساً حتى يكون مشمولاً بقوله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق)^(١)

ومنهم من لم يفرق بين الحالتين من حيث التحريم الا بحجم الجريمة والعقوبة وكذلك فعل رجال القانون والطب فمنهم من اعطى لمصطلح الإجهاض مفهوماً واسعاً شاملاً لما قبل ولوج الروح وما بعده فقالوا: الإجهاض اخراج الجنين قبل اوانه سواء كان متمتعاً بالحياة أو لا فطردوا البيضة المخصبة إجهاض.

ومنهم من قال هو وضع الجنين قبل الميعاد ميتاً بفعل اجراسي بعد ان استقرت فيه الحياة.

وفي قناتي للتواضحة:

ان المعنى الاصطلاحي للجنين ليس بعيداً عن معناه اللغوي وهو المستور من كل شيء لان مشتقات مادة (جن) لا تستعمل الا في الاشياء غير المرئية كالجن والجنة والجنان (القلب) وهو ذلك فالمعنى الاصطلاحي للجنين هو ما في بطن الام من الحمل في جميع مراحلها وسمي جنيناً لاستشارة فيه عن الرؤية.

والإجهاض (أو الإسقاط): هو إيقاف السيد الطبيعي للحمل بما يؤدي إلى اهلاكه.

وفاعله يسأل ديانة وقضاء بعد استقرار الروح في الجنين لانه قتل نفساً سواء أكان خطأ أم هذا شأنه شأن حالة ما بعد الولادة غير ان العقوبة تختلف في الحالتين.

(١) سورة الانعام: ١٥١.

رسائل ديانة فقط قبل الروح إذا كان متعمدا مباشرة أو تسببا ويكون اصمام الله لانه ارتكب عملا غير مشروع بدون عذر فهدم ما وضعه الله من الحجر الاساس لبناء انسان ولكن لا يعاقب بالعقوبات الدنيوية المحدودة في القرآن الكريم من قصاص ودية وكفارة لانه لم يقتل نفسا ولم يزهق روحا ولكن يجوز ان يعاقب بعقوبة تعزيرية إذا لم يكن عمله مجرما بمجر شرعي.

مصادر تحريم وعقاب الإجهاض:

مصادره في الشريعة الإسلامية:

١- القرآن الكريم:

أ - بالنسبة لما قبل الروح ان الإجهاض هدم خلق الله قال تعالى: ﴿مَّمْ خَلَقْنَا الطُّفَّةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عَلَقًا﴾ ومن الواضح ان المخلق من الله ليس هبشا كما قال تعالى: ﴿أَفَضَبْتُمْ أَيْمًا خَلَقْنَاكُمْ عَشَا﴾^(١).

ب - بالنسبة لما بعد الروح واستقرارها في الجنين يكون الفاعل مشمولاً بأيات القتل والقصاص والدية منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ... (الاية)﴾^(٤).

٢- السنة النبوية:

ورد على لسان رسول الله ﷺ وفي قضائه أحاديث صحيحة كثيرة بصدد تحريم الإجهاض وهلوبته منها ما رواه أبو هريرة من انه ((قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتا بغرة (أي عبد أو أمة))^(١) ومنها انه ((اقتلت امرأتان من هذيل فرمت احدهما الأخرى بصجر فقتلتها وما في بطنها فتخاصموا إلى رسول الله ف قضى ان دية جنيتها غرة (عبد أو وليدة) وقضى بدية المرأة على عاقلتها)).

(١) سورة المؤمنون: ١١٥.

(٢) سورة الانعام: ١٥١.

(٣) النساء: ٩٢.

(٤) سورة القرة: ١٧٨.

(٥) نيل الاوطار للشركاني ٧٨/٧.

مصادر تحريم الإجهاض في القانون:

بناءً على قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص يكون مصدر تجريم الإجهاض قوانين العقوبات.

المبحث الثاني

حكم الإجهاض

لمعرفة هذا الحكم من الضروري معرفة أنواعه.
 ينقسم الإجهاض من حيث دور الإرادة فيه والتصد الجنائي إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الإجهاض الطبيعي أو (اللاارادي)

وهو: إجهاض يحدث تلقائياً دون تدخل إرادة أحد لاسباب قد تكون مجهولة وقد تكون معلومة منها: اصابة الام أو الجنين أو المشيمة بمرض أدى إلى الإجهاض ولا خلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون والطب في ان هذا النوع من الإجهاض لا يخضع للتشريعات الجزائية فلا جريمة ولا عقوبة، بل الإجهاض مباح.

النوع الثاني: الإجهاض في الطب (العلاج):

وهو الذي تقضي به ضرورة انقاذ حياة الام وجواز هذا النوع لم يعارضه الا من لا يعتد بمعارضته فهو اما مباح لا مسؤولية جزائية ولا مدنية على من يقوم بعملية الإجهاض أو لا عقوبة عليه إذا توافرت الشروط الآتية:

- ١- ان تثبت خطورة الجنين على حياة الام من قبل لجنة طبية مختصة.
- ٢- ان تكون هذه الخطورة الصحية ناتجة اما عن وجود الجنين أو عن بقاءه في الرحم.
- ٣- ان لا يكون هناك سبيل آخر لانقاذ حياة الام سوى إجهاض حملها.
- ٤- ان تتم عملية الإجهاض تحت اشراف المختصين من الأطباء. وفي مستشفيات تتوافر فيها متطلبات الإجهاض ومنع حدوث المضاعفات.

الأدلة الشرعية والقانونية على جواز الإجهاض العلاجي؛

رغم عدم تطرق الفقهاء صراحة لهذا النوع من الإجهاض إلا أن القواعد الشرعية العامة المستخلصة من القرآن الكريم والسنة النبوية تدل على جوازها. ومنها قاعدة (إذا تعارضت ضررتان يختار أهونهما شراً لدرء أخطرها).

هذا إضافة إلى الأدلة العقلية التالية:

- ١- أن الأم هي أصل الجنين وهو فرع منها ولا يضحى بالأصل في سبيل بقاء الفرع.
- ٢- أن حياة الأم مستقرة وثابتة ومؤكدّة وأما حياة الجنين قبل الولادة فهي احتمالية قد يولد حياً وقد يولد ميتاً والقاعدة العامة تلغضي بتقديم المصلحة المحققة على المصلحة المحتملة في حالة التعارض.
- ٣- للام شخصية شرعية وقانونية قائمة بغلاف الجنين.
- ٤- أن وفاة الأم غالباً تزدي إلى وفاة الجنين إذا ماتت قبل ولادته.
- ٥- وأخيراً هل يشترط رضا الأم للإجهاض العلاجي؟ في قناعتنا المتواضعة كلا. لأن امتناعها عمل انتحاري بصورة غير مباشرة والانتحار محرم شرعاً وقانوناً إضافة إلى أن حياتها ليست ملكاً خاصاً خالصاً لها حتى يشترط رضاها وأذنها الصريح.

موقف التشريعات الجزائرية العربية من الإجهاض العلاجي؛

يكاد تتفق جميع القوانين العربية وغير العربية على أن الإجهاض لاتخاذ حياة الأم جائز ولا عقوبة عليه إذا توافرت الشروط المذكورة لكن بعض القوانين اعتبرت هذه الضرورة من موانع المسؤولية الجزائية وبعضها اعتبرتها من أسباب الإباحة.

ومن هذه القوانين القانون المغربي (م ٤٥٣) (لا عقاب إذا دعت الضرورة للإجهاض). والقانون الجزائري (م ٣٠٨) (لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة انقاذ حياة الأم من المخطر بعد ابلاغ السلطة الإدارية).

والقانون الجزائري الكويتي (م ١٧٥) (إذا كان الفاعل له الحجة اللازمة وفصل الإجهاض بحسن النية على اعتقاده بأنه ضروري للمحافظة على حياة الحامل لا عقوبة عليه).

وقانون دولة البحرين (م ٢٠٢) (الأعمال المذكورة المؤدية إلى الإجهاض لا تعتبر غير مشروعة إذا قام بها ذو أهلية مع اعتقاده الحاصل بأن ذلك ضروري للمحافظة على حياتها).

والمرشح العراقي في المواد (١٧٤-٤١٩) شملت هذا الحكم ولكنه يعتبر الضرورة في المواد الأخرى من موانع المسؤولية الجزائية.

النوع الثالث: الإجهاض الجنائي:

وهو الذي يكون الغرض منه التخلص من الحمل بوسيلة من الوسائل دون صبر شرعي. ويكاد الإجماع الشرعي والقانوني والطبي يعتقد على تحريمه وتجرمه والعقاب عليه ويوجه خاص بعد استقرار الحياة الانسانية في الجنين بحلول الروح في جسده ولكن لهذه الجريمة أركان كاية جريمة أخرى منها متفق عليها ومنها تختلف فيها وأهمها بالاضافة إلى الأركان العامة (الركن الشرعي والمادي والمعنوي) هي الآتية:

١. الركن العادي: وهو استخدام وسائل مادية ومعنوية ممن شأنها أن تؤدي إلى الإجهاض. ومن الوسائل المادية الإيضية العنف وتناول العقاقير وغيرها. ومن الوسائل المادية السلبية امتناع الام عن تعاطي الدواء الذي وصفه الطبيب وأرشدتها إلى تناولها لحماية الطفل. أو امتناعها عن الأكل والشرب بقصد الإجهاض^(١).

٢. الركن الشرعي: وهو الصفة غير المشروعة للفعل بضرعه لنص التجريم الذي يقره فيه القانون عقاباً لمن يرتكبه وعدم خضوعه لسبب من أسباب الإباحة.

٣. الركن المعنوي: هو الإرادة الأتمة التي يقترن بها الفعل. بالإضافة إلى هذه الأركان تعد من أركان الإجهاض وجود الحمل والنفصال الجنين من الام، وموت الجنين.

حكم الوسائل التي تستخدم في الركن المادي للإجهاض:

في التشريع الجنائي الإسلامي بناماً على نظرية سد الذرائع ان الوسائل تابعة لتتائجها وغاياتها من حيث المشروعية وعدم المشروعية.

(١) في الفقه الشافعي (قليوبي وعموه ٤/١٥٩) كالضرورة الصوم أو الجوع. وفي الفقه الحنفي (حاشية ابن عابدين ٩/٥٨٨) كامتناعها عن الأكل والشرب بحيث أدى ذلك إلى الإجهاض.

يقول ابن القيم (١): (إذا حرم الله شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تطبيقاً لتحريمه. ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم واغترافاً للنفوس. وحكمته تعالى تلبى ذلك كل الإيحاء).

موقف التشريعات الجزائرية العربية من حكم وسائل الإجهاض:

تناولت القوانين العقوبات العربية بتحريم وعقاب نشر وتسويق أو تسهيل استعمال الوسائل كالعقاقير أو بيعها أو اقتناء المواد المعدة للإجهاض بقصد بيعها ومن هذه القوانين قانون العقوبات السوري (م ٥٢٥) واللبناني (م ٥٣٩) فالعقوبة في هذين القانونين من شهرين إلى سنتين مع الغرامة.

وقانون البحرين (م ٢٠٤) وسلطنة عمان (م ٢٤٥) والكويتي (م ١٧٧) تكون العقوبة بما لا يزيد على ثلاث سنوات.

(١) اعلام الموقعين لابن القيم ، ٣ / ١٣٥ .



الفصل العاشر

التلقيح الصناعي وتحديد النسل

وتتناول دراسة هذين الموضوعين في مبحثين
يخصص الاول للتلقيح الصناعي والثاني
لتحديد النسل .





المبحث الأول التلقيح الصناعي

التلقيح: هو عملية نقل المواد المنوية من الذكر الى مهبل الانثى ايا كانت وسيلة النقل .
الاخصاب: هو عملية اتحاد الخلية الذكرية مع الخلية الانثوية بعد الالتقاء بطريقة طبيعية او صناعية .

اقسام التلقيح :

التلقيح باعتباره وسيلة النقل بتقسيمه الى طبيعي وصناعي :

القسم الاول / التلقيح الطبيعي :

وهو الذي يتم بواسطة الاتصال الجنسي الطبيعي المباشر بين الرجل والمرأة (بين الزوجين) وهذا هو الاصل الذي اقرته الشريعة الالهية والقوانين الوضعية على ان يتم ذلك اثناء قيام الزواج الشرعي بين الرجل والمرأة .
 وهذا القسم لا يحتاج الى المناقشة من حيث ان عملية النقل طبيعية شرعية قانونية وكذلك عملية الاخصاب تتم بين مني الزوج (الميمن) وبيضة الزوجة في رحمها وما يترب على ذلك من نسب شرعي وغيره .

القسم الثاني / التلقيح الصناعي :

وهو الذي يتم فيه نقل المواد المنوية نقلا صناعيا وبطريقة غير طبيعية من الذكر الى مهبل الانثى .
 وهذه العملية مكفولة بسلسلة من عمليات طبية ومظنة للمخاطر ومشار للمسؤولية لذا تحتاج الى التفصيل والتحليل الى اقسامها وطرقها وصورها لمعرفة الحكم الشرعي والقانوني لكل شق من الشقوقات للتصورة.

وهو التقسيم باعتبار طبيعة العملية إلى الصناعي الداخلي والصناعي الخارجي.
النوع الأول: التلقيح الصناعي الداخلي : وهو التلقيح داخل جسم المرأة بان يزرع مني الرجل في مهبل امرأة زوجة كانت أم لا بواسطة آلة صناعية يوم خروج البويضه من البيض ثم يترك المنى ليسلك بنفسه المسلك الطبيعي الى مستقر البويضه شانه بذلك شان التلقيح الطبيعي .

النوع الثاني: التلقيح الصناعي الخارجي او ما يسمى الاخصاب العملي: وهو الذي يكون التلقيح والاخصاب خارج مهبل ورحم الزوجة في انبوب او طبق اختبار ثم بعد فترة زمنية مناسبة تزود اللقيحة في رحم المرأة .
ولكل نوع طرق وصور ، ولكل صورة نوعها الخاص :

النوع الأول: التلقيح الصناعي الداخلي :

صور التلقيح الصناعي الداخلي أهمها ثلاث :

الصورة الأولى: هي ان يتم تلقيح بيضة المرأة بمنى زوجها بوسيلة صناعية ويلجا الى هذه الطريقة لاسباب يعرفها الاطباء منها كون الرجل عنيئا او مجبوا او سريع الانزال ، او كون المرأة غير قادرة على الاتصال الجنسي لمرض عضوي او نفسي .
وحكمها الشرعي هو الجواز بشرط قيام حاجة ماسة تدعو اليها لان هذه العملية لاخطور فيها سوى كشف عمرة الزوجين امام الفجر وهذا جائز للضرورة شانه شان حالات اجراء الفحوصات الطبية والعمليات الجراحية والتداوي للحاجة والضرورة ونسب الطفل شرعي ترتب عليه كافة الحقوق والالتزامات الشرعية والقانونية .
ولهذه الصورة نظير في الفقه الاسلامي يسمى (الاستدخال) وهو استدخال المرأة مني رجل ثم قذفه خارج المهبل .

وقد عالجها فقهاء الشريعة ووجه خاص فقهاء الشافعية واعتبروا النسب شرعيا اذا كانت الشرعية قائمة بينهما.^(١)

(١) في هذا الموضوع ينظر:مغني المحتاج في الفقه الشافعي ٢٤٣/٣-٢٤٥ ،

المغني والشرح الكبير في الفقه الحنبلي لابن قدامة ٥٥/٩ .

شرايع الاسلام في فقه الامامية ٣٤/٣ .

الصورة الثانية: هي تطبيق نفس الصورة الاولى بعد وفاة الزوج بان يتم نقل الميامن المجددة للزوج قبل وفاته الى مهبل زوجته بطريقة صناعية يتم التلقيح والاحصاب بعد ذلك في مهبل ورحم الزوجة المتوفى عنها زوجها.

والحكم الشرعي لهذه الصورة هو ان العملية في حد ذاتها محرمة وغير مشروعة في الاسلام لاسباب كثيرة منها مايلي :

أ- حصول الفرقة بين الزوجين بالوفاة فالعملية تتم في وقت تكون رابطة الزوجية غير قائمة والزوجة بمثابة زوجة اجنبية بدليل ان لها الحق في ان تتزوج بعد انتهاء عدتها .

ب- عدم وجود ضرورة وحاجة ماسة الى هذه الطريقة بعد موت الزوج ولو كانت هذه الضرورة قائمة لتست العملية في حياة زوجها فالعملية ترفيحية اكثر من ان تكون ضرورية وحاجية .

ج- سد الذرائع : لان هذه الطريقة معرضة لاختلاط الاتساب بسبب خلط البنك ار الشخص الذي يتولى عملية النقل بين الحيوانات المنوية المجددة وهي تعود لعدة اشخاص .

د- احتمال الامراض والتشوهات الخلقية في جسم الطفل والام حيث تتعرض الحيوانات المنوية لتغيرات كثيرة لانها تبقى مدة زمنية خارج بينتها الطبيعية الفسيولوجية .

ما حكم نسب المولود اذا كتب له ان يرى نور الحياة في الدنيا بالنسبة لهذه الصورة: في اعتقادنا المتواضع ان نمبه شرعي للأدلة التالية:

١- القياس: اي قياس هذه الحالة التي فيها الشبهة ولو بنسبة قليلة على الدخول بالشبهة يباح علة الشبهة. وقد اجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على ان الدخول المقتن بالشبهة تقترب عليه بعض الآثار الشرعية ومنها النسب الشرعي . كما في الدخول في الزواج الفاسد ومن الواضح ان القياس من الادلة الشرعية عند جمهور الشريعة الاسلامية .

- ٢- حماية مستقبل الطفل ولرعاية هذه الحماية قال ابو حنيفة (رحمه الله) اذا تزوج رجل في المشرق امرأة من المغرب ولم يمكن ان يحصل اللقاء بينهما فانجبت الزوجة طفلاً يكون نسبه شرعياً لهذا الزوج لشبهة حاصلة من مجرد عقد الزواج وذلك حماية لمستقبل هذا الطفل الذي هو معصوم لا ذنب له .
- ٣- عدم مشروعية العملية لانثاء لها على شرعية النسب كالدخول في الزواج الفاسد .

الصورة الثالثة: وهي ان تكون تلقيح ببيضة المرأة بمني رجل ليس زوجها لها وينفس الطريقة في الصورتين السابقتين ويلجا اليها حين يكون زوج هذه المرأة عقيماً او لاسباب طبية اخرى وهذه الطريقة تمارسها بنوك المني في العالم غير الاسلامي على نطاق واسع اذ يرون فيها حلاً لمشكلة العقم والامومة حينما يكون الزوج عقيماً ، وقد يكون الدافع كون صاحب المني معروفاً بصفة استثنائية ككونه من العباقرة او من الهانزين على جائزة نوبل.

حكم هذه الطريقة في الشريعة الاسلامية وقوانين البلاد الاسلامية على ما اعتقد هو التحريم قطعاً، وتحريم هذه الصورة لا يقبل المناقشة في دولة ينص دستورها على ان الدين الرسمي للدولة هو الاسلام، لمخالفة هذه الطريقة للنظام العام (الشريعة الاسلامية) حيث اجمع علماء الشريعة الاسلامية من صدر الاسلام الى يومنا هذا على تحريم اختلاط الانساب ولعدم وجود شبهة الحلال في هذه الصورة فان النسب يعتبر ثمرة غير مشروعة ولا يثبت نسبه لا لصاحب المني ولا للزوج العقيم لكن ينسب الى الام صاحبة البيضة وقد قال جمهور علماء الشريعة ان ولد الزنا ينسب الى امه ويثبت التحريم والتوارث بينهما.^(١)

اما حكم نسبه في القانون فلم يعترف به لحد الان -حسب ما اهل- اي قانون عربي واسلامي لمخالفته للنظام العام .

اما في العالم غير الاسلامي فقد اقرت شرعية نسب هذا المولود بعض القوانين كما في الولايات المتحدة الامريكية وفرنسا، والقانون الانكليزي لا يمنع هذه الطريقة ولكن لا يعترف بشرعية الولد، والقانون السويسري يعتبر هذه الطريقة نوعاً من الزنا .

^(١) نشرة جريدة النيوز ويك الصادرة في ١٨/٣/١٩٨٥ خيراً ان في امريكا قد تستخدم بنوك المني لرجل واحد لتلقيح مئة امرأة، نقل عن الدكتور على اطروحة دكتوراه مطبوعة على الزونيرو ص٦.

النوع الثاني: التلقيح الصناعي الخارجي - او ما يسمى زراعة الاجلّة:

ومن الواضح ان يتم التلقيح والإخصاب في هذا النوع خارج رحم المرأة ثم تنقل اللقحة وتزرع ولهذا الطريقة صور عديدة منها ما يأتي :

الصورة الاولى: هي ان التلقيح يتم عن طريق اخذ مني الزوج وبيضة زوجته ووضعهما في انبوية اختبار وبعد انقسام وتكثر اللقحة تعاد الى رحم صاحبة البَيضة، ويلجأ الى هذه الطريقة عندما يكون مبيض الزوجة ورحمها سالمين، ولكن حصل لها انسداد في الأنبوين الواصلتين بين مبيض الزوجة ورحمها اللذين يسميان قناتي فالوب .

الحكم الشرعي لهذه الصورة هو الجواز لأنها كالصورة الأولى في التلقيح الصناعي الداخلي ولا تقتل عنها الا في الاستعاضة عن قنات فالوب بانبوب الاختبار، ولا عَظور فيها سوى انكشاف عمرة الزوجين امام الغير فهو جائز في حالات الضرورة والحاجة فقط وكذلك نسب المولود شرعي حكمه محكم المولود من ابوين شرعيين بطريقة طبيعية، لأن الميمن من الزوج والبَيضة من الزوجة.

الصورة الثانية: نفس الصورة الاولى يتم التلقيح والاختصاص في انبوية الاختبار لكن يتم الزرع في رحم زوجة ثانية للزوج صاحب المني الذي هو أحد عنصرَي اللقحة. ويلجأ الى هذه الطريقة عندما يكون مبيض الزوجة الاولى سالماً ولكن رحمها غير سالم وغير صالح لان يكون لبقية ادوار الجنين.

حكم هذه الصورة: اصل العملية غير مشروعة لا لتشابهه بعملية الزنايل لسليبات خطية من المتوقع ان ترتب على هذه الطريقة ويوجه خاص تعرض حياة لو سلامة المرأة خطر منالسة الطرئين اضافة الى ذلك لا توجد الضرورة والحاجة بالنسبة الى الزوج ما دامت الزوجة الثانية صالحة للاحباب، لكن اذا حصلت الواقعة فان الطفل نسبه شرعي يلحق بصاحب المني لانه لم يطرأ في العملية ما يجعله بمثابة ولد الزنا.

الصورة الثالثة: كالصورتين السابقتين في ان التلقيح والاختصاص يتم بين مني الزوج وبيضة الزوجة في انبوية الاختبار الا انها تقتل عنهما في ان زرع اللقحة يكون في رحم امرأة ليست زوجة لصاحب المني وانما هي متطوعة او مستأجرة لهذا الغرض.

الحكم الشرعي للعملية هو التحريم بلا شك سداً للذرائع حيث ترتب على هذه الطريقة آثار لا يقرها الشرع الاسلامي ابداً منها ان هذه المرأة قد تكون زوجة لرجل يعاشرها فيتكون جنين آخر فتضع الزوجة توأمين احدهما الجنين المزروع والاخر

لزوجها فلا تميز أحدهما عن الآخر. ومنها أن المرأة المتطوعة أو المستأجرة قد تستبد بالمولود ولا تعيده للزوجين لذا يجب أن تمنع هذه الصورة بالقانون.

لكن ما هو حكم نسب المولود اذا وقعت الواقعة؟

في اعتقادنا المتواضع أن النسب شرعي للزوجين صاحبي اللقحة المزروعة اذا كانت المرأة التي تم الزرع في رحمها غير متزوجة، او كانت متزوجة والتزم بعدم معاشرتها حتى يتبين الحمل ويؤول خطر اختلاط النسب، وتسري احكام المرضعة على المرأة التي غذت الجنين أكثر من فضل المرضعة ودليل مشروعية النسب ايضاً هو القياس على الدخول بالشبهة وهو القياس الأولي والقياس الجلي، لان شبهة الحل في هذه العملية أكثر شبهة الحل في الدخول في زواج فاسد فالجنين المزروع كالطبيعي في أن صاحب النسي وصاحبة البيضة بينهما زواج شرعي وصحيح.

وجدير بالذكر أن المجمع الفقهي الاسلامي المنعقد في مكة المكرمة أقر شرعية نسب هذا المولود في دورته السابعة ١٤٠٤هـ ولكن تراجع عن قراره عام ١٤٠٥ من دورته الثامنة بعد مرور سنة وعلل انسحابه بأنه يؤدي الى اختلاط النسب لكن كما سبق انفاً اذا كانت المرأة غير متزوجة او كان الزوج ملتزماً بعدم معاشرته زوجته حتى يتبين الحمل فلا يبقى خطر اختلاط النسب اضافة الى ذلك فان احتمال اختلاط النسب بعيد جداً بسبب ان المرأة لا تفرز سوى بيضة واحدة شهرياً لا ارادياً فليس لها سلطان على التحوير بارادتها فالبيض يعمل مستقلاً عن ارادتها ويرى العلماء أن مجموع البييضات التي يفرزها المبيض طيلة حياة المرأة لا تزيد عن (٤٠٠) بيضة وهناك شقوق وطرق وصور اخرى كثيرة للتلقيح الصناعي الخارجي كلها غير مشروعة والمولود الناتج عنها غير شرعي والميعار العام هو ان التلقيح غير مشروع كلما كان احد العنصرين الهيمن والبيضة من غير الزوجين.



المبحث الثاني تحديد الفسل ومنع العمل

منع العمل نوعان: دائمى ووقتى ولكل نوع وسائله المتفرقة وغاياته المختلفة

النوع الأول : المنع الوقتى

المنع الوقتى وسائل منها تستعمل من قبل الزوج كالقذف خارج المهبل لو في كيس مربوط بالقضيب، ومنها من قبل الزوجة كاستعمال ادوية المنع ، وفيها من الطبيب كشد الرحم بصورة وقتية او نحو ذلك، والوسيلة الوحيدة التي كانت مستعملة في عهد الرسالة وائمة المذاهب الفقهية : العزل
 والعزل: هو ان يجمع الرجل زوجته فاذا اقرب الانزال نزع وانسحب ليتم الانزال المنوى خارج المهبل.

حكم منع العمل بالعزل في الشريعة الاسلامية:

ولأ: لا خلاف بين الفقهاء في ان العمل اذا كان ذا خطورة على حياة الأم يجوز منعه بصورة وقتية.

فأياً: لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في ان الاصل في الاسلام هو عدم المنع، والمنع استثناء للدالة التالية:

١- الغاية الاساسية من الزوج ليست اشباع الرغبات الجنسية وانما الانجاب لاستمرارية بني نوع الانسان.

٢- المنع لسبب التصادي منهي عنه وعمرم بايات قرآنية كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾^(١) وللمني يسمى ولدأ باعتبار المستقبل.

(١) سورة الاسراء/ ٣١.

٣- خلق الله الاولاد زينة للحياة قال تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾^(١).

٤- امر الرسول ﷺ بتزوج الولود اي كثرة الاولاد فقال: ((... تزوجوا الولود الولود فاني مكاتركم الانبياء، يوم القيامة))^(٢) وتعرف كثرة ولادة المرأة قبل زواجها باقاربها.

٥- ثالثاً: حكم منع الحمل المؤقت من حيث هو يفض النظر عن مبررات الحمل وعدمها مسألة خلافية اختلف فيها فقهاء الشريعة على ثلاثة اراء:

الراي الاول: محرم في الشريعة الاسلامية مطلقاً ايأ كانت وسيلته واسبابه وهذا ما تبناه فقهاء الظاهرية ويوجه اخص ابن حزم الظاهري^(٣) وادفعوا عنه بادلة عقلية ونقلية منها حديث جدامة بنت وهب قالت: حضرت رسول الله ﷺ في اناس سألوه عن العزل فقال ذلك الواء الحفي^(٤) والواء دفن البنت وهي حية مأخوذة من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾^(٥).

الراي الثاني: جائز في الشريعة الاسلامية مطلقاً وهو رأي اكثر فقهاء الشافعية وجل ادلتهم هو مارواه محمود عن عطاء عن جابر انه قال: ((كنا نعزل والقرآن ينزل)). وفي رواية عن سفيان ((كنا نعزل والقرآن ينزل لو كان شي ينهي عنه لنهانا عنه القرآن))^(٦) وفي حديث آخر كنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فيبلغ ذلك نبي الله فلم ينهه^(٧) وسكوته دليل على الجواز ولو كان محرماً لنهى عنه، وفي صحيح مسلم^(٨) احاديث اخرى اكثرها تدل على الجواز ولا مجال لذكرها واحاديث الجواز اقوى واكثر من احاديث المنع.

(١) سورة الكهف/ ٤٦.

(٢) نيل الاوطار: ١١٨/٦.

(٣) ينظر الهلي: ٧٠/١٠ وفيه (لا يمل العزل عن حرة ولا عن امه، برهان ذلك عن عائشة ام المؤمنين عن جدامة بنت وهب اخت عكاشة قالت: حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في اناس سألوه عن العزل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الواء الحفي وقرأ ((إذا الموءدة سئلت بأي ذنب قتلت))

(٤) سبل الاسلام: ١٩٠/٣.

(٥) سورة التكوير/ ٨.

(٦) صحيح مسلم: ١٠٦٥/٢.

(٧) صحيح مسلم المرجع السابق المعدة على احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام: ٢٧٩/٤.

(٨) ينظر: ١٠٦١/٢.

الرأي الثالث: هو التفصيل وهو ما اقره جمهور فقهاء الشريعة فقالوا: اذا تم باتفاق الزوجين جائز ويدون موافقة الزوجة لا يجوز لانه حق مشترك بينهما، فلا يجوز للزوج ان يستبد به واستدلوا بما رواه عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) من انه قال (نهى رسول الله ﷺ ان ينمزل (اي الزوج) عن الحرة الا باذنها)^(١) فقالوا: هل الحديث يدل بمفهومه المخالف على جوازه باذن الزوجة. وكذلك يستدل به طريق القياس على ان المنع الموثق جاز باتفاق الطرفين سواء كانت الوسيلة من الزوجة كاستعمال ادوية منع الحمل ام من طيبب كشد الرحم.

موقف القانون من منع الحمل بصورة وقتية:

لم اجد في جميع قوانين العقوبات للبلاد العربية ما يمنع هذا النوع من المنع باستثناء قانون العقوبات اللبناني الذي حرم منع الحمل مطلقاً واعتبه جريمة يعاقب عليه كما في المواد (٥٣٧ و ٥٣٨).

وفي رأينا المتواضع ان المنع الموثق كالمنع الدائم للضرورة جائز وغير جائز بدونها، وفي هذا الرأي جمع بين الادلة المتعارضة.

النوع الثاني: التعقيم:

منع الحمل بحيث يحمل احد الزوجين عقيماً بصورة دائمية وهذا ما يسمى التعقيم. والتعقيم للرجال طريقة قديمة لمنع الحمل او لمنع المعاشرة الجنسية، ومن اشهر وسائلها الحصى. وقد استعمله البابليون والاشوريون والفرس لاولاد الاسرى الذين كانوا يعتبرون عبيداً وللصرب وللزنج المستوردة من السودان وغيرها، ثم انتقلت هذه العادة الى اليونانيين والرومانين، والحصى يمنع الرجل من الممارسة الجنسية وكان يتم بطرق وحشية بدائية همجية، منها قطع الحصيتين ويكون بسلها او رضها، ومنها قطع قضيب الرجل الذي يسمى الحب، وكان كثير منهم يموتون اثناء العملية، وكان الفرض حرمانهم من ممارسة الجنس حين استخدامهم في البيوت، اضافة الى انه كان يعتبر عقوبة للزاني عند المصريين وللسارق عند الاشوريين وللخونة عند البابليين والفرس. وقد استعمله المسيحيون في القرون الوسطى لاولادهم ليصبحوا رهباناً ثم انتقلت هذه العادة الى بعض البلاد الاخرى في الشرق الاوسط.

(١) نيل الاوطار - المرجع السابق: ٦٢٢١.

والشريعة الاسلامية اعتبرت الحماء جريمة يعاقب عليها لانه تعذيب لا يبل ان ينزل بانسان او حيوان وقد نهى عنه الرسول العظيم ﷺ.^(١)

اقسام التعقيم:

ينقسم التعقيم باعتبار غايته الى ثلاث صور:^(٢)

الصورة الاولى: التعقيم العلاجي:

اذا ثبت طبيياً ان الحمل يعرض حياة المرأة للخطر يجوز اجراء عملية لها تجعلها عقيماً مدى الحياة مادامت الخطورة مستمرة وفي هذه الصورة اذا تم التعقيم برضاء الزوجة او من نيوب عنها من ذويها، وتم القرار من الاطباء المختصين لا يسأل الطبيب والزوجة كل من ساهم في العملية لا في الشريعة ولا في القانون لا جزائياً ولا مدنياً، ما دامت الضرورة الصحية للمرأة تقضي ذلك ولا يوجد البديل: عملاً بالقاعدة الشرعية اذا تعارضت مصلحتان يقدم الاهم واذا تعارضت مضرتان او مفسدتان يختار اهنهما شراً لدفع اظھرهما. وفي غير البلاد الاسلامية اقر القضاء الفرنسي وانكلترا والولايات المتحدة باعتباره عملاً مجرداً بالضرورات الصحية واباحه بعض البلاد كايطاليا بالقانون.^(٣)

الصورة الثانية: التعقيم لتفنية العرق:

وهو اجباري بموجب القانون في البلاد التي تأخذ به كالدماراك والسويد والنرويج وفلندا وبعض الولايات الكندية وظهرت هذه الصورة في الربع الثاني من القرن العشرين لتطبيقها على المجرمين المعتادين والمنحرفين جنسياً والمصابين بالصرع واصحاب العقول المريضة.

(١)
 (٢) الدكتور عبد الوهاب (المسؤولية الطبية الجزائية) جهة الحقوق والشريعة التي يصدرها كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت العدد ٢ لسنة ١٩٨١ (٥) ص ١٦١ وما بعدها.
 (٣) مرسوم تشريع صادر ١٢/آذار/١٩٤٢ الدكتور عبد الوهاب المرجع السابق.

واباحتها المانيا بالقانون سنة ١٩٣٣ للقضاء على دأبر بعض الذين يشوهون نقاء العرق الالمانى على حد زعمهم ولكن الفكرة الغيت بعد الهزيمة الهتلرية في الحرب العالمية الثانية.^(١)

موقف الشريعة الاسلامية من هذه الصورة:

هو الرفض والتحریم لانها وسيلة غير مشروعة يقصد بها غاية مشروعة، وهذا غير جائز وفق قاعدة سد الذرائع، وإذا كيفنا التعقيم في هذه الحالة بعدم وجود ضرورة تبيحه العاهة المستدعة. فانه يفضح لعقوبة هذه الجريمة في البلاد العربية، اضافة الى انه لا يوجد نص قانوني عربي واسلامي يبرره.

الصورة الثالثة: التعميم لفرض تعليلد الفصل:

وهو تعميم اختياري يسمي اليه بعض الناس لباعث يختلف باختلاف الاشخاص، وهو مشكلة هذا العصر بسبب الانفجار السكاني في العالم وأخذت بعض الدول ذات النمو السكاني كاليهند وايطاليا والصين ومصر تشجع عليه.

موقف الشريعة الاسلامية:

وهو تحريم التعميم بصورة الثلاثة مالم تقم ضرورة تجعله خاضعاً لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ وللقاعدة الشرعية المجمع عليها (الضرورات تبيح المحظورات) لان هناك نوعاً اخر منع العمل يمكن اللجوء اليه لحل المشكلة وهو المنع المؤقت بوسيلة وقتية حتى اذا زال العذر يرجع الحكم الى اصله بناء على قاعدة (اذا زال المنع عاد المنوع).^(٢)

موقف القانون:

كما ذكرنا أنفاً لا يوجد في قوانين البلاد العربية نص يجرم منع الحمل باستثناء قانون العقوبات اللبناني النافذ الذي نص في (٥٣٧م) على ان (من اقدم بأحدى الوسائل المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من (٢٠٩م) على وصف او اذاعة الاساليب الالية لمنع الحمل او لغرض ان يذيعها بقصد الدعوة لمنع الحمل عوقب بالحبس ثلاثة اشهر الى سنة وبالغرامة من ٢٥-١٠٠ ليرة) ونص (٥٣٨م) منه على انه

(١) لمزيد من التفصيل ينظر رسالة الماجستير (الاجهاض) للدكتور جاسم لفته.

(٢) مجلة الاحكام العدلية المادة (٢٤).

يعاقب بالعقوبة نفسها من باع أو عرض للبيع أو اقتنى بقصد البيع أي مادة من المواد المعدة لمنع الحمل أو سهل استعماله بأية طريقة كانت).
نرى هذا القانون قد بالغ في منع الحمل، وقرر عقاب من هيا وسائله وهذا عقاب على الجريمة قبل الشروع لهله كان متاثراً باتجاه الكنيسة التي تعتبر منع الحمل محرماً بصورة مطلقة في كافة أنواعه.



الفصل الحادي عشر

الاستنساخ والتعامل مع الجين البشري

تناول الموضوعين في البحثين
الآتين،
البحث الأول للإستنساخ،
والثاني للتعامل مع الجين البشري.



المبحث الأول الاستنساخ

صورة من صور الفرس الحلوي وهو في لغة العرب ورد بعدة معان اقربها للمعنى الاصطلاحي احدث نسخة شيء مطابق لاصله مع بقائه.
 والاستنساخ (التكرير) ترجمة لكلمة (Klon) المشتقة من اصل يوناني ومعناها البرعم الوليد او انتاج الوليد.

وفي الاصطلاح التقني ترجمة (Cloning) الانكليزية و(Clouage) الفرنسية وهي تعني استحداث كائن حي مطابق تماماً من حيث المخصائص الوراثية والفيزيولوجية والشكلية لكائن حي آخر بطريق التوالد اللاجنسي.^(١)

آلية الاستنساخ:

تتم عملية الاستنساخ بأخذ خلية جسدية من كائن حي (انثوي) تحتوي على كافة المعلومات الوراثية وزرعها في بيضة مفرغة من موروثاتها،^(٢) ليأتي الجنين (المخلوق) مطابقاً تماماً من كل شيء لصاحب الخلية.

وهذه الآلية لا تحتاج الى حيوان منوي (اليمين) للذكر ولا الى اللقاه الجنسي والشهواني بين الذكر والانثى.^(٣)

وتعتمد هذه العملية على قتل نواة البيضة غير الملقحة بالاشعة وزرع خلية جسدية مكانها.

(١) أي لا يكون عن طريق احصاب بيضة الانثى بيمين الذكر لانه بهذه الطريقة يسمى التوالد الجنسي.
 (٢) والسبب الداعي الى هذا التفرغ هو ان نواة الخلية الجسدية فيها (٤٦) صبغياً كروموسوماً ونواة البيضة فيها (٢٣) صبغياً فيكون المجموع (٦٩) وهذا يلغي العملية الغاءاً كاملاً لان أي خلل في عدد صبغيات من حيث الزيادة او النقصان ولو يصفي واحد يؤدي الى تكويرين مولود مشوه او مخلوق آخر.

(٣) لمزيد من التفصيل ينظر الاستنساخ البشري بين الحقيقة والرهيم للاستاذ احمد ماهر الصوفي

وفي ضوء الالية المذكورة للاستنساخ يكون التعبير الصحيح (الاستئصال) او (التنسيل) بدلاً من الاستنساخ وسمى الكائن الناتج (النسيلة).

كيفية الاستنساخ (الاستئصال) الالاجنسي:

قام المختص البريطاني Dr. Ian wilanaw من مؤسسة روزلين البريطانية (Roslin Institute in Scoland). باحضار ثلاث نعجات وقام بمحاولة استنساخ نعجة رابعة كالاتي:

١-أخذت خلية جسدية^(١) من النعجة المراد استنساخها وكانت بيضاء اللون ثم سحبت نواتها التي كانت تحتوي (٤٦) كروموسوماً، ووضع في وسط غذائي فقير يحتوي الحد الأدنى من المواد الغذائية اللازمة لبقائها حية وكافية لنموها واتقسامها مما يؤدي الى ضعود العوامل الوراثية بغية السيطرة على تنشيطها في وقت مناسب.

٢-ثم اخذت بيضة من نعجة أخرى مغايرة في اللون وكانت ذات وجه اسود فازيلت نواتها (اي جردت من شفرتها الوراثية) فاصبحت مجرد مستودع غذائي.

٣-ثم زرعت الخلية الجسدية في البيضة المزروعة النواة واجري الدمج بينهما عن طريق تمليط شحنة كهربائية اولى ثم تعزيزها بشحنة اخرى لاحقة لتحفيز هذه الخلية الجديدة على النمو والانقسام.

٤-عقب ستة اشهر من النمو والانقسام حدثت عدة خلايا وتكون منها جنين صغير للغاية.

٥-ثم زرعت في رحم نعجة ثالثة من نفس نوع نعجة صاحبة البيضة اي ذات وجه اسود بهدف التمييز.

٦-بعد نهاية مدة الحمل (١٥٠) يوماً ولدت النعجة وسميت دوللي (Dolly) وهو اسم مغنية ومثلة امريكية شهيرة بالجمال الفتان.^(٢)

٧-وتاريخ ميلاد دوللي صادف ٥ تموز ١٩٩٦ ولكن أعلن في ٢٧ شباط ١٩٩٧.

(١) تحضر خلية جسدية من أي جزء من اجزاء الجسم شريطة ان تكون الخلية مما يقبل الانقسام كالشدي.

(٢) قال الدكتور (بول سرحان) رئيس قسم العمق في مستشفى العمق في مستشفى كلية الطب البريطانية اثناء لقاء أجرته معه قناة الجزيرة في ١٢/١٢/٢٠٠١: ان نسبة نجاح عمليات الاستنساخ البيولوجي تتراوح بين ١-٣ بالمئة.

وجدير بالذكر ان نجاح هذه التجربة كانت مسبوقاً ب(٢٧٦) تجربة مماثلة فاشلة.^(١)
وهذه الطريقة للاستنساخ تسمى الاستخدام الاجنسي وقد جرب هذه الاستنساخ قبل دولتي على الضفادع سابقاً.

صور الاستنساخ:

للاستنساخ البشري صور متعددة من حيث مصدر الخلية ومنها ما يلي:

- أ- ان تكون البَيضة المنزوعة النواة من الزوجة والخلية الجسدية من زوجها ففي هذه الصورة يأتي الناتج ذكراً.
- ب- ان تكون البَيضة والخلية الجسدية من امرأة واحدة فيأتي في هذه الحالة الناتج انثى.
- ج- ان تكون البَيضة من امرأة والخلية الجسدية من رجل اجنبي.
- د- ان تكون البَيضة من امرأة والخلية الجسدية من حيوان، فالناتج في هذه الصورة ليس بانسان ولا حيوان.
- هـ- ان تكون الخلية من رجل والبَيضة من حيوان، فالناتج ايضا لا يكون انساناً ولا حيواناً.

والاستنساخ البشري في جميع هذه الصور ونحوها محرم شرعاً، كما لم يقره احد الان اي قانون حسب ما اعلم.

وزعم البعض جوازها في الصورة الاولى في حالة العقم على اساس القاعدة الاصولية (ان الاصل في الحاجات الاباحة)، ولكن هذا الرأي خاطئ يصطدم مع روح الشريعة الاسلامية، لان القاعدة المذكورة هي (أن الاصل في الاشياء النافعة الاباحة)، ومن الواضح ان الاستنساخ او الاستنساخ البشري في جميع صورها مضر وفساد، ومناهق للقيم والاخلاق والنظام الالهي الذي حصر استمرار بقاء نوع الانسان في التلاحق بين حيمن الذكر وبَيضة الانثى .

(١) ينظر: الاستنساخ (الاستنساخ) بين العلم والدين للطبيب محمود قاسم محمد، ص ١٢.

تحریم الاستنسال (الاستنساخ) البشري في الشريعة الإسلامية :

من البديهي ان الشريعة الاسلامية هي عقيدة ونظام، وعلم وعمل، فهي دين الفطرة، وتدعو آيات القرآن اكثر من (٥٠) مرة الى استخدام العقل والتفكير لتطوير الحياة وتأمين مستلزماتها لتحقيق السعادة الدنيوية والاخرية، ولن تكون هذه الشريعة حجر عثرة امام الاكتشافات العلمية والمستجدات الطبية في الافاق وفي الانفس، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿سَتُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾^(١).

لكن لهذه الشريعة العظيمة معايير موضوعية للتمييز بين الخير والشر، وبين النفع والضرد، وبين المصلحة للمشروعة والمفسدة وهو ذلك، فهي شريعة تأخذ بالاعتدال والوسطية في كل شئ، كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿سَتُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾^(٢) فهي ترفض كل افراط^(٣) وتفریط^(٤) في جميع مجالات الحياة. وقد اتصرت الشريعة الاسلامية في بيان الاحكام على الكليات، وغولت العقل البشري إرجاع الجزئيات الى تلك الكليات حسب متطلبات الحياة في كل زمان ومكان .

واخذت بنظر الاعتبار التفصيل في بيان حكم كل موضوع يتعلق بالحياة، ومن هذا المنطق علينا الاخذ بالتفصيل والتفريق بين الاستنسال (الاستنساخ) للحيوانات والاشجار والنبات والمينات، وبين الاستنسال (الاستنساخ) البشري .

ففي الحالة الاولى يهوز استنسال (استنساخ) كل حيوان يؤكل لحمه ويشرب لبنه او ينتفع به في مجال آخر.

وكذلك استنسال (استنساخ) الاشجار المثمرة والنباتات النافعة وكذلك المينات كما يأتي في محله.

فيجب ان لا نتردد في القول بجواز هذه الاستنسال (الاستنساخ) لتنمية الثروة الحيوانية والزراعية وتحسين نوعيتها واستمرارية بقائها، ويوجه خاص الحيوانات المعرضة للانقراض .

(١) سورة فصلت / ٥٣.

(٢) سورة البقرة / ١٤٣.

(٣) الافراط هو التجاوز عن الحدود من جانب الزيادة.

(٤) التفریط هو التجاوز عن الحدود من جانب النقص.

أما بالنسبة للاستنسال البشري فإن الشريعة الإسلامية تطلب والعقل السليم يحكم بوجود الوقوف ضد وضع التكاثر البشري من هذه الطريقة، وذلك لأسباب كثيرة منها مايلي :

١- حرمان المستنسل (المستنسخ) من أسرة ينتمي إليها. والأسرة خلية المجتمع إن صلحت صلح المجتمع وعمت الفضيلة، وإن فسدت فسد المجتمع وسادت الرذيلة. فإذا مات للمستنسل (المستنسخ)، من الذي يرهه؟ وإذا مات غيره من الذي يورهه؟ من هو أبوه ومن هو أخوه أو اخته؟ وبذلك ينعزل المستنسل (المستنسخ) عن المجتمع بصفته عضواً يكون له الحقوق وعليه الالتزامات.

٢- الاستنسال البشري خروج عن النظام الإلهي المقرر لبقاء نوع الإنسان بما يليق بمنزلته بين الكائنات. فالنظام الإلهي اللائق والملائم لمركز الإنسان من حيث كيفية البقاء والاستمرار، هو ما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي رَقَابٍ مَكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ، خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ، يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾^(٢)

وغير ذلك من الآيات التي حددت طريقة النسل وبقاء الإنسان والعلاقات النسبية منها القرابة التي هي سبب لحق الميراث والالتزام بالانفاق.

٣- عدم وجود ضرورة تدعو إلى الخروج عن الطرق الفطرية والاعتيادية لتكاثر أفراد الإنسان، في وقت انصرف كثير من الأسر في العالم إلى تهديد النسل بطرق ميسرة لوضع حد للإنفجار السكاني.

٤- الاستنسال (الاستنساخ) البشري عامل مساعد على تكثير الأعمال الجرمية وعلى الهروب من يد العدالة، لأن الاستنسال (النسخ) للمكون من بيضة ومن خلية جسدية، يؤدي إلى مطابقة الناتج تماماً لصاحب الخلية بدون أي تمييز. فلنفرض أن أحد الناس من المستنسخين ارتكب جريمة في حالة قيام بنية، فكيف يُميز بين البرئ وبين الجاني حتى يلقي القبض على الثاني ويحكم بتروته ساحة الأول، في حالة عدم وجود

(١) سورة المؤمنون / ١٢-١٤.

(٢) سورة الطارق / ٥-٧.

فارق يميز بينهما، أو قيام بنية تشخص الجاني، ثم إن من أقوى أدلة الالبات في التحقيقات الجزائية هو التفاوت في بصمات الاصابع، فإذا لم يكن هناك تفاوت تفقد العدالة اقوى دليل لتطبيقها.

٥- في الاستنساخ البشري تنزير لمكانة الانسان الذي هو سيد للمخلوقات الى منزلة الحيوانات من حيث الخلق والوجود، وهذا يتنافى مع تكريمه الذي بينه سبحانه وتعالى في قوله: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَخَلَقْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(١).

٦- القاعدة العامة بالنسبة لمشروعية النسل والتناسل هي (ان كل حالة يقم فيها طرف ثالث على علاقة الزوجية سواء أكان رحماً أو حيمناً أو غيرها مرفوضة رفضاً باتاً في ميزان الشرع).

٧- لا تقاس عملية الاستنساخ على التلقيح الصناعي الذي هو مباح في بعض حالاتها وصورها للضرورة، كما ذكرنا، لانه قياس مع الفارق، فطفل الانابيب (التلقيح الصناعي) ثمرة اللقاح بين يبيضة الزوجة وحيمن زوجها، وتجمع فيه الصفات الوراثية من جهة الزوجين معا، فهما ابوان شرعيان للمولود. ثم ان التلقيح في صورته المشروعة لا يحدث اي خلل في النسب الشرعي ولا فيما يترتب على القرابة النسبية من الحقوق والالتزامات.

٨- فيه جناية على حياة المستنسخ من الانسان، لانه ثبت علمياً وعملياً ان حياته قصيرة اذا قيمت مع الانسان الطبيعي، بدليل انه ظهرت الشيوخوخة المبكرة للنعمة دوللي.^(٢) وبالإضافة الى ذلك فان الانسان المستنسخ معرض للتشوه والاعاقات المستديمة.

٩- عملية الاستنسال (الاستنساخ) يكلف نفقات باهظة لا يوجد مبرر لتحملها، علماً ان نسبة نجاحها الحد الان قليلة جداً، فالمحاولات والمجهود التي بذلت لاستنساخ النعمة (دوللي) وصلت الى (٢٧٧) محاولة، اي ان النجاح كان بنسبة ١/٢٧٧.

(١) سورة الاسراء / ٧٠.

(٢) ينظر الاستنساخ بين العلم والدين للطبيب عمود الحاج قاسم، ص ١٢.

- ١٠- في الاستنساخ البشري تلاعب بهندسة الجينات ومعايير الموروثات ومخالفة لقوله تعالى: ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِقَدَرٍ﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿إِنَّا كُلُّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مُّكَيَّنٍّ، إِلَىٰ قَدَرٍ مُّعْلُومٍ﴾^(٣) وضع ذلك من الآيات الاخر التي تدل على عدم مشروعية طريقة الاستنساخ البشري .
- ١١- في الاستنساخ البشري مغامرة بحياة الإنسان ومصاحبه في سبيل السياق العلمي .
- ١٢- ان استنكاره العلمي من قبل رجال الدين^(٤) والسياسة^(٥) ، والمنظمات الصحية^(٦) ، والقوانين الوضعية^(٧) ، والندوات والمؤتمرات العلمية^(٨) ، لبرهان قاطع على قبح الاستنساخ البشري، ومن البدهي ان كل قبيح محظور شرعا وقانونا في كل زمان ومكان.
- اما بالنسبة لاستنساخ الجينات البشرية فيأتي تفصيل ذلك في المبحث القادم باذن الله .

(١) سورة الرعد / ٨ .

(٢) سورة القمر / ٤٩ .

(٣) سورة المرسلات / ٢٢ .

(٤) من رجال الشريعة الاسلامية الشيخ الطنطاوي شيخ الازهر، والشيخ القرضاوي ، والدكتور وهبة الزحيل وغيرهم ممن يهتد برأيهم.

ومن رجال الديانة اليهودية الهاخام الاكبر لاسرائيل ميزلاد.

ومن رجال الديانة المسيحية، بابا الفاتيكان سبولس الثاني- وبابا الاقباط الوين سنودة.

(٥) ومن رجال السياسة: بيل كلينتون رئيس الولايات المتحدة الامريكية سابقاً، وجاك شيراك الرئيس الفرنسي والامام الاوربي.

(٦) ومن المنظمات الصحية: المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية، ومنظمة الصحة العالمية.

(٧) ومن القوانين الوضعية الراضة للاستنساخ البشري: القانون الاسباني رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٨ والقانون الالماني الصادر في ١٩٩٩/٣/٢٠ .

(٨) كنموذج دار البيضاء في المملكة المغربية وغيرها.



المبحث الثاني التعامل مع الجين البشري

يقول سبحانه وتعالى: ﴿سَتُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ^(١)الْحَقُّ﴾.

وعد الله بني الانسان ان يطلعهم على بعض من خفايا الكون وخفايا انفسهم ليزدادوا ايمانا بانه الحق، ووعدهم بانه سيريهم عن طريق الاكتشافات العلمية اسرار الكون بوجه عام واسرار انفسهم بصورة خاصة، ولقد صدقهم الله وعده فكشف عنهم الكثير عن آياته الكونية في الفضاء من الكواكب والمجرات والمجموعات الشمسية وطبيعة كل ما يسبح في فلكه، فعرفوا ان كوكب الارض الذي كان يظنونه مركز الكون، إن هو الا ذرة صغيرة من الكون العظيم الذي لا تزال عقول علماء الفضاء حيارى اين يبدأ وأين ينتهي ؟..
 وعرفوا ان أساس بناء الكون هو الذرة وان الذرة مصدر الاشعاع الكوني.

وعرفوا وحدة النواميس التي تربط كوكبهم بالكون الكبير، ولم تكن فتوحات العلم والمعرفة في اغوار النفس بأقل منها في جسم الكون، فعرفوا وظيفة كل عضو من اعضاء الجسم البشري والاسباب الصحية والمرضية والطرق العلاجية، فظهرت على بساط البحث والعمل اكتشافات منها طبيعية في الانفس البشرية ومنها في الافاق، وكل ذلك حدث على اساس وعد الله بأن يريهم آياته في الافاق وفي انفسهم .

ومن هنا يتبين لأولي الالباب ان الاسلام دين الفطرة كما قال تعالى: ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾^(٢). وانه دين العلم ودين مقتضيات العقل السليم ودين التطور والحضارة والتقدم، غير ان الجهل فصل بينه وبين هذه الامور .

فعلى كل مسلم ان ينظر الى المستجدات والمكتشفات العلمية بنور الايمان، وان لا يقف حجر عثرة امام التطور العلمي اذا لم يكن مساهما فيه، وان لا يكون متشائما وسليبا ضد كل مكتشف علمي حديث، لأن كل حدث علمي في الماضي والحاضر والمستقبل سلاح ذو

(١) سورة فصلت / ٥٣.

(٢) سورة الروم / ٣٠.

حدين، فكما ان السلاح يُقتل به الابرياء، ويحمي به حقوق الناس في الحياة والعرض والمال وغير ذلك من المصالح الضرورية، كذلك المكتشفات العلمية لها جوانب ايجابية واخرى سلبية، فلنقم بالموازنة والمقارنة بين ايجابياتها وسلبياتها، ثم نتعامل معها على اساس جلب المنافع ودرء المفاسد .

وعلى هذا الاساس فاول في هذا المبحث ان نستعرض اهم طرق معرفة احكام ما لا نص فيه عند علماء اصول الدين واصول الفقه وفلاسفة المسلمين، في اربعة مطالب، الاول في التعريف بالجين البشري لغة وشرعاً، والثاني طريقة المصلحة، والثالث دوران الحكم مع علته، والرابع طريقة المحسن والقيح العقليين.

المطلب الأول

التعريف بالجين البشري لغة وشرعاً

لفظ الجين هل هو عربي او اجنبي؟

يرى جميع الباحثين انه ليس عربياً وانما هو مصطلح اجنبي، لكن في اعتقادي المتواضع انه مصطلح عربي في الاصل، رغم ان اليونانيين والرومانيين استعملوه بمعنى الاصل والمنبت، ومعنى العشيّة المنحدرة من اصل مشترك، رغم ان هذا المصطلح لم يرد حسب ما اعلم في اي قاموس او معجم عربي.

والدليل الذي استند اليه في دعوى كون لفظ الجين البشري او الجينات عربياً في الاصل، هو ان كل كلمة عربية تجتمع فيها حرفا (ج) و(ن) تدل على شئ خفي غير مرئي وغير مشاهد بالعين المجردة، شأنها شان لفظ الجين، ومن هذه الكلمات: لفظ (الجنين) يطلق على الولد ما دام في بطن امه لاستتاره في رحم الام، اما بعد ولادته فلا يُطلق عليه هذا اللفظ، وجمعه اجنة، كما قال تعالى: ﴿هُوَ اعْتَمُ بِكُمْ اِذْ اَنْشَأَكُمْ مِنَ الْاَرْضِ وَاِذْ اَنْتُمْ اَجْنَةٌ فِي بُطُونِ اُمَّهَاتِكُمْ﴾^(١). ومنها (الجنة) للمكان الخفي غير المرئي المقر للصالحين، كما يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ اُولَٰئِكَ اَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾^(٢).

(١) سورة النجم / ٣٢.

(٢) سورة البقرة / ٨٢.

ومنها (الجن) وهو عالم مخلوق وموجود وثابت مع انه لا يرى بالحس والمشاهدة، قال تعالى: ﴿قُلْ لئنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا﴾^(١).

ومنها (الجنون) وهو مرض خفي لا يدرك بالحس المجرد يصاب به الانسان في عقله او دماغه، قال تعالى: ﴿فَدَكَّرْ فَمَا أَنْتَ بِنِعْمَتِ رَبِّكَ بِكَاهِنٍ وَلَا مَجْنُونٍ﴾^(٢).

ومنها (الجنف) للميل عن الحق خطأ، قال تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوسَىٰ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بِنَعْمِهِمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾^(٣).

وقال ابن منظور^(٤) (فان لفظ ج ن هو موضوع لتستر).

يقال جنت الشئ في صدره اي اكننته وسترته، وغير ذلك من عشرات الكلمات العربية المتضمنة لحرفي (ج ن) وهي تدل على معنى لا يدرك بالحس او العين المجردة، لذا أرى ان لفظ (الجن) يرجع الى هذه الفصيلة في اللغة العربية .

الجين في اصطلاح علماء الاحياء :

وقد عرف بتعريفات متعددة منها: ان الجينات هي التي تحمل المعلومات او الصفات الوراثية الضرورية لبناء جسم حي وهي المسؤولة في كل ما يتوارثه من الصفات وجميع التعريفات تدور حول محور واحد وهو انه جزئي بيولوجي^(٥) يحمل الصفات الوراثية داخل الخلية.

والتعريف المختار هو ان الجين عبارة عن الوحدة الوراثية الوظيفية المسؤولة عن وظيفة معينة .

طبيعته :

اختلف في تكييفه والصراب انه شئ لانه ينطبق عليه تعريف الفلاسفة حيث قالوا: (الشئ هو كل ما يمكن ان يعلم ويغير عنه) ، ولكنه ليس ماليا قابلا للتعامل لانه جزء من

(١) سورة الاسراء / ٨٨ .

(٢) سورة الطور / ٢٩ .

(٣) سورة البقرة / ١٨٢ .

(٤) لسان العرب، فصل الجيم حرف النون ٨٥١/١٦ .

(٥) بيولوجيا علم الاحياء وعلم الكائنات الحية ينقسم الى علم الحياة وعلم النبات.

جسم الانسان والله كرم الانسان وحرمة التعامل في كل ما يحس هذا التكريم.

الجبين في القرآن:

أشار القرآن الكريم الى ان الجينات تنتقل الصفات الوراثية من السلف الى الخلف، قال تعالى حكاية عن قوم مريم عليها السلام حين انجبت عيسى عليه السلام وهي بنت باكر غير متزوجة: ﴿فَأَتَتْ بِهِ قَوْمَهَا تَحِيْلُهُ قَالُوا يَا مَرْيَمُ لَقَدْ جِئْتِ شَيْئًا فَرِيًّا، يَا أُخْتُ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا﴾^(١).

ومضمون هاتين الايتين: هو ان سلوك الخلف اذا كان سيئا فقد ورثه من احد ابويه او كليهما عن طريق الجينات الوراثية، وليس من المستغرب ان يسلك الولد سلوكا جرميا اذا كان احد ابويه كذلك، وانما الغريب ان يتولد الصالح من الطاغ والطاغ من الصالح. وقال تعالى: ﴿وَقَالَ نُوحٌ رَبِّ لَا تَقْرُبْ عَلَيَّ الْاَرْضَ مِنَ الْكٰفِرِيْنَ دٰثِرًا، اِنَّكَ اِنْ تَقْرُبْهُمْ يَظْلُمُوْا عِبَادَكَ وَلَا يَلِدُوْا اِلَّا فٰجِرًا كَفٰرًا﴾^(٢)، لان استمداد الفجور ينتقل عن الجينات الوراثية من السلف الى الخلف.

وهذا دليل واضح على ان في جسم الانسان جزئيات تتولى نقل الصفات الوراثية، وان القرآن الكريم اشار اليها قبل الاكتشافات العلمية بمئات السنين .

الجبين في السنة النبوية:

قبل الاكتشافات العلمية الحديثة المتعلقة بتأثير الصفات الوراثية بمئات السنين، بين الرسول العظيم ﷺ هذا التأثير الجيني بلفظ يرادف الجين وهو العرق، فقال مخاطبا شباب امته حين اختيار شريكة حياتهم ((تجهوا لنطفكم فان العرق نزاع))^(٣) اي يتنقل الصفات الوراثية ان كانت خيرا فخير وان كانت شرا فشر.

وقال في حديث اخر(تزوجوا في الحجر الصالح فان العرق دساس)^(٤)، وسياق هذين الحديثين يدل على ان لفظ العرق يرادف لفظ الجين.

(١) سورة مريم / ٢٧-٢٨.

(٢) سورة نوح / ٢٧.

(٣) لابن السبكي/ طبقات الشافعية الكبرى / ٦/٣١٠.

(٤) الذهبي/ تلخيص العلل المنتاهية ٢٠٦، العراقي/ فروع الاحياء ٥٣/٢



المطلب الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من حكم التعامل مع الجينات في ضوء الاكتشافات العلمية الحديثة

غير خاف على العقول السليمة ان لكل دولة في العالم دستورا يتناول المبادئ العامة والقواعد الكلية ويخول المشرع تشريع القانون، شريطة ان لا يتعارض هذا القانون مع الدستور، وهذا ما اطلق عليه دستورية القوانين، وفي بعض البلاد توجد محكمة عليا لرقابة دستورية القوانين.

كذلك القرآن الكريم بمثابة دستور خالد للأسرة البشرية، فهو لم يتناول أحكام الجزينات والا لحصل فيه النقص التشريعي، لان النصوص متناهية والجزينات المستحدثة غير متناهية، ومن البدهي أن المتناهي لا يبيط بغير المتناهي. لذا اقتصر القرآن على الكليات التي تحيط بالجزينات والمستحدثات مهما كانت غير متناهية، وخول الله سبحانه وتعالى العقل البشري ارجاع الجزينات الى تلك الكليات وامر الانسان في زهاء خمسين آية قرآنية باستخدام العقل، وصنع للانسان اطارا من الاخلاق وامره بان يتحرك وينظم حياته بحسب متطلباتها ومستلزماتها في كل زمان ومكان، شريطة ان يكون هذا التحرك داخل ذلك الاطار الاخلاقي .

ولله تعالى في كل شئ وفي كل تصرف وفي كل واقعة حكم شرعي معين من الاحكام الشرعية التكليفية الحمسة وهي: الوجوب، والندب، والحرمه، والكراهة، والاباحة. وهذا الحكم منصوص عليه اما في القرآن او السنة النبوية او متوك للعقل البشري يكشفه بالاجتهاد عن طريق ارجاع الجزينات الى تلك الكليات.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾^(١) والتنازع والخلاف في حكم شئ غالبا ما تكون في غياب النص، والرد الى الله هو الرد الى القرآن بارجاع الجزينات الى كلياته لمعرفة احكامها، والرد الى الرسول هو الرد الى سنته بارجاع الجزينات الى كلياتها عن طريق الاجتهاد.

والمجتهد مأمور بأن يتولى اكتشاف حكم الله الذي لم يرد بشأنه نص خاص، فان وصل

(١) سورة النساء / ٥٩.

اليه فهو مصيب وله اجران، اجر على عمله الاجتهادي واجر الى وصوله الى حكم الله. وان وصل الى حكم مغاير لحكم الله، فهو مخطئ فله اجر واحد على عمله الاجتهادي، وفق قول الرسول ﷺ: ((اذا حكم الحاكم -اي اذا اراد ان يحكم- فاجتهد ثم اصاب فله اجران واذا حكم واجتهد ثم اخطأ فله اجر)).^(١)

ومن تتبع النصوص الشرعية والقواعد العامة والاجتهادات العامة والقواعد الفقهية يجد ان اكتشاف حكم الله فيما لا نص فيه يكون باتباع احدى الطرق الثلاث الاتية: طريقة المصلحة، وطريقة دوران الحكم مع علته وجودا وعدمها، وطريقة التحسين والتقيح العقليين.

المطلب الثالث

طريقة استخدام المصالح

الطريقة الاولى هي طريقة علماء اصول الدين: وهي استخدام المصالح البشرية لمعرفة احكام الاشياء من التصرفات والوقائع والمستحدثات بما لا نص فيها، على اساس ان احكام الله معللة بالاعراض وهي مصالح بالنسبة للانسان ومقاصد بالنسبة للشرعة الاسلامية.

وهذه المصالح منها ضرورية ومنها حاجية ومنها كمالية، ومن المصالح الضرورية: حماية الدين وحماية الحياة وحماية العرض وحماية المال وحماية العقل، فهي ضرورية لكل مجتمع، فاذا اختلفت واحدة منها اختلف النظام في هذا المجتمع.

ومصدر وجوب الاستعانة بالمصالح البشرية لاكتشاف احكام الله فيما لا نص فيه هو قوله تعالى مخاطبا نبيه محمدا ﷺ: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٢)، والرحمة في هذه الاية هي المصلحة البشرية وهي ذات جانبين: الجانب الايجابي، والجانب السلبي وهي المضرة المستدرة، سواء كانت هذه المصلحة مادية او معنوية دينية او اخروية.

وبناء على ذلك فان الغاية من جميع الاحكام التي يكلف بها الانسان هي مقاصد الشرعة ومصالح الانسان، لان الله غني مطلق عن العالين، فكل ما فيه المنفعة البشرية من المستحدثات والمكتشفات، حكمه هو الجواز والاباحة ما لم تكن هذه المنفعة على حساب

(١) صحيح مسلم كتاب الاقضية رقم الحديث ٤٤٨٧.

(٢) سورة الانبياء / ١٠٧.

خسارة الغير او على حساب مس كرامة الانسان. وكل ما فيه مضرة فهو محرم ما لم ترتب على هذه المضرة منفعة اهم ومصالحة عامة كما في عقوبة الجاني، فهي مضرة له ولاسرتة بل للمجتمع ولكنها جائزة ومباحة لما فيها من حماية ارواح الابرياء واصوالهم واهراضهم ، وفي ضوء هذه الطريقة اذا ثبت علميا وعمليا ان التعامل مع الجينات البشرية يحقق مصلحة عامة غير مقترنة بالمضرة والمفسدة فهو مباح والا فهو محرم. وقد يكون جائزا في بعض المجالات ومحرمًا في مجالات اخرى بحسب معيار للمنفعة والمضرة.

وجدير بالذكر ان كون احكام الله محطلة بالاعراض محل خلاف بين المذاهب الفلسفية الاسلامية كالاشعرية والمعتزلة والماتريدية، فمنهم من قال ان احكام الله ليست محطلة بالاعراض والعلل الغائية، وعللوا رايهم هذا بانه لو كان حكمه (او فعله) تعالى لغرض من تحصيل مصلحة او دفع مفسدة لكان هو ناقصا لذاته مستكملا بتحصيل ذلك الغرض^(١).

ولكن الخلاف لفظي وشكلي من حيث انه اذا اريد يجب المصلحة ودفع للمفسدة ما يرجع الى ذاته سبحانه وتعالى فهو باطل، لان الله غني مطلق عن العالمين، ولو استغرقت حياة الاسرة البشرية في السجدة والطاعة لله منذ الخليقة الى نهاية الحياة على كوكب الارض، لما زادت ذرة من عظمة الله، ولو استغرقت في الزندقة والالحاد والتبرد عن اوامر الله ونواهيها لما نقصت من عظمة الله ذرة .

واذا اريد يجب المصلحة ودرء للمضرة والمفسدة بالنسبة الى عباده من بني الانسان فانه صحيح وثابت في النصوص القرآنية التي تضمنت تعليل احكامها بالمصالح البشرية ، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَبْصَابِ﴾^(٢).

فحرف (ي) في هذه الاية للتعليل أي ان علة ايجاب القصاص على الجاني المعتدي على حياة انسان بريء هي حماية حياة الابرياء، لان من عرف انه اذا قُتل قُتل لا يقدم غالبا على ارتكاب جرائم الاعتداء على الاشخاص.

وكذلك علل سبحانه وتعالى ايجاب اقامة الصلاة على عباده بانها موجهة لكسب طاقة روحية تهي الانسان وتحصيه من السلوك الجرمي، فهذه الطاقة بمثابة المناعة ضد الامراض الاجتماعية الفتاكة، لذا قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ

(١) شرح المواظف للعلامة القاضي عضد الدين والملة الأبي وشرحه للسيد الشريف الجرمانى وحاشية حسن جليل وحاشية مسعود الزواني، ١٤٥/٣.

(٢) سورة البقرة / ١٧٩.

وُستنتج من تعليقات الاحكام القرانية من الايتين المذكورتين وغيرهما، ان الغاية من تكليف الانسان بتنفيذ اوامر الله واجتناب نواهيه هي المصالح البشرية من جلب منفعة ودرء مضرة، وينبغي على ذلك ان لكل من تولفت فيه اهلية الاجتهاد ان يبيني احكام المستحدثات والمكتشفات العلمية على المصالح البشرية وان يحكم ما فيه من النفع البشري فهو جائز ومباح وان ما فيه الضرر فهو مغلوط.

دوران الحكم مع علته:

الطريقة الثانية لاكتشاف احكام الله فيما لا نص فيه ، هي طريقة علماء اصول الفقه، وهي طريقة دوران الحكم مع علته وجودا وعدما، وكليات القران والسنة النبوية منها ما لا يدرك عقل الانسان علتها، وهي الغالبة، وهذه العلة اما مذكورة في النص صراحة فتسمى العلة المنصوصة لحكمها حكم النص الصريح في العجبية والالزام، ففي كل شئ تتحقق هذه العلة يتحقق الحكم الوارد في النص. ومنها مستنبطة يستنبطها المجتهد من روح النص ومغزاه، فكل جزئي من المستحدثات لم يرد بشأنه نص خاص، ولكن تحققت فيه علة حكم كليته يندرج تحت حكم هذه الكلية، على اساس قاعدة (الحكم يدور مع علته وجودا وعدما).

وعلى سبيل المثال والايضاح مع العلل الصريحة المنصوص عليها في كليات القران ما جاء في قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَتَاعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا^(٢)﴾. المراد بالاثم في هذه الاية هو الضرر بدليل مقابلته بالنفع، فالله سبحانه وتعالى لم يجب عن حكم الخمر والقمار وهو التحريم، وإنما اجاب بعلة حكمهما وهي المضرة للتغلبة على المنفعة، والحكمة في هذا الاسلوب الالهي هي تنبيه عقل الانسان على ان كل شئ في الحياة اذا كان ضرره اكثر من نفعه فهو محرم كتحريم الخمر والقمار، وبناءً على هذه القاعدة القرآنية والعلة المنصوصة، يكون حكم التعامل مع الجين البشري والاستنساخ وتمر وذرغ الاعضاء البشرية وغيرها، هو التحريم اذا ثبت ان ضرره اكثر من نفعه لو كان مساويا له، لان درء المفساد اولى من جلب المنافع. كما ان هذه الاية الكريمة تدل

(١) سورة العنكبوت / ٤٥ .

(٢) سورة البقرة / ٢١٩ .

صراحة على تحريم التدخين، لأن ضرر التدخين أكثر من ضرر الخمر والقمار، فشارب الخمر ولاعب القمار يُضُر نفسه وحده، أما المدخن فإنه يُضُر نفسه وجليسه، لأنه يلوث الهواء المحيط به ويمن معه ويستنشقه الجليس الذي يسيه العلماء المختصون التدخين السلبي. يقول البروفسور الطبيب الفرنسي الشهير (كليرت لاغرو): إذا دخن شخص في غرفة يومياً أربعين سيجارة وكان فيه طفل رضيع، يعد هذا الطفل كأنه دخن عشر سجائر، أي أن نسبة ضرر جليس المدخن (٢٥%) من ضرر التدخين وخطورته، وفي حالات تضارب المصالح يؤخذ في بيان حكم ما لا نص فيه بالمعايير الآتية :

١-تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فالخدمة الانزامية في الجيش لمدة محددة مصلحة وطنية عامة، تقدم على مصلحة المكلف في اعفائه من هذه الخدمة رغم عدم وجود عذر يبرر هذا الاعفاء. طبقاً للقاعدة الشرعية العامة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام).

٢-تقدم المصلحة الأهم على المصلحة المهمة أسوة بالخلفاء الراشدين، حيث أوقفوا تطبيق عقوبة السرقات في سنة القحط والمجاعة، وعللوا بأن في قطع يد السارق حماية الأموال وفي تركه حماية الأرواح وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال، وذلك على أساس القاعدة الشرعية العامة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة العامة أو الخاصة).
٣-يُتَارَ الضرر الأقل خطورة لدفع الضرر الأشد خطورة، فيجوز قطع العض المصاب بالسرطان لسد انتشاره في سائر الأعضاء، بناءً على القاعدة الشرعية العامة (الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف).

٤-إذا تلازمت مضرة ومنفعة بحيث لا يمكن انفكاكهما، يصرف النظر عن المنفعة لدرء المضرة، بناءً على القاعدة الشرعية العامة (درء المفسد أولى من جلب النافع). لكن في هذه الحالة إذا كانت المنفعة أهم من منفعة ترك الضرر، فيصرف الضرر عن الضرر لاستجلاب المنفعة، فيجوز عقاب الجاني رغم كونه ضرراً له ولاسرته وللمجتمع، لما فيه من منفعة أهم وهي حقوق الناس وأرواحهم وأعراضهم وأموالهم وأصنامهم واستقرارهم.

ويمكن من هذا العرض للقواعد الشرعية أن تعد القواعد العامة من مصادر الأحكام فيما لا نص فيه، ولكن تطبيق القواعد العامة في هذا المجال يرجع إلى تطبيق المصلحة، فالمصدر في الحقيقة والواقع هو المصلحة التي تتضمنها القاعدة العامة.

المطلب الرابع

التحسين والتقيح العقليان

الطريقة الرابعة لاكتشاف حكم الله فيما لا نص فيه، طريقة التحسين والتقيح العقليان، وهي طريقة الفلاسفة المسلمين من المعتزلة والماتريدية، فهي طريقة شرعية وفلسفية في وقت واحد، وهم يقولون: لاكتشاف حكم الله فيما لا نص فيه ينظر الى حسن التصرف وقبحه، ومن للملوم ان حسن كل شئ يبني على نفعه، كما ان قبح كل شئ يبني على ضرره. وقد بنوا على هذ الطريقة اصلهم القائل بأن العقل كاشف لاحكام الله فيما لا نص فيه، قبل الرسالات السماوية أو بعدها وقبل التبليغ، وقضوا بالمسؤولية الجزائية والمدنية على كل انسان لم يصله النص ولم يعلم به قبل الرسالة وبعدها، اذا ارتكب عملا غير مشروع وترتب عليه ضرر الغير.

وبناءً على هذا الأساس بإمكان العقل أن يدرك عن طريق الحسن والقبح العقليين، تصرفات الإنسان المتصفة بالأحكام الشرعية الحمسة الآتية :

- ١- الواجب هو الذي يكون فعله حسنا وتركه قبيحا، كالايمان بالله والعدل بين الناس.
- ٢- المحرم هو كل ما يكون فعله قبيحا وتركه حسنا، كالظلم وخيانة الامانة.
- ٣- للندوب هو كل ما يكون فعله احسن من تركه كزيارة المريض .
- ٤- المكروه هو كل ما يكون تركه احسن من فعله، كالتدخل في شؤون الغير بدون مبرر.
- ٥- المباح هو ما يكون حسنة وقبحه متساويين او لا يدرك فيه الحسن والقبح، كتخصيص ساعة معينة للنوم او القراءة او نحو ذلك.

هذه الطريقة الفلسفية هي التي تستخدم لتشريع القوانين الوضعية، وهي طريقة فضلى في اعتقادي، لان الشريعة الاسلامية في اوامرها ونواهيها لم تقل للانسان افعل هذا والعقل السليم يقول لا تفعله، ولم تقل لا تفعل هذا والعقل السليم يقول افعله، وهذا ثابت في نصوص القرآن الكريم والاحاديث النبوية لكل من لديه دراية بها ويملك العقل السليم .

والطرق الثلاثة المذكورة متقاربة لان كل واحدة منها مبنية على اساس نفع الانسان وضرره، فاذا ثبت علميا وعمليا نفع اي مستحدث ومكتشف علمي في الحاضر والمستقبل، ولم يكن هذا النفع مقتونا بضرر اكبر او مساوٍ فهو مباح، والا فهو محرم .

والان نسأل المختصين في علم الجينات، هل في التعامل معها نفع بشري لا يجلب ضرراً كبيراً أو مساوياً أو لا، فعلى التقدير الأول التعامل مباح وعلى الثاني محرم. ولكن الحكم على التعامل مع الجينات البشرية في الوقت الحاضر بالاباحة أو التحريم سابق لأوانه للأسباب الآتية:

أولاً: الفكرة لم يتبلور نجاحها وتناجها من الناحية العلمية ولا يزال الخلاف قائماً حول كيفية التطبيق والمعوقات والمخاطر المتوقعة في بعض الحالات، ولا تزال الفكرة في مرحلة الامنيات، فمنهم من يقول بالإمكان ان تستخدم تقنية العلاج بالجينات في علاج الكثير من امراض الانسان والحيوان والنبات، ويرى هذا الاتجاه ان تقنية العلاج بالجينات فتحت امالاً جديدة للتخلص من شبح الامراض الوراثية، ويتوقع هذا الاتجاه استخدام العلاج الجيني لمعالجة الامراض السرطانية وامراض الجهاز العصبي وامراض فقر الدم وامراض العوز المناعي الشديد كالايدز وغيرها.

ويذهب انصار العلاج الجيني الى ان العلاج يكون بتعديل الجينات المعطوبة او تعويض الجينات المفقودة بجينات سليمة تعيد وظائف المعطوبة والمفقودة الى حيورتها وطبيعتها.

بينما يذهب اتجاه اخر متشائم الى خلاف ذلك، فيقول رغم الآمال والطموحات التي رسمها المختصون الباحثون في مجال العلاج الجيني، فان هناك علاجات حمة في ادخال الجين وايصاله الى الخلايا المستهدفة وتسويخه لظهور فعله وضمان استمرارية عمله تحت نظام وسيطرة الجسم.

ويقول اصحاب العلاج المتشائم ان العلاج الجيني لا يخلو من مخاطر قد تنجم من خلال عمليات تطبيقية على مستوى الناقل للجين، وعلى سبيل المثال استخدام الفيروسات كنواتل قد تؤدي الى تنشيط فيروسات مرضية غير مكتشفة سابقاً في جسم المريض، وبالتالي تؤدي ببياتته او قد يؤثر على التركيبة الوراثية للمريض منشطاً جينات خاملة، مما يؤدي الى اظهار آثار مرضية وقد تكون اكثر شدة وخطورة من المرض المراد علاجه، اضافة الى الكلفة الباهظة لعملية العلاج الجيني.

ثانياً: لا يزال مدى مس التعامل مع الجينات لكرامة الانسان وحرمة جسمه مجهول، وان الحكم على التعامل مع الجينات يتوقف على معرفة هذا المدى، لذا اكرر والقول ان الحكم على العمليات الجينية بالتحريم ١٠٠% او بالحل ١٠٠% سابق لأوانه.

محاسن ومساوئ التعامل مع الجين البشري في الوقت

الحاضر:

وصل العلماء المختصون عن طريق التجربة والتوقعات المستقبلية الى ان للجينات محاسن ومساوئ.

أولاً : المحاسن،

يعد محاسن الجينات بوجه عام مايلي :

- ١- بالامكان انتاج هرمون الانسولين من الجينات لاستخدامه في علاج اضطرابات النمو لدى الاطفال، وعلاج التقرم، وبعض حالات العمق، ومعالجة مرض السكر عن طريق استخدام الجينات بالطرق المعروفة لدى المختصين.^(١)
- ٢- عن طريق التجربة نبعت تقنيات الهندسة الوراثية في علاج كثير من الامراض الوراثية الناجمة عن نقص في الجينات او عيب اصابها، وذلك باخراج الجين المعيب او معالجته كما في الانيسا الوراثية والتليف الحوصلي.^(٢)
- ٣- معالجة الشيخوخة وامراضها، وهي تنجم عن تراكم الجزينات التالفة في الخلايا، كما يؤدي الى تلف بعض الانسجة وضمور العضلات، لذا نجد ان كبار السن يعانون غالباً من امراض القلب او السرطان. وبالامكان القضاء على هذه الظواهر عن طريق استنساخ الخلايا الجديدة واستبدالها بالقديمه.
- ٤- بعد ان فشل الليزر في وضع حد لنمو الخلايا السرطانية وجد العلماء للمتخصصون ان من الضروري اتقاد طريقة جديدة لعلاج السرطان بادخال الجينات المضادة للاطقم الجينية الفهوسية بحيث تعمل على تدمير الطاقم الوراثي للفجوس.^(٣)
- ٥- بالامكان معالجة الخلل الكليوي بدلا من العملية الجراحية لاستئصال كلية او زرع اخرى او التشريح الكليوي او الفصل الكليوي وهي عملية معقدة غير مأمونة العواقب، وذلك

(١) الاستاذ عبد الباسط الجمل: عصر الجينات نشر دار الرشاد ، القاهرة/ ١٩٩٨ ، ص١٢٠ ومايليهها.

(٢) د. هدى صالح مهدي هاش: الهندسة الوراثية موسوعة علوم بغداد ١٩٨٧، ص١٠٤ ومايليهها.

(٣) الاستاذ عبد الباسط عصر الجينات، المرجع السابق، ص١٠١ ومايليهها.

عن طريق ادخال جينات مكونة للنفوريات وهي وحدات الاخراج المؤولة عن عملية التشريع في الكلية او استنساخها او زرعها في حوض الكلية او تعديل طاقمها الوراثي بادخال انزيمات املاح خاصة بها.^(١)

٦- علاج بعض الامراض المستعصية كمرض الايدز (او نقص المناعة) بادخال جينات مضادة للتوه الفيروسي او ادخال جينات لتجميد النشاط الفيروسي بتحويله الى بلورات صلبة.^(٢)

٧- انتاج أدوية قليلة الكلفة باستخدام الحيوانات والنباتات كمصانع لها عن طريق ادخال الجين البشري الذي ينتج المادة المطلوبة الى المادة الوراثية للحيوان او النبات.

وفي يوم ٢٠٠٧/٥/٩ اعلنت اذاعة (B. B. C) البريطانية بانه قد اكتشف الاطباء ان بالامكان علاج الامراض التنفسية والعقلية عن طريق استخدام الجينات ولكن لم تعطي تفصيلا حول كيفية هذا الاستخدام .

٨- استخدام الجين في المجال الاقتصادي لتحسين نوعية المنتج الحيواني او الزراعي من حيث الفلزلة والحجم او الطعم او نحو ذلك.

ولا يقف الامر عند هذا الحد بل يتعداه الى الانتاج الصناعي كإيجاد بديل للنفط مثلا ومشتقاته في المستقبل، وقد اثبت باحثو علم النبات في جامعة ميونيخ ان بعض النباتات لها القدرة على تكوين ثمار ذات غدد راتينجية قادرة على افراز المواد البترولية وتكوينها واستخدامها كوقود قليل الكلفة وخال من التلوث .

٩- استخدام تقنيات الهندسة الوراثية في معالجة الخطر المحدق الذي يهدد مستقبل الحياة على كوكب الارض من وصول الاشعة فوق البنفسجية التي تؤدي الى اصابة الجسم البشري بانواع مختلفة من سرطان الجلد.

ومن الاخطار التي يتعرض لها سكان الارض في المستقبل هو انه بسبب عملية التلوث اخذت طبقة الاوزون بالتآكل وقد تنبه لهذا الخطر المختصون، فعاولوا معالجته باستخدام تقنية الجينوم، حيث استطاع فريق طبي منهم تحويله الى سلالة بكتيرية تستطيع تقليل المواد الكيميائية المسببة لتآكل طبقة الاوزون.^(٣)

(١) الاستاذ عاطف عادل: الهندسة الوراثية الايضاء والهاذير نقلاً عن اطروحة دكتوراه القانون التي كنت مشرفاً عليها الموسوعة (الحماية القانونية للجينات) للدكتور رافع خلف ص٣٣ ومايلها.

(٢) عبد الباسط، المرجع السابق ص١١٥.

(٣) المرجع السابق، ص٦٨ ومايلها.

من المعروف ان هندسة الجينات بمثابة سلاح ذات حدين فاذا استخدمت في المجالات التي تنفع الناس صحياً او اقتصادياً او وقاتياً يجب ان لا يكون هناك تردد ببابه التعامل معها وفتح الذرائع امامها.

اما اذا سخرت لمجالات تجلب الاضرار والويلات او تتنافى مع القيم والاخلاق ومكانة الانسان، فعلى كل ذي عقل سليم ان يقضي ضد هذا التعامل وان يرفضه وسد جميع الابواب امام استخدام هذه الجينات، وقد ذكرنا نماذج من عاسن التعامل مع الجينات.

من مخاطر التعامل مع الجين البشري:

١- لا يستبعد المتخصصون خروج جين مرضي مدمر في المستقبل عن طريق فتح باب التعامل معه ويؤدي ذلك الى كارثة صحية او خلل في حياة سكان كوكب الارض في مجال من مجالات الحياة.

٢- قد يلجأ الجهات المعادية عن طريق الهندسة الجينية الوراثية الى انتاج اسلحة جينية فتاكة ذات دمار شامل وهذه التوقعات يطلق عليها العلماء المتخصصون (حرب الجينات). ويستشهدون في ذلك بما قام به الكيان الصهيوني منذ سنوات من محاولات تجرية جينات الكسل والحمول وتكثير الفئران ونحو ذلك مما يلحق الضرر المادي او الصحي بالسكان العالم العربي والاسلامي.

٣- من خلال الاطعم الوراثية بالامكان تحميل حشرة صغيرة او مكروب غير مرئي بطاقم وراثي لمرض السرطان او الطاعون او نحوهما، واطلاقه في مجتمع معين مما يؤدي الى تكاثره وبالتالي الى انتشار امراض ذات تداعيات سلبية وخطيرة.

٤- فتح باب الاستنساخ قد يؤدي الى الاستنساخ البشري لخلق اناط معينة من الناس يسيطرون على تقاليد الامور في المستقبل، بحث يكون من الصعب الوقوف ضد ما يحدثه ذلك من النتائج السلبية.

٥- السلاح النووي الذي يهدد الحضارة البشرية بالدمار والهلاك، كان للتعامل مع الجينات دور فعال بصورة مباشرة او غير مباشرة.

٦- قد يؤدي خطأ بسيط من يتعامل مع الجين البشري، الى حدوث كارثة لا تعدم عقباها، او تكويرين فايروس يصعب مكافحته، لذا يجب ان يكون التعامل مع الجين مقروناً بمنزلة تام استبعاداً لنتائجه السلبية.



الفصل الثاني عشر

نماذج اخرى من اسباب الاباحة

حصرت القوانين الوضعية أسباب الإباحة في ثلاثة أنواع:

حق الدفاع الشرعي وأداء الواجب واستعمال الحق. في حين ان هذه الأسباب لم يمددها الشرع الإسلامي، كما جعل الضرر في الشرع والقانون، بدون حصر أسبابه.

وجعل كل ما فيه نفع الفرد أو المجتمع ولم يكن هذا النفع على حساب خسارة وضرر الغير:

وفيما يأتي نماذج من تلك الأسباب:



أولاً: الإذن

الإذن في اللغة: ورد بعدة معان، منها: العلم، وبهذا المعنى ورد في القرآن الكريم: ﴿قَسِبَ أَنْ لَمْ تَعْلَمُوا فَاذْنُؤُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ...﴾^(١) أي كونوا على علم. وبمعنى الاعلام، يقال: أذن به أي علمه به، وبمعنى الإستماع يقال: أذن إليه أي استمع^(٢). وفي الإصطلاح: هو الإباحة، والإذن يمكن أن يملكه المأذون من الشارع أو المشرع^(٣) أو من المالك، وبعد سبباً من أسباب الإباحة كالاتي:

١- الإذن من الشارع:

وهو: اما أصلي، أي بدون عذر أو استثنائي لعذر، فالإذن الاستثنائي بالنسبة لحقوق الله من أسباب الإباحة كالإذن باكل الميتة ولحم الخنزير وتعاطي المسكرات في حالة العطش وعدم وجود الماء والكفر تحت ضغط الإكراه ونحو ذلك. اما بالنسبة لحقوق العباد كأكل المضطر مال الغير بدون اذن صاحبه، فإنه سبب من أسباب الرخصة وهي تسقط المسؤولية الجزائية دون المسؤولية المدنية، فلصاحب المال ان يطلب من المضطر تعويضه، وعليه القيام بدفع هذا التعويض. والقاعدة الشرعية العامة تقضي بأن الأصل في الاشياء النافعة الإباحة وفي الاشياء الضارة التحريم.

ومصدر هذه القاعدة القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جِيعًا﴾^(٤).

وجه الدلالة أن (ل) في لكم للنفع كما أن (على) للضرر، وقد اجتمعتا في قوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾^(٥) ولفظ (ما) من الاسماء الموصولة يفيد العموم

(١) سورة البقرة: ٢٧٩

(٢) لسان العرب: لابن منظور، فصل الألف وحرف النون.

(٣) التعريفات: للجزجاني (الشراف علي بن محمد) ص ١٦. تفسير (الشارع) يتعمل لله سبحانه وتعالى ولفظ (المشرع) يستعمل للسلطة التشريعية الزمنية ولا يستعمل لله لما فيه من التكلف والله منزه عنه.

(٤) سورة البقرة / ٢٩.

(٥) سورة البقرة / ٢٨٦.

لذاته، فيشمل كل ما هو موجود في الكرة الأرضية من الاحياء والجمادات فهي مباحة باذن الشارع ما لم يتعلق بها حق العبد^(١).

والمخاطب في هذه الآية موجه للاسرة البشرية دون تخصيص او تقييد. ومضمونها هو ان الله خلق للانتفاع الإنسان ما في البر والبحر والفضاء من الكائنات الهية والجمادات. ومن الواضح ان خلق الشيء للانتفاع الناس يستلزم اباحته لهم والا فلا معنى للانتفاع بدون الإباحة.

والإبادة الأصلية نوع من الأنواع الأربعة للاستصحاب^(٢) كما يلي:

النوع الأول: الأصل في الاشياء النافعة الإبادة ما لم يكن دليل على خلاف ذلك.

النوع الثاني: البراءة الأصلية: فالأصل في الإنسان البراءة من كل التزامات جزائية ومدنية، لأنه يولد بريئاً منها فعلى القاضي ان يعتبره ما زال ذلك البريء وقت الولادة حتى يثبت خلاف ذلك، وهذا هو أساس قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت ادانته). وقاعدة (البينة على المدعي^(٣) واليمين على من انكر)^(٤).

النوع الثالث: إذا ثبت حكم شرعي بدليل شرعي على القاضي ان يحكم ببقائه إلى زواله كالزواج والملكية.

النوع الرابع: الصفة الأصلية للأشياء: الأصل في الاشياء السلامة والعيب صفة عارضة، فإذا حصل الخلاف بين البائع والمشتري في عدم العيب قبل القبض، يصدق البائع لان الأصل هو السلامة والعيب عارض وخلاف الأصل.

٢- الاذن من المشرع:

اذن المشرع عن طريق القانون للمواطن بالانتفاع بالاموال العامة إبادة له ما لم يكن مخالفاً للنظام العام والاداب العامة كالإذن بالانتفاع بالمرافق العامة ومنها المستشفيات والانتفاع بالادوية المجانية.

(١) أن لا يصبح ملكاً خاصاً للعبد.

(٢) الاستصحاب هو الحكم باستمرار ما هو ثابت في الماضي ما لم يتم دليل على تغييره.

(٣) لأنه يدعي ما هو خلاف الأصل.

(٤) لأنه يدعي ما هو الأصل.

وكالاتناغ بالاراضي الاميرية وهي تنتقل منفتها إلى الورثة بحسب القانون دون الشريعة، ويسمى ذلك حق الانتقال فلا فرق بين الذكور والاناث في انصبتهم. اما الإذن المخالف للنظام العام والاداب العامة فلا يكون سبباً للإباحة في الشريعة الإسلامية كالإذن بفتح البارات في المحلات العامة لتعاطي المسكرات ولعب القمار وغير ذلك.

٣- الإذن من المالك:

يعد اذن المالك ملكاً خاصاً من أسباب الإباحة إذا لم يخالف النظام العام والاداب العامة، كاذن صاحب الدار للضيف بتناول الطعام الذي يقدمه له، فهو اذن بالاكل والشرب دون الاخذ ار الصرف به، وكاذن المعير بان ينتفع المستعير بالعين المعارة وفق الاتفاق او العرف، فالاعارة إباحة للمنفعة عند بعض الفقهاء، وتليك لها عند بعض، وفي الحالتين سبب من أسباب الإباحة.

اما اذن المريض للطبيب بان ينهي حياته تخلصاً من آلام مرضه، فهو لا يكون سبباً للإباحة، بل يسأل الطبيب جزائياً إذا أخذ باذن المريض، لأنه لا يملك حياته ملكاً تاماً، بل هي مشتركة بينه وبين المجتمع، لذا اجمعت القوانين والشرائع على تحريم الانتحار. واذن المرأة لرجل ليس زوجاً لها بان يعاشرها جنسياً لا يبيح المعاشرة، لأنه مخالف للنظام العام والاداب العامة في الشريعة الإسلامية وفي أكثر القوانين في العالم. اضافة إلى ذلك فإن اذن الشارع في امثال هذه القضايا يجب ان يتحقق مع الإذن الخاص لصاحب الحق.

ثانياً: الترتيحات:

الترتيحات في حالات تضارب المصالح بالمرجات المشروعة تعد من أسباب الإباحة ومن صورها:

١. إباحة عقوبات الجناة ترجيحاً لمصلحة المجتمع على مصلحتهم لحماية المصالح الضرورية (حفظ الدين والعرض والحياة والمال والعقل) للمجتمع ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتهم وذويه.

٢. إباحة اجبار المواطن الذكر على أداء الخدمة الالزامية (خدمة العلم بالاصطلاح العسكري) إذا اكمل الثامنة عشر من العمر ولم يكن له عذر مشروع يحول دون ذلك، فصلحة للمواطن هي الانتشال بشؤونه الخاصة لكن تقدم المصلحة العامة على مصلحته.

٣. الجباية والضرائب وفق القانون من الامور المباحة من حيث انها موارد لخزانة الدولة العامة، وسبب الإباحة ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

٤. تحديد الاسعار في حالات ارتفاعها للاستغلال والجشع ترجيح للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

٥. حجز السيارات في حالات المخالفات لنظام المرور.

ومن صور الترجيح أيضاً ترجيح المصلحة الحقيقية على المصلحة الاحتمالية كما في الحالات الآتية:

١. التفریق بين المفقود وزوجته وفق الشروط المطلوبة، ففي هذه الحالة مصلحة الزوجة حقيقية ولكن مصلحة الزوج احتمالية، لان بقاءه في الحياة مشكوك فيه.

٢. الاجهاض لمصلحة حياة الام فهي حقيقية ترجح على مصلحة الجنين لأنها احتمالية. ومن صورها أيضاً ترجيح الأهم على المهم، فيباح حجز اموال اللدين وبيعها بالمزاد العلني لوفاء دين الدائنين.

ومنها ترجيح درء المفسد على جلب المصالح إذا لم يكن جلب المصلحة أهم من درء المفسدة.

ومنها ترجيح اختيار الضرر الاخف لدرء الضرر الاشد كقطع العضو المصاب بالسرطان استبعاداً لاتشاره.

ثالثاً: اعتناق غير المسلم للاسلام

يعفيه من المسؤولية الجزائية والمدنية بالنسبة لما ارتكبه قبل الإسلام بالنسبة لحقوق الله (الحقوق العامة) دين الحقوق الخاصة.

ومصدر هذا الحكم القرآن والسنة النبوية:

١- القرآن للكريم:

نص القرآن الكريم على الحكم المذكور في آيات كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(١).
في هذه الآية الكريمة نص على عدم مساواة من نكح زوجة أبيه غير الام على اساس
انها كانت من التركة في العادة الجاهلية، فمن فعل ذلك ثم اسلم يفرق بينهما ولكن
لا يعاقب على ما فعله قبل الإسلام.

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْاِخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(٢). فمن جمع بين الاختين في
الزواج قبل اسلامه يجر بين اختيار إحداهما وترك الأخرى، لان الجمع بينهما محرم في
الإسلام يعاقب عليه الفاعل، دون أن يكون لهذا الحكم الأثر الرجعي بالنسبة لما قبل
الإسلام.

وقوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾^(٣). وقوله تعالى: ﴿قُلْ
لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ يَنْتَهَوُا يُعْفَرُ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(٤).

ب- المسئلة للقبوية:

اسلم رجل تمت عصمته عشر نسوة وبعد ان اسلم لم يسأل عن ترتيب زواجهن هل كان
معا الذي هو باطل بالنسبة للكل إذا تم الزواج في حالة الإسلام او كان بصورة
متوالية فيكون الزواج صحيحاً في الأربع الأولى وباطل في الأكثر منها.

بل قال له الرسول ﷺ: ((أمسك أربعاً وفارق سائرهن)).

وكذا اسلم رجل آخر وقد جمع بين الاختين في الزواج قبل الإسلام فقال له الرسول ﷺ،
أمسك إحداهما وفارق الأخرى.

أما إذا كان عمل من اعتنق الإسلام مما يخالف النظام العام من موانع الزواج، كنزاج
إحدى المحرمات في الإسلام، فيجب التفريق بينه وبين زوجته.

وكذلك من يجب عليه القصاص قبل اسلامه فيجب الاخذ منه بعد الإسلام، لأن
القصاص من الحقوق المشتركة والحق الخاص هو الغالب، فيؤخذ منه القصاص إذا لم
يتنازل عنه ولهي الدم.

(١) سورة النساء / ٢٢.

(٢) سورة النساء / ٢٣.

(٣) سورة المائدة / ٩٥.

(٤) سورة الانفال / ٣٨.

رابعاً: الجهل بالحكم

الجهل عدم علم من شأنه أن يتعلم بالتقابل بين الجهل والعلم لتقابل بين العلم والملكة كالعمي والبصر فلا ينسب الجهل إلى ما ليس من شأنه العلم.

الجهل في الشريعة الإسلامية:

الجهل في الشريعة الإسلامية لا يعد من أسباب الإباحة إذا كان باستطاعة المجاهر ان يتعلم الحكم، اما إذا تعذر عليه هذا العلم فيكون من أسباب الإباحة، كمن دخل الإسلام وارتكب ما هو محرم في الإسلام ومباح في دينه السابق فلم يعلم تحريمه ولا باسكانه ان يعلمه لعدم وجود وقت كاف لهذه المعرفة.

اما إذا ارتكب ما هو محرم في دينه أيضاً كمن كان مسيحياً وارتكب جريمة الزنى بعد اعتناق الإسلام، فلا يكون الجهل بالنسبة اليه مانعاً من المسؤولية الجزائية، لان هذا العمل الشنيع جريمة في ديانة سيدنا عيسى عليه السلام أيضاً.

ومصدر هذا الحكم هو القرآن الكريم في آيات منها قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رُسُلًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾^(٢).

ولا يختلف القانون مع الشريعة الإسلامية في اعتبار الجهل عذراً إذا تعذر العلم حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون العقوبات العراقي القائم على انه (ليس لأحد ان يمتح بسجمله بأحكام هذا القانون لو اي قانون عقابي آخر، ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة). وبناءً على ذلك استقرت التشريعات الوضعية على أن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً وبالتالي لا يكون سبباً للإباحة، سدا لذريعة الخروج على القانون بحجة الجهل به، بل اعتبر المشرع الوضعي أن مجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية بعد مضي فترة تكفي للاطلاع عليه، قرينة قانونية على العلم به فلا يقبل الاعتذار بالجهل لعدم مساءلة الفاعل جزائياً ومدنياً ومستوي في ذلك الجهل بذات القانون أو بفهمه.

(١) سورة البقرة / ٢٨٦.

(٢) سورة القصص / ٥٩.

١. جهل لا يصلح عذراً ولا شبهة كجهل الإنسان بذات الله، لان الايمان بالله واجب عقلي قبل ان يكون واجباً شرعياً، فعلى كل إنسان بالغ عاقل الاستدلال بالبرهان المنطقي (الاستدلال بالأثر على وجود المؤثر) على وجود الله الخالق لكون عظيم، لا يزال علماء الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي.
٢. جهل يصلح شبهة فتُدراً به الحدود كحد المسكرات دون حد الزنى، لانه محرم في جميع الاديان.
٣. جهل يصلح سبباً للإباحة في حالة تعذر العلم بكون الفعل جريمة.

رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا وَالْحَقْنِي بِالصَّالِحِينَ